الرقم الدولي: ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر
عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية.(دراسة مقارنة) — أ.د. إسماعيل صعصاع، أحمد فاهم مسلم
- النظرية الوصفية في تحديد طبيعة مدة العقد الممتد.(دراسة مقارنة) — أ.د. إيمان طارق مكي، م.م. وسيم جبار
- مفهوم الوصية بالمنافع.(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية) — أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، م.انغام محمود شاكر
- الحكم القضائي الصوري. (دراسة مقارنة) — أ. د. هادي حسين الكعبي، كرار معد عظيم

السنة الحادية عشر العدد الرابع
2019

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377

AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal
Issued By
College of Law in Babylon University

- Judicial protection for the principle of competition in the field of government tenders. (comparative study) — P. Dr. Ismaeel S.Ghedan, Ahmad Fahim Muslem
- Theoretical Theory In Determining The Nature Of The Duration Of The Extended Contract. (Comparative Study) — P.Dr. Eman T. Makki, Wasseam J.A. Shemary
- The concept of the willfulness of the benefits. (Comparative study between Islamic jurisprudence and personal status laws) — P.Dr. Salam A. Abdullah, Lec.Angham Sh. M.
- Mock adjudication (A comparative study) — P. Dr. Hadi H.Al.Kaabi, Karar M.Adeem

Fourth Issue 2019 Eleventh Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١-	الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية.(دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع البديري أحمد فاهم مسلم	٩-٤٣
٢-	النظرية الوصفية في تحديد طبيعة مدة العقد الممتد.(دراسة مقارنة)	أ.د. إيمان طارق الشكري م.م .وسيم جبار الشمري	٤٤- ٧٥
٣-	مفهوم الوصية بالمنافع.(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي م. أنغام محمود شاكر	٧٦ - ١١٢
٤-	الحكم القضائي الصوري.(دراسة مقارنة)	أ.د. هادي حسين عبد علي الكعبي كرار معد عظيم	١١٣ – ١٦٢
٥-	القيود الواردة على حرية عقد المعاهدات الدولية في الأنظمة القانونية الداخلية.(دراسة مقارنة)	أ.م.د. سرمد عامر عباس ياسر حسن علي حاجي	١٦٣ – ٢٠٧
٦-	الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية.	أ.م.د. رفاه كريم رزوقي سعد غازي طالب	٢٠٨ – ٢٥٥
٧-	إرتفاقات الضرورة في القانون الإنكليزي. (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني العراقي)	أ.م. د.يونس صلاح الدين علي	٢٥٦ – ٢٩٥
٨-	اثر العيوب على التصرفات الإرادية.(القسمة الرضائية للشيوع أنموذجا ـ دراسة مقارنة)	أ.م.د. مثنى محمد عبد م.د. علي كاظم جواد	٢٩٦ – ٣٢٠
٩-	دور المنظمات الدولية غير الحكومية في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.	أ.م.د.حيدر عبد محسن شهد فاضل علي عبد الحسين	٣٢١- ٣٥٨
١٠-	الضوابط القانونية لحرية التعبير عن الرأي .	م. سامر حميد سفر	٣٥٩-٣٨٤

الحكم القضائي الصوري

(دراسة مقارنة)

أ.د. هادي حسين عبد علي الكعبي كلية القانون/جامعة بابل

كرار معد عظيم كلية القانون/جامعة بابل

ملخص البحث

ان المقصود بالحكم الصوري هو الحكم الذي يصدر في خصومة وهمية ولكنها في الظاهر خصومة حقيقية , القصد منها هو إضفاء الصفة الرسمية على الاتفاقيات التي يعقدها اطراف النزاع ,وهذا النوع من الاتفاقات لا يمنع القانون من وقوعها طالما لم تكن الغاية منها مخالفة القانون او النظام العام , او بنحو الأضرار او الغش تجاه احد الخصوم .

وبالتأكيد ان لتلك الاتفاقات عدة فوائد تعمل على تحقيقها ,ومنها إضفاء الصفة الرسمية على بعض العقود , كعقد الصلح حيث يعمل على حسم المنازعات بإتمام التراضي بين الطرفين , او توثيق بعض العقود التي تتم أمام المحاكم كالإقرار أمام القاضي ببيع عين معينة بموجب عقد بيع خارجي , وتوثيقه أمام القاضي بصحة توقيعه وباستلامه كامل بدل البيع , وبذلك يكون لا يمكن الطعن فيه بالتزوير مجدداً.

وللأحكام الصورية عدة حالات, ولكن دراستنا سوف تقتصر على حالتين فقط هي حالة حكم التصديق على الصلح وحالة حكم رسو المزاد , فبالنسبة لأحكام الصلح فقد نظمته معظم التشريعات المقارنة ووصفته بانه عقد , ولكن القضاء كان له رأياً اخر باعتبار التصديق على الصلح من قبل القاضي حكماً قضائياً , ولكنه غير حائز لحجية الأمر المقضي فيه , الأمر الذي سينعكس على قابليته على الطعن بدعوى البطلان الأصلية .

نعم الصلح يعمل على أنهاء النزاع وحسم الدعوى ولا يجوز عندها تجديدها او رفع دعوى بأبطال الصلح طالماً كان موافقاً للقانون , ولكن متى ما أضر الغير من ذلك الصلح او كان مبني على الغش بقصد الأضرار بالخصم الأخر , كان لهؤلاء التمسك بأبطاله من خلال رفع دعوى مبتدأه لأبطاله حتى بعد فوات ميعاد الطعن.

أما بالنسبة لحكم رسو المزاد , فهو بيع يتم تحت أشراف القضاء وبقرار صادر من قاضي التنفيذ او المنفذ العدل ,فمهمة القاضي هي إيقاع البيع لمن رسا عليه المزاد , فهي لا تتعدى سوى توثيق ذلك البيع ,مما له الأثر البالغ في منع الطعن بهذه البيوع سواء بالغبن نظراً لإجراءاته العلنية , كذلك لا يلتزم البائع فيه بضمان الاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية كما في البيوع العادية , كل تلك الأمور دفعتنا الى القول بمدى إمكانية الطعن في هذه الحكم , وهل هذا جائز قانوناً؟

للإجابة على ذلك ان كل قرار قضائي معرض إلى ان يتم الطعن فيه , فقد رسم المشرع العراقي طرقاً للطعن بقرار حكم رسو المزاد تتمثل بالتظلم والتمييز , اما المشرع المصري فقد اكتفى بطريق الاستئناف وبحالات محددة على سبيل الحصر, اما المشرع الفرنسي فقد شرع الى إمكانية رفع دعوى بطلان اصليه بقصد أبطاله .

المقدمة

أولاً :جوهر فكرة البحث :-

لقد تكفلت التشريعات القانونية للحكم القضائي في ذاتيته قوة وحجية رفعته لمرتبة اسمى واعلى من كافة القرارات الأخرى الصادرة عن هيئات الدولة المختلفة. واذا كانت وظيفة القضاء تنحصر أساساً في الفصل في المنازعات , فهنالك حالات قد يلجأ اليها اطراف الدعوى إلى القاضي , ولكن ليس لغرض حسم النزاع , وإنما ليطلبوا فيه توثيق بعض الأعمال , كالتصديق على الصلح , أحكام رسو المزاد او تثبت وفاة شخص أو غيبته , فكل تلك منازعات ظاهرية ,دون ان يوجد هنالك خلاف حقيقي بين الخصوم.

ولاعتبارات عدة تمثلت في كون الأحكام القضائية تمثل عنوان للحقيقة ظاهرا ,وان كانت مخالفة للحقيقة في باطنها ,والقاعدة ان الحكم متى صدر يظل مرتبا لأثاره المعروفة, مالم يتم الطعن فيه بإحدى الطرق المقررة قانونا , احتراماُ للقاعدة العظيمة في القانون الإجرائي ألا وهي قاعدة حجية الأمر المقضي فيه , الا انه واستثناءاُ على ذلك الأصل فان الحكم متى لم يحز تلك الحجية فيمكن الطعن به لتقرير بطلانه من قبل المحكمة المتخصصة حتى بعد فوات ميعاد الطعن, وذلك لإحقاق الحق ولضمان حقوق الخصوم .

ثانيا:أهمية البحث:-

تظهر أهمية الموضوع في انه فكرة حديثه ابتدعها الفقه وسار عليها القضاء في الحالات التي تطرا على الحكم القضائي وتحرفه عن مساره الصحيح ,فكان لزاماً على قضاة محكمة التمييز التصدي لمثل تلك الحالات وتقرير أبطال الحكم وأزاله جميع الأثار التي رتبها ذلك الحكم منذ صدوره ولاسيما في ظل كثرة هذه الحالات وعدم وجود نص تشريعي يعالج أحكام هذه الفكرة وأثارها.

ومن الناحية العملية فان مراجعة الحكم الصوري ترمي الى حماية أصحاب الشأن من الأضرار التي قد تلحق به نتيجة تنفيذ الأحكام المشوبة بالبطلان , مما يعني أننا سوف نوفر قدراً من الحماية لمصالح الخصوم في الدعوى , كل ذلك من اجل ترجيح موازين العدالة في سوح القضاء .

ثالثًا:مشكلة البحث :-

لم تطرق القوانين الإجرائية إلى بيان تعريف بالحكم الصوري , ولا إلى تحديد طبيعته , ثم بالنسبة إلى حالاته , فقد نظم القانون المدني الصلح القضائي باعتباره عقداُ , ولم ينظم حكم تصديقه من قبل القضاء لأنه الأن قد خرج من حدود العقود الرضائية وتم إضفاء الصفة الرسمية له , والمفروض هنا تختلف المعاملة من اذ كان عقد وتحول الى حكم قضائي , ثم لنا ان نطرح تساؤلاً حول حيازة هذا الحكم لحجية الأمر المقضي فيه من عدمه, وهل بالإمكان الطعن فيه ؟ وان امكن ذلك هل يتم الطعن بطرق الطعن المقررة للأحكام الم تلك المخصصة للعقود.

أما بشأن حكم رسو المزاد فهنالك اختلاف شديد بين الفقه حول طبيعته من حيث اعتباره عقد بيع قضائي او لا , وهل من الجائز اعتباره حكماً قضائياً على الرغم من عدم وجود خصومة حقيقية بين ذوي العلاقة , ثم هنالك لبس كبير في طريقة الطعن بهذا الحكم خصوصاً اذا لم كان صادراً من قاضي البداءة , فكما نعلم ان في دعوى إزالة الشيوع, يتخذ القاضي صفتين , بصفته قاضي بداءة عند الحكم بإزالة شيوع العقار بيعاً تارة, وبصفته منفذ عدل عند رسو المزاد على المشتري , مما يطرح تساؤل عن كيفية مراجعة حكم القاضي في كلاً الحالتين , وهل يجوز التظلم من قرار القاضي في كلا الحالتين , واذا كان الإجابة بنعم فما القانون الواجب الرجوع له في هذه الحالة اهو قانون المرافعات ام قانون التنفيذ؟

رابعا:اسباب اختيار موضوع البحث :-

هناك عدة أسباب دعتنا إلى اختيار الموضوع وهي:

١- وجود نقص تشريعي في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ للحكم الصوري ، سواء من حيث الأسباب المؤدية اليه او بيان حالاته ، ام من حيث

كيفية التمسك به والطعن فيه والمحكمة المختصة للنظر فيه على النقيض من قوانين المرافعات المدنية المقارنة كالفرنسية والمصرية وغيرها من القوانين التي عالجت وتناولت هذا النوع من الأحكام .

٢- التعرف على الحكم الصوري , وبيان اهم حالاته ,كأحكام التصديق على الصلح , او أحكام رسو المزاد , لكثرة وقوعهما في الحياة العملية .

٣- عدم استقرار قرارات محاكم التمييز (النقض) سواء كانت محكمة تمييز العراق ، ام محكمة النقض المصرية والفرنسية حول وصف هذه الأحكام وأثارها ، حيث تذهب قرارات تلك المحاكم , فتارة تذهب الى عد هذا الحكم حكماً قضائياً مرتباً لكافة أثاره وبالتالي فهو يقبل الطعن بكافة طرق الطعن المعرفة ,وتارة أخرى يعتبره حكم توثيقي يصدر من القاضي بماله من سلطة ولائية ، وبالتالي يمكن الطعن فيه بدعوى البطلان الأصلية .

٤- وجود حاجة ماسة إلى دراسة هذا الموضوع لقلة الدراسات والبحوث المتعلقة به وخصوصا في الجانب الإجرائي, حيث لم تظهر دراسة شاملة وكاملة تبين قواعده وأحكامه, وان ظهرت بعض المقالات هنا وهناك.

خامسا: منهجية البحث :-

تعتمد منهجية البحث على الدراسة أو المنهج التحليلي بالإضافة إلى المنهج المقارن لقوانين المرافعات المدنية المقارنة وفي مقدمتها قانون المرافعات الفرنسي والمصري، فضلاً عن تناول موقف القضاء المقارن والعراقي من المسألة موضوع البحث.

سادسا: خطةالبحث:-

تم تقسيم هذا البحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم الحكم الصوري تضمن تعريفه وبيان طبيعته , أما في المطلب الثاني فسنتعرض فيه لدراسة حالات الحكم الصوري المتمثلة بحكم التصديق على الصلح وهو ما سنتناوله في الفرع الأول , فيما سيكون الفرع الثاني مخصص لبيان حكم رسو المزاد .

المبحث الأول

الحكم الصوري

لا يكفي لوجود الحكم القضائي, ان يصدر من محكمة متخصصة وفي حدود ولايتها القضائي, بل يلزم أيضا ان يفصل هذا الحكم في خصومة قائمة بين طرفين احدهما المدعي والطرف الأخر المدعى عليه.

وكون الأحكام تصدر عادة في خصومات حقيقية ومنازعات أكيدة ,اذ المحاكم لم تنشأ لتكون ميدان لتلاعب الأفراد [١] , لكن في بعض الأحيان يحدث ان يتفق الخصوم فيما بينهم على افتعال منازعة ظاهرية يرفعونها إلى القضاء ,للحصول على حكم يتضمن ما اتفقوا عليه اطراف الدعوى ,وبهذه الطريقة يحصل الخصوم على حكم له امتيازات مميزة من حيث حيازته لحجية الأحكام القضائية من جهة, ومن حيث اكتسابه القوة التنفيذية من جهة أخرى وهو ما يسمى بالحكم الصوري [٢].

ومن اجل الإلمام بالموضوع ولتسليط الضوء على أبعاده, سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين : تناولنا فيه بالمطلب الأول ماهية الحكم الصوري, ثم في المطلب الثاني توجهنا لبيان اهم حالات الحكم الصوري وكما سيأتي:

المطلب الاول

ماهية الحكم الصوري

ان الأحكام الصورية تتسم بتوافق الأطراف على استصدار حكم من القاضي , في نزاع ظاهري (صوري), لا وجود له في الواقع, اي اتفاقهم على ما يسمى بالتقاضي الصوري [٣]حيث ان اطراف الدعوى يمثلون أمام القاضي وكأن نزاع حقيقي يجمعهم, فيفصل القاضي فيه, جاهلا تماما حقيقة الاتفاق الموجود بين الأطراف, ويبذل القاضي عند فصله, في الواقع والقانون, نشاطا ذهنيا مشابها للذي يبذله عند فصله في اي نزاع قضائي اخر [٤].

فالقاضي لا يفصل في نزاع قائم بين الخصوم بل يصدق ويثبت ما أتفقوا عليه, فلم يعد هو المهيمن على الأعمال التي تتم أمامه, بل السيادة في هذه القضية تكون للخصوم وبذلك يكون دوره مكملا لهم, لا لنقص في دورهم بل لا تمامه طبقا للقانون وإضفاء الرسمية[٥].

ومن اجل الإحاطة بالموضوع ,سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين : نتناول في الفرع الأول تعريف الحكم الصوري, وتحديد طبيعته في الفرع الثاني وعلى التوالي:

الفرع الأول

تعريف الحكم الصوري

تطرقنا سابقا الى ان الأحكام القضائية العادية هي تلك التي تصدر في منازعة جدية تقوم بين طرفي الدعوى, وتعرض على القضاء للفصل فيها لمصلحة المدعي او المدعي عليه .اما الأحكام الاتفاقية (الصورية) فهي التي تصدر برضاء الطرفين بموجب اتفاق سابق بينهم ليكسبوا اتفاقاتهم شكل الأحكام ويحصلوا نتائجها ويستغنوا عن طريقه تحرير العقود الرسمية ويتفادون طرق الطعن فيها [٦] مثال ذلك ان يتفق زيد مع عمر على ان يهب الأول للثاني عقاراً, فيعمد عمر الى رفع دعوى تمليك ضد زيد ويحضر زيد للمحكمة فيوافق أمام القاضي على صحة الادعاء وتقضي المحكمة لعمر بالملكية .

ويطلق في الاصطلاح اسم حكم اتفاقي(صوري) على ((الأحكام الصادرة بين طرفين, تم الاتفاق بينهما من قبل, على المسألة الواجب حسمها, بواسطة هذا الأحكام بمعنى ان يتفق الخصوم , خارج ساحة القضاء, على شكل معين لحسم النزاع, ويذهبان الى المحكمة للحصول على حكم قضائي وصولا الى ذات النتيجة التي أتفقوا عليها))[٧].

كما عرفه البعض باعتباره حكما يصدر من القاضي بموجب سلطته الولائية بانه ((النشاط الذي يباشره ,القضاة دون وجود نزاع او خصومة, حيث يمارس بموجبه الاختصاص التوثيقي في مواجهة أشخاص متفقين فيما بينهم مثل التصديق على التبني))[٨].

وقد عرفه البعض الأخر بانه ((الدعوى التي تقام على خصم غير حقيقي او التي يكون المقصود منها مجرد الاحتيال للحصول على حكم بما يدعيه احد الخصمين))[٩].

ويتصور الحكم الاتفاقي[١٠] في الأحوال التي لا يوجد فيها نزاع بين الخصوم ,ومع ذلك يقومون بافتعال نزاع ما (خصومة وهمية) ويطرح هذا النزاع الصوري, أمام المحكمة للحصول على حكم يقرر الاتفاق الحاصل بينهما, وهذا تطبيق للصورية في مجال الأحكام, وهو جائز ومشروع طالما لم يخالف القانون[١١] ويهدف الأفراد في الواقع من هذه من هذه العملية الحصول على سند تنفيذي, وإعطاء اتفاقهم صورة نهائية ,وهذا غير متيسر اذا كان ما بينهم هو عقد عادي, فالعقد لا يعتبر بصفة عامة سند تنفيذي ولا يعتبر انتهائي[١٢] .وفي فرنسا يعطي مثل هذا الحكم الاتفاقي رخصة للخصوم في الحصول على رهن عام يشمل جميع أموال المحكوم عليه[١٣].

نستخلص من كل التعاريف السابقة قد استندت الى معيار وجود الخصومة في وصف الأحكام الاتفاقية وتميزها عن الأحكام العادية , وبذلك تمكنا من تعريف الحكم الصوري بانه((الحكم الصادر من محكمة مختصة ,في خصومة وهمية, بقصد توثيق الاتفاقات التي تمت بين اطراف الدعوى بهدف إسباغ الصفة الرسمية عليها)).

الفرع الثاني

طبيعة الحكم الصوري

لقد ثار جدل شديد في الفقه الإجرائي حول طبيعة الأحكام الصورية :فقد ذهب البعض [١٤] الى أنكار وصف الحكم على هذا النوع من الأحكام , واعتبرها عقد من العقود يخضع للنظام القانوني للعقود لانتفاء الخصومة القضائية , واعتبر القاضي يقوم هنا بعمل ولائي, وسمي هذا الحكم بالعقد القضائي . حيث لا حرج ان يصور الخصوم منازعة ليكسبوا اتفاقاتهم قوة العقود الرسمية لان هذا النوع من انواع الصورية بجيزة القانون مادام لم يقصد به مخالفة قواعده ونصوصه [١٥] .

وعلى هذا الاعتبار تترتب النتائج الأتية:-

١- ان الطرفين يلتزمان بالعقد ولو قبل صدور الحكم مالم يكونا قد علقا أبرام العقد على صدور الحكم بما تضمنه[١٦].

٢- ان الحكم الاتفاقي لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن في الأحكام , وإنما يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصليه, كما يصح إبطاله لسبب من أسباب بطلان العقود كعيب الرضا, ونقص الأهلية ,ولا يحوز حجية قوة الشي المقضي فيه[١٧].

٣- لا يمكن لهذا الحكم ان يرتب رهن قضائي عام في فرنسا, لان العقود لا تولد مثل ذلك الأثر[١٨].

٤- ان هذا العقد يقبل التفسير كباقي العقود, ولا رقابة على تفسير قاضي الموضوع في تفسيره له متى كان مسببا[١٩] , فتقرر المحكمة مثلا ان محضر التصديق على الصلح لا يخرج عن كونه عقدا قابلا للتفسير فمادام تفسير قاضي الموضوع له مسببا فلا يخضع لرقابة محكمة التمييز.

الانتقادات الموجه لهذا الراي:-

١- وجود معارضة شديدة من بعض الفقهاء[٢٠], حيث يرون الى ان من الخطأ تشبيه الحكم بالعقد او الاتفاق لان العقد شريعة المتعاقدين, في حين ان الحكم ليس وليد إرادة الخصوم وإنما إرادة القانون.
٢- ان مهمة القاضي في التشريعات الحديثة ,ليست هي فقط مراقبة الإجراءات الشكلية للاتفاقات التي تتم أمامه ,وإنما له دور إيجابي في تسيير مراحل الخصومة ,والتحقق من حسن تطبيق القانون ,لإصدار حكما ملزما للطرفين.
٣- تقوم المحكمة في الغالب بتدقيق السندات ,والتأكد من إقرارات ذوي الشأن, حتى وان تم الاتفاق المسبق بين الأطراف, ولها اتخاذ اي أجراء من إجراءات الأثبات ,بما تراه مناسبا ومن تلقاء نفسها[٢١].

في حين ذهب راي اخر في الفقه [٢٢]ان هذه الأحكام تعتبر أحكام قضائية بالمعنى الصحيح فلا حرج اذا كان الخصوم يريدون الحصول على حكم يتضمن اتفاقاُ قد تم بينهم , وقضت به المحكمة, وجب ان يكون لهذا الحكم كل قوة الأحكام القضائية ونتائجها, بحيث لا يجوز الطعن فيه الا بطريق الاستئناف او الالتماس او الاعتراض الخارج عن الخصومة, وفي المواعيد المحددة طبقا للأوضاع المقررة لذلك, ولا يجوز طلب إبطاله بدعوى بطلان أصليه, ويحوز قوة الشي المقضي به[٢٣] .

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بانه وان كانوا لا يقرون هذا القضاء لأنه لا يجوز ان تمتد سلطة القاضي الولائية لغير المسائل التي نص عليها القانون صراحة, وليس لها التدخل في غير خصومة حقيقية(صورية), فان القواعد الصحيحة في قانون المرافعات تقتضي باعتبار الأحكام الاتفاقية هي أحكام عادية اذا لم يوضح الخصوم للمحكمة حقيقة مراكزهم أمامها, والغرض من استصدارها, فاذا أوضحوا هذه المراكز وذلك الغرض, توجب على المحكمة ان تمتنع عن اصدار هذا النوع من الاحكام لان بتدخلها تكون قد اصدرت حكم خارج حدود سلطتها القضائية بتدخلها في غير خصومة[٢٤] .

مبررات هذا الاتجاه:

١- تحقيق فائدة عملية في اعتبار هذه الأحكام أحكاماً عادية لان تدخل القضاء فيه حماية كافية في منع الضرر الذي قد يترتب في حالة عدم إعطاء هذه القوة لمثل تلك الاتفاقات[٢٥] .
٢- وجود تأييد كبير من الفقه [٢٦]بهذا الاتجاه حيث يقولون ان مجرد صدور هذا النوع من الأحكام في حدود سلطة القاضي يكسبها كل قوة الأحكام العادية واثارها .
٣- اذا كان الحكم صادرا في الخصومة, قد اتخذ شكل دعوى جدية فهو ,حكم قضائي له قوة الأحكام القضائية وأثارها وان كان الخصوم قد اتفقوا على تصوير خصومة وهمية للحصول عليه[٢٧].
٤- وقيل أيضا تأييدا لهذا الراي بان الصلح له شكل الأحكام, فيجب ان يخضع لقواعدها من جهة أخرى, فان معاملة التصديق على الصلح معاملة الأحكام يمنع الصورية التي يلجا اليها الخصوم بادعائهم نزاعا صوريا أمام المحكمة لينتهوا به الى عقد صلح .
٥- كذلك يستندون أصحاب هذا الراي الى ان نصوص القانون المدني تشير الى ان الصورية لا تمنع من ان يرتب العمل أثاره التي يقتضيها [٢٨].

الانتقادات الموجه لهذا الراي:

١- ان هذا الرأي لا تقره بعض أحكام المحاكم الفرنسية, فقد قضي بانه اذا كان الخصوم لا يخفون اتفاقهم بدعوى صورية, بل يتقدمون للمحكمة طالبين أثبات اتفاقهم بحكم,

وجب على المحكمة ان تصدر حكما بذلك ,ويكون حكما اتفاقيا يدخل في وظيفتها الولائية, وبذلك يكون قابلا للطعن فيه بدعوى بطلان أصلية, ولا يحوز قوة الشي المقضي فيه[٢٩].

٢- وقد قيل ان القانون لا يعرف الأحكام الاتفاقية, فاذا كانوا الخصوم معترفين من مبدأ الأمر, بانه ليس هنالك خصومة حقيقية, وانهم يلجئون للقضاء ليكسبوا اتفاقاتهم شكل الأحكام وجب على المحكمة ان ترفض اصدر حكم في مثل هذه الدعوى الصورية[٣٠] لعدم وجود خصومة حقيقية (وهمية) بين الخصوم حتى لا يخرج القاضي عن حدود أعمال وظيفته بإجرائه عملا من اختصاص المؤثقين[٣١] .

في حين ذهب فريق ثالث الى تبني مذهبا مختلطا من اجل التلطيف بين الرأيين السابقين الى التميز بين حالتين, ينظر فيهما الى دور القاضي:-

الحالة الأولى: اذا اقتصر دور القاضي على التصديق على اتفاق الخصوم, دون ان يفعل شيء اخر ,فهنا نكون إزاء عقد قضائي وليس حكما[٣٢].

الحالة الثانية :اما اذا تناول القاضي اتفاق الخصوم بالفحص والتدقيق ,فيكون هنا قد كون رأياً, وبالتالي يكون قراره حكما قضائيا بمعنى الكلمة, حيث يخضع هذا الحكم لنظام الطعن بالأحكام [٣٣].

وهنالك من ذهب الى انه اذا اقتصر حكم القاضي على التصديق على اتفاق الخصوم مثل الحكم بالتصديق على الصلح او وقف الخصومة, فانه يعتبر عملاً ذا طبيعة مختلطة, اذا هو في شكله الخارجي يعتبر حكماً فضائياً ولكن في جوهره يعتبر عملاً ولائياً [٣٤].

ويرى البعض الأخر من الفقه[٣٥] ان مثل هذه الأحكام الاتفاقية تؤدي الى عملية التواء في النظم القانونية, بحيث يقوم القاضي بدور الموثق , ولهذا تدخل في أعمال القاضي بموجب سلطته الولائية .والواقع ان الموثق في القانون الفرنسي القديم يقوم ببعض الأعمال القضائية[٣٦] كون ان دوره يقتصر على أثبات اتفاق الأطراف ,والذين لا يخفون عنه اتفاقهم فهي لا تعتبر أحكاماً قضائية, لان القاضي لا يقوم بتقدير الوقائع المعروضة عليه. ولا يعمل عليها حكم القانون, ولا يعبر عن قناعته بحقيقة معينة, لذلك عمل القاضي في هذه الحالة لا يتمتع بالحجية, ولا يمكن الطعن عليه بطرق الطعن العادية, ولكن يمكن رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه .

ونحن نؤيد هذا الاتجاه للأسباب الأتية:

١. ان الوظيفة القضائية ترتبط بفكرة عوارض النظام القانوني, فهي تباشر كأثر لقيام العارض, وترمي إلى إزالته بغرض انتظام التطبيق القانوني, وتتمثل هذه العوارض في عارض تجهيل الحقوق والمراكز القانونية, وعارض خطر التأخير في منح الحماية القضائية, وعارض العجز او القصور القانوني الذي يصيب بعض الأرادات الفردية, فيحول بينها وبين مباشرة بعض الأعمال والتصرفات وعارض مخالفة القانون, فالقاضي وهو يصدق على الصلح لا يواجه عارض من هذه العوارض , ولكنه بقوم فقط ,بناء على طلب الخصوم, بأثبات ما اتفقوا عليه بمحضر الجلسة او الحاق اتفاقهم المكتوب بهذا المحضر وأثبات محتواه, فدور القاضي في هذا الصدد هو دور المؤثق, فهو لا يقوم باي دور من أدوار الوظيفة القضائية ولا يواجه اي عارض من عوارض النظام القانوني او عوارض الحقوق القانونية, فالمحكمة وهي تصدق على الصلح الحاصل أمامها , أنما تقوم بوظيفة الموثق الذي يثبت حصول هذا الصلح أمامه بصفة رسمية[٣٧].
٢. وجود تأييد من بعض الفقه الفرنسي [٣٨] بهذا المنحى اذ يعتبرون وجود الشخص الخصم ,لا يكفي لاعتبار العمل قضائيا, بل يجب ان يعترض هذا الخصم بصورة فعلية , وبعبارة أخرى انهم اتخذوا معيار وجود النزاع كأساس لتميز العمل القضائي عن العمل الولائي [٣٩] , ولذلك تنازع المدعي في الدعوى اعتبر عملا قضائيا, واذا لم يكن هنالك نزاع فانه يعتبر عملا ولائيا.
٣. هنالك قرارات قضائية ,تؤيد هذا الاتجاه ومنها ١٩٧٧/١/٣١ ,طعن(رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ ق), ١٩٨٢/٣/١٠(طعن رقم ٩٤ لسنة ٤٧ق)[٤٠].

من هنا امكن القول بان القاضي قد يقوم بعمل المؤثق [٤١] بموجب سلطته الولائية وتتعلق دوره في تلقي إعلانات الإرادة من الأفراد وإضفاء الرسمية عليها او بتلقي وقائع مادية والتحقق منها وإعلانها ومثالها ضبط الأشهاد, أثبات إقرار ذوي الشأن ,أثبات الصلح الذي يتم بين اطراف الدعوى[٤٢].

اما في فرنسا فلقد انفصلت وظيفة التوثيق عن القضاء[٤٣] ولم يعد هنالك عمل توثيقي صادر من القضاء واردا في الأصل [٤٤] واصبح التوثيق في القانون الفرنسي من اختصاص الموثقين [٤٥]حيث أسندت مهمة توثيق العقود والإقرارات الى هيئة إدارية [٤٦]او

بشكل ادق الى موظف عام[٤٧] وعلى عكس هذه الصورة نجد ان أعمال التوثيق في الأنظمة القانونية المقارنة قد أسندت هذه الأعمال الى القضاء العادي.

المطلب الثاني

حالات الحكم الصوري

سنتعرض في هذا المطلب الى بيان حالات الحكم الصوري , حيث تعتبر أحكام التصديق على الصلح , وحكم رسو المزاد من اكثر الحالات شيوعا ونظرا لأهميتها, فسيكون بحثنا في المطلب مقسم الى فرعين, نتناول في الفرع الأول حكم التصديق على الصلح , فيما سيكون الفرع الثاني الى حكم رسو المزاد وكما سياتي بيانه:

الفرع الأول

حكم التصديق على الصلح

اذا كان الأصل العام ان القضاء هو المختص في نظر الدعاوي والفصل المنازعات بإصدار حكم قضائي ملزم لأطراف النزاع من حيث تنفيذه , إلا ان إرادة اطراف الدعوى , يمكن ان يكون لها دور في أنهاء المنازعات, حيث يعتمد المشرع في بعض الدول على وسيلة أساسها يقوم على إرادة اطراف النزاع, الا انه يلزم تدخل القاضي في مساعدة, تلك الأطراف على حل النزاع وهو ما يطلق عليه بعض الفقه ((أعمال الحماية التوفيقية او التصالحية)) [٤٨].

ولقد منح المشرع الفرنسي للقاضي دوراً هاماً للقيام بمهمة التوفيق بين الخصوم , وتقريب وجهات النظر ,بغية مصالحتهم وأنهاء النزاع قبل ان ينظر الدعوى, وقبل ان يصدر حكماً فيها [٤٩], حيث نصت المادة (١٢٨) من قانون المرافعات الفرنسي , على انه يمكن للقاضي أجراء التوفيق بين الخصوم في الوقت والمكان الذي يراه مناسباً, فيجوز للقاضي طبقاً لهذه المادة ان يقوم بالتوفيق بين الخصوم في اي وقت أثناء سير الخصومة , وأيضاً نصت المادة (٢٤٠) من قانون المرافعات الفرنسي على ((عدم جواز ان يفوض القاضي مهمة التفويض لخبير , لأنها من مهمة القاضي)).

ولقد نظم القانون المدني العراقي الصلح واعتبره عقد تنتهي به الخصومة[٥٠]كما هو الحال في القانون المصري, حيث عرفته المادة(٥٤٩) الصلح بانه(عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا , وذلك بان ينزل كل منها على وجه التقابل عن جزء من ادعائه)[٥١].

وبما ان الصلح عقد فيجب ان يتوافر فيه الأركان العامة للعقود, من رضا ومحل وسبب , وبالإضافة الى ركنين أخريين, الاول وجود نزاع قائم او محتمل, والثاني وجود تنازل متقابل من الطرفين, فلا يكون العقد صالحا, كما اذا تنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة, لتسهيل الحصول على ما يتبقى من الأجرة نقدا, وهذا يعد إبراء من بعض الدين وليس صلحا[٥٢].

ولا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح الا بحضور الخصمين, لان القاضي هنا يقوم بدور المؤثق, فلا يصح توثيق اي عقد بغياب احد طرفي العقد, كذلك يجب ان يكون محل الصلح غير منافي للنظام والآداب العامة, او ما يضر بمصالح الغير , كذلك يجب ان يكون السبب مشروع ,فلا يمكن الصلح على الجرائم كونه باطل, واذا صدر حكم استنادا الى عقد صلح تم في غياب احد طرفي الدعوى او بعد عدولهما, فهنا يفقد حكم التصديق على الصلح صفته الرسمية, ولا يعتبر سنداً تنفيذياً , ويجوز للخصم رفع دعوى أصليه بعدم اعتبار هذا الحكم سنداً تنفيذياً[٥٣].

فبعد ان ترفع الدعوى أمام القضاء وتنعقد الخصومة بين أطرافها على نحو صحيح قانونا , قد يتمكن الخصوم من التصالح فيما بينهم بشان الحقوق والمراكز القانونية المتنازع حولها ولا يحول المشرع بين الخصوم وبين هذا الحل بعد السير في إجراءات الخصوم[٥٤].

والسؤال الذي من الممكن طرحه هو هل يعتبر محضر الصلح حكماً قضائياً؟ وبالتالي يمكن مراجعته بطرق الطعن المقررة للأحكام ام انه غير ذلك.

للإجابة على هذا التساؤل نستطيع القول ان الفقه انقسم بشأن ذلك , حيث يرى البعض ان مثل هذا الحكم بإقرار الصلح لا يعد حكما, وليست له طبيعته طالما انه اقتصر على مجرد أثبات الصلح , ولا يطعن عليه بطرق الطعن في الأحكام, ولا يستمد قوته الا من ذات اتفاق الخصوم, ويمكن رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه, للأسباب الموضوعية للبطلان التي يقررها

القانون المدني[٥٥] وأساس هذا الراي يرجع الى ان المقصود بالحكم بمعناه المتقدم هو الحكم الذي يستغرق مجهود المحكمة في الفصل في منازعه قائمة أمامها[٥٦].

فمحضر الصلح لا يعتبر حكما, لأنه لم يصدر قرار من القاضي يحسم النزاع بالشكل المحدد للأحكام, ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية, ويجوز رفع دعوى اصليه بطلب بطلان الاتفاق[٥٧] كما يجوز الادعاء بالتزوير ورفع دعوى البطلان والتزوير الى المحاكم التي تحددها الى القواعد العامة[٥٨].

والى عكس هذا الراي ذهب أخرون حيث يستندون لأعمال الصلح الطبيعة القضائية وينفون عنها الطبيعة الإدارية, حيث بأثبات المحكمة لاتفاق الخصوم يكون هو المعول عليه في تحديد الحقوق والمراكز القانونية, الموضوعية التي كانت محلا للنزاع, القائم بين اطراف الدعوى ,كما تنقضي مكنة تجديد النزاع الذي حسم صلحاً عن طريق رفع دعوى جديدة بإجراءات مبتدأه, واذا رفعت مثل هذه الدعوى كان للخصوم الأخرين التمسك بالصلح, والدفع بعدم قبولها[٥٩].

لان الصلح القضائي لا يقوم بمجرد اتفاق الأطراف واتجاه أرادتهم الى أبرامه بينهم, ذلك ان للقاضي دور ضروري في هذا الصدد, وان كان دوره مكملاً لإرادة الخصوم, فالقاضي مطالب بأن يتثبت من قانونية الصلح, ومن توافر شروط صحته, كان يكون صادرا ممن له أهليته وسلطة أبرامه وفي مسألة يجبر القانون الصلح فيها, فاذا ما تأكد القاضي من ذلك كان لزاما عليه, ان يحكم بأثبات الصلح الحاصل أمامه في محضر الجلسة, او يلحق اتفاق الخصوم, ويصدره قراره في هذا الصدد بالشكل والقواعد المقررة لصدور الأحكام[٦٠].

وهذا ما أكدته المادة(١٠٣)من قانون المرافعات المصري بقولها(للخصوم ان يطلبوا الى المحكمة في اية حال تكون عليها الدعوى أثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم او من وكلائهم فاذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه الحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة واثبت محتواه فيه ويكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي وتعطى صورتها وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام [٦١].

ومحضر الجلسة يعتبر محرر رسمي وفق المادة (١٠) من قانون الأثبات المصري[٦٢] وما يثبت فيه يعتبر حجة على الخصوم, فلا يجوز أنكار ما جاء به الا بالطعن عليه بالتزوير[٦٣] كذلك يعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا بشرط توقيعه من الخصوم, ومن الجائز

ان يدرج في محضر الصلح كل منازعات الخصوم ,ولو كانت خارجة عن نطاق الخصومة القائمة أمام المحكمة وكذلك يجوز ان يتم تثبيت الصلح في محضر الجلسة ولو بعد قفل باب المرافعة , كما لا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح الا الذي حصل أمامها, وبحضور جميع اطراف الدعوى , ويكون موقعا عليه منهم(٦٤).

وعلى القاضي وهو يصدق على الصلح ان يتحقق من مسالة الاختصاص النوعي والقيمي ,فاذا كان غير مختص فلا يصدق على الصلح بل يقوم بالإحالة الى المحكمة المختصة للتصديق عليه ,ومخالفة ذلك يترتب عليه بطلان الصلح لوجود خطا في الإجراءات ,ويجوز الطعن على قرار المحكمة سواء بدعوى البطلان الأصلية او بطريق الطعن في الأحكام (٦٥).

وبالنسبة للقانون الفرنسي فان التصديق على الصلح يختص به القاضي الذي ينظر النزاع سواء كان قاضي المحكمة الجزئية او الابتدائية او قاضي التحقيق أمام المحكمة الابتدائية (٦٦) , او قاضي التحضير أمام المحكمة التجارية (٦٧), او قاضي التحقيق أمام المحكمة الاستئنافية (٦٨).

أما الحكمة من أجازت الصلح ذلك لأنه يحقق عدة فوائد و منها :-

١- توفير الوقت الذي يستغرقه الفصل في الخصومات .
٢- توفير النفقات.
٣- توفير جهد القضاء.
٤- تحقيق الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية المتنازع حولها على رأي من اعتبارها أحكام عادية.
٥- الحفاظ على العلاقات الاجتماعية بين الخصوم فالقضاء في اغلب الأحيان ان كان قد حلها , فهو يغلب طرفا على طرف فهنالك كاسب وهنالك خاسر وتظل العلاقات الاجتماعية متوترة بعد صدور الحكم عما كانت عليه قبل صدوره(٦٩).

اما بشأن مراجعة أحكام التصديق على الصلح من خلال الطعن فيه فبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نظم أحكام الصلح في المواد (٢٠٤٤-٢٠٥٨)من القانون المدني الفرنسي النافذ , واعتبر الصلح عقد يتم بين المتخاصمين لغرض حسم المنازعات , يحوز حجية الأمر المقضي فيه (٧٠).

اما بخصوص القضاء المصري فقد كان موقفه متبايناُ, فتارة يعتبر ان ما يصدر من القاضي وهو يصدق على الصلح لا يعدوا ان يكون حكماً قضائياً ,بل انه في حقيقة الأمر ما هو الا عقد يتم بين الخصوم أثناء سير الخصومة أمام القضاء, فالخصوم يبرمون عقداً او اتفاقا لحسم ما نشأ بينهم من منازعات اضطرتهم للجوء الى القضاء, فالتصديق على الصلح لا يخرج عن كونه عقدا ولا يوجد ما يحوله الى حكم وإنما يعطيه الصفة الرسمية فيكون رسميا بعد ان كان عرفيا, وتكون له قوة العقود الرسمية ولا يطعن فيه الا بالطرق المقررة للطعن بالعقود الرسمية, لا بالطرق المحدد للطعن بالأحكام[٧١].

وتارة يعتبر حكم التصديق على الصلح حكماً قضائياً مرتب لكافة اثاره, ومما يؤيد هذا الراي هو حكم محكمة الاستئناف المصرية في احد أحكامها((اذ قررت ان الحكم الصادر بالتصديق على الصلح يرتب سائر الأثار التي يرتبها الأحكام ,ولا يمكن الطعن به الا بالاستئناف, وليس بدعوى بطلان اصليه))[٧٢].

وأما في أحكام أخرى فقد اعتبرت التصديق على الصلح لا يعتبر حكما قضائيا بالمعنى الصحيح, لان دور القاضي يقتصر على إضفاء الصفة الرسمية على اتفاق الخصوم, فعمل القاضي فيه أشبه بالموثق, ولهذا فانه يدخل في أعمال القاضي الولائية[٧٣].

كذلك هنالك مجموعة من أحكام القضاء المصري تؤيد هذا الاتجاه[٧٤] ومنها نقض طعن (١٢٣٣ لسنة ٥٦ قضائية) في ١٩٨٨/١٢/٢٥ بقولها((تصديق القاضي على الصلح عملا بالمادة (١٠٣) من قانون المرافعات أساسه سلطة القاضي الولائية, لا القضائية مما مؤداه أن ما حصل امامه من اتفاق وتوثيقه ليس له حجية الشي المحكوم فيه, وان أعطى شكل الأحكام عند اثباته[٧٥].

والمشكلة التي تثور بشان إمكانية مراجعة أحكام التصديق على الصلح ,فاذا ما اعتبرت أعمالاً توثيقية, ولا تنال حجية الأمر المقضي فيه, وبالتالي يمكن رفع دعوى بطلان اصليه ببطلان الصلح ,فأنها سوف تتعارض مع أحكام المادة(٥٥٣) من القانون المدني المصري والتي تنص ((١- تنحسم بالصلح المنازعات التي يتناولها. ٢- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها اي من المتعاقدين, نزولا نهائيا))[٧٦], وإزاء هذا التناقض بين الأمر الذي يدفعنا الى قصد المشرع المصري من سن هذه المادة ! ,اهو يعتبر ان أحكام الصلح بمثابة أحكام اعلى مرتبة من الأحكام القضائية ,كون ان الصلح حسب ما جاء في

المادة(٥٥٣) سالفة الذكر, لا يقبل المراجعة من خلال وسائل الطعن حتى وان كان هنالك غلط في القانون [٧٧]وهو امر تاباه العدالة فكل عمل ما تتفق عليه الأرادات هو معرض للغش والتزوير في الحقائق الأمر الذي يكون من المجحف سد باب المراجعة في وجهه .

وهنالك الكثير من الاحكام التي وقعت في هذا التناقض ومنها نقض طعن (١١٣ لسنة ٤٦ قضائية) في ١٩٧٩/٤/٥ بقولها ((لئن كان القاضي, وهو يصدق على محضر الصلح لا يكون قائما, بوظيفة الفصل في خصومة لان مهمته تقتصر على أثبات ما حصل أمامه, ولا يعدوا هذا الاتفاق ان يكون عقدا ليس له حجية الشي المحكوم فيه, الا ان المادة(٥٣٣) مدني مصري نصت على ان تنحسم بالصلح المنازعات التي يتناولها, ويترتب عليها انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها اي المتعاقدين نزولا نهائيا, مما مؤداه انه اذا أنحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأي من المتصالحين ان يجدد هذا النزاع لا بإقامة دعوى به, ولا بالمضي في الدعوى التي كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا)[٧٨] .

أما ما نعتقد به فان سن المشرع المصري لهذه المادة كان مدفوع بدوافع إنسانية ,ومنها أنهاء النزاعات وتحقيق الوئام والتراضي بين الخصوم, مما يؤدي إلى توفير جهد القضاء, وتوفير نفقات التقاضي, وتحقيق استقرار للاتفاقات والمعاملات التي تتم أمام المحاكم, الا ان ذلك لا يعني ان انطوى التصديق على الصلح على غش او تزوير لا يمكن الطعن فيه أمام المحاكم العليا فباب الطعن مفتوح ,وخير مثال على ذلك قرار محكمة النقض المصرية في احد أحكامها[٧٩] والذي جاء فيه ((للغير الذي اضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش ان يرفع دعوى اصليه ببطلانه ,او يبدي الدفع بالبطلان بالتدخل في الدعوى التي حصل فيها الصلح , فاذا تدخل الغير ,في دعوى منظورة مدعيا ان الصلح قد اضر بحقوقهم, ودفع الخصم في مواجهته بانتهاء الدعوى صلحا, كان في مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح)).

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من أحكام الصلح , , فقد اعتبر ان الصلح عقداً, يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي , فاذا تم الصلح فلا يجوز لاحد المتصالحين ,الرجوع فيه, وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية العراقية في احد أحكامها [٨٠].

الفرع الثاني

حكم رسو المزاد

أثارة فكرة البيع عن طريق المزايدة العلنية جدلاً واسعاً بين الفقه حول تحديد طبيعته ذلك البيع , الذي لا يتم الا بصدور حكم من القاضي بإيقاعه , وكل ذلك ينعكس على مدى إمكانية الطعن فيه , ويتوقف تحدد تلك الطرق على المركز القانوني للقاضي والتمييز من بين صفته كقاضي محكمة بداءة او منفذ عدل , كون هذا البيع يمتاز بخصائص ومميزات خاصة , ولتسليط الضوء عليه , ارتئينا تقسيم هذا الفرع الى عدة فقرات , نتناول في الفقرة الأولى تعريفه وبيان طبيعته ,والى بيان خصائصه في الفقرة الثانية , اما في الفقرة الثالثة سنتولى دراسة إمكانية الطعن في حكم رسو المزاد.

اولاً: تعريف حكم رسو المزاد

لم يورد المشرع العراقي تعريفا لهذا النوع من البيوع, كما هو الحال في التشريعات المقارنة, اما بالنسبة للفقه فقد تصدى له اذا يعرف بانه ((عقد بيع منظم بنصوص قانونية إجرائية, وموضوعية يراد منه الوصول بثمن الحقوق العينية العقارية, القابلة للبيع الى اعلى قدر ممكن, بطريق المزايدة العلنية, بين المزايدين ممن لهم أهلية الشراء, قانونا, ويتم العقد فيه برسو المزايدة))[٨١].

وعرفه البعض بانه ((البيع الذي يتم من خلال القضاء او تحت أشرافه, لكي يتحول المال المحجور, عقارا كان او منقول الى مبلغ نقدي محققا غاية التنفيذ, باستيفاء الدائن لحقه المالي))[٨٢].

فيما عرفه البعض الاخر[٨٣] بانه ((هو ذلك الحكم الذي يصدره القاضي في جلسة البيع بالمزايدة العلنية ,والذي بموجبة يتم تقرير البيع القضائي على الشخص الذي رسا عليه المزاد بأكبر عطاء)).

يتضح لنا ان من التعاريف أعلاه ان حكم رسو المزاد يدخل ضمن مفهوم البيع الجبري فهو مرحلة وسطى بين حجز مال المدين وبين توزيعه على أصحاب العلاقة ,وقد نظمه التشريع العراقي , فقد أشاره إلى هنالك ثلاث جهات لها, الحق في تنظيم المزايدات, والحكم بإيقاع البيع لمن رسا عليه المزاد[٨٤] , وتتمثل هذه الجهات بمحكمة البداءة , حيث تتولى بيع المال الشائع الذي أصدرت المحكمة حكماً بإزالة شيوعه بيعاً لعدم قابلته للقسمة بين

الشركاء, استناداً إلى المادة (١٠٧٣) من قانون المدني العراقي[٨٥] , وبذلك تنتهي حالة الشيوع بين الشركاء.

كذلك قد أجاز القانون لمديرية التسجيل العقاري, بيع العقار المرهون, لامتناع مالكه عن تسديد الدين المؤثق بالرهن , وتمارس مديريات التسجيل العقاري هذا الاختصاص وفقاً لأحكام المادة (١٦١) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ والذي جاء فيها ((تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات الموثقة برهن ,او ما هو بحكمه, او حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته اذا كان مستحق الأداء)).

وقد تتولى مديرية التنفيذ , ببيع أموال المدين المنقولة وغير المنقولة , لإيفاء الديون المترتبة بذمته ,وتتبع في ذلك إجراءات قانون التنفيذ والتي تعتبر من النظام العام [٨٦] , لذا لا يجوز لأطراف المعاملة التنفيذية على مخالفتها, وذلك حماية لحقوق المدين ذاته وللمصلحة العامة [٨٧]

وكذلك نظم حكم رسو المزاد في القوانين المقارنة كالقانون المصري [٨٨] والقانون الفرنسي [٨٩] نظرا لأهميته وكثرة وقوعه في الحياة العملية.

اما فيما يخص دائرة بحثنا فيمكن طرح تساؤلا عن ما اذا كان قانون المرافعات ينظم إجراءات هذا البيع بهذه الطريقة فانه يثور خلاف في الفقه المقارن حول طبيعته, فهل يعتبر عقدا شانه شان عقد البيع الرضائي الذي نظمه القانون المدني ؟ام له طبيعة متميزة ومغايرة.

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بوجود عدة نظريات قيلت بشأنه لما يتميز به هذا البيع من خصائص تميزه عن البيع العادي وهي :

النظرية العقدية

ترى النظرية التقليدية ان البيع القضائي لا يختلف من حيث طبيعته عن عقد البيع الذي نظمه القانون المدني فهو في الحالتين عقد, والحكم الذي يصدر بإيقاع البيع هو حكم من حيث الشكل ,ولكنه عقد من حيث طبيعته[٩٠] حيث يرتب ما يرتبه عقد البيع من أثار حقوق والتزامات.

ويرى الراي الراجح[٩١] من انصار هذه النظرية ان طرح المال للمزاد يعد دعوة للتعاقد ,ويعد العطاء الذي يتقدم به الراغب إيجاباً, وإرساء المزاد قبولا للتعاقد ,وقد ثارت مشكلة بالنسبة لإرادة البائع حيث ان المال يباع جبرا , لذلك حاول البعض [٩٢]استخدام فكرة النيابة للقول ان الدائن الذي يباشر الإجراءات او الموظف القضائي هو نائب بالبيع عن المدين [٩٣] وذهب راي اخر[٩٤]إلى ان الدولة تنتزع من المدين سلطة التصرف في المال المحجوز وتباشرها عن طريق البيع بالمزاد .

وقد أيدت محكمة النقض هذه النظرية في احد قراراتها [٩٥]حيث قضت بانه ((الحكم الصادر بإيقاع البيع على المشتري في مزاد علني وان كان له شكل الا حكام ,الا انه عقد بيع ينعقد جبرا بين مالك العقار المنفذ عليه وبين المشتري, وهو لا يصدر في خصومة وإنما يصدر من القاضي بصفته الولائية)).

الانتقادات الموجه للنظرية العقدية

١-اذا كان طبيعة البيع عن طريق المزاد عقدا , فيلزم للعقد توافق إرادتين على نقل ملكية المال المبيع مقابل الثمن, والبيع بالمزاد لا يتم بإرادة المدين بل جبرا[٩٦].

٢- لا تصلح فكرة النيابة في التعبير عن إرادة البائع, اذا ان النائب يعمل لمصلحة الأصيل, بينما الحاجز لمصلحته الشخصية, وهو لا شان له بقبول البيع او رفضه, وإنما هو يقدم طلب بأجراء البيع ليحرك بها سلطة الموظف القضائي[٩٧].اما الموظف القضائي فهو لا يقوم بتوقيع البيع نيابة عن المدين بل انه يقوم بها بماله من سلطة عامة لتطبيق القانون[٩٨].

٣-اما للرد على القائل بان الدولة تنتزع سلطة التصرف من المدين فهذا راي غير سديد, اذا ان هذه السلطة غير مستقلة عن ملكية المال المبيع بل هي احدى عناصر الملكية ,ومن الأصح ان يقال انها تنتزعها من البائع وتنقلها الى المشتري[٩٩] .

وقد اخذ المشرع العراقي بهذه النظرية في اعتبار حكم رسو المزاد عقدا وذلك حسب ما جاء في المادة (٨٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص ((لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزايدة,.....)).

نظرية القرار القضائي

يرى البعض من الفقه [١٠٠]ان حكم رسو المزاد هو قرار يصدر من موظف قضائي[١٠١]بماله من سلطة عامة, وهو قرار بنزع ملكية المال المبيع , ونقلها الى المشتري مقابل دفع الثمن الذي رسا به المزاد. ويصدر هذا القرار وفقا للإجراءات التي رسمها قانون المرافعات ضمن إجراءات التنفيذ الجبري فهي الخطوة الثانية من خطوات الحجز ونزع الملكية[١٠٢]ولذلك فالعطاء الذي تقدم به المشتري لا يعد إيجاباً او قبولاً للتعاقد, وإنما هو أجراء من أجراء البيع[١٠٣] يخضع لأحكام قانون المرافعات, فهو قرار بنزع ملكية المال المبيع, ونقلها الى المشتري مقابل الثمن ,الثمن الذي دفعه [١٠٤].

وهذه النظرية جديرة بالتأبيد, فحكم رسو المزاد هو قرار يصدر من القضاء ضمن إجراءات التنفيذ القضائي, ولكن هذا لا يعني اعتباره عملا قضائيا بالمعنى الدقيق فهو حتى لو اتخذ شكل الحكم فهولا يعتبر حكما قضائيا وإنما هو عمل من أعمال التنفيذ القضائي, ولذلك لا يخضع لقواعد العامة للحكم القضائي[١٠٥]فلا يلزم تسبيب حكم رسو المزاد, وهو لا يرتب حجية الأمر المقضي فيه , ولا يخضع لقواعد الطعن في الأحكام , وإنما يجوز رفع دعوى اصليه لإبطاله[١٠٦].

فيما يرى البعض الأخر [١٠٧]ان بيع رسو المزاد هو قرار قضائي له طبيعة مختلطة , بمعنى انه حكم قضائي من حيث الشكل ولكنه عمل ولائي من حيث المضمون , ويقوم به القضاء عند وجود قصور في إرادة الأفراد لرقابتها او تكملتها[١٠٨].

في حين هنالك من يرى [١٠٩]ان حكم رسو المزاد يخضع لقواعد خاصة ,اذا يرى انه قضاء غير موضوعي وغير ولائي, وان كان من حيث الشكل يعتبر حكما, وبالتالي ينبغي التمييز بين شكل الحكم ومضمونه, وبالتالي تكون النتيجة المترتبة هي إخضاع حكم رسو المزاد لقانون المرافعات من حيث تكوينه وأثاره, وليس لنظرية العقود في القانون المدني, وبالتالي يخضع لقواعد البطلان الواردة في القانون الإجرائي, ولذلك لا يخضع لقواعد العامة للحكم القضائي ,فلا يلزم تسبيب حكم رسو المزاد, وهو لا يرتب حجية الأمر المقضي فيه , ولا يخضع لقواعد الطعن في الأحكام , وإنما يجوز رفع دعوى اصليه لإبطاله.

اما البعض من الفقه فقد ذهب الى التفريق بين حالتين ينظر فيهما إلى دور القاضي:

الحالة الأولى: اذا اقتصر دور القاضي فيه على إيقاع البيع بالمزايدة لا يعتبر حكما بالمعنى الصحيح, كونه لا يفصل في نزاع قائم[١١٠] وإنما هو محضر يحرره القاضي باستيفاء الإجراءات والبيانات التي يتطلبها القانون[١١١] ,وهو لهذا فهو لا يخضع للقواعد الطعن بالأحكام[١١٢] بل يمكن التمسك ببطلانه برفع دعوى بطلان اصليه[١١٣].

الحالة الثانية: اما اذا لم يقتصر دور القاضي فيه على إيقاع البيع فقط , بمعنى اذا حكم القاضي بإيقاف البيع او قبوله او حكم في مسائل موضوعية خارجة عن اختصاصه, فيعتبر حكما قضائيا بمعنى الصحيح ويخضع لقاعدة عدم جواز الطعن الا بطرق الطعن وليست بدعوى اصليه[١١٤] .

فيما يرى المشرع الفرنسي انه على الرغم من القول بان رسو المزاد هو حكم لانه من عمل من أعمال القضاء, كما انه يحمل شكل الحكم ,الا انه في الحقيقة ليس بحكم لأنه لا يفصل في النزاع وهو اقرب الى محضر منه الى حكم [١١٥].

فيما نرى نحن ان طبيعة حكم رسو المزاد هي ذات طبيعة مغايرة, حيث يقتصر دور القاضي فيه بتوثيق ما تم بين يديه هو بذلك يقوم بعمل من أعمال التوثيق[١١٦]بموجب سلطته الولائية, كون ان حكم رسو المزاد يعتبر حكما صوريا فالقاضي لا يفصل في خصومة قائمة بين طرفين , وإنما ينحصر دوره في مراقبة الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن رسا المزاد عليه ,كون الصورية كما ترد على العقود ترد على الأحكام[١١٧] وقضت أيدت محكمة النقض ذلك في بعض أحكامها [١١٨].

وللحديث عن السلطة المختصة بأجراء رسو المزاد, فهي تتمثل بموظفي دوائر التنفيذ في المحاكم[١١٩], ومن البديهي ان المنفذ العدل هو من يتراس هؤلاء[١٢٠], فله ان يتخذ قراره بشان قبول التنفيذ او رفضه[١٢١].

اما الموظفون الأخرون هم الذين يشاركون في عملية التنفيذ وهم كل من مسؤول شعبة أمانة التنفيذ, ومسؤول شعبة المحاسبة وشعبة المتابعة والحفظ ويخضع البيع الجبري للأشراف القضائي, اذا يكون بيع المنقول بواسطة المنفذ العدل[١٢٢]او بواسطة معاون مدير التنفيذ وتحت أشراف قاضي التنفيذ[١٢٣] بينما يتم بيع العقار بالمزاد العلني بواسطة المنفذ العدل ومعاونه وتتم المناداة على المزايدة الى ان تنتهي برسو المزاد على اعلى عطاء يتضمن الثمن الأساسي والمصاريف[١٢٤].

ثانياً: خصائص البيع الجبري

١. انه بيع يتم بواسطة القضاء: حيث تتم إجراءات المزايدة تحت أشراف القضاء, حيث يقوم القاضي بتوقيع البيع لمن يرسوا عليه المزاد, ولم يوجب المشرع العراقي على الدائن تقديم طلب لتحريك إجراءات البيع الجبري على خلاف المشرع المصري الذي اشترط ذلك في المادة(٣٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية بقولها((اذا لم يطلب الدائن المباشرة بإجراءات البيع ,في التاريخ المحدد في محضر الحجز ,جاز للحاجزين الأخريين طبقا للمادة(٣٧١) ان يطلبوا أجراء البيع بعد اتخاذ إجراءات اللصق والنشر المنصوص عليها في المواد السابقة .....)) .

يتضح لنا مما سبق ان للمنفذ العدل بموجب أحكام قانون التنفيذ العراقي ان يأذن للمدين ببيع عقاره المحجوز بنفسه, دون تدخل من مديرية التنفيذ وذلك استثناء من أحكام المادة (٥٨)[١٢٥]والتي منعت اطراف المعاملة التنفيذية ,من الاتفاق على اتباع إجراءات حجز الأموال وبيعها بشكل يخالف الإجراءات التي رسمها قانون التنفيذ, وذلك حرصا منه على إتاحة الفرصة ببيع عقاره بثمن اعلى ودون علنية قد تؤثر على مركزه الاجتماعي[١٢٦] , وتكون إجراءات بيع المنقول تحت رقابة مديرية التنفيذ وبأشراف المنفذ العدل[١٢٧].

٢. إجراءات البيع القضائي تتم عن طريق المزاد العلني: ان للبيع بالمزايدة العلنية أهمية بالغة في حسم الإجراءات التنفيذية, اذا يتيح فرصة اكبر للجمهور في الاشتراك بالمزايدة, والمنافسة بينهم ,مما يودي الى رفع ثمن المبيع الى اقصى سعر ,مما يحقق مصلحة كل من الدائن والمدين, اذا يحقق للدائن الحاجز الحصول على الثمن فورا, ويحقق للمدين المحجوز عليه فائدة بيع عقاره بسعر اعلى, كون إجراءات البيع الجبري تمنع حصول استغلال المشتري لموقف المحجوز عليه من انه قد يقدم على شراء المال المحجوز بأبخس الأثمان, كما ان العلانية تحقق فائدة أخرى فهي تحقق رقابة من قبل الجمهور على إجراءات المزايدة ,وتمنع وجود تلاعب او محاباة لبعض الأشخاص في الشراء على حساب الأخرين[١٢٨].

٣. لا يمكن الطعن بالغبن في البيع القضائي: نظرا لإجراءات العلانية التي تحيط بالمزايدة, ولكونها تتم تحت أشراف قضائي, فان هذا يعني ان إجراءات البيع سوف تتم بشفافية تامة ,وبالتالي لا يمكن للمشتري الطعن فيها بالغبن كونه قد اطلع على المبيع وقبل بحالته وهذا ما أكدته المادة(٣/١٢٤) حيث نصت((لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية))[١٢٩].

٤. لا يرتب البيع القضائي التزاما بضمان العيوب الخفية: حيث نصت المادة(٤٢٢) من القانون المدني المصري بانه((لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد)). وذلك رغبة من المشرع في تحقيق استقرار المعاملات في هذه البيوع , نظرا لما يحيطها من ضمانات العلنية مما يمكن المشتري من الاطلاع على المبيع والكشف عن عيوبه.

٥. لا يرتب البيع القضائي ضمان الاستحقاق :وهذا ما أكدته المادة(٤١٦) من القانون المرافعات المصري حيث نصت على ((اذا استحق المبيع, كان للمشتري الرجوع بالثمن والتعويضات ان كان لها وجه, ولا يجوز ان تتضمن قائمة شروط البيع, الإعفاء من رد الثمن)), ولا يكون هنالك ضمان استحقاق للاعتبارات التالية:-

أ- لا يوجد بائع في البيع القضائي , والثمن يسترد من خزينة المحكمة قبل توزيعه على الدائنين, ولا يمكن االعتبارهم بائعين.

ب- يرتب ضمان الاستحقاق تعويضا كاملا للمشتري في عقد البيع الاتفاقي عما لحقة من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ,اما في البيع القضائي فلا يسترد الا الثمن , ولا يستحق من التعويضات الا اذا كان لها مقتضى ,مثلا بان يثبت خطا الدائن المباشر للإجراءات [١٣٠] ويكون هذا الدائن مسؤول وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

٦. لا يتم نقل ملكية المبيع الا بعد دفع الثمن: لا تتم إجراءات البيع بالمزاد الا بعد ان يودع المشتري (١٠%) من القيمة التقديرية للمبيع وذلك من اجل إظهار رغبة المشتري في جدية البيع, وبعد انتهاء المزايدة يجب دفع الثمن الذي رسي عليه المزاد مباشرة حتى تتم بعدها إجراءات تسليم المبيع[١٣١] وعلى الرغم من أغفال المشرع العراقي من ذكر وقت تسليم المبيع وبالتالي وقت تسليم الثمن ,إلا ان العرف جرى على تسليم الثمن فورا رسو المزاد على المشتري, ولكن لا يوجد هنالك مانع في قانون التنفيذ يحول دون إمهال المشتري مدة وجيزة لدفع ثمن

المزايدة , على ان يدفع صفقة واحدة, حيث لا يجوز تقسيط المبلغ او تأجيل جزء منه الى وقت لاحق[١٣٢]وقد الزم المشرع العراقي المشتري بدفع بدل المزايدة ورسوم التسجيل العقار عند بيع العقار خلال (١٥) يوم من تا ريخ الإحالة النهائية والا اعتبر ناكلا[١٣٣].

ثالثاً: الطعن في حكم رسو المزاد

قد إتاحة التشريعات المقارنة طرق محددة لمراجعة الحكم بغية إعادة النظر وذلك اذا ما كان مخالفاً للقانون , وتسمى تلك الوسائل بطرق الطعن , والغاية منها هو معالجة الأخطاء والنواقص التي تشوب تلك الأحكام ,

اما بشان حكم رسو المزاد , فقد كان محل اختلاف في التقنينات القانونية , فهنالك من أجاز الطعن بها , وهنالك من رفض هذا المبدأ باعتبار انه حكم نهائي لا يقبل الطعن باي طريق من طرق الطعن المعتمدة قانوناً, واذ لا يعد هذا الحكم حكماً بالمعنى المتقدم ، فقد راي المشرع الفرنسي ان يجعل سبيل مراجعة هذا الحكم من خلال رفع دعوى بطلان اصليه لا بطرق من طرق الطعن في الأحكام[١٣٤].

اما بالنسبة للمشرع المصري فلا يمكن مراجعة حكم رسو المزاد بطرق الطعن بالأحكام ,وإنما فقط يمكن الطعن فيه بطريق الاستئناف [١٣٥]ويمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه[١٣٦]. والاستئناف المنصوص عليه في المادة (٤٥١) من قانون المرافعات المصري, ليس وسيلة لا عادة طرح النزاع مرة ثانية , كما هو الاستئناف كطريق من طرق الطعن العادية. وإنما هو وسيلة إبطال يقصد به مواجهة ما شاب حكم إيقاع البيع من عيوب[١٣٧].

ويمكن استئناف حكم رسو المزاد في ثلاثة حالات[١٣٨] فقط وهي :

اولاً: عيب في إجراءات المزايدة: كحصول المزايدة في جلسة غير علنية او منع شخص من الدخول بدون وجه حق او قبول عرض من شخص ممنوع قانونا من دخول المزايدة[١٣٩] .

ووجود عيب في إجراءات المزايدة يجيز استئناف حكم رسو المزاد, ولو لم يتمسك به بهذا العيب أمام القاضي القائم بالبيع ,ومن ثم يجوز استئنافه لخلو الحكم من بيان تاريخ

إصداره او مكانه او اسم القاضي الذي تم بين يديه[١٤٠],او لعدم اشتماله على صورة من قائمة البيع او بيان الإجراءات التي اتبعت بيوم البيع او الإعلان عنه او محضر الجلسة [١٤١].

ثانياً: عيب في شكل الحكم: والمراد بعيب الشكل ليس فقط عدم استيفاء الحكم للشروط والبيانات العامة الواجب توافرها في الأحكام. او البيانات الخاصة بإيقاع البيع , وإنما بفسر الشكل بالمعنى الواسع بمعنى يجب توافر جميع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون المرافعات. ومفادها ان الشكل في بالعمل الإجرائي قد يكون عنصر من عناصرها او ظرفا مكانيا او زمانيا يجب وجوده خارج العمل لكي ينتج العمل أثاره القانونية[١٤٢].

ثالثا: صدور الحكم بعد طلب وقف الإجراءات في حالة وقفها كان واجب قانوني : والاستئناف في هذه الحالة هو في الحقيقة طعن في قضاء صادر في منازعه[١٤٣] ويؤدي إلى الغاء حكم رفض وقف البيع او بطلان حكم إيقاع البيع بالتبعية[١٤٤].

ويرفع الاستئناف في القانون المصري بالأوضاع الاعتيادية خلال خمس أيام من تاريخ النطق بالحكم [١٤٥] ومجرد رفع الاستئناف لا اثر له في ملكية الراسي عليه المزاد التي تنتقل اليه بتسجيل الحكم[١٤٦]كما ان لا اثر له في تنفيذ الحكم فلا يودي الى وقفه[١٤٧].

اما بالنسبة للمشرع العراقي , فقد أجازت المادة (١١٨) التظلم من قرارات المنفذ العدل بقولها ((يكون قرار المنفذ العدل, قابلاً للطعن فيه عن طريق .أولاً - التظلم من القرار ثانياً – التمييز)) [١٤٨] .فقد لاحظ المشرع العراقي احتمال إصدار المنفذ العدل قرارات غير قانونية نتيجة خطأ في تطبيق إجراءات التنفيذ , بان يرفع ذوي الشأن سواء كان دائناً او مديناً او شخصا ثالثاً اعتراض موجه الى دائرة التنفيذ ,ويوقعه منه شخصياً, وبعدها ينظر في الطلب فيقرر أما تأييده او تعديله او أبطاله خلال ثلاثة ايام من تقديم الطلب[١٤٩]. ويشترط القانون العراقي لتقديم التظلم من قرار المنفذ العدل , قبل انتهاء الإجراءات التنفيذية , المتعلقة به [١٥٠].

كذلك يمكن الطعن في حكم رسو المزاد تمييزاً, خلال سبعة ايام استناداُ الى ما جاء في نص المادة (١٢٢) من قانون التنفيذ العراقي تنص ((يجوز للخصم ان يطعن تمييزاً في قرار المنفذ العدل او في القرار الصادر منه بعد التظلم لدى محكمة استئناف المنطقة خلال سبعة أيام بعريضة يقدمها إلى المنفذ العدل, او المحكمة المختصة بالطعن))

ويبدأ سريان المدة بالنسبة للخصم الحاضر من اليوم التالي لتفهيم القرار له , وتوقيعه اذا كان الخصم حاضراً, اما بالنسبة للخصم الغائب فيبدأ سريان المدة القانونية من اليوم للتبليغ بالقرار الذي أصدره المنفذ العدل, ويجري التبليغ وفق ما نصت عليها قانون المرافعات العراقي في المادة (١٣-٢٨)[١٥١] .

نستخلص من ذلك ان طرق مراجعة قرار المنفذ العدل من خلال الطعن فيه في القانون العراقي تكون اما بطريق التظلم او الطعن تمييزا أمام الهيئة الاستئنافية بصفتها التمييزية . وان هذا القرار قد يصدر بشان حكم رسو المزاد او إجراءاته [١٥٢] , ومن ثم لا يمكن الطعن في حكم رسو المزاد عن طريق الاستئناف وهذا ما أيدته محكمة التمييز الاتحادية في احد أحكامها[١٥٣] , حيث أشارت فيه الى ان الطعن في قرارات المنفذ العدل محدد بقانون التنفيذ , بالطعن بالتمييز أمام رئاسة محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لا أمام محكمة البداءة [١٥٤].في حين سار القضاء العراقي في أحكام أخرى على قبول الطعن بحكم رسو المزاد عن طريق الاستئناف , وهذا ما أكدته قرار محكمة التمييز الاتحادية في احد أحكامها [١٥٥] .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة البحث المتمثلة بالحكم الصوري وفي الختام لدينا جملة من الاستنتاجات والتوصيات التي قد توصل لها الباحث وهي:-

الاستنتاجات :-

١- هنالك طائفة من الأحكام القضائية التوثيقية, والتي لم تكن في اطار خصومة منعقدة وإنما التي تنحصر مهمة القاضي فيها على تقرير ما أتفق عليه أصحاب الشأن أمامه , فهو لم يبدي براي ولم يقطع في خصومة .

٢- هذه الأعمال التوثيقية هي أحكام قضائية غير حائزة لحجية الأمر المقضي فيها , مما يعني بإمكان رفع دعوى بطلان اصليه لأبطالها.

٣- تعتبر هذه الأعمال سنداً رسميا باعتبارها موقعه من قبل قاضي والذي يعتبر بمقام موظف عام, وبذلك لا يمكن الطعن فيه بالتزوير.

٤- الصورية كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام التصديق على الصلح الذي لا تتعدى مهمة القاضي فيه إلا على توثيق ما أتفق بشأنه الخصوم , وكذلك أحكام رسو المزاد الذي تنحصر مهمة القاضي على مجرد مراقبة استيفائه للإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن تقدم بأكبر عطاء أثناء المزايدة.

التوصيات :-

١- نوصي بتنظيم دعوى البطلان الأصلية في التشريع العراقي كإحدى طرق الطعن, للتخلص من قوة وصلابة طرق الطعن المقررة قنوناً, والمحددة بمدد قصيرة , والتي يسقط حق الطاعن بفواتها , كذلك فان هنالك الكثير من الأحكام التي تقبل الطعن بهذا الطريق, ومنها الأحكام الصورية مدار بحثنا , وذلك لإحقاق الحق وإتمام العدالة.

٢- تنظيم أحكام رسو المزاد في قانون التنفيذ في ما يتعلق بصدور هذا القرار وتنظيم ما يجب ان يشتمل عليه لانه سيصبح سنداً تنفيذيا بيد المشتري, ومن حيث تعريفه , وبيان أثاره.

٣- ندعو المشرع العراقي الى ترتيب جزاء على عدم مراعاة الإجراءات الخاصة بإعلان العقار او المنقول المعروض للبيع من قبل السلطة القائمة بالبيع , والذي يتمثل ببطلان البيع بالمزاد , وفرض عقوبات مالية على المتسبب بذلك.

٤- تنظيم حكم التصديق على الصلح , باعتباره حكماً قضائياً لا على أساس كونه عقد من العقود المدنية, وهو ما يجعل باب الطعن مفتوحاً أمامه , فهنالك الكثير من أحكام الصلح التي قد تبنى على أجراء باطل او قد تتضمن غش او تواطئ بقصد الأضرار بالطرف الأخر بحجة ان عقد الصلح لا يجوز الرجوع فيه, لانه يحسم المنازعات.

الهوامش

(١) د, عبد الفتاح السنديك, الوجيز في المرافعات المصرية ,ط ٢, مطبعة النهضة العربية, ١٩٢٤,ص ٤٢٢.

(٢) د.عبد الباسط جميعي, شرح قانون الإجراءات المدنية, دار الفكر العربي ,١٩٦٦, ص٤٧٦.

(٣) التقاضي الصوري هو نوع من أنواع الصورية التي لا يمنعها القانون, شانه شأن الصورية في التعاقد طالما لا تنطوي على غش او تدليس . نقلا عن عبد الباسط جميعي , شرح قانون المرافعات الجديد ,مصدر سابق ,ص٥٨٥.

(٤) د. أسامة احمد شوقي المليجي, التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي, دراسة مقارنة, دار النهضة العربية ,القاهرة ,٢٠٠٨, ص١٨٨.

(٥) د. محمد سعيد عبد الرحمن, الحكم القضائي, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, ٢٠٠٨, , ,ص١٥٧.

(٦) جابيو,ج١,ط١,ص٥١١,بند ٥٤٥ نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن , بدون ذكر مكان الطبع ,٢٠٠٦, ص٧٥١.

(٧) د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, دار الجامعة الجديدة للنشر, ٢٠٠٤, ص٥٠.

(٨) د. وجدي راغب , النظرية العامة للعمل القضائي, منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٧٤,ص ١١٦.

(٩) د,عبد الفتاح السنديك ,الوجيز في المرافعات المصرية, مصدر سابق , ص٤٢٢.

(١٠) ونظرا لقلة وندرة مثل تلك الأحكام التي يصعب الكشف عنها بمجرد قراءتها, فقد يتصور البعض إمكانية حدوثها في نزاع حقيقي قائم, عند إقرار احد الأطراف بحق خصمه, الذي يرغب في الحصول على حكم يحسم النزاع مستقبلا فيتفق الأطراف على الاستمرار في ايهام القاضي بوجود نزاع بينهم حتى يفصل فيه .

J.Heron,op.cit,no262,p.195.Enbasdep.2.

نقلا عن د. أسامة احمد شوقي المليجي, التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي ,مصدر سابق , ٢٠٠٨, ص١٨٨ .

(١١) Trib.comm.orarr.8/6/1928,Gaz.pal 27/11/1928

نقلا عن د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, مصدر سابق, ص٥٠ .

(١٢) Morel,op.cit.p.439

نقلا عن د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, مصدر سابق , ص٥٠.

(١٣) د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, مصدر سابق , ص٥٠.

(١٤) د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, مصدر سابق , ص٥١.

(١٥) د. عبد الباسط جميعي, شرح قانون الإجراءات المدنية, مصدر سابق , ص٤٧٦.كذلك أنور طلبة ,بطلان الأحكام وانعدامها , المكتب الجامعي الحديث , الإسكندرية ,٢٠٠٦ ,ص٦١٦.

(١٦) جابيو, ج١, ط١, ص٥١١,بند ٥٤٥ نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق , ص٧٥١ .

(١٧) نقص فرنسي دائرة العرائض (٩٦-١-١٩٧) في (١٠ يونيو ١٨٩٥) دالوز, محكمة بوردو (٩٦-٢-٣٩٤) في(٢ مايو ١٨٩٥) دالوز العلمي الجديد ج٢,ص٨٥٤ بند ١١. نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق, ص٧٥١.

(١٨) د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض, مصدر سابق, ص٥١.

(١٩) د. محمد سعيد عبد الرحمن, الحكم القضائي, مصدر سابق ,ص١٥٨.

(٢٠) د. أحمد السيد الصاوي, اثر الأحكام بالنسبة للغير, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٩ ,ص٥٩.

(٢١) المواد(١،٢،٣) من قانون الأثبات العراقي النافذ.

(٢٢) Tissier,notes.1909,305.

نقلا عن د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض ,مصدر سابق ,ص٥١, كذلك انظر د. أسامة احمد شوقي المليجي, التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي, مصدر سابق , ص١٨٨ ,ص١٨٩ كذلك د. إبراهيم نجيب سعد, القانون القضائي الخاص, ج١, منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٨٠, ص١٠٣ , حيث يرى ان معيار التميز بين العمل القضائي والعمل الولائي هو فكرة وجود نزاع ولو كان هذا النزاع ضمنيا او صوريا بإرادة المشرع كالحكم بالطلاق , فالمشرع يفرض على الزوجين خلق نزاع مفتعل حماية للنظام العام اذا ان القانون يمنع الطلاق بإرادة الزوجين الا في حالة وجود نزاع. او باتفاق الخصوم مثل الاتفاق على الصلح او حكم رسوا المزاد .

(٢٣) جلاسون ,ج١,ط٢,ص٥١١-ص٥١٣ نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق, ص٧٥١.

(٢٤)جابيو , المرافعات , بند ٥٤٨ هامش ص ٣٥٧, نقلا عن د.عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق, ص٧٥٢.

(٢٥) جابيو , المرافعات, بند ٣٧٤ نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق, ص٧٥١.

(٢٦) جابيو , المرافعات, بند ٣٧٤ نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق, ص٧٥١.

(٢٧) دالوز العالمي ج٧ ,ص ٣٧٩,بند ٣٦-٤٣ نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق , ص٧٥١ .

(٢٨) جابيو, المرافعات, بند ٥٤٧,ص٣٩٨,كذلك ديفيز, رسالة, ص ١١٩ نقلا عن د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق , ص٧٥١.

(٢٩) نقض فرنسي نقلا د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق , ص٧٥١ .

(٣٠) د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون, قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, مصدر سابق, ص٧٥١.

(٣١) د, عبد الفتاح السنديك, الوجيز في المرافعات المصرية, مصدر سابق,ص٤٢٢.

(٣٢) Cass.Req.10/7/1895,D.1896-I-197.

Cic8/7/1925,s.1925-I-160.23/4/1929,Gaz,pal17/6/1925

نقلا عن د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, مصدر سابق, ص٥٠.

(٣٣) cass.25/2/1901,D.1903-I-580

cass,28/11/1904,s.

Cass,29/4/1931,D.1931-I-123

نقلا عن د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, مصدر سابق ,ص٥٠.

(٣٤) د. أحمد السيد الصاوي, اثر الأحكام بالنسبة للغير, مصدر سابق , ص٥٩

(٣٥) د. فتحي والي , نظرية البطلان في قانون المرافعات ,ط١, بدون ذكر مكان الطبع , ١٩٥٩ , ,ص٦٢٠ ,كذلك انظر كرميه, المجلة الانتقادية ,١٩٢٦, ص١٨١, كذلك انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ,العقود التي تقع على الملكية , ج٥, مجلد ٢, دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٢ ,ص ٥٢٤,كذلك انظر د. احمد أبو الوفا, نظرية الأحكام في قانون المرافعات , ط٥, منشاة المعارف ,الإسكندرية , ١٩٨٥,ص٥٤.

(٣٦) MOREL,op.cit.p.437

نقلا عن د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, مصدر سابق, ص٥٠.

(٣٧) د. أحمد ماهر زغلول, أصول وقواعد المرافعات, مصدر سابق ,ص٩٦٥, كذلك د. أحمد ابو الوفا, نظرية الاحكام ,مصدر سابق ,ص٥٣ كذلك د. محمد سعيد عبد الرحمن, الحكم القضائي, مصدر سابق, ص١٥٦, له راي ومفاده انه يعتبر عمل القاضي وهو يصدق على الصلح هو عمل اداري بحت, حيث يقوم القاضي بدور المؤثق, اثناء سير الخصومة بناء على طلب الخصوم.

(٣٨) سوليس وبيرو, نقلا عن د. إبراهيم نجيب سعد , القانون القضائي الخاص ,ج١, مصدر سابق ,ص١٠٢.

(٣٩) وقد اخذ بهذا المعيار المشرع الفرنسي في المادة الثانية من القانون الصادر في ١٥/ يوليو/١٩٤٤, والتي تنص ((على ان غرفة المشورة تفصل في المواد الولائية في كل الطلبات التي تفترض عدم وجود خصم, ولا يمكن ان تؤدي الى منازعة من الغير او الطلبات, التي يشترط فيها, رغم اتفاق الخصوم ,صدور قرار من المحكمة بسبب طبيعة العمل, او صفة هؤلاء الخصوم)).

(٤٠) منشور عند د. فتحي والي , نظرية البطلان في قانون المرافعات, ط٢, دار الطباعة الحديثة , القاهرة , ١٩٩٧, ص٧٨٤.

(٤١) معنى الأعمال التوثيقية للقاضي هي الأعمال التي لا يبدي فيها القاضي رأيا محدد له , ولا يقرر فيها اي شي ,وانما يقتصر دوره على تسجيل ما يتفقوا عليه اطراف النزاع, بعد ان يشهدوه عليه, وكأن القاضي يحرر محضراً, فيماثل دوره دور المؤثق تماما, ومن ثم لا يحوز حجية الأمر المقضي فيه, وبالتالي يمكن رفع دعوى بطلان لإزالة أثاره, ولا يمكن سلوك طرق الطعن المقررة للأحكام ,ولكن لا يجرد من كل فاعلية بل يبقى سندا تنفيذيا له القوة الإلزامية والثبوتية ,باعتبار ان الوقائع والتصرفات القانونية التي جرت امام القاضي كموظف عام تعتبر محررات رسمية .انظر Perrotet . Fricero.op.cit.n38 نقلا عن د.جمال الطاهري ,حجية الأمر المقضي في المادة المدنية, ط١, ٢٠١١ ,ص٢٤٦.

(٤٢) د. أسامة احمد شوقي المليجي, التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي, مصدر سابق ,ص١٧٠ .

(٤٣) بلانيول, ص٢٠-٣٥ كذلك اندري هنري ,ص ٣٢-٣٦ , كيوفندا, نظم ,ج٢, ص١٣-١٤. نقلا عن د. وجدي راغب, النظرية العامة للعمل القضائي, مصدر سابق ,ص ١١٦.

(٤٤) د. جمال الطاهري ,حجية الأمر المقضي في المادة المدنية,ط١, ٢٠١١,ص٢٤٧.

(٤٥) وعرفت المادة الأولى من الأمر الفرنسي رقم (٢٥٩٠-٤٥)الصادر في ٢ //١٩٤٥ ((الموثقين بانهم ((الموظفون العموميون الذين اسند اليهم القانون, تلقي التصرفات والعقود التي يريد الأطراف أضفاء الصفة الرسمية عليها, وأثبات توريخها.....)).

(٤٦) احمد مليجي, تحديد الولاية القضائية والاختصاص القضائي ,دراسة مقارنة ,اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة عين شمس ,القاهرة, ١٩٧٩, ص١١٣.

(٤٧) محمد الربيعي, محررات الموثقين وحجيتها في الأثبات, رسالة لنيل شهادة الدبلوم في الدراسات العليا في القانون الخاص من كلية الحقوق جامعة الحسن الثاني, الدار البيضاء, ١٩٨٨ ,ص٤٦-٤٧.

(٤٨) د. طلعت يوسف خاطر, انقضاء الخصومة بالصلح القضائي, ص ٢٥٣.منشور على شبكة الأنترنت على الموقع الإلكتروني .https://book.google.iq اخر زيارة في ٢٠١٨/١٠/٣.

(٤٩) Couvrat, Juris- class. Proc. . Civ.,fasc.160,NO.32 et s

نقلا عن طلعت يوسف خاطر, انقضاء الخصومة بالصلح القضائي , مصدر سابق ص ١٥٣.

(٥٠) حيث نصت المادة(٦٩٨) على ان((الصلح عقد يرفع النزاع ,ويقطع الخصومة بالتراضي)).

(٥١) من القانون المدني المصري النافذ.

(٥٢) د. ابراهيم سيد احمد, الموسوعة الوافية في الدفوع والأحكام, مجلد ١, ج١, دار الفكر والقانون, المنصورة , ٢٠٠٨, ص٣٧٦.

(٥٣) د. إبراهيم سيد احمد, الموسوعة الوافية في الدفوع والأحكام, مصدر سابق, ص٣٧٦.

(٥٤) د. محمد سعيد عبد الرحمن, الحكم القضائي, مصدر سابق ,ص١٥٢, كذلك انظر المواد (١٢٧،١٢٩،١٣٠،١٣١) من القانون المدني الفرنسي.

(٥٥) د. نبيل إسماعيل عمر, النظام القانوني للحكم القضائي, ط١, دار الجامعة الجديدة للنشر, الإسكندرية, ٢٠٠٦, ص١١.

(٥٦) د. نبيل إسماعيل عمر, النظام القانوني للحكم القضائي, مصدر سابق , ص١١.

(٥٧) د. احمد أبو الوفا, نظرية الأحكام في قانون المرافعات , مصدر سابق, ص٥٣.

(٥٨) د. نبيل إسماعيل عمر, النظام القانوني للحكم القضائي, مصدر سابق ,ص١١.

(٥٩) د. أحمد ماهر زغلول, أصول وقواعد المرافعات, مصدر سابق, ص٩٦٥

(٦٠) د. أحمد أبو الوفا , نظرية الأحكام في قانون المرافعات , مصدر سابق, ص٥٣.

(٦١) من قانون المرافعات المصري النافذ.

(٦٢) من قانون الأثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ النافذ والتي تنص((المحررات الرسمية هي التي تثبت فيها موظف عام ,او شخص مكلف بخدمة ,ما تم على يديه او من تلقاه من ذوي الشأن, وذلك طبقا للأوضاع القانونية, وفي حدود سلطته واختصاصه)).

(٦٣)انظر المادة (١١) من قانون الأثبات المصري النافذ والتي تنص((المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها, من أمور قام بها محررها في حدود مهمته, او وقعت من ذوي الشأن في حضوره, مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا)).

(٦٤) د. نبيل إسماعيل عمر, النظام القانوني للحكم القضائي , مصدر سابق ,ص١٠.

(٦٥) cass.civ.,27 Fevier 1985,G.P.,1985,2,p.204,obs,Guinchard.

نقلا عن طلعت يوسف خاطر, انقضاء الخصومة بالصلح القضائي , مصدر سابق ص ١٤٧.

(٦٦) ينظر المادة (٨٦٨) من القانون المدني الفرنسي .

(٦٧) ينظر المادة (٨٦٣) من القانون المدني الفرنسي .

(٦٨) ينظر المادة (٩١٠) من القانون المدني الفرنسي .

(٦٩) د. أحمد ماهر زغلول, أصول وقواعد المرافعات, مصدر سابق, ص٩٦٥. كذلك د. أحمد أبو الوفا, نظرية الأحكام في قانون المرافعات ,مصدر سابق, ص٥٣.

(٧٠) حيث عرفت المادة (٢٠٤٤) من القانون المدني الفرنسي الصلح على انه ((الصلح عقد يحسم به المتعاقدين نزاعاً قائماً او يتوقيان نزاعاً محتملاً)).

(٧١) د. محمد سعيد عبد الرحمن, الحكم القضائي, مصدر سابق , ص١٥٨, ومن التطبيقات القضائية نقض (١٩٤٠/٥/٩, ١٩٥١/٤/١٩) منشور عند د. محمد سعيد عبد الرحمن, الحكم القضائي, مصدر سابق ,ص١٥٩.

(٧٢) استئناف مختلط, ٢يونيه,١٩٤٤,بيلتان ٥٦-١٩٥.

(٧٣) الراي لفتحي والي, نظرية البطلان ,مصدر سابق ,ص٦٢٠. كذلك د. أحمد ابو الوفا, نظرية الأحكام ,مصدر سابق ,ص٥٣, كذلك انظر د. وجدي راغب , مبادى القضاء المدني, مصدر سابق ,ص٦٦٧.

(٧٤) منشور عند د. لفتحي والي, نظرية البطلان في قانون المرافعات ,ط١, مصدر سابق ,ص٦٢٠.

(٧٥) د. إبراهيم سيد احمد, الموسوعة الوافية في الدفوع والأحكام ,مصدر سابق ,ص٣٨٥, كذلك نقض طعن (١٦٩٤ لسنة ٤٩ قضائية) في ١٩٨٥/٤/٢٨ بقولها ((القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومه لان مهمته, تكون مقصورة على أثبات ما حصل أمامه من اتفاق, ومن ثم فان الاتفاق لا يعدوا ان يكون عقدا ليس له حجية الشي المحكوم فيه)),كذلك نقض ١٩٨٠/٦/٢٢- طعن ٩٩٠ لسنة ٤٥ ق

,نقض ١٩٧٩/٤/٥- طعن ١٣٣ لسنة ٤٦ ق, نقض ٢٣ /١٩٩٤/٢ – طعن ٥٩٥ لسنة ٥٩ق, حيث جاء فيها ان((تصديق القاضي على محاضر الصلح طبقا للمادة ١٠٣ من قانون المرافعات لا يعتبر من قبيل الأحكام القضائية, لانه في هذا الشأن لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة انما تقتصر مهمته على أثبات ما حصل أمامه من اتفاق, وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية ولا يعدوا هذا الاتفاق ان يكون عقدا ليست له حجية الشي المحكوم به وان كان يعطي شكل الأحكام عند إثباته, ومن ثم فانه لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام , وإنما يجوز رفع دعوى مبتدأ ببطلانه)) , منشور عند المستشار محمد وليد الجارحي, النقض المدني, مصدر سابق ,ص١٧٤ .

(٧٦) وتقابلها المادة(٧١٢) من القانون المدني العراقي بقولها((اذا تم الصلح , فلا يجوز لاحد المتصالحين ,الرجوع عنه ,ويملك المدعي بالصلح بدله, وتسقط دعواه)).

(٧٧) انظر المادة(٥٥٦) من القانون المدني المصري النافذ بقولها((لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون)).

(٧٨) د. إبراهيم سيد احمد ,الموسوعة الوافية في الدفوع والأحكام ,مصدر سابق, ص٣٨٥, كذلك نقض ١٩٧٧/١/٣١, نقض طعن (٤٦٦ لسنة ٤٣ قضائية) في ١٩٥٤/٤/١٩ , مجموعة النقض في ٢٥ سنة, ج٢, ص٧٥٠ .

(٧٩) نقض (١٤/ ٥/ ١٩٧٩, سنة ٢١ ص ٨٣٠), منشور عند د. إبراهيم سيد احمد, الموسوعة الوافية في الدفوع والأحكام ,مصدر سابق ,ص٣٨٩.

(٨٠) قرار رقم (١٥٨٨/مدنية أولى/ ٩٢) في ١٩٩٢/٢/١٠ حيث جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً. ولدى النظر في الحكم المميز, وجد من وقائع الدعوى ان المميز عليه (المدعى عليه) سبق له إقامة الدعوى البدائية المرقمة (٣٤٦/ب/٩٠) ضد المميز (المدعي) تضمنت المطالبة باجر المثل وقدره (٦٠٠٠) دينار, الا انه أثناء نظر الدعوى المشار اليها, فقد تم الصلح بينهما على بدل الصلح المحدد بالورقة التحريرية المؤرخة ١٩٩١/١/١٩, وجاء في عقد المصالحة انه لا يحق للطرفين الرجوع على الطرف الأخر بالمطالبة بشيء, ولما كان الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي, وحيث اذا تم الصلح فلا يجوز لاحد المتخاصمين الرجوع فيه , عملاً بحكم المادة (٧١٢) من القانون المدني, فعليه يكون الحكم الاستئنافي المميز المتضمن تأييد الحكم البدائي القاضي برد الدعوى صحيحاً, وموافقاً للقانون فقرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز. وصدر القرار بالاتفاق في ١٩/ شعبان/١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣/٢/١٠ م)) .منشور عند ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة),ج٤, مطبعة الزمان ,بغداد , ٢٠٠٠, ص٩٧., وكذلك قرار محكمة استئناف كربلاء بصفتها التمييزية رقم (١٧١٨/ الهيئة الاستئنافية /٢٠١٦), في ٢٠١٦/٩/٢٥, حيث جاء فيه ((وحيث ان الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي فيه م (٦٩٨) مدني , ومن اثاره لايجوز لاحد من المتصالحين الرجوع فيه م (٧١٢) مدني , ولما تقدم قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي)). نقلا عن قاسم فخري الربيعي ,مبادئ محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني), ط١,مطبعة الكتاب , بغداد , ٢٠١٨,ص٢٧٢.

(٨١) محمود عبد الله النعيمي, اثار البيع التنفيذي للعقار,ص١, بحث منشور على الأنترنت على الموقع الإلكتروني https:www.hjc.iq/view.1978 اخر زيارة للموقع كانت في ٢٠١٨/٤/١٧ .

(٨٢) د. عباس العبودي, شرح أحكام قانون التنفيذ, ط١, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان ,٢٠٠٥ ,ص١٢٦, كذلك انظر د. جبار صابر طه, و د. عبد الكاظم المالكي, أحكام قانون التنفيذ رقم(٤٥) لسنة ١٩٨٠, مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ,بغداد ,١٩٨٨ ,ص٢٢٨ ,كذلك د.سيد احمد محمود, أصول التنفيذ الجبري, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٩, ص٥٧٢.

(٨٣) د. احمد ابو الوفا, إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية , ط ١٠,منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٩٠,ص٧٦٢.

(٨٤) وهو ما يسمى بالإحالة النهائية : ويقصد بها إحالة العقار على المزايد الأخير, بعد انتهاء المدة المحددة في الإعلان , بعد ان ينادى في مديرية التنفيذ او محكمة البداءة ثلاث مرات للاشتراك في المزايدة العلنية, والتي لا تفتح باقل من اعلى مبلغ تقدم به طالبوا الضم , حيث يقرر المنفذ العدل او قاضي التنفيذ الإحالة , ويجب ان يتضمن قرار الإحالة سرد دقيق لإجراءات التنفيذ التي تمت مباشرتها, واسم المشتري , ومقدار البدل , وتاريخه وساعة حصوله .للمزيد ينظر مدحت المحمود , شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ , وتطبيقاته العملية , منشورات الدائرة القانونية , بغداد ,١٩٩٢, ص٢٥٦-٢٥٧.كذلك يجب ان يشمل حكم رسو المزاد امر المدين او الحائز بتسليم العقار لمن رسا عليه المزاد , وبخلاف ذلك اي في حالة عدم تنفيذ هذا امر التسليم اختياريا , فانه يجري تنفيذه جبريا .وهذا ما أكدته المادة (٤٤٦) من قانون المرافعات المصري بقولها((يصدر حكم إيقاع البيع بديباجة الأحكام ويشمل على صورة من قائمة شروط البيع , وبيان الإجراءات التي اتبعت في تحديد يوم البيع والإعلان عنه , وصورة من محضر الجلسة ويشتمل منطوقة على امر المدين او الحائز او الكفيل العيني بتسليم العقار لمن حكم بايقاع البيع عليه , ويجب ايداع نسخة الحكم الاصلية ملف التنفيذ في اليوم التالي لصدوره)).

(٨٥) والتي تنص على ((١- اذا تبين للمحكمة ان المشاع غير قابل للقسمة أصدرت المحكمة حكماً ببيعه ...٣- واذا لم يقبل المدعي البيع بالبدل المقدر او لم يرغب احد الشركاء في الشراء, وبقي المدعي مصراً على طلبه , بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانوناً وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبة)).

(٨٦) المواد(٧١-٧٤) والمواد(٩١-١٠٦) من قانون التنفيذ رقم(٤٥) لسنة ١٩٨٠ (المعدل) .

(٨٧) المادة (٥٨) من قانون التنفيذ العراقي والتي تنص ((لا يعتد باتفاق الطرفين على إجراءات الحجز او البيع خلافاً لأحكام هذا القانون)).

(٨٨) المواد (٣٧٦-٣٩١) والمواد (٤٢٦-٤٥٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٣ (المعدل).

(٨٩) المواد (٤٨٤-٤٩٨) والمواد(٨٠٨-٨١١) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النافذ الصادر في ١٩٧٥/١٢/٥.

(٩٠) د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ,ج١,ط٢ ,بدون ذكر مكان الطبع,١٩٦٤, ص٢٤١.

(٩١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج١,ط٢, مصدر سابق , ص٢٤١ ,.كذلك د. فتحي والي, التنفيذ الجبري, دار النهضة العربية, القاهرة ,١٩٨٠ ,ص٤٦٦, وهذا هو موقف المشرع العراقي في المادة(٨٩) من القانون المدني النافذ, كذلك هو موقف المشرع المصري في المادة(٩٩) من القانون المدني النافذ.

(٩٢) محمد حامد فهمي, تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية, مصدر سابق ,ص٤٢٣.

(٩٣) كارتيلوني ,نظم ,ج٣,ص٢٤,رقم ٦٩٨ , نقلا عن د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, دار الفكر العربي, مصر, ١٩٧٤ ,ص٢٠٢.

(٩٤) كيوفندا, نظم ج١ ص٢٥١-٢٦٣ رقم ٨٧, دولفريو ج٢ ص ٦٤, رقم ٨٨٨, نقلا عن د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, مصدر سابق ,ص٢٠٣.

(٩٥) قرار نقض ١٩٧٦/٣/٣_مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص٤١. نقلا المستشار محمد وليد الجارحي, النقض المدني ,مصدر سابق , ص ١٧٤.

(٩٦) د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, مصدر سابق, ص ٢٠٤.

(٩٧) ستا , التنفيذ الجبري, ص١٢٣ بند رقم ٨٢ نقلا عن د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, مصدر سابق ,ص ٢٠٤.

(٩٨) د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, مصدر سابق ,ص٢٠٤.

(٩٩) زانزوكي,ص٨٩, بند رقم ٥٧ نقلا عن د. وجدي راغب ,النظرية العامة للتنفيذ القضائي ,مصدر سابق,ص٢٠٤.

(١٠٠) زانزوكي, ص ٩٦-٩٩ , أوجوروكو, المطول, ج٤, ص ٢٩٩, ستا, ص١٣٤,نقلا عن د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي ,مصدر سابق , ص٢٠٧. كذلك انظر د. محمد عبد الخالق عمر, مبادئ التنفيذ, ط٣,دار النهضة العربية, القاهرة ,١٩٧٧ ص٣١٩.

(١٠١) كان يكون المنفذ العدل, او قاضي التنفيذ, راجع المادة (٩١) من قانون التنفيذ العراقي النافذ.

(١٠٢) د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, مصدر سابق ,ص١٩٩.

(١٠٣) اختلف الفقه حول طبيعة هذا الأجراء حيث اعتبره دونفريو تصرف قانوني من جانب المشتري, في حين عارض زانزوكي هذه الراي واعتبر العطاء المقدم من المشتري ما هو الا طلب لاتخاذ أجراء قضائي بالتنفيذ نقلا عن د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي ,مصدر سابق ,ص٢٠٧-٢٠٨.

(١٠٤) د. وجدي راغب, مبادىء التنفيذ القضائي الكويتي , دار النهضة العربية, القاهرة ,١٩٨٠ ,ص١٦٣.

(١٠٥) انظر جارسونية سيزاربري, المطول ,ج٥,ص٥٢-٥٤ , كذلك جلاسون تيسيه وموريل, المطول ,ج٤ , ص٦٢٠. كذلك الراي للدكتور وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, مصدر سابق ,ص٢٠٨ .

(١٠٦) د. فتحي والي , التنفيذ الجبري, مصدر سابق, ص٤٧٢.

(١٠٧) انظر د, وجدي راغب ,و د.سيد احمد محمود ,قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي وفقا لأحدث التعديلات التشريعية ,ط١ ,مطابع جامعة الملك سعود, السعودية, ١٤١٤ هـ , ١٩٩٤م, ص٤٢.

(١٠٨) د. فايز احمد عبد الرحمن, التنفيذ الجبري, المطبوعات الجامعية, القاهرة ,٢٠٠٦ ,ص٥٠٢.

(١٠٩) د.احمد سمير محمد ياسين الجبوري ,التنظيم القانوني للبيع الجبري في قانون التنفيذ(دراسة مقارنة), ص٢٥٨ ,بحث منشور على الموقع الإلكتروني.https//:www.iasj.net.اخر زيارة في ١٨/٤/ ٢٠١٨ .

(١١٠) د. رمزي سيف, قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد ,ط٣, ١٩٥٥,بند رقم ٤٦٨,ص ٣٩٥. كذلك محمد حامد فهمي, تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية, مصدر سابق ,ص٤٢٢. كذلك د . فتحي والي, نظرية البطلان في قانون المرافعات , ط١, مصدر سابق, ص٦١٨.

(١١١) نقض مدني٣١ ديسمبر ١٩٣١, مجموعة عمر ١ ص٤٧٣, نقض مدني ٢٠ مايو ١٩٦٥, مجموعة النقض ١٦-٦٠٢-٩٨, نقلا عن عبد المنعم حسني , الموجز في النظرية العامة للالتزام ,بدون ذكر مكان الطبع , ١٩٩١, ص٣٣٦.

(١١٢) د. فتحي والي , التنفيذ الجبري , مصدر سابق, ص٦٣١.

(١١٣) لاروزا, نظام البطلان, رقم ٧٧,ص٨٣, نقلا عن د. فتحي والي ,نظرية البطلان في قانون المرافعات , ط١, مصدر سابق, ص٦١٨.

(١١٤) د. محمد حامد فهمي , تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية ,١٩٥١, بند ٤٥٥, ص٤٤٣, كذلك نقض مدني في ٤/مارس /١٩٤٨' مجلة التشريع والقضاء, ١٠٦-٨٤, نقلا عن د. فتحي والي ,نظرية البطلان في قانون المرافعات , ط١, ١٩٥٩, ص٦١٩ ,كذلك انظر عبد المنعم حسني , الموجز في النظرية العامة للالتزام, مصدر سابق ,ص٣٣٦.

(١١٥) D.jean Vincentet D.jacques prevault, voies d'execution et procedurede distribution ,19eme edition, DALLOZDELTA Paris 1999, p.280 .

نقلا عن عزوق صونية وعبد الحق كهينة, بيع العقار المحجوز بالمزاد ,رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة, ص٥٤.

(١١٦)المستشار محمد وليد الجارحي, النقض المدني , مصدر سابق ,ص١٧٢ .

(١١٧) د. أنور طلبة ,المطول في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ,ج٤ ,٢٠١١, ص ٣٨٨,كذلك د. عبد الحكم فوده, الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها, منشأة المعارف, الإسكندرية, ص٩.

(١١٨) ومنها (طعن ٨٢٩ س٤٣ق) في ١٩٨٠/٦/٢٨, و (طعن ٢٤ س٢٦ ق ١١) في ١٩٤٣/١٢/١١. نقلا عن أنور طلبة ,المطول في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ,ج ٤, مصدر سابق ,ص ٣٨٨.

(١١٩) انظر المادة(٤/ثانياً) من قانون التنفيذ العراقي النافذ.

(١٢٠) انظر المادة(٦/خامساً, سادساً) من قانون التنفيذ العراقي النافذ.

(١٢١) انظر المادة(١٥) من قانون التنفيذ العراقي النافذ.

(١٢٢) د. نبيل إسماعيل عمر, أصول التنفيذ الجبري, مطبوعات الحلبي الحقوقية, بيروت, ص٥٥.

(١٢٣)انظر المادة (٤٣٧) من قانون التنفيذ المصري النافذ.

(١٢٤) د. مصطفى المتولي قنديل, النظام القانوني للأشراف على إجراءات التنفيذ الجبري ,دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ,الإسكندرية ,٢٠٠٩ ,ص٧.

(١٢٥) من قانون التنفيذ العراقي النافذ والتي تنص ((لا يعتد باتفاق الطرفين على إجراءات الحجز او البيع خلافا لأحكام هذا القانون)).

(١٢٦) انظر المادة(٩١) من قانون التنفيذ العراقي النافذ والتي تنص ((للمنفذ العدل، ان يأذن للمدين ببيع عقاره المحجوز بما لا يقل عن القيمة المقدرة، على ان تستقطع دائرة التسجيل العقاري المختصة حين البيع، الدين وملحقاته)).

(١٢٧) مدحت المحمود, شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية, مصدر سابق , ص٢٧٣.

(١٢٨) سيد احمد محمود, أصول التنفيذ الجبري ,مصدر سابق, ص١٦٥.

(١٢٩) من القانون المدني العراقي النافذ.

(١٣٠) د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, مصدر سابق, ص ٢٠٦ .

(١٣١) مدحت المحمود, شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية, مصدر سابق , ص٢٥٦.

(١٣٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك ,أحكام قانون التنفيذ, ط٢, دار الحرية للطباعة, بغداد ,١٩٧٤ ,ص١٥٥.

(١٣٣) راجع المادة(١٠٢/اولا) من قانون التنفيذ العراقي النافذ .

(١٣٤) ينظر فلنسان رقم ٢٣٧, سيزار برو رقم ٢٠٧, جلاسون رقم ١٣٥٥,نقلا عن د. احمد أبو الوفا, إجراءات التنفيذ في قانون المرافعات المدنية والتجارية ,ط٤, بدون ذكر مكان الطبع, ١٩٦٤, ص٩٠٧.

(١٣٥) حيث نصت المادة(٤٥١) من قانون المرافعات المصري على انه((١- لا يجوز استئناف حكم إيقاع البيع, الا لعيب في إجراءات المزايدة, او في شكل الحكم, او لصدوره بعد رفض طلب وقف الإجراءات, في حالة يكون وقفها واجبا قانونا .٢- ويرفع الاستئناف بالأوضاع المعتادة خلال الخمسة أيام التالية لتاريخ النطق بالحكم)).

(١٣٦) عبد المنعم حسني , الموجز في النظرية العامة للالتزام , مصدر سابق, ص٣٣٧ .

(١٣٧) انظر التفرقة بين وسائل إعادة فحص النزاع, وبين وسائل أبطال النزاع ,انظر د. فتحي والي ,نظرية البطلان, ط١,مصدر سابق ,ص٦٠١ .

(١٣٨) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها المرقم (طعن رقم ١٢٠٥ لسنة ٥٧, مكتب فني ٤٠ صفحة رقم ٦٦٤, بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٢٧,) حيث جاء فيه ((ان نص المادة (١/٤٥١) من قانون المرافعات على انه " لا يجوز استئناف حكم إيقاع البيع, الا لعيب في إجراءات المزايدة, او في شكل الحكم, او لصدوره بعد رفض طلب وقف الإجراءات, في حالة يكون وقفها واجبا قانونا" يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على ان استئناف حكم إيقاع البيع لا يكون جائزاً الا في الحالات الثلاث المنصوص عليها في تلك المادة على سبيل الحصر.)).منشور على الموقع الإلكتروني , www.f-http//law.net/law/threads/39582: اخر زيارة للموقع في ٢٠١٨/٩/٦.

(١٣٩) عبد المنعم حسني , الموجز في النظرية العامة للالتزام , مصدر سابق, ص٣٣٨

(١٤٠) راجع المادة (١٧٨) من قانون المرافعات المصري النافذ.

(١٤١) راجع المادة (٤٤٦) من قانون المرافعات المصري النافذ.

(١٤٢)عبد المنعم حسني , الموجز في النظرية العامة للالتزام , مصدر سابق, ص٣٣٩.

(١٤٣) محمد حامد فهمي, تنفيذ الاحكام والسندات الرسمية ,مصدر سابق, ص٤٤٤.

(١٤٤) نقض مدني ٦ يونيه ١٩٣٦, مجموعة عمر ١-٨٣٢-٢٧٧.

(١٤٥) راجع المادة (٢/٤٥١) من قانون المرافعات المصري النافذ.

(١٤٦) استئناف مصر ٢٥ مارس ١٩٢٩, المحاماة ٩-٨٤٨-٤٦٥.

(١٤٧) د. فتحي والي , التنفيذ الجبري ,مصدر سابق , ص٦٣٤.

(١٤٨) وهذا ما أكدته قرار محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد (٣٥١/تنفيذ/ ٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٩/٢٢, حيث جاء فيه ان محكمة البداءة عندما تقوم بإجراءات إزالة شيوع العقار عن طريق البيع بالمزايدة العلنية , فتكون قراراتها قابلة للتظلم حيث جاء فيه ((ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد بانه غير صحيح ومخالف للقانون , ذلك ان محكمة البداءة أصدرت قرارها المميز برد التظلم لعدم اختصاص المحكمة بنظرها مستندة الى ان عريضة التظلم لم تقدم الى قاضي البداءة بصفته منفذ عدل ,وان وجهة النظر هذه غير سليمة ,ولا سند لها من القانون , اذ ان محكمة البداءة عند قيامها بإجراءات إزالة شيوع العقار بيعاً أنما تطبق أحكام قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠, المواد من (٩١-١٠٦) منه , وقد رسم القانون المذكور طرق الطعن في القرارات التي تصدرها المحكمة عند تطبيقها القانون وعليه فان عريضة التظلم المقدمة الى قاضي محكمة بداءة الأعظمية من القرار الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٢, وفقاً لأحكام القانون , وكان على المحكمة النظر في أسباب التظلم وإصدار القرار المناسب على ضوء ما يتراءى لها ,ولما كانت المحكمة قد خالفت ذلك مما اخل بصحة قرارها المميز , لذا قرر نقضه وإعادة الإضبارة الى محكمتها لاتباع ما تقدم))منشور على الموقع الإلكتروني design.hjc.iq . .

(١٤٩) حيث إشارة المادة (١٢٠) من قانون التنفيذ العراقي ((يجوز للخصم التظلم من قرار المنفذ العدل أمامه خلال ثلاثة أيام , بعريضة يقدمها اليه, وللمنفذ العدل تأييد القرار او تعديله او أبطاله خلال ثلاثة ايام من تاريخ تقديم الطلب اليه)).

(١٥٠) ينظر مدحت المحمود, شرح قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية , منشورات الدائرة القانونية ,بغداد ,١٩٩٢,ص٣١٨.

(١٥١) ينظر مدحت المحمود, شرح قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية , منشورات الدائرة القانونية ,بغداد ,١٩٩٢,ص٣٢٥.

(١٥٢) وهذا ما أكدته قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية (١٣٤٦/ت. ب/١٩٨٨) في ١٩٨٨/١١/١.

((ولدى عطف النظر الى الحكم المميز , فقد وجد انه غير صحيح , وان إجراءات محكمة البداءة عند بيعها العقار كانت مخالفة لأحكام القانون , حيث ان محكمة البداءة , لم تجري معاملة وضع اليد على العقار ابتداء حسبما نصت عليه أحكام المادة (٨٨) من قانون التنفيذ, ثم تقوم المحكمة بعرض العقار على الشركاء , وفق ما جاء بالفقرة (٢) من المادة (١٠٧٣) من القانون المدني , فاذا لم يقبل المدعي بالبيع وفق البدل المقدر به العقار يقوم بإكمال إجراءات البيع بتنظيم قائمة بمزايدة العقار وفق ما مبين في المادة (٩٣) من قانون التنفيذ , ويعلن عن بيعه وفق الأصول ولا يباع العقار بالمزايدة الا بعد مرور ثلاثين يوماً على تاريخ نشر اعلان

البيع في الصحف , في حين ان المحكمة أجرت معاملة المزايدة بعد مرور خمسة عشر يوماً ,من تاريخ نشر الإعلان خلافاً لما تقدم وخلافاً لأحكام المادة (٢/٩٧) من قانون التنفيذ , كما وجد ان المحكمة قد قامت بعد توقيع الفسخ بتاريخ ٩/٢٤/ ١٩٨٨, بأجراء المزايدة مجدداً , وأحالت العقار وبنفس ذلك التاريخ بعهدة المزايد الأخير, خلافا لأحكام الفقرة (٥) من المادة (٩٧) من قانون التنفيذ ودون ان تعلن في الصحف مجدداً عن وقوع الفسخ , كما لم تتقيد بالمدة المحددة في الفقرة المذكورة عند إحالة العقار إحالة نهائية . وان ذلك قد جعل كافة إجراءات البيع باطلة لمخالفتها للقانون , عليه قرر نقض قرار إحالة العقار المذكور وإعادة الإضبارة الى محكمتها لإعادة إجراءات البيع مجدداً وفق ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابع للنتيجة , وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٨٨/١١/١)) منشور في مجموعة الأحكام العدلية , العدد الرابع لسنة ١٩٨٨, ص ١٢٥-١٢٦.

(١٥٣) ينظر قرارها المرقم (٩١١/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢٠(غير منشور).

(١٥٤) حيث لا يجوز إقامة دعوى فسخ إجراءات البيع بالمزايدة والدليل على ذلك قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية قرارها المرقم (١٧٤٧/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٢/١٣, حيث جاء فيه ((واذا كان قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ حدد بالمادة (١١٨) من طرق الطعن بقرارات المنفذ العدل , ولم يكن من ضمنها إقامة الدعوى أمام محكمة البداءة , مما يجعل دعواه بهذا الشأن واجبة الرد ,من هذه الجهة , وكان المقتضى به مراجعة طرق الطعن المشار اليها بالمادة أعلاه , لذا واستناداً للمادتين ٢/٢١٠ و ٢١٨ , مرافعات مدنية , قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وأسبابها ,وتحميل المميز رسم التمييز)) نقلا عن قاسم فخري الربيعي ,مبادئ محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني), ط١,مطبعة الكتاب , بغداد , ٢٠١٨,ص ٢٥٤ .

(١٥٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٥٥٨) في ٢٠١٤/٢/٢٦ ,حيث جاء فيه((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتملا على أسبابه فقرر قبوله شكلا, ولدى عطف النظر على الحكم المطعون فيه تبين انه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون ومضمون قرار النقض الصادر من هذه المحكمة المرقم (١٨٠/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٠ وتاريخ ٦/٢٢ /٢٠١١)حيث فات على محكمة الاستئناف ملاحظة ان القطعة موضوع الادعاء من أموال الدولة لذا تسري على بيعها او تأجيرها قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة١٩٨٦ المعدل النافذ في حينه , ومن تلك الاحكام وجوب بيعها عن طريق المزايدة العلنية وفق الإجراءات المرسومة في القانون المذكور لعدم وجود نص تشريعي يقضي بخلاف ذلك او صدور قرار من رئيس الجمهورية ببيعها استثناءاً من تلك الإجراءات م (٣٥) من القانون المذكور, ولما كانت المدعى عليها جامعة أهلية ذات تمويل ذاتي اي انها من غير الجهات المنصوص عليها في المادة (٢١)من القانون ذاته لذا فان بيعها من قبل الوزير المختص لا يرتب اثر قانونيا بل ان إجراءات البيع دون مزايدة علنية مشوبة بالبطلان لعدم استيفاء الشكل الذي فرضه القانون ولصدور الإيجار والقبول ممن ليس أهلاً لتعاقد م(١٣٧) من القانون المدني, اما بصدد موافقة رئيس مجلس الوزراء على البيع للجامعة الأهلية فلم تصدر منه موافقة على ذلك بل ذكر في هامشه المسطر على طلب رئيس الجامعة العبارة التالية(يكون التعامل مع الموضوع أصوليا بالبيع وفق الأصول او التسجيل بأسم مؤسسة رسمية لصالح الجامعة) وهذه العبارة لا تتضمن اية مخالفة للأحكام المتقدمة, فيتعين

القضاء بأبطال البيع وإعادة تسجيل القطعة بأسم المدعي /إضافة لوظيفته ولصدور الحكم الاستئنافي المميز خلافا لذلك مما اخل بصحته. لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم ووفق ما رسمه قرار النقض المذكور انفا على ان يبقى رسم التمييز تابع للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية في ٢٦/ربيع الثاني /١٤٣٥هـ الموافق ٢٠١٤/٢/٢٦ م)).منشور على الموقع الالكتروني design.hjc.iq.

المصادر

١- ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة),ج٤, مطبعة الزمان , بغداد, ٢٠٠٠.

٢- احمد مليجي, تحديد الولاية القضائية والاختصاص القضائي ,دراسة مقارنة ,أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس ,القاهرة, ١٩٧٩.

٣- أنور طلبة, المطول في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية, ج٤ بدون ذكر مكان الطبع,٢٠١١.

٤- أنور طلبة, بطلان الأحكام وانعدامها, المكتب الجامعي الحديث, الإسكندرية, ٢٠٠٦.

٥- د. إبراهيم سيد احمد, الموسوعة الوافية في الدفوع والأحكام, مجلد ١, ج١ ,دار الفكر والقانون, المنصورة , ٢٠٠٨.

٦- د. إبراهيم نجيب سعد, القانون القضائي الخاص, ج١, منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٨٠.

٧- د. احمد أبو الوفا, إجراءات التنفيذ في المواد المدنية, ط١٠,منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٩٠ .

٨- د. احمد أبو الوفا, إجراءات التنفيذ في المواد المدنية, ط٤,بدون ذكر مكان الطبع, ١٩٦٤.

٩- د. احمد أبو الوفا, نظرية الأحكام في قانون المرافعات,ط٥,منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٨٥.

١٠- د. أحمد السيد الصاوي, اثر الأحكام بالنسبة للغير, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٩ .

١١- د. احمد سمير محمد ياسين الجبوري ,التنظيم القانوني للبيع الجبري في قانون التنفيذ(دراسة مقارنة), ص٢٥٨ , بحث منشور على الموقع الإلكتروني https//www.iasj.net. آخر زيارة في ٢٠١٨/٤/١٨.

١٢- د. احمد ماهر زغلول ود. يوسف يوسف ابو زير , أصول وقواعد المرافعات وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة لها والمرتبطة بها, منشاة المعارف ,الاسكندرية,٢٠٠١.

١٣- د. أسامة احمد شوقي المليجي, التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي, دراسة مقارنة, دار النهضة العربية ,القاهرة ,٢٠٠٨.

١٤- د. جبار صابر طه, و د. عبد الكاظم المالكي, أحكام قانون التنفيذ رقم(٤٥) لسنة ١٩٨٠, مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ,بغداد ,١٩٨٨ .

١٥- د. جمال الطاهري ,حجية الأمر المقضي في المادة المدنية,ط١,بدون ذكر مكان الطبع, ٢٠١١.

١٦- د. رمزي سيف, قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد ,ط٣, ١٩٥٥.

١٧- د. سعيد عبد الكريم مبارك ,أحكام قانون التنفيذ, ط٢, دار الحرية للطباعة, بغداد ,١٩٧٤.

١٨- د. سيد احمد محمود, أصول التنفيذ الجبري, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٩,

١٩- د. طلعت يوسف خاطر, انقضاء الخصومة بالصلح القضائي, منشور على شبكة الأنترنت على الموقع الإلكتروني .https://book.google.iq اخر زيارة في ٢٠١٨/١٠/٣.

٢٠- د. عباس العبودي, شرح أحكام قانون التنفيذ((دراسة مقارنة)), ط١, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان ,٢٠٠٥ .

٢١- د. عبد الباسط جميعي, شرح قانون الإجراءات المدنية, دار الفكر العربي ,مصر,١٩٦٦.

٢٢- د. عبد الحكم فوده, الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها, منشأة المعارف, الإسكندرية,٢٠٠٧.

٢٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ,ج١, ط٢,بدون ذكر مكان الطبع,١٩٦٤.

٢٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية),ج٥,مجلد ٢, دار النهضة العربية, القاهرة,١٩٦٢.

٢٥- د. عبد الفتاح السنديك, الوجيز في المرافعات المصرية ,ط ٢, مطبعة النهضة, مصر,١٩٢٤.

٢٦- د. عبد الوهاب العشماوي وأخرون , قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, لاذكر للناشر, ٢٠٠٦.

٢٧- د. فتحي والي ,نظرية البطلان في قانون المرافعات , ط١, ١٩٥٩.

٢٨- د. فتحي والي ,نظرية البطلان في قانون المرافعات , ط٢,دار الطباعة الحديثة, القاهرة, ١٩٩٧.

٢٩- د. فتحي والي, التنفيذ الجبري, دار النهضة العربية, القاهرة,١٩٨٠.

٣٠- د. محمد سعيد عبد الرحمن, الحكم القضائي, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, ٢٠٠٨.

٣١- د. محمد عبد الخالق عمر, مبادئ التنفيذ, ط٣,دار النهضة العربية, القاهرة ,١٩٧٧ .

٣٢- د. مصطفى المتولي قنديل, النظام القانوني للأشراف على إجراءات التنفيذ الجبري ,دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ,الإسكندرية ,٢٠٠٩.

٣٣- د. نبيل إسماعيل عمر, أصول التنفيذ الجبري, مطبوعات الحلبي الحقوقية, بيروت.

٣٤- د. نبيل إسماعيل عمر, النظام القانوني للحكم القضائي, ط١, دار الجامعة الجديدة للنشر, الإسكندرية, ٢٠٠٦ .

٣٥- د. نبيل إسماعيل عمر, الوسيط في الطعن بالنقض في المواد التجارية والمدنية, دار الجامعة الجديدة للنشر, ٢٠٠٤.

٣٦- د. وجدي راغب , و د. سيد احمد محمود ,قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي وفقا لأحدث التعديلات التشريعية ,ط١ ,مطابع جامعة الملك سعود, السعودية, ١٩٩٤.

٣٧- د. وجدي راغب , النظرية العامة للعمل القضائي, منشأة المعارف ,الإسكندرية, ١٩٧٤ .

٣٨- د. وجدي راغب فهمي , مبادئ التنفيذ القضائي الكويتي , دار النهضة العربية, القاهرة ,١٩٨٠.

٣٩- د. وجدي راغب, النظرية العامة للتنفيذ القضائي ,دار الفكر العربي, مصر, ١٩٧٤.

٤٠- د.فايز احمد عبد الرحمن, التنفيذ الجبري, المطبوعات الجامعية, القاهرة ,٢٠٠٦ .

٤١- عبد المنعم حسني , الموجز في النظرية العامة للالتزام, بدون ذكر مكان الطبع,١٩٩١ .

٤٢- عزوق صونية وعبد الحق كهينة, بيع العقار المحجوز بالمزاد ,رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة, منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني www.univ-bejaia.dz.اخر زيارة في ٢٠١٨/٩/٤.

٤٣- قاسم فخري الربيعي ,مبادئ محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني), ط١,مطبعة الكتاب , بغداد , ٢٠١٨.

٤٤- محمد الربيعي, محررات الموثقين وحجيتها في الأثبات, رسالة لنيل شهادة الدبلوم في الدراسات العليا في القانون الخاص من كلية الحقوق جامعة الحسن الثاني, الدار البيضاء, ١٩٨٨.

٤٥- محمد حامد فهمي, تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية, بدون ذكر مكان الطبع ,١٩٥١.

٤٦- محمود عبد الله النعيمي, أثار البيع التنفيذي للعقار,ص١, بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع الإلكتروني https:www.hjc.iq/view.1978 اخر زيارة للموقع كانت في ٢٠١٨/٤/١٧.

٤٧- مدحت المحمود, شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية, منشورات الدائرة القانونية , بغداد ,١٩٩٢.

Abstract

The intent of the image judgment is the judgment which is issued in a fictitious dispute, but it is ostensibly a real one. Its purpose is to formalize the conventions signed by the parties to the conflict. This kind of conventions do not prevent them occurred as long as it wasn't intended to break the law , public order , some damage or fraud against an opponent.

Surely that these conventions have several advantages working on the relations achievement like formalization of some contracts as magistrate contract which works on resolving disputes and establishing satisfaction among the parties or complete documentation of certain contracts that are hold in the courts by confronting a Judge which includes the sale of a certain sample under external contract of sale and documented it with a Judge which entails of the validity of his signature and received full sales allowance so that no appeal is possible included a fraud again.

The image provisions has several cases, but the present study will be limited to only two cases, namely, the case of the judgment on the ratification of the magistrate and the case of the moorage of auction, with regard to the provisions of the magistrate was organized by most comparative legislation as a contract, but the judiciary had another opinion on the ratification of the magistrate by the judge as a judicial provision, but he is not the owner of the authority of the expired order which reflects the ability to appeal the claim of the original invalidity.

Magistrate is working on ending the conflict and resolve the case and then may not renew or sue a claim of voidance as long as it was in accordance with the law, but whenever a magistrate harmed others or was built on fraud with the intent of harming the other opponent, they had to have canceling it by suing begins with the content of voidance it even after the date of appeal.

As for the moorage of auction, it is a sale done under the supervision of judiciary by a decision of a judge or justice enforcer, the task of the judge is the occurrence of the sale to those who won the auction . It is not more than just documenting of the sale, which has the great effect of preventing the appeal of such sales, whether by unfairness in view of its public procedures, in addition, the seller does not comply with the entitlement guarantee nor hidden defects' guarantee as in regular sales, all

these things led us to say how the possibility to appeal this verdict and whether it is legally permissible?

To answer the above question, each judicial decision is exposed to be appealed, the Iraqi legislator ways to appeal the provision verdict of auction winning represented by plaint and discrimination, whereas the Egyptian legislator had merely through appeals and specific cases exclusively, the French legislator had legislated to the possibility of genuine sue which is indented cancel it.

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

Mock adjudication

(A comparative study)

By

P.Dr.Hadi H.A.Ali Al-Kaabi

Karrar maad adeem