

(*) المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني

- دراسة فقهية مقارنة -

أ. شكر محمود داود السليم

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

من الأمور المسلم بها في علم التشريع أن النصوص متناهية والحوادث غير متناهية لهذا تناولا في بحثنا أن ملكية العقار الذي تم شراؤه بطريق المزايمة انتقلت بإرساء المزايمة وتسديد الثمن ، وعليه يصبح أن يكون المشتري خصما في الدعوى التي يرفعها أو ترفع ضده ، إلا أننا لم نمر على بحث تناول تفصيل محل عقد البيع بالمزايمة العلنية ، فضلا عن ذلك فإن الأبحاث المتخصصة لم تتناول موضوع المركز القانوني الموضوعي والمركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايمة العلنية والعلاقة بينهما

Abstract

Against him for granted in the science of legislation that the texts that micro and accidents is endless for this addressed in our research that the ownership of the property was purchased accidentally Bid moved to lay the auction and pay the price, it becomes that the buyer a discount in the lawsuit brought by or flying against him, but we did not tiger to examine the eating breakdown replace the contract of sale public auction, but stood research when the ownership of slave property without the rest of the real rights, the specialized research did not address the issue of the legal status of the substantive and legal status motion to the buyer of real estate public auction and the relationship between them

(*) أستلم البحث في ٢٠٠٩/١٢/٢١ *** قبل للنشر في ٢٠١٠/١/١٧ .

إلقدمة:

الحم لله رب العالمين والصلاة والسلام على خام الانبياء والمرسلين ميع الانبياء والرسل المكرمين ومن امن بهم الى يو الدين وبعد ...

أولا : بيان أهمية موضوع البحث :

وردت الأحكام التي عالجت المركز القانوني لمشتري العقار بالمزايدة العلنية في قوانين متفرقة، منها القانون المدني وقانون التسجيل العقاري وقانون إيجار العقار وقانون التنفيذ وقانون بيع وإيجار أموال الدولة.

من الأمور المسلم بها في علم التشريع أن النصوص متناهية والحوادث غير متناهية، وهذا يعني أن الوقائع الجديدة توجب البحث عن حلول لها إما بتشريع نصوص قانونية جديدة أو بتعديل القائم منها أو إلغائها وفق منهاج علم التشريع ، أو إعادة النظر في تفسير النصوص القائمة لتحقيق الأهداف الموجبة للتشريع، وذلك من إحقاق الحق والحكم بالعدل والقسط .

إن من الأمور التي استجبت بعد تاريخ ٢٠٠٣/٤/٩ وعكست أثارها على عمل القضاء والمراكز القانونية للأشخاص هو تعليق أعمال بعض دوائر التسجيل العقاري التي لها مساس بتسجيل التصرفات العقارية بصورة عامة ومنها تسجيل القرارات القضائية والإدارية وما في حكمها والمتضمنة بيع العقار بالمزايدة العلنية، ولهذا ظهرت حالة جديدة تثير التساؤل حول المركز القانوني لمشتري العقار بالمزايدة العلنية ممن تعذر عليه تسجيل العقار المحال بعهدته لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة ، مع الأخذ بنظر الاعتبار الارتفاع الحاصل في أثمان العقار ، فإن ملكية العقار انتقلت إلى المشتري فيصح أن يكون خصما في دعوى قضائية بصفته مدعيا أو مدعى عليه ؟ أم أن حق الملكية لم ينتقل إليه فلا تصح خصومته مما يوجب الحكم ببرد الدعوى لعدم توجه الخصومة ؟

ثانيا: إشكالية البحث:

تتجسد إشكالية البحث في عدم ثبات القضاء على مبدأ واحد يحكم الوقائع التي وأن تنوعت إلا أن جوهرها واحد ، ألا وهو الادعاء بحق شخصي أو عيني من قبل مشتري العقار أو ضده ، إذ ذهب القضاء مذاهب متباينة تمثلت بالأخذ بمبدأ انتقال الملكية وصحة توجه الخصومة، ثم الأخذ بمبدأ رد الدعوى لعدم توجه الخصومة ، وأخيرا العمل بمبدأ تأخير الدعوى لحين إتمام تسجيل العقار في السجل العقاري .

ثالثا: فرضية البحث :

افترضنا في بحثنا أن ملكية العقار الذي تم شراؤه بطريق المزايدة انتقلت بإرساء المزايدة وتسديد الثمن ، وعليه يصح أن يكون المشتري خصما في الدعوى التي يرفعها أو ترفع ضده ، وان التسجيل هو دليل إثبات وتنفيذ لقرار البيع وليس ركنا من أركانه مع افتراض أن عقد البيع بطريق المزايدة العلنية هو عقد شكلي وان الشكلية تتمثل في إجراءات البيع وليس بالتسجيل في السجل العقاري .

رابعا: منهجية البحث:

اتبعنا في بحثنا منهج البحث التحليلي للنصوص القانونية الموضوعية والإجرائية، مقتفين أثار فقه مدرسة الشرح على المتون وفقه مدرسة البحث العلمي الحر ومحتكمين إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، مع عدم وضع القضاء بين مصادر القانون ، قاصدين الوصول إلى أحكام تتسم بالحق والعدل . كما نود التنويه بأننا تناولنا موضوع المركز القانوني لمشتري العقار بالمزايدة العلنية بمعناه الضيق مستنديين في ذلك إلى أن الإرادة لا تودي دورا في تحديد مضمون المركز القانوني أو القواعد التي تحكمه وإنما تقتصر إرادة الشخص على الانضمام إليه.

خامسا: خطة البحث :

سنتناول البحث وفق الخطة الآتية .

مطلب تمهيدي.

المبحث الأول - تعريف عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية .

المبحث الثاني- المركز القانوني الموضوعي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية .

المبحث الثالث- المركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية .

الخاتمة

مطلب تمهيدي

مر نظام الملكية بشكل عام وملكية العقار بشكل خاص بمراحل متباينة وفقاً للتطور التاريخي لهذا النظام، ولعل أهم المراحل وفق التصور المبسط لنظام الملكية هي، الملكية الجماعية، والملكية العائلية، والملكية الفردية^(١). لقد تأثر نظام الملكية بالتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية والدينية، وكان للأديان والشرائع وخاصة الشريعة الإسلامية وفقهها أثر جلي في بيان حق الملكية وسلطة المالك على ملكه والقيود التي ترد عليه وبما يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية التي وان تعددت إلا أن أصلها واحد ألا وهو جوهر عقيدة الإسلام^(٢)؛ فإذا ما تمسك الإنسان بعقيدته أصبحت الحقوق الناشئة عن الملكية والقيود التي ترد عليها والالتزامات التي توجبها توتى طوعاً وبالاختيار الحر للمكلف امتثالاً لأمر الله تعالى وابتغاء رضوانه وبهذا يظهر دور الإرادة بشكل واضح وصحيح.

أما في ظل الأنظمة الوضعية فقد تأثر نظام الملكية بالمذاهب السياسية، حيث حلت إرادة الدولة محل إرادة الأفراد في العديد من التصرفات القانونية، لا بل إن بعض الأنظمة الوضعية لم تقف عند تنظيم أمور الأفراد المادية وإنما قننت أو تحاول أن تقنن المعتقدات الدينية، حتى وصل بعضها إلى صياغة قواعد قانونية تنظم وقائع تخالف فطرة الله التي فطر الناس عليها، ولهذا لم يعد الحديث عن

(١) لمزيد من التفصيل انظر، د. آدم وهيب النداوي و د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون،

الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، جامعة الموصل، ١٩٨٧، ص ١٦٣؛ شعيب أحمد الحمداني، قانون حمورابي، بغداد، ١٩٨٧-١٩٨٨، ص ١٢٥-١٢٨.

(٢) قريب من ذلك أنظر، د. مصطفى الزلمي، وأستاذنا المرحوم عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، الموصل، ١٩٨٩، ص ٢٣١-٢٣٦؛ ولمزيد من التفصيل عن علم مقاصد الشريعة الإسلامية في صدر الإسلام، انظر، د. يوسف أحمد محمد البدري، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٦٣-٧١؛ أستاذنا المرحوم عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ج١، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٩٧٢م، ص ٧٧٢-٨١٠.

الحق بصورة عامة وحق الملكية بصورة خاصة يتناسب مع القوانين المطبقة في مجتمعات لم تعد الشريعة الإسلامية مصدر تقنياتها الوضعية ؛ لا بل لم يعد استعمال هذا المصطلح أي (الحق) وما يقابله من تكاليف شرعية دقيقة حتى في المجتمعات التي اعتبرت الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع بجانب مصادر أخرى تتقاطع أهدافها مع مقاصد الشريعة الإسلامية ، تلك المقاصد التي وإن تعددت إلا أنها تتسم بالارتباط فيما بينها وبوحدة الهدف الذي يفسر لنا مهمة الإنسان في هذا الكون وحكمة الله في خلقه والتمثلة بعبادة الخالق من أجل مصلحة الإنسان وليس من أجل مصلحة المعبود ، فالله غني عن العباد .

لقد عمدت التشريعات الوضعية إلى وضع قواعد قانونية تنظم موضوع الملكية بصورة عامة والملكية العقارية بصورة خاصة ، سواء أكانت هذه القواعد موضوعية تنظم الملكية ذاتها ، أي ما يخص اكتسابها وانتقالها والقيود التي ترد عليها والشكلية التي تحكمها ، أم كانت قواعد إجرائية تتعلق بإجراءات إثبات الملكية والمخاصمة فيها، وبقدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا هذا فقد بدا لنا إن الكلام في حقوق والتزامات مشتري العقار بالمزايدة العلنية لم يعد دقيقاً ولهذا اضطررنا إلى الأخذ بمصطلح (المركز القانوني) لمشتري العقار بالمزايدة العلنية بدلاً عن مصطلح الحقوق والالتزامات وذلك لتفسير الكثير من الأوضاع والحالات التي خرجت عن مفهوم حق الملكية بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح، وإن كنا نؤمن إن الصحيح هو العودة إلى ما شرعه الله لنا والتمسك بالفهم الشمولي للإسلام وليس الأخذ بمفاهيم مجتزأة لا يمكن أن نجد فيها حلاً لا تتسم بالحق أو العدل أو القسط لكل ما يحل بنا من نوازل أو وقائع قانونية جديدة وفق المفاهيم القانونية الوضعية^(١) .

نخلص مما ذكرنا إلى القول إن الأثر الأكبر وضوحاً في المركز القانوني للمالك في ظل القوانين الوضعية هو ما يقرره القانون للمالك من مكانات ايجابية محددة بنصوص قانونية ، أما الواجب العام على عاتق المجتمع فهو وسيلة لتهيئة السبل

(١) لمزيد من التفصيل حول الفهم الشمولي للإسلام ، انظر ، د.يوسف القرضاوي ،

الصحة الإسلامية وهموم الوطن العربي والإسلامي ، لم يرد ذكر لمكان النشر ، ١٩٨٨

، ص ٧١-٩٨ .

أمام المالك لممارسة سلطاته في الاستعمال والاستغلال والتصرف ضمن الحدود التي رسمها القانون^(١).

يتميز المركز القانوني بخصائص ثلاث هي ، قانونية المركز ، والتي يطلق عليها البعض تجوزاً مصطلح الشرعية ، ومفادها توافق المركز القانوني مع القواعد القانونية التي تنظم علاقات المجتمع ، كما يتميز المركز القانوني بخاصية احترام الغير ، وبتعبير أدق ميزة حجية هذا المركز تجاه الكافة في حالات ما وتجاه شخص معين بالذات في حالات أخرى ، والخاصية الثالثة التي تميز المركز القانوني هي الجزاء ، أي الحماية القانونية من جانب السلطة القضائية^(٢).

البحث الأول

تعريف عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية

الهدف من البحوث الأكاديمية هو معالجة مشاكل محدثة وعرض الحلول لها ، وليس محاولة جمع معلومات تناولتها كتب المتقدمين والمتأخرين ، إلا أن ذلك لا يتعارض مع التذكير ببعض الأمور التي لا تخفى على ذوي الاختصاص ، والغاية من ذلك هي الاستناد إلى أسس علم التشريع ، ذلك العلم الذي عدّ تاريخ القانون والقانون الوضعي والقانون المقارن ركائزه في الوصول إلى أحكام تتسم بالعدل والقسط^(٣) ، وإذ أننا لم نطلع إلا على تعريف واحد لعقد بيع العقار بطريق المزايدة العلنية^(٤) ، لذا أصبح لزاماً علينا قبل أن نأتي على تعريف العقد المذكور أن

(١) لمزيد من التفصيل ، انظر ، أستاذنا المرحوم محمد طه البشر و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ١٩٨٢ ، ص٣٥-٤٠ .

(٢) انظر ، د.حمدي عبد الرحمن ، الحقوق والمراكز القانونية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥-١٩٧٦ ، ص١٢ و ص٢٢ .

(٣) أنظر ، د. آدم وهيب نداوي و د.هاشم الحافظ ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٤) أنظر ، هند فالح محمود العلاف ، بيع العقار بالمزايدة العلنية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠١ ، ص٨ .

نعرض تباعاً تعريفات لمصطلحات قانونية وفقهية تعيننا على الوصول إلى تعريف نبغي له أن يكون جامعاً مانعاً، ونبدأ بمصطلح العقد.

عرف القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) ، وقد اقتبس المشرع النص من مرشد الحيران^(١) ، وبهذا يكون المشرع قد التزم جانب الفقه الإسلامي وتوجه تلقاء التمسك بالنزعة الموضوعية و اعرض عن النزعة الذاتية التي سادت الفقه اللاتيني والتي تنشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين ولا تثبت اثر العقد في المعقود عليه مباشرةً وان كان المعقود عليه عيناً معينة أو شيئاً مثلياً مفروضاً^(٢) . بعد أن عرفنا معنى العقد نأتي الى تعريف عقد البيع^(٣) ، إذ عرف القانون المدني عقد البيع بأنه (مبادلة مال بمال) ، وهو نفس التعريف الذي ورد في مجلة الأحكام العدلية^(٤) . والبيع إما أن يكون مطلقاً أو صرفاً أو مقايضة ، وما يعيننا في بحثنا هذا هو البيع المطلق ، ومحل البيع عقار ، سواء وقع البيع على ذات العين ، أي رقبته ، أم وقع الإفراغ على حق التصرف فيه بوصفه من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، إذ أن ما يرد على الحق المذكور من تصرفات قانونية يخضع لذات الأحكام التي تحكم التصرفات القانونية التي تقع على ملكية الرقبة إلا ما وردت فيه نصوص خاصة

(١) انظر نص المادة (٧٣) من القانون المدني، ونص المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران.

(٢) أنظر ، د.حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، نظرية العقد ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ ، ص٦.

(٣) إن تعريف البيع هو تعريف للشراء، ودليلنا في ذلك هو ؛قول الله تعالى: "وشروه بثمن بخس دراهم معدودة "

وربما سمي الشرى بيعاً والمعنى واحد ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا يبيع أحدكم على بيع أخيه " قالوا: معناه لا يشتري على شري أخيه ؛لمزيد من التفصيل انظر، احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، المجلد الأول ، دار الكتب العلمية ، إيران ، قم ، لم يرد ذكر لسنة النشر ، ص٣٢٧ ، وانظر أيضا ، المجلد الثالث ، ص٢٦٦.

(٤) انظر نص المادة (٥٠٦) من القانون المدني، والمادة (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية.

تفرقت في العديد من التشريعات العقارية^(١). فللمتصرف في الأرض الأميرية أن يفرغها وان يؤجرها وان يعيرها وان يرهن حقه في التصرف فيها رهناً تأمينياً أو حيازياً ويستوفى الدين من بدل الحق حتى لو انحلت الأرض بعد موته . وتبقى في كل الأحوال رقبة الأرض مملوكة للدولة^(٢).

ويكون حق التصرف كسائر أموال المدين ضماناً عاماً لدائنيه فيجوز لهم حجزه واستيفاء حقوقهم من بدله ولو بعد موت المدين، سواء كان المدين لا يملك إلا هذا الحق أو كانت له أموال أخر^(٣).

كما أن ما يرد على حق الملكية من قيود قانونية أو اتفاقية يرد كذلك على حق التصرف، وان ما ينطبق على الشيوع في حق الملكية من الأحكام ينطبق على الشيوع في حق التصرف إلا ما تعارض منها مع نص خاص أو مع طبيعة التصرف^(٤). وهذا يعني أن الكلام على بيع حق التصرف يقصد به إفراغ حق التصرف، ويقع الفسخ على الإفراغ كما يقع الفسخ على البيع وتطبق ذات الأحكام عليهما^(٥).

بعد أن خلصنا إلى أن عقد البيع قد يقع على حق عيني أصلي (حق الملكية) فإنه يقع على حق عيني متفرع عن حق الملكية ونقصد بذلك (إفراغ حق التصرف) ، ولكي نصل إلى تعريف دقيق لعقد بيع العقار بطريق المزايدة العلنية نسأل ، هل يصح أن يقع عقد البيع على بقية الحقوق المتفرعة عن حق الملكية العقارية ، ونقصد بهذه الحقوق ، حق المنفعة ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق المساطحة ، وحقوق الارتفاق ، وحق الوقف ، وحق الإجارة الطويلة ؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تتطلب الرجوع إلى أحكام القانون المدني والقوانين الأخرى التي نظمت هذه الحقوق ، ففيما يخص حق المنفعة فإن المشرع أجاز

(١) انظر على سبيل المثال القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ (قانون توحيد أصناف أراضي الدولة)، والقرار التشريعي المرقم ٧٣٦ لسنة ١٩٨٧.

(٢) انظر نص الفقرتين (٣،٢) من المادة (١١٦٩) من القانون المدني.

(٣) أنظر نص المادة (١١٧١) من القانون المدني والمقيدة بنص المادة (٦٢) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.

(٤) أنظر نص المادة (١/١١٨١) من القانون المدني .

(٥) أنظر نص المادة (١٢١٥) من القانون المدني .

للمنتفع أن يتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً ما لم يكن في السند الذي أنشأ هذا الحق أحكام تخالف ذلك ، ولكن يبقى حق الانتفاع بعد التصرف فيه قائماً في شخص المنتفع ، ويسقط بموته لا بموت من تلقى المنفعة منه ^(١) ، وأما ما يخص حق الاستعمال وحق السكنى فان المشرع لا يجيز النزول عنهما إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي كما أورد لهما أحكاماً خاصة وما عداها تسري الأحكام المتعلقة بحق المنفعة على حقي الاستعمال والسكنى ما دامت لا تتعارض مع طبيعتهما ، وعلى ذلك نخلص إلى حكم مفاده أن عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية لا يمكن أن يرد على حق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى ، وما يؤيد ذلك أن المشرع لم يشترط تسجيل الحقوق المذكورة في دائرة التسجيل العقاري .

أما ما يخص حق المساطحة ، فقد عرفه المشرع بأنه ، (حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس ، على ارض الغير ، بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته ؛ وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري) ^(٢) ولا يجوز أن تزيد مدة حق المساطحة على خمسين سنة . فان كانت المدة لم تحدد فلكل من المساطح وصاحب الأرض أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك ولا يزول حق المساطحة ، بزوال البناء قبل انتهاء المدة ^(٣) ، ويملك المساطح ملكاً خالصاً ما احدث على الأرض من بناء أو منشآت أخر . وله أن يتصرف فيه مقترناً بحق المساطحة، بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري . وذلك دون إخلال بحق صاحب الأرض و الغرض الذي اعد له البناء أو

(١) أنظر نص المادتين (١٢٥٣) و (١٢٥٧) من القانون المدني .

(٢) أنظر نص المادة (١٢٦٦) من القانون المدني. وعلى الرغم من أن حق المساطحة من العقود الشكلية التي اوجب المشرع تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، فإن القضاء العراقي قد استقر على مبدأ عدّ عقود المساطحة من العقود الرضائية التي تتعقد بمجرد اتفاق الطرفين ، وعدّ الغرض من التسجيل هو توثيق العقد وليس ركناً من أركانه ، وفي ذلك تفسير يتعارض مع صريح نص الفقرة (٢) من المادة ١٢٦٦ من القانون المدني ، وكذلك المادتين (٣٠٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، المعدل .

(٣) أنظر نص المادة (١٢٦٧) من القانون المدني .

المنشآت. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه . وينتقل حق المساطح في المساطحة وفي البناء والمنشآت بالميراث والوصية^(١) .
أما ما يخص حقوق الارتفاق وهي حقوق تحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك أخر فان طبيعة حقوق الارتفاق تحول دون أن تكون محلاً لعقد بيع بالمزايدة العلنية مستقلة عن العقار المرتفق.

أما بالنسبة الى إجارة الطويلة فقد نص قانون التسجيل العقاري في الفقرة^(٢) من المادة (٢٢٩) على أن "يسجل عقد الإجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الأرض المستأجر أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها و يخضع التسجيل والمدة وحق التصرف لأحكام حق المساطحة"، وعليه نرى جواز بيع حق الإجارة الطويلة بالمزايدة العلنية مع وجوب مراعاة أحكام القوانين الأخرى في كل ما ذكر ومنها الأحكام التي وردت في قانون التنفيذ وغيره من القوانين المنظمة لأحكام بيع العقار.

أما بالنسبة الى حق الوقف فان بيعه يخضع للقوانين الخاصة التي تنظم أحكامه ويجوز بيعه إذا وردت قوانين خاصة بذلك ومنها على سبيل المثال القانون رقم^(٣) لسنة ١٩٨٣ (قانون إطفاء حق الحكر) ، إذ نص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أن (تنفذ المحكمة حكم الإطفاء عن طريق البيع بالمزايدة العلنية وفق قانون التنفيذ). بعد أن تبين لنا ماهية عقد البيع ومحل عقد البيع بالمزايدة نعود لتعريف عقد البيع بالمزايدة العلنية . لم نقف على تعريف لعقد بيع العقار بالمزايدة العلنية في التشريعات العراقية كما لم نجد تعريفاً له في الكتب التي لها علاقة ببيع العقار بالمزايدة ، باستثناء مقترح تعريف له وهو الآتي:

(بيع العقار بالمزايدة العلنية يتم بمقتضاه الوصول بثمن العقار إلى أقصى حد له عن طريق تحقيق المزايدة بين الراغبين في الشراء ممن لهم حق التملك وينعقد برسو المزايدة)^(٤) .

إن المقترح المذكور كان محاولة محمودة لتعريف عقد بيع العقار بالمزايدة ، إذ أن وضع تعريف جامع مانع لعقد بيع تناثرت أحكامه في قوانين متفرقة وتباينت في بعض الجوانب ، هو أمر ليس باليسير ، ومع ذلك فان المحاولة المذكور مهدت الطريق لوضع تعريفات أخرى ربما تصل في نهاية الأمر إلى تعريف أكثر حصانة، وعلى ذلك نعرف عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية بما يأتي :

(١) أنظر نص المادة (١٢٦٩) من القانون المدني .

(٢) انظر ، هند فالح محمود العلاف ، المصدر السابق ، ص ٨.

(هو عقد بيع منظم بنصوص قانونية إجرائية وموضوعية أمره ، يراد منه الوصول بثمن الحقوق العينية العقارية القابلة للبيع إلى أزيد قدر ممكن بطريق المزايدة العلنية بين المزايديين ممن لهم أهلية الشراء قانوناً وينعقد بإرساء المزايدة) إن التعريف المذكور قد لا يكون تعريفاً جامعاً مانعاً ولكن عملنا على تجنب النقد الذي يمكن أن يوجه للتعريف السابق في جوانب عديدة منها :

١- إن العقد قد لا يرد على رقبة العقار وإنما يرد على حق التصرف فقط، وعند ذلك يكون محل المزايدة إفراغ حق التصرف ، كما قد يرد البيع على حقوق عينية أصلية آخر تصلح أن تكون محلاً لعقد بيع بالمزايدة العلنية .

٢- إن الحكمة من بيع الحقوق العينية العقارية بالمزايدة العلنية هو الوصول بثمنها إلى أزيد قدر ممكن و ليس إلى أقصى حد لها ، وهذه الحكمة توصلنا إليها من خلال دراسة دقيقة للقوانين التي نظمت أحكام المزايدة العلنية وأهمها قانون التنفيذ و قانون التسجيل و القانون المدني .

٣- إن المزايدة يتم إجراؤها بين المزايديين ممن لهم حق التملك و حق الفراغ، إذ أن حق التملك محصور بالعقارات المملوكة ملكاً صرفاً، أما حق الفراغ فيخص حق التصرف في الأراضي التي تكون رقبتها مملوكة للدولة و حق التصرف للأشخاص.

٤- إن استخدام مصطلح بيع من باب الجواز بخصوص إفراغ حق التصرف و ليس بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، ويمكن الاستدلال على ذلك من خلال مجمل التعريف.

٥- يخرج عن التعريف البيوع التي تتم بالمزايدة العلنية من قبل جهات غير رسمية.

٦- إن عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية هو من العقود التنظيمية التي حلت فيها إرادة المشرع محل إرادة البائع ، إما المشتري فإن إرادته قد اقتضت على الانضمام إليه ، وبهذا فإن للمشتري مركزاً قانونياً محدداً بنصوص أمرة و ليس له حق بالمعنى التقليدي لمصطلح الحق^(١).

٧- إن عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية هو عقد شكلي إلا إن الشكل فيه لا يتمثل بتسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري و إنما بالإجراءات المنصوص عليها قانوناً .

وفي خاتمة هذا المبحث نود الإشارة إلى إنا لم نتبع الأسلوب التقليدي المتعارف عليه في تعريف المصطلحات القانونية وكان قصدنا من ذلك الوقوف على حقيقة بيع العقار بالمزايدة العلنية قبل إعطاء تعريف له كي يأتي التعريف أقرب إلى الصواب وبعيدا عن النقد.

المبحث الثاني

المركز القانوني الموضوعي لشري العقار بالمزايدة العلنية

المقصود بالمركز القانوني الموضوعي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية هو إعطاء صفة أو حكم لمن أحيل بعهدته العقار موضوع المزايدة العلنية والذي قام بتسديد الثمن خلال المدة القانونية وتوافرت فيه كل الشروط القانونية لتملك العقار أو الحق العيني المتفرع عن حق الملكية وتعذر عليه تسجيل قرار الإحالة في دائرة التسجيل العقاري المختصة بسبب خارج عن إرادته والمتمثل في بحثنا هذا بتعليق

(١) أنظر مثلا على ذلك نص المادة (١٠٢/أولا) من قانون التنفيذ والتي ألزمت المشتري أن يدفع بدل المزايدة و رسوم التسجيل العقاري و مصاريفه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة النهائية و إلا اعتبر ناكلاً ، وكذلك نص المادة (٥٦٩) من القانون المدني و التي حكمت بعدم سماع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية.

أعمال بعض دوائر التسجيل العقاري بسبب الأوضاع السياسية للبلد ، ولا يمنع ذلك من شمول كل الأسباب الأخر ، افيتمتع المشتري مالك للعقار بالحقوق كافة وتقع عليه جميع الالتزامات والقيود القانونية الناشئة عن المركز القانوني للمالك ، أم انه غير مالك للعقار ، وان ملكية العقار تنتقل بتسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري المختصة في ظرف أصبح التسجيل مرهوناً بأمر خارجة عن إرادة المشتري ومتصلة بأوضاع سياسية صرفة ؟.

إن دوار الحديث في هذه الإشكالية هو ركن الشكل في العقد الذي جرى بطريق المزايدة العلنية ، فهل الشكل هو ركن من أركان العقد فلا ينعقد إلا باستيفائه ، أم إن الشكل ليس ركناً في العقد وإن عقد البيع يتم بإرساء المزايدة^(١) .
 إن الوصول إلى حكم يتسم بالعدل لهذا الفرض الذي عرضناه يتطلب تحليل النصوص القانونية التي لها مساس ببيع العقار بالمزايدة العلنية وتفسيرها وفهمها ومعرفة الحكمة منها ، والتي تناثرت في قوانين تباينت مضامينها وتواريخ نفاذها ، ولعل أهمها ، القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، وقانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل ، وقانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل ، وقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٢ المعدل ، ونحاول أن نأتي على ذكر أهم النصوص المتعلقة بموضوع البحث ، إن من أولى النصوص القانونية التي لها صلة بركن الشكل في العقد هو نص المادة (٩٠) من القانون المدني إذ جاء فيه:
 (١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص خلاف ذلك.
 ٢- ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل).

يستفاد من إشارة النص المذكور إن الشكل المطلوب أصبح ركناً في العقد وفي حالة عدم استيفاء العقد للشكل المعين والمفروض يبطل العقد^(٢) .

أما فيما يخص بيع العقار فقد نصت المادة ٥٠٨ من القانون نفسه على الآتي:

- (١) نقصد بالشكل هنا، تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري ، وليس الإجراءات الشكلية التي أوجبها القانون في بيع العقار بطريق المزايدة العلنية .
 (٢) أنظر د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني الإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد ، ١٩٨١ ، ص ٦٩ .

(بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)

والعقد الباطل محكوم بنص المادة (١٣٧) من القانون نفسه والتي نصت على الآتي:

(١- العقد الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتبار ذاته أو وصفا باعتبار بعض أوصافه الخارجية

٢- فيكون العقد باطلا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو إن يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع

٣- ويكون باطلا أيضا إذا اختلفت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون).

إن ما يترتب على النص المذكور، إن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد حكم الانعقاد أصلا فإذا أبطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل^(١) ، ويجوز لكل ذي مصلحة إن يتمسك بالبطلان ، و للمحكمة إن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة^(٢).

إن الأحكام التي وردت في القانون المدني، وبقدر تعلق الأمر ببيع العقار والحقوق العينية العقارية قد عضدتها الفقرة^(٣) من المادة^(٣) من قانون التسجيل العقاري والتي نصت على الآتي:

(لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) .

والتصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة.

(١) أنظر نص الفقرتين (٢١١) من المادة (١٣٨) من القانون المدني .

(٢) أنظر نص المادة (١٤١) من القانون المدني.

إن النصوص التي اشرنا إليها عدت الشكل - تسجيل التصرف العقاري في دائرة التسجيل العقاري - ركنا من أركان العقد ويجب الحكم ببطلان العقد الذي فقد ركن الشكل ، والحكمة من عدّ الشكل ركنا من أركان العقد هي إشعار المتعاقدين بأهمية التصرف الذي يقدمان عليه من جهة والحفاظ على حقوق الغير ممن لهم علاقة بالعقد كالمستأجر وكذلك الغير ممن لا مساس له بالعقد مباشرة وذلك لتعلق الأمر بالمصلحة العامة للمجتمع.

ولكن أتحمك النصوص المذكورة أنفا عقد بيع العقار بطريق المزايمة العلنية ، أم إن للبيع المذكور أحكاما خاصة به تجعل منه عقداً يرتب آثاره بمجرد إرساء المزاوم دفع الثمن ؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تستلزم عرض بعض النصوص الموضوعية التي نظمت أحكام بيع العقار بالمزايمة العلنية.

نصت المادة (٨٩) من القانون المدني على الآتي :

(لا يتم العقد في المزايمة إلا برسو المزايمة ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايمة دون إن ترسو على احد ، مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى).

ومعنى انه عقد تام أي انه عقد صحيح نافذ لازم ، وهذا هو الحكم العام الذي أورده القانون المدني والمسئود بنصوص قانونية وردت في قوانين عديدة وهي نصوص موضوعية وإجرائية أمره منها ما جاء في المادة (٩٩) من قانون التنفيذ التي نصت على الآتي :

(إذا نكل المحال عليه عن دفع بدل المزايمة أو رسوم التسجيل ومصاريفه يعرض العقار على المزايمة الذي كف يده قبله بالبدل الذي كان قد عرضه هو ، فإن أخذه هذا يضمن الناكل بقرار من المنفذ العدل الفرق بين البديلين من تأميناته وان لم تكف فمن أمواله الأخرى ، فإن أصر المزايمة قبل الناكل على كف يده أيضاً، فتجري المزايمة على العقار لمدة خمسة عشر يوماً تبدأ من اليوم التالي لتاريخ نشر الإعلان ويضمن الناكل الفرق بين البديلين بقرار من المنفذ العدل . وإذا لم يحصل راغب للشراء بعد النكول ، فتعتبر التأمينات عائدة للمدين وتسلم للدائن محسوبة على دينه، ويعاد تقدير العقار ويعلن عن بيعه مجدداً).

في هذا النص المذكور دلالة واضحة على إن عقد البيع بالمزايمة العلنية قد انعقد بإرساء المزايمة وإلا لتعذر على المشرع معالجة مسألة نكول المشتري عن دفع بدل المزايمة وتضمينه فرق البديلين بين المزايمة الأولى والمزايمة الثانية إن كان هناك فرق .

إن النص المذكور أنفا تضمن حكماً ورد في قرار مجلس قيادة الثورة (سابقاً) المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، والذي ضمن الناكل في التعهد بنقل ملكية

العقار أو حق تصرف فيه ، الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمه وقت النكول^(١) ، الأمر الذي يدعو إلى القول إن رسو المزايمة لا يتضمن عقد بيع تام وإنما تعهد بنقل ملكية عقار أو حق عيني عقاري، وان الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهذا القول لا يخلو من حجة ظاهرة؛ ففرد على ذلك بالقول إن بقية نصوص قانون التنفيذ تدحض هذه الحجة ومنها ما ورد في المادة (١٠٢/أولاً) والتي نصت على الآتي:

(يعتبر المشتري الذي قام بتسديد البذل ورسوم التسجيل ومصاريفه مالكا للعقار بانتهاء مدة العشرة أيام الممنوحة للمدين وفق الفقرة (ثالثا) من المادة ٩١). وكذلك ما ورد في نص المادة (١٠٣) من القانون نفسه والتي أوجبت على الجهة القائمة على البيع ، بعد الإحالة واستلام الثمن ، أن تطلب من دائرة التسجيل العقاري المختصة تسجيل العقار المبيع باسم من أحيل إليه نهائياً ، في حين أعطت المادة (١٠٤) من نفس القانون للمشتري طلب فسخ المزايمة بطلب يتقدم به إلى المنفذ العدل إذا لم يسجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ دفعه رسوم التسجيل ومصاريفه ما لم يكن ذلك ناشئاً بسبب منه^(٢) .

إن فسخ العقد لا يمكن أن يرد إلا على عقد صحيح كما إن المشرع قد أعطى مكنة فسخ العقد للمشتري فقط الذي يتمتع بحرية اختيار استعمال هذه المكنة أو عدم استعمالها، وان عدم استعمال المشتري هذه المكنة بالرغم من عدم تسجيل العقار باسمه لا ينفى عنه حكم المالك ويبقى له مركزه القانوني الذي اكتسبه بإرساء المزايمة وتسديد ثمن العقار ورسوم التسجيل والمصاريف المترتبة بذمته.

وبقصد تعزيز ما وصلنا إليه من تفسير وفهم للمركز القانوني الموضوعي لمشتري العقار بالمزايمة العلنية ندعم هذا التفسير والفهم بنص إجرائي ينفى عن العقد سمة الشكلية اللازمة للانعقاد وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، إلا وهو نص المادة (٢٠٨) من قانون التسجيل العقاري التي جاء فيها:

(١- يجرى تسجيل البيع أو الإفراغ المستند إلى حكم قضائي حائز درجة البتات وقابل للتنفيذ بدون حاجة إلى الإقرار ولا يخضع التسجيل في هذه الحالة إلى القيود المفروضة قانوناً على التصرفات الرضائية.

(١) نشر القرار المرقم ١١٩٨ في الجريدة الرسمية العدد ١٦٢١ في ١٤/١١/١٩٧٧، ونشر

تعديله ضمن محتويات العدد ٢٩٧٤ في ٢/١/١٩٨٤ من الوقائع العراقية.

(٢) إن حرف اللام الذي جاء في كلمة (المشتري) هو حرف جر يفيد التملك والتخصيص

ودليل ذلك قوله تعالى "لمن الملك اليوم لله الواحد القهار". سورة غافر، الآية ١٦.

٢- يسجل البيع أو الإفراغ الجاري من قبل الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية المخولة بذلك قانونا بالاستناد إلى كتاب صادر منها دون حاجة إلى الإقرار). بعد أن وصلنا إلى حكم مفاده إن عقد بيع العقار بطريق المزايمة العلنية هو عقد صحيح ونافذ ولازم وينعقد بإرساء المزايمة وتسديد الثمن مع المصاريف والرسوم اللازمة وبقصد سد أية ذريعة للطعن في الحصيلة النهائية التي وصلنا إليها لابد من التعرض لنص المادة (١١) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة التي وردت بالصيغة الآتية:

(لا تعتبر الإحالة عند البيع أو الإيجار قطعية إلا بتصديق الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله)^(١). إن المادة المذكورة أنفا نفت الاعتبار عن الإحالة أي إرساء المزايمة وربطت آثار إرساء المزايمة بتصديق الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله. وهذا يعني إن عقد البيع أو الإيجار بالمزايمة العلنية التي محلها من أموال الدومين الخاص ، لا ينعقد بإرساء المزايمة وإنما يقبل من ذكرها في المادة المذكورة أنفا ، وان التكليف القانوني للبيع أو الإيجار بطريق المزايمة العلنية لا ينطبق على عقود البيع و الإيجار التي تجري بموجب القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٣٦ .والصحيح إن هناك إيجاباً ملزماً من قبل المشتري ،وان العقد ينعقد بقبول الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله ، وليس صحيحاً القول بأن العقد معلق على شرط واقف يتمثل بموافقة الشخص المسؤول ، وليس صحيحاً القول بأن العقد معلق على شرط فاسخ يتمثل في عدم موافقة الشخص المسؤول ، إذ إن النص نفى الاعتبار عن إرساء المزايمة لذات الواقعة ؛ اما بخصوص المدة المحددة للإيجاب الملزم فنرى على إن المدة هي (٣٠) يوماً وهي المدة المحددة لتسديد ثمن المبيع في حالة البيع النقدي حسبما نصت على ذلك المادة (١٣).وتنتقل ملكية العقار عند تسديد البدل والمصاريف حيث نصت المادة (١٥) على ان،(يسجل العقار المباع في دائرة التسجيل العقاري باسم المشتري ويسلم إليه بعد الإحالة القطعية وتسديد البدل والمصاريف كاملة، أو بعد تسديد نصف البدل وكامل المصاريف وتنظيم دفع بقية البدل وفق أحكام المادة

(١) إن مما يؤخذ على نص المادة (١١) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ انه أورد مصطلح "قطعية" بدلا من "نهائية" مما يوجب على المشرع إعادة صياغة المادة المذكورة توخيا للدقة العلمية وعدم الإخلال بمبدأ وحدة التشريع.

(١٣) من هذا القانون على إن توضع إشارة الحجز على سجله العقاري في هذه الحالة ، ويكون لهذه الإشارة حكم الرهن التأميني .

البحث الثالث

المركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية

بعد إن عرّفنا عقد بيع العقار بالمزايدة العلنية وأتينا على بيان المركز القانوني الموضوعي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية، نأتي في هذا المبحث على بيان المركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية، وهل يتحلى مشتري العقار بالمزايدة العلنية بمركز قانوني إجرائي ؟ وان كان كذلك، فمن أين يستمد مركزه هذا ؟

يمكن القول إن المركز القانوني الإجرائي محدد أو مقيد بالنصوص الإجرائية الواردة في قانون المرافعات المدنية والذي يعتبر المرجع العام لجميع القوانين والنصوص الإجرائية الخاصة الأخر ، وان دوار قانون المرافعات المدنية هو الدعوى ، وأما بقية الأمور التي وردت في القانون المذكور أو القوانين والنصوص الخاصة الأخرى المتعلقة بالمرافعات فإنها محاور فرعية تقع ضمن نطاق دائرة الدعوى أو المحور العام للدعوى فهي تضيق وتتسع تبعاً للموضوع الذي يقع ضمنها وتنوع مفرداته ، فهناك مثلاً محور الطعن في الأحكام والذي يتناول مفردات عديدة تأخذ مساحة واسعة من نطاق الدعوى ، ومن المحاور أيضاً محور الخصومة ، وعلى الرغم من محدودية نطاق هذا المحور يعتبر خط البداية الذي يبدأ منه المحور العام في سيره الصحيح كي يصل في نهاية المسير إلى إصدار حكم قضائي يحقق إحدى غايات ثلاث للأحكام ما كان للقضاء إن ينزل عنها وليس باستطاعته أن يسمو عليها ألا وهي الحق ، العدل ، القسط. فأن لم يبلغ الحكم في نهاية المسيرة الغاية الأولى على الرغم من إن الظاهر يمكنه من الوصول إليها عندها يكون القضاء قد جار في حكمة ووقع في الظلم لعلتين هما الجهالة في القضاء والنقيصة في القانون الوضعي مقرونة بالتمسك بحرفية النص والوقوف عند نص واحد وإهمال بقية الأحكام التي وردت في قوانين أخر ، ولو أتقن القاضي عمله وإستقرغ طاقته لوصل إلى حكم يوصف بالحق إن لم يرق إلى مرتبة العدل أو لم يسم إلى مصاف القسط.

إن خير ما يعين القضاء للوصول إلى الحق هو التمسك بثوابت الشريعة الإسلامية وله في ذلك حجج بالغة منها دستورية يستطيع إن يستمدّها من نصوص الدساتير ، ومنها دستور عام ٢٠٠٥ الذي نص في المادة (٢) منه على ما يأتي:

(أولاً :- الإسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر أساس التشريع أ-لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)^(١).
كما إن حججاً وردت في متون قوانين عديدة كالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وقانون التنفيذ وقانون الإثبات وقانون التنظيم القضائي.

بعد هذا التقديم المبسط لحكمة قوانين المرافعات بصورة عامة نعود إلى الكلام على المركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية، ولا بد من عرض موجز ومبسط لمفهوم الدعوى والمدعي والمدعى عليه والخصم ، وغايتنا من ذلك هي تحديد المركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية وهو كما ذكرنا هل يصلح إن يكون خصماً في دعوى يرفعها هو أو ترفع ضده ، ومن أين يستمد مركزه هذا في ظروف حالت دون تسجيل البيع أو الإفراغ في دائرة التسجيل العقاري المختصة والمعلقة أعمالها لأسباب سياسية ومنذ أمد غير قصير؟ عرف قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل الدعوى بأنها (طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء) ويقصد من التعريف توجه إرادة الشخص سواء كان طبيعياً أم معنوياً إلى استخلاص حق له من آخر سواء أكان طلبه قد أتاه مباشرة أو عن طريق من يمثله تمثيلاً صحيحاً، وسواء أكان الآخر شخصاً طبيعياً أم معنوياً وسواء وجه الطلب إليه مباشرة أم إلى من يمثله تمثيلاً صحيحاً، والآخر هو المطلوب الأصلي. إما القضاء فهو السلطة المخولة بالفصل في الخصومات^(٢).

(١) هذا النص أصبح لوحاً يزين نزلاً إلا أنه لم يطعم من جوع ولم يرو من ظمأ.

(٢) إن الوصول إلى فهم صحيح لمعاني الكلمات يتم بالرجوع إلى الآيات التي وردت في القرآن الكريم والتفاسير والموضحة لمعاني تلك الكلمات ونشير هنا إلى الآية (١٠٥) من سورة النساء والآيات (٢٠-٢٦) من سورة طه.

وهذا التعريف للدعوى هو ذات التعريفات التي وردت في بعض كتب الفقه،
فمما ورد فيها، (الدعوى لغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على
غيره، وفي عرف الفقهاء مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته)^(١).
لم يعرف المشرع المدعي، إلا إن تعريف الدعوى هو تعريف للمدعي، إذ
إن الدعوى تحصل بمطالبة مدع بحق على مدعي عليه أمام القضاء وان معرفة
الفرق بين المدعي والمدعي عليه هي من أهم ما تبنى عليه مسائل الدعوى
، فالرسول الكريم محمد صلى الله عليه وسلم قال: (البينة على المدعي واليمين على
من أنكر)^(٢).

(فالمدعي هو من يتمسك بغير الظاهر والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر
، والمدعي لا يستحق إلا بحجة والمدعي عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة
كذي اليد)^(٣) وعلى ذلك بنيت مسائل الإثبات الإجرائية ، واعتمده فقهاء القانون
الوضعي في مسائل الحقوق العينية ، واصلوا القاعدة القانونية "الحيازة في المنقول
سند الملكية" والتي تبنتها اغلب القوانين الوضعية في العصر الحديث .

بعد إن بان لنا معنى الدعوى والمدعي والمدعي عليه نأتي على تعريف الخصم
والفرق بين الخصم والمدعي ونتناول الموضوع ببساطة بعيداً عن تعقيدات
شارحي القانون الوضعي وبما يحقق المسايرة والغاية سواء على صعيد الفقه
الإسلامي أم على مستوى القانون الوضعي، فنقول إن الخصم يكون مدعياً أو يكون

(١) انظر في ذلك ،ابن الهمام ،شرح فتح القدير ؛ قاضي زادة ،نتائج الأفكار في كشف
الرموز والأسرار ؛ محمد بن محمود البابرتي ، شرح العناية على الهداية؛ سعدي جلبي
،حاشية شرح العناية .جميعها مطبوع في مؤلف واحد تحت عنوان شرح فتح القدير، ج٣،
مطبعة المكتبة التجارية الكبرى بمصر ،دون ذكر لسنة النشر ، ص١٣٧ ، من تكملة فتح
القدير .

(٢) انظر، محمد شمس الحق العظيم أبادي ،عون المعبود شرح سنن أبي داؤد ، مع تعليقات
الحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية ،خرج أحاديثه عصام الصبابطي ،ج٦، دار الحديث
،القاهرة، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م، ص٤٥٧ .

(٣) لم يعتمد فقهاء الشريعة هذه القاعدة في العقار ،لان الحيازة قد تكون غير مشاهدة في
العقار ولربما تكون حيازة العقار في غير يد المدعي والمدعي عليه ونفياً لتهمة المواضعة
بينهما ؛انظر ،شرح فتح القدير ،المصدر السابق ،ص١٤٦ .

مدعى عليه، ولكن لا يجوز القول إن كل مدع أو مدعى عليه تصح تحليلته بحلية الخصومة وإلا لما كان هناك معنى لرد الدعوى لعدم توجه الخصومة^(١).
 إن ما يبني على ما ذكر من أحكام، أنه لا يمكن أن تقوم دعوى قضائية في ظاهر الأمر إلا إذا كان هناك مدع ومدعى عليه، ولا يمكن أن تقوم دعوى قضائية ظاهراً وباطناً (حقيقة) إلا إذا كان هناك خصوم فيها؛ فمن هو الخصم وما علاقة الخصومة بالمركز القانوني لمشتري العقار بالمزايدة العلنية؟ هذا ما نود إيضاحه الآن.

معنى الخُصم في اللغة لا يختلف عن معناه شرعاً وقانوناً واصطلاحاً، فالخُصم لغة هو المنازعة وجانب وعاء، ويمكن إن يجمع بين المنازعة وجانب الوعاء فيرد إلى معنى واحد وذلك أن جانب العدل مائلٌ إلى احد الشقين والخصم المنازع في جانب^(٢). ولا يمكن تصور عدل أو ميزان دون إن تكون له كفتان تربطهما عروة، والعروة الرابطة هي مناط توجه الخصومة في الدعوى القضائية كما هو الحال في الميزان، وعند فقدان هذه العروة فلا خصومة ولا قضاء ولا وزن^(٣)، والعروة كما قد تكون مادية فإنها قد تكون معنوية أيضاً.
 وعلى هذا يمكن تعريف الخصومة القضائية أنها:

- (١) إن عدم قبول الدعوى لعدم توجه الخصومة جاء في الشريعة الإسلامية، إلا أن شارحي القانون الوضعي لم يتدبروا فيه، ونأمل إن يلقي هذا الموضوع عناية الباحثين.
- (٢) لمزيد من التفصيل انظر، احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، إيران، دون ذكر لسنة الطبع، ص ١٨٧؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار القلم بيروت، دون ذكر لسنة الطبع، ص ١٧٧ و ١٧٨.
- (٣) يمكن فهم ذلك من الآيات القرآنية التي جاءت في أمر الميزان وعددها ٢٣ آية، من ذلك قوله تعالى "والسمااء رفعها ووضع الميزان (٧) إلا تطغوا في الميزان (٨) وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان (٩)". سورة الرحمن.

(مركز قانوني إجرائي يتحلى به أطراف الدعوى القضائية وقوامه حق أو مركز قانوني موضوعي). وبهذا فإن الخصومة لازمة للمدعي والمدعى عليه، والفرق بينهما حسبما قال فقهاء في الشريعة الإسلامية (إن المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة)^(١). وهذا القول يسائر ما جاء في المادة (٨٨) من قانون المرافعات فقراتها بكافة ومن ضمنها الفقرة (٣) منها.

بعد إن تعرفنا على المدعي والمدعى عليه والخصوم ، وان المركز القانوني الإجرائي يستمد مكانته من الحق سواء كان حقا عينيا أم شخصيا أم فكريا، أم من المركز القانوني الموضوعي (كمركز المالك أو الزوج) نصل إلى حقيقة مفادها إن مشتري العقار بطريق المزايدة العلنية هو مالك ويتمتع بمركز قانوني إجرائي يؤهله أن يكون مدعياً أو مدعى عليه ولا يصح من القضاء رد الدعوى لعدم توجه الخصومة أو تأخيرها لحين إتمام عملية التسجيل ، وذلك بالاستناد إلى نص المادتين (٨٠) و (٨٣) من قانون المرافعات المدنية ودون بيان السند الموضوعي لقرار الرد.

إن فعل كهذا مخالف لأمر الله عز وجل في قوله تعالى : (وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لا نكلف نفسا إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا ذلك وصاكم به لعلكم تذكرون)^(٢).

إن المشتري الذي رست عليه المزايدة وسدد الثمن الذي تصرفت به الجهة القائمة على البيع كأن وزعته على الشركاء في دعاوى إزالة الشبوع أو أعطته للدائن الحاجز ، إن هذا المشتري أصبح مالكا للعقار أي انه صاحب مركز قانوني موضوعي وصاحب مركز قانوني إجرائي ومن حقه أن يطالب شاغل العقار بأجر

(١) أنظر الكمال بن الهمام ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ .

(٢) سورة الأنعام، الآية (١٥٢).

المثل أو الأجر المسمى^(١)، كما إن له المطالبة بحقوق الارتفاق التي للعقار على العقارات المجاورة^(٢)، إذ إن من حق المالك الانتفاع والاستغلال والتصرف وبما لا يتعارض مع أحكام القوانين السائدة والتي تهدف جميعها إلى إحقاق الحق وإقامة العدل حسبما ورد في الأسباب الموجبة للقوانين كافة ، إن القضاء العراقي في الآونة الأخيرة لم يجرّد مشتري العقار من مركزه القانوني بوصفه مالكا وإنما جرده من حقوقه بوصفه حائزا حسن النية له حق الانتفاع بالعقار الذي سدد ثمنه، وان في هذا نهجا مبتدعا لم نعتده من قبل، واختم بحثي هذا مُذكراً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي لا ينطق عن الهوى إنما هو وحي يوحى.

- (١) في دعوى إزالة الشيوع المرقمة ٣٣٨٧/ب/٢٠٠٧ وبتاريخ ٢٠٠٨/٤/١٠ اشترى المدعو (س) العقار المرقم ١٧٦/٧م ٤١ قرقوز ببديل مقداره مائة وثلاثة وثلاثون مليون دينار وسدد البديل إلى محكمة بداءة الموصل وان المدعى عليه (ض) كان شريكا في العقار حيث أبدى رغبته بإشغاله بصفة مستأجر، وقبض حصته من ثمن العقار، وعند مطالبة المشتري له باجرة العقار قضت محكمة بداءة الموصل بقرارها المرقم ٣٠٨١/ب/٢٠٠٨ والمؤرخ ٢٠٠٨/١٠/١٢ بإلزامه ببديل الإيجار ، إلا إن محكمة استئناف نينوى وإتباعا للمبدأ الجديد لمحكمة التمييز قضت بفسخ الحكم البدائي المستأنف ورددت دعوى المدعي المستأنف عليه من جهة الخصومة وذلك بقرارها المرقم ٢٤٣/س/٢٠٠٨ والمؤرخ ٢٠٠٨/١١/٣٠ ، في حين نقضت محكمة التمييز الحكم الاستئنافي معللة النقض بوجود استئجار الدعوى لحين تسجيل العقار باسم المميز ، وذلك بقرارها المرقم ١٩٣/الهيئة الاستئنافية/العقار/٢٠٠٩ والمؤرخ ٢٠٠٩/٢/٢٤ .
- (٢) وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٠٦٢/مدنية عقار/٢٠٠٨ وبتاريخ ٢٠٠٨/٩/٨، بتصديق الحكم البدائي القاضي ببرد دعوى مشتري العقار والتي يطلب فيها حق المرور معللة قرارها بعدم صحة خصومة المدعي لعدم استيفاء تسجيل العقار شكله النهائي باسم المدعي، مستندة في حكمها إلى المادة ١/٨٠ من قانون المرافعات المدنية. ويؤخذ على القرار المذكور تجاهله للأحكام الموضوعية والإجرائية المنظمة للمركز القانوني لمشتري العقار بالمزايدة العلنية.

(اللهم من ولي من أمر أمتي شيئاً فشق عليهم فأشقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم فأرفق به) ^(١).

الختام

أولاً: النتائج:

إن موضوع بيع العقار بطريق المزايدة العلنية من المواضيع التي كتب فيها كثير من الباحثين في القانون الوضعي ، إلا أننا لم نمر على بحث تناول تفصيل محل عقد البيع بالمزايدة العلنية ، وإنما وقفت الأبحاث عند ملكية رقبة العقار دون بقية الحقوق العينية الأصلية العقارية المتفرعة عن حق الملكية العقارية من حيث مدى صلاحيتها للبيع بالمزايدة العلنية. فضلاً عن ذلك فإن الأبحاث المتخصصة لم تتناول موضوع المركز القانوني الموضوعي والمركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية والعلاقة بينهما.

وقد أتينا على كل الأمور المشار إليه انفاً بإيجاز موزون، عرفنا فيه المقصود ببيع العقار بالمزايدة العلنية وبيننا المركز القانوني الموضوعي ثم المركز القانوني الإجرائي لمشتري العقار بالمزايدة العلنية وعلاقة المركزين بالخصومة ، كما بينا في بحثنا هذا وجه العيب في قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٢ المعدل ، وكيفنا العملية الإجرائية للبيع بموجب أحكامه أنها إيجاب ملزم. ووصلنا إلى نتيجة مفادها أن عقود البيع بالمزايدة العلنية هي عقود شكلية ، إلا أن الشكل فيها يتمثل بالنظام القانوني بجانبه الموضوعي والإجرائي الذي نظم عملية البيع، وليس بالتسجيل في دائرة التسجيل ، فالتسجيل إن هو إلا تنفيذ لعقد البيع وليس ركناً من أركانه. وبيننا أن القضاء قد ابتدع منهجاً جديداً لم نعرف له سابقة قضائية على مدى أكثر من ثلاثة عقود من الزمن أمضيناها في ساحات العدل ، وقد عرضنا قرارات قضائية حديثة وغير منشورة أثبتنا فيها أن القضاء نزع من مشتري العقار مركزه القانوني بوصفه مالكا ، لا بل لم يعترف له بمركزه القانوني بوصفه حائزاً

(١) أنظر، صحيح الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح الإمام مسلم ، ج ٢ ، مطبعة دار الكتب العربية بمصر، ١٣٢٧هـ، ص ١١٠.

حسن النية ، وفي هذا النهج الجديد خطر كبير نزع الثقة من البيوع القضائية والتنفيذية وكافة البيوع التي تجريها السلطات بطريق المزايمة العلنية ، وفيها خروج على وجوب التزام القضاء بالحكم بالعدل والقسط ، ولم نجد لهذه البدعة سنداً من القوانين الوضعية ، وقد عززنا آراءنا بتحليل النصوص القانونية الموضوعية على أسس علم تفسير النصوص القانونية.

إن القضاء بأحكامه هذه قد حكم بالفراق بينه وبين الشريعة الإسلامية في هذا الباب ، إذ لم نقف على سند شرعي لنهجه هذا ، إذ أنكر على المشتري حقه في انتقال الملكية وأنكر عليه حقه في الحيابة ، وخالف القاعدة الفقهية التي تقضي بأن (لا مال بدون مالك) ، إن اتجاه محكمة التمييز يعني أن العقار الذي بيع بطريق المزايمة العلنية قد خرج من ملك أصحابه الذين استوفوا ثمنه إلى لا مالك للفترة من تاريخ البيع لحين تاريخ التسجيل في السجل العقاري والذي أصبح أمراً متعذراً في بعض الأماكن لأسباب سياسية لا علاقة للمشتري فيها ، وذلك منذ احتلال العراق وحتى الآن. أما القول أن حقوق المشتري محفوظة ، فالرد عليه أن إنفاذ الحق في غير أوانه وبعد مضي بضع سنين هو ظلم وحسبنا ما جاء في كتاب الله والأحاديث الصحاح عن الرسول صلى الله عليه وسلم.

إن من لا يؤمن بالله ورسوله والكتاب الذي بين يديه ، ليس له الحجة في إنكار ما ورد في دستور اقر بحق المواطن في التملك في أنحاء العراق كافة ، ولا نريد الزيادة أكثر مما ذكرنا.

ثانياً: التوصيات :

إن توصيتنا لا نوجهها للمشرع كما جرت العادة في البحوث الأكاديمية وإنما نوجهها للقضاء ونوصيه بوجوب التزام الحكم بالقسط والعدل والحق ، فإن أصبح القضاء عاجزاً عن إنفاذ قضائه فليس له أن ينقض ما تم من جهته وكان قائماً عليه، فمن لا يعترف بما تم على يديه فقد ابتلاه الله في دينه وكان الأولى به أن لا يقدم على أمور كهذه . وإلا فإنه يكون قد أمسك بإحدى كفتي الميزان ولم يتمسك بالعمود التي تربط كفتي الميزان ، وأمر كهذا يجعل من القضاء خصماً وليس حكماً عدلاً ولا متمسكاً بثوابت الشريعة الإسلامية ، ونختم بحثنا بنصح القضاة، إن في مصادر التشريع الإسلامي الأصلية والتبعية أدلة على ما نقول ، كالاستحسان والمصالح المرسلة ونذكر من ذلك أن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب (رضي) أوقف حد السرقة في عام المجاعة ، وحث المسلمين عند فتح العراق على عدم الزواج من الكتابيات ، ولا نريد أن نحتج بما قال به الأحناف من عدم قطع يد السارق اليسرى

إذا أقدم على السرقة في المرة الثالثة بعد قطع يده اليمنى في الأولى وساقه اليمنى في الثانية رعاية لمصلحة خاصة لما ينطوي عليه قطع اليد اليسرى من تفويت جنس المنفعة ، فقد سبق الأحناف في هذا لقول الإمام علي (كرم الله وجهه) ، فقد روي عنه قوله :

(إني لاستحي من الله أن لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي بها) .
فأين قضاء اليوم من قضاء السلف الصالح ، إن خير مسك للختم أن نذكر أنفسنا والمؤمنين ، بقوله تعالى:

(لعل الذكرى تنفع المؤمنين)

بسم الله الرحمن الرحيم

((والعصر (١) إن الإنسان لفي خسر (٢) إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات
وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر (٣)))

صدق الله العظيم

المصادر

أولاً: كتب اللغة .

- ١- احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، دار الكتب العلمية ، إيران ، قم ، لم يرد ذكر سنة النشر .
- ٢- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار القلم ، بيروت ، لم يرد ذكر سنة النشر .

ثانياً: كتب الحديث .

- ١- محمد شمس الحق العظيم أبادي ، عون المعبود شرح سنن أبي داؤد ، مع تعليقات الحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية ، خرج أحاديثه عصام الصبابطي ، دار الحديث ، القاهرة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م .
- ٢- مسلم بن الحجاج ، صحيح الإمام مسلم ، مطبعة دار الكتب العربية ، مصر ، ١٣٢٧هـ .

ثالثاً: كتب الفقه.

- ١- الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ؛ قاضي زادة ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ؛ محمد بن محمود البابر تي ، شرح العناية على الهداية ؛ سعدي جلبي ، حاشية شرح العناية ، جميعها مطبوع في مؤلف واحد ، المطبعة التجارية الكبرى ، مصر ، دون ذكر سنة النشر .
- ٢- د. مصطفى الزلمي و أ. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة ، الموصل ، ١٩٨٩ .
- ٣- د. يوسف أحمد محمد البدري ، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- ٤- د. يوسف القرضاوي ، الصحوة الإسلامية وهموم الوطن العربي والإسلامي ، لم يرد ذكر مكان النشر ، ١٩٨٨ .

رابعاً: كتب القانون.

- ١- د. آدم وهيب النداوي و د. هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨ .
- ٢- د. حسن علي ذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، نظرية العقد ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ .
- ٣- د. حمدي عبد الرحمن ، الحقوق والمراكز القانونية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥-١٩٧٦ .
- ٤- شعيب أحمد الحمداني ، قانون حمورابي ، بغداد ، ١٩٨٧-١٩٨٨ .
- ٥- عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، ج١ ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٧٢ .
- ٦- د. محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٨١ .

خامساً: الرسائل الجامعية:

- ١- هند فالح محمود العلاف ، بيع العقار بالمزايدة العلنية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠١ .

سادساً: القوانين العراقية:

- ١- القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٢- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
- ٣- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
- ٤- قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ٥- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل .
- ٦- قانون إطفاء حق الحكم رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ .
- ٧- قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ .
- ٨- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .

سابعاً: القرارات القضائية غي المنشورة

- ١- قرار محكمة بداءة الموصل المرقم ٣٣٨٧/ب/٢٠٠٧ المؤرخ ٢٠٠٨/٤/١٠ .
- ٢- قرار محكمة بداءة الموصل المرقم ٣٠٨١/ب/٢٠٠٨ المؤرخ ٢٠٠٨/١٠/١٢ .
- ٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٠٦٢/مدنية عقار المؤرخ ٢٠٠٨/٩/٨ .
- ٤- قرار محكمة استئناف نينوى المرقم ٢٤٣/س/٢٠٠٨ المؤرخ ٢٠٠٨/١١/٣٠ .
- ٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٣/الهيئة الاستئنافية/العقار/٢٠٠٩ المؤرخ ٢٠٠٩/٢/٢٤ .