



اسم المقال: إنتقال الملكية الخاصة جبراً بصورة البيع الجبري في المزاد العلني

اسم الكاتب: أ.د. درع حماد عبد، م. محمد جمال زعين

رابط ثابت: <https://political-encyclopedia.org/library/9698>

تاريخ الاسترداد: 2026/05/25 12:44 +03

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

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





**¹ Dr. dire hamaad eabd ² Mohammad j. zayin
College of Law - University of Fallujah**

Abstract:

The issue of seizing and selling the debtor's financing at public auction deals with great importance in order to participate in the restitution of the creditor against the debtor, through procedures stipulated in substantive and procedural laws, and such procedures take a different approach in choosing creditors, and differ from those advocated by public means of transportation, but they are in Regarding this topic, it may not seem as if the matter is related to this matter, as there will be a common interest among creditors and debtors. Only those who lead the bidding are the latter. As a result, the influence of the regional system is in the hands of the public authority, as it is part of the association and in a specific way. The importance is in recovering the rights of conservative creditors. However, the third party to whom the bid was awarded is in fact an expropriation of an owner against his will, whether he is the debtor, the owner of the property, or the guarantor, for the benefit of the buyer in the bid, who may not have a relationship of debt or responsibility. So how did that happen? Is this really legal behavior? Because action is the direction of a will to create an effect, so if the will of the owner of the auction becomes clear with his bid, then where is the will of the property owner? How do we call this relationship behavior? What is the legal status of the owner and the possessor to whom the bid was awarded?

The answer to these questions leads us first to understand the public auction system, as an image of forced transfer, and how the idea of forced sales is discussed from its basis, and is it a system or is it a disposal? If this is known, the effects of this forced sale must be addressed, and the positions of its parties, namely the owner and the possessor, must be explained.

We adopt all of the above by dividing this topic into two requirements. In the first requirement, we clarify the concept of forced sale and its legal adaptation, and in the second requirement, we explain the effects of forced sale, and the legal position of the owner and the possessor.

1: Email:

2: Email:

mo-ja82@uoanbar.edu.iq

DOI

<https://doi.org/10.37651/aujpls.2024.150460.1276>

Submitted: 2/6/2024

Accepted: 12/6/2024

Published: 23/6/2024

Keywords:

Creditor
Debtor
Owner
Possessor
auction award.

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



انتقال الملكية الخاصة جبراً بصورة البيع الجبري في المزاد العلني
 ا.د. درع حماد عبد م. محمد جمال زعين
 كلية القانون - جامعة لفلوجة

الملخص:

يأخذ موضوع الحجز وبيع أموال المدين في المزاد العلني أهمية كبرى فهو بمثابة الردأ للدائن في مواجهة المدين، من خلال اجراءات نصت عليها القوانين الموضوعية والإجرائية ومثل هكذا اجراءات تأخذ منحاً آخر في الضمان لصالح الدائن، تختلف عن تلك التي تنادي بها وسائل الضمان العام، غير أنها في ذات الوقت تؤدي منفعة خاصة لصالح طرف ثالث، ألا وهو من ترسو عليه المزايذة، فيظهر الإنتقال الجبري في هذه الصورة في مشهد قد لا يبدو في نظر هذه المسألة مشهد ذا أهمية كون العلاقة البارزة فيما بين الدائن والمدين فقط دون من ترسوا عليه المزايذة كون الأخيرة نتيجة لتلك العلاقة النظامية بيد السلطة العامة فهي من اوجد تلك الرابطة وبطريقة محددة، فالأهمية هي في استرداد حق الدائن وحسب. إلا أن الطرف الثالث الذي رست عليه المزايذة في حقيقتها تعد نزع لملكية مالك رغما عن ارادته سواء كان المدين أو الحائز للعقار أو الكفيل، لصالح المشتري في المزايذة، والذي قد لا تجمعهما علاقة مديونية أو مسؤولية، فكيف حدث ذلك؟ وهل هذا تصرف قانوني حقاً؟ لأن التصرف هو اتجاه ارادة لإحداث اثر، فإن إتضحت ارادة الراسي عليه المزاد بعطاءه، فأين ارادة مالك العقار؟ فكيف نسمي هذه العلاقة تصرفاً؟ وما المركز القانوني للمالك والمتملك الذي رست عليه المزايذة؟ إن الإجابة على هذه التساؤلات تحيلنا أولاً لفهم نظام المزاد العلني، كصورة للإنتقال الجبري، وكيف يتم بحث فكرة البيوع الجبرية من اساسه، وهل هي نظام أم أنها تصرف. فإن تم معرفة ذلك فينبغي التطرق لآثار هذا البيع الجبري وبيان مراكز اطرافه وهما المالك والمتملك.

ونتبن كل ما سبق من خلال تقسيم هذا المبحث لمطلبين نتبين في المطلب الأول مفهوم البيع الجبري وتكييفه القانوني، وفي المطلب الثاني فنبين اثار البيع الجبري، والمركز القانوني للمالك والمستملك.

الكلمات المفتاحية: الدائن ، المدين، المالك، المتملك، رسو المزاد.

المقدمة

أولاً: مغل تعريفى عن الدراسة.

أحاط المشرع العراقى الملكية بحماية دستورية وقانونية، لما لهذا الحق من منزلة كبيرة فى المجتمع، حيث نصت م(٢٣) من دستور العراق ٢٠٠٥ / أولاً: الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها فى حدود القانون. ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون"، ونص م(١٠٥٠ مدنى عراقى) "لا يجوز ان يحرم احد من ملكه، إلا فى الاحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى يرسمها، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً".

فهذه المواد وغيرها تبين بشكل جلى على أنه لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض النفع العام، ولا يحرم أحد من ملكه إلا بالطرق والاحوال التى نص عليها القانون، والأخير هو قانون الإستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل، غير أن المطلاع على حالة البيع الجبرى يجد أنه فى حقيقته حرمان المالك من ملكه، أو نزع الملكية لمصلحة خاصة، وليس لمنفعة عامة، ومن ثم فإن الناظر لأول وهلة يجد أن هناك تعارضاً بين النصوص، كحد أدنى للتقييم، أو أن هناك ثغرة قانونية ينفذ منها إمكانية المطالبة بإلغاء النصوص القانونية التى تحرم المالك من ملكه كما فى البيع الجبرى، كونها تخالف صريح نصوص الدستور، وإذا فإن الأمر يحتاج إلى بيان حالة الإنتقال الجبرى بصور البيع الجبرى ومدى إمكانية إلحاقها بالاحوال القانونية التى تبيح نزع الملكية.

والبيع الجبرى فى كتابات الشراح إستثناء من البيع الإختيارى، ويتبدى هذا الإستثناء واضحاً فى مستويين، الأول مخالفة القواعد الموضوعية، حيث نجد العنصر البارز فيه هو الإجبار (الإكراه)، والأخير يعد فى القواعد الموضوعية عيباً من عيوب الإرادة يردي بالعقد مواد التوقف أو البطلان ومن ثم الفسخ، ومن ثم فالبيع الجبرى ما هو إلا مخالفة للرضائية التى تعد من أعمدة القواعد الموضوعية. أما المستوى الثانى للإستثناء فهو الأفراد التشريعى، أى أفراد المشرع لمثل هكذا بيع قواعد خاصة إجرائية، وتحديدًا فى قانون التنفيذ، هدف من وراء ذلك حفظ المراكز القانونية، فالمشروع عندم نحى إرادة المالك (مديناً، أو حائزاً، أو كفيلاً) فى بيع ملكه فى المزاد، إنما سلبه إرادته، بمعنى عدم القدرة على سوم بضاعته، وتحديد الثمن، والمبيع، وعرضه على الكافة للشراء، وهذه تعد من العناصر الجوهرية للعقد، فكأن المشرع بهذا الأفراد التشريعى إستعاض عن إرادة المالك، بتلك الضمانات. إن بيان ما سبق عن كذب، يوجب عرض مفهوم البيع الجبرى، وتكييفه القانونى، ليتسنى تحديده آثاره، والمركز القانونى للمالك والمتملك.

ثانياً: أهمية الدراسة:-

للبيع الجبري أهمية في شقين: الأول تأسيلي يتمثل في إلحاق المشرع البيع في المزداد العلني، بالعقود، كما ورد ذلك صريحاً في نص م(٨٩ مدني عراقي)، فهل هذا التأسيس يصدق حقا في البيع الجبري، ومن ثم فأهمية الدراسة تأسيساً تتأتى من إستدعاء الآراء والأفكار التي قيلت حول هذا التكييف، وما إذا كانت كافية من عدمه، ومن ثم محاولة وضع تأسيس جديد له. اما الشق الثاني من الأهمية فهو تنفيذي، يظهر في بيان المركز القانوني للمالك عند المزايدة وبعدها، والمركز القانوني للمتملك عند المزايدة وبعدها، وهل الضمانات التي أحاطها المشرع بالبيع الجبري كافية ومناسبة لحفظ الملكية من الهدر، علماً أن هناك حالات قد يكون فيها وجه من هذا الهدر للملكية، خاصة في السماح للمدين بالبيع الرضائي للمحجوز شرط أن لا يقل عن ثمن المثل، ثم يطرح المشرع في البيع الجبري فتح المزداد، بما لا يقل عن ٦٠% من قيمتها في معاملة وضع اليد في المنقولات، و ٧٠% من قيمتها في معاملة وضع اليد في العقارات، وهنا قد يكون تفاوت كبير بين البيع الرضائي الذي لا يجوز أن يقل عن ثمن المثل، والبيع الجبري الذي تفتح به المزايد بقية ثلثه.

ثالثاً: مشكلة الدراسة:-

تتعدد مشكلة الدراسة وتختلف حسب زوايا النظر، فمن زاوية الحرمان من الملكية، هل يعد البيع الجبري طريقاً من طرق جواز نزع الملكية ولكن للمصلحة الخاصة، ومن ثم فالقول بمثل ذلك يحيلنا لوجوب رفع التعارض بين النصوص القانونية التي لا تجيز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة. أما الزاوية الثانية فمن حيث تأسيس البيع الجبري، فهل هو عقد يلحق بالقواعد الموضوعية، كما وصف المشرع بذلك، وكيف نسميه عقداً ولا رضا للمالك، والرضا ركن في العقد. أما الزاوية الثالثة فهي مدى كفاية الضمانات التي أحاطها المشرع للبيع الجبري لحفظ مراكز أطرافه.

رابعاً: منهج الدراسة:-

سنعتمد في هذه الدراسة على منهجين، وأسلوب واحد، أما المنهجين، فالأول هو التأسيلي، حيث نبدأ من الكل إلى الجزء، فنبتدأ في بيان مفهوم البيع الجبري وتكييفه، وهذا هو الكل، ثم ننثني لنبيين أحكامه وآثاره ومركز الأطراف فيه وهذا جزء. أما المنهج الثاني فهو التحليلي، حيث نعمل لتحليل النصوص القانونية، والتعرض لآراء الشراح حول هذا النصوص. أما الأسلوب الذي نتبعه فهو المقارن أينما وجد إلى ذلك سبيل، وتحيدا التشريع المصري والفرنسي.

خامساً: النتائج والحلول:-

بما أن البيع الجبري إستثناء من البيع الرضائي، فإن المشرع أفرد له نصوص خاصة، هذه النصوص يمكن أن تدخل ضمن الطرق القانونية التي تجيز حرمان المالك من ملكه للمصلحة الخاصة، وهذا لا يتعارض مع النصوص الدستورية والقانونية، لأن النص

الدستوري أجاز للإدارة أن تنزع الملكية للمنفعة العامة فقد، ومن ثم بمفهوم المخالفة يجوز لغير الإدارة (السلطة العامة) أن ينزع الملكية للمصلحة الخاصة، ضمن الأطر القانونية والتشريعية التي أتاحتها المشرع كما في البيع الجبري، إضافة لذلك فإن البيع الجبري يبقى تصرفا ما دام هناك إرادة ولكنها ليست عقدا بل إرادة منفردة.

سادسا: مخطط الدراسة:-

سنعتمد في مخطط الدراسة التقسيم الثنائي، حيث نقسم الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول: مفهوم البيع الجبري، وتكييفه القانوني. المبحث الثاني: آثار البيع الجبري، المركز القانوني للمالك والمتملك.

I. المبحث الأول

مفهوم البيع الجبري وتكييفه القانوني

ثار الخلاف على تعريف البيع الجبري، وكان سبب ذلك هو التكييف القانوني له، فمن اضى على البيع الصفة العقدية انعكس ذلك على تعريفه، ومن اضى على البيع الصفة التنظيمية انعكس كذلك على تعريفه، ونتعرض اولا لتعريف البيع الجبري، واسبابه وأشخاصه. على ان نعرض بعد ذلك لتكييفه القانوني وذلك في مطلبين اثنين.

I. أ. المطلب الأول

تعريف البيع الجبري، أسبابه وأشخاصه

للحديث عن تعريف البيع الجبري ومعرفة أشخاصه يحسن تقسيم المطلب الى فرعين نبيين في الأول، التعريف وفي الثاني اسبابه وأشخاصه.

I. أ. 1. الفرع الأول

تعريف البيع الجبري

يعرف البعض البيع الجبري من وجهة اقتصادية بأنه عملية تسهيل المال المحجوز عن طريق بيعه في المزاد العلني من اجل ايفاء الديون لأصحاب الحقوق في المعاملة التنفيذية وتوزيع ما تحصل من عملية الحجز بينهم عند الاقتضاء⁽¹⁾. فيما عرف البعض الاخر من جهة تنظيمية بأنه البيع الذي يتم من خلال القضاء أو تحت اشرافه كي يتحول المال المحجوز عقارا او منقولا الى مبلغ نقدي محققا غاية التنفيذ بإستيفاء الدائن لحقه المالي⁽²⁾. بينما اختار جانب اخر الجهة العقدية فرفه بأنه عقد بيع منظم بنصوص قانونية اجرائية وموضوعية امرة، يراد

(1) حلمي محمد الحجار، اصول التنفيذ الجبري دراسة مقارنة، ط 2، (بيروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2003)، ص 528، نقلا عن احمد سمير محم الجبوري، "التنظيم القانوني للبيع الجبري في قانون التنفيذ"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد 11، المجلد 3، (2014): ص 254.

(2) احمد هندي، سيد احمد محمود، عبد الستار الملا، اصول التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، (منشورات جامعة الكويت، 2001)، ط 1، ص 125.

منه الوصول بثمن الحقوق العينية العقارية القابلة للبيع الى ازيد قدر ممكن بطريق المزايدة العلنية بين المزايدين ممن لهم اهلية الشراء قانونا وينعقد بارساء المزايدة⁽¹⁾.

وتسلط أكثرية تعاريف البيع الجبري على هذا النمط والتي تلقي الضوء في التعريف على جهة المدين وجهة الدائن، دون أن يعطى لمن ترسى عليه المزايدة ذاك الإهتمام، وقد يفهم سبب ذلك كون العلاقة المهمة هي فيما بين الدائن والمدين، إذا ادركنا أن البيع الجبري ما هو إلا مرحلة وسطى بين مرحلتي الحجز، وتوزيع الثمن الناتج عن البيع، والذي يهدف إلى الحصول على اعلى ثمن ممكن⁽²⁾. أما من ترسوا عليه المزايدة فلا يعدوا أن يكون مشتري المحجوز الذي تستحصل منه اثمان الديون⁽³⁾. إلا أن النظر لهذه العلاقة من زاوية انتقال الملكية جبرا من المالك إلى شخص اخر، يحيلنا إلى حاجة تعريف البيع الجبري من جميع اوجهه وليس من اتجاه واحد. وقد عرف البيع الجبري من جهة المستملك الحائز وليس الغير أو المستملك بصور عامة بأنه اداة قانونية اجاز بمقتضاها للمالك أن يشترك في مزاد اجري لبيع عقار مملوك له، بهدف احتفاظه بملكية عقاره⁽⁴⁾.

ونرى أن تعريف البيع الجبري من اوجهه المتعددة بأنه اداة قانونية بصورة تصرف تنظمه السلطة العامة بشروط معينة، ينتج بمقتضاها نزع ملكية المالك وفاء لدين عليه أو على غيره، نظير انتقال الملك جبرا لشخص آخر.

I. أ. 2. الفرع الثاني

اسباب البيع الجبري، واشخاصه

أولاً: أسباب البيع الجبري.

ذكر الفقه الاسلامي اسباب متعددة للبيع الجبري يمكن اجمالها في:

أ- بيع مال المدين المالك جبرا عنه. ب- بيع المال المرهون جبرا عن الراهن المالك. ت- بيع الاشياء المحتكرة جبرا عن مالكة المحتكر. ح- بيع الاموال والسلع جبرا عن مالكةا بالسعر الذي تعينه الدولة. خ- بيع الاموال جبرا عن مالكةا لأداء النفقة لمستحقها⁽⁵⁾.

بيد أن التشريع العراقي وكسياسته في خنق الإستثناءات في اضيق صورة، لم يأخذ مما سبق من اسباب للبيع الجبري إلا في النقطتين الأوليتين فقط، فيما اهمل الباقي منها على

(1) شكر محمود داود السليم، "المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني"، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 13، العدد 49، (2016): ص 152.

(2) رائد لطفي صبح، احمد فراحنة، "التنظيم القانوني للبيع الجبري في قانون التنفيذ الاردني (دراسة مقارنة)"، مجلة الكوفة، جامعة الكوفة، العدد 42، المجلد 1، (2019): ص 221.

(3) Natalie Fricero, Procédures civiles d'exécution, Collection Mémentos, 2019, p212

(4) شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ج 1، (الاسكندرية: مؤسسة المعارف للنشر، 1959)، ط 2، ص 364.

(5) عطية فتحي الفقي، البيوع الاجبارية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، (الاسكندرية، مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر، 2021)، ص 27.

أن النفقة تدخل في باب الديون. فالسبب المباشر للبيع الجبري في التشريعي العراقي هو تقدم الدائن بطلب الحجز على محل التنفيذ بسبب عدم وفاء المدين اختياريًا بحق الدائن بمرور مدة إخبارية التنفيذ، لكي يتمكن الأخير من استيفاء حقه بواسطة السلطة العامة من ثمن البيع الجبري^(١). وبما أن أسباب البيع الجبري حصرها المشرع وفاءً لدين، فأشخاصه هم طالب البيع، والمطلوب منه البيع، والسلطة التي تنظم البيع، وسنأخذهم تباعاً.

ثانياً: أشخاص البيع الجبري.

ينبغي بعد معرفة أسباب البيع الجبري، بيان أشخاصه، وهم المالك الذي نزعت ملكيته، والمتملك الذي رسا المزاد عليه، والسلطة العامة التي قامت بالنزع.

أ- المالك الذي تنزع ملكيته: وهو الطرف الأول في البيع الجبري ويكون إما المالك المدين الذي له صفة المديونية^(٢)، أو المالك الذي ليست له صفة المديونية. فأما الأول فهو من نزعت ملكية بسبب دين في ذمته بموجب حق شخصي، فيكون ملتزماً بالأداء الثابت بالسند التنفيذي^(٣) يترتب عليه نزع ملكيته بعد أن اتخذت بحقه وسائل تنفيذية عديدة ومن ضمنها الحجز، أو الحبس، والقاعدة أنه لا يجري التنفيذ -بالبيع ونحوه- إلا على المدين، وإن التنفيذ يجري بحق الشخص كلما تحققت فيه صفة المديونية) فهذا الأصل في البيع بالمزايدة أنه لا تنزع ملكية غير المدين، يرد على هذه القاعدة إستثناء^(٤) بمعنى أنه يمكن أن تنزع ملكية مالك ليست فيه صفة المديونية، كالحائز، والكفيل العيني، وخلف المدين العام (وارث المدين والموصى له ضمن حدود ما اخذ كل منهما من التركة)، فالحائز الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرهون مع انه ليس مديناً، إلا أنه تنزع ملكيته، كما نظمت ذلك م(١٣٠٦) مدني عراقي. وكذلك الكفيل العيني الذي يرهن عقاره لدين سواه كما تضمنت ذلك نص م(١٣٠٠) مدني عراقي^(٥)، ولا يشترط في المشترك بالبيع الجبري، أو المتملك الراسي عليه المزاد شرط الصفة^(٦)، ولا المصلحة وإن أشرطت فيه الأهلية، لأن المزايدة ليست دعوى، فهي شروط تلحق بطالب

(١) سعيد مبارك، احكام قانون التنفيذ، المصدر السابق، ص ٧٦.

(٢) عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٥ الفلسطيني، (مطبوعة فلسطين، ط ١، ٢٠٢٠)، ص ١٠٥.

(٣) احمد هندي وآخرون، اصول التنفيذ الجبري، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٤) فجواز حبس مال غير المدين هي بطبيعتها استثناءات تتقرر بنص صريح، وهي ما لا يعرفها قانون الموضوع (المدني) ويعرفها قانون الاجراء (المرافعات والتنفيذ) بتسمية "بالملكية الحكيمة" لان هذا مجالها كحجز عقار الحائز والكفيل العيني... الخ. انظر: احمد محمد حشيش، مبادئ قانون التنفيذ الجبري، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٦)، ص ١٣٣.

(٥) سعيد مبارك، احكام التنفيذ، المصدر السابق، ص ٨٧.

(٦) "والصفة شرط في الحاجز والمحجوز عليه في السند التنفيذي، وبدونها لا يمكن التنفيذ، كونها شرط في التنفيذ"، انظر: احمد ابو الوفاء، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، (الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٥)، ص ٢٩٣. ومعنى ذلك أن شرط الصفة والمصلحة لا يمتد إلى الذي رست عليه المزايدة، بل في التنفيذ أي بمرحلة سابقة على البيع الجبري.

التنفيذ⁽¹⁾، والمشارك والمتملك ليس طالب تنفيذ، وإن دخل الدائن للمزاد، فهو لم يدخل بصفته كدائن بل بصفته احد المشتركين في المزايمة فقط.

وقد اتفق الفقه على أن المالك هو المطلوب التنفيذ ضده في البيع الجبري، بيد أن هذا يصح في أحكام التنفيذ بشكل خاص والوسائل التنفيذية الأخرى، أما البيع في المزاد العلني، فقد يجتمع في المطلوب التنفيذ ضده، صفة المالك والمستملك في نفس الوقت كما في الحائز، الذي يحق له بموجب القانون أن يدخل كمزايد مع المشاركين الآخرين، فإن رسي المزاد عليه فالتنفيذ جرى ضده، ويتملك في نفس الوقت، فينفذ ضده لأنه مالك للمرهن، وينفذ له لأنه سيملك المرهن مطهراً من حق التتبع الذي يدفع به طالب التنفيذ، كالدائن الأصلي، أو ممثله القانوني أو الإتفاقي، أو خلفه العام أو الخاص⁽²⁾.

ويشترط في المالك الذي تنزع ملكيته الصفة، والمصلحة، أما الأهلية فلا تشترط أهلية معينة فيجوز التنفيذ ضد ناقص الأهلية وعديمها، بشرط أن توجه الأوراق المتعلقة بهذه الإجراءات إلى من يمثل عديم الأهلية أو ناقصها⁽³⁾.

ب- المتملك الذي رسا المزاد عليه: في الأصل يجوز لكل راغب بالإشتراك في المزايمة، بموجب الإعلان العام عن طريق النشر⁽⁴⁾ إلا ما كان ممنوعاً قانوناً، والممنوعون هم عديمو الأهلية في الشراء، وصاحب العقار المحجوز المراد بيعه إن كان مديناً له صفة المديونية، والمنفذ العدل ومنتسبي مديرية التنفيذ وأزواجهم وأصهارهم أقاربهم حتى الدرجة الرابعة، والقضاة وموظفو وزارة العدل، والوصي والقيم والقاضي والوكيل ومدير الشركة ومن في حكمه، ووكلاء التقاليس والحراس المصفين ومصفي الشركات والسماصرة والخبراء، والأجانب إلا من يجيز لهم القانون العراقي التملك⁽⁵⁾. فغير هؤلاء يجوز لهم أن يشتركوا في المزايمة، فإن رسا المزاد على أعلاهم عطاءً كان هو المتملك، كما ويصح أن يدخل الحائز كما أسلفنا والدائن المرتهن والعادي، وكل من لم يمنعهم القانون بصفته الشخصية أو الوظيفية.

ج- السلطة العامة القائمة بالنزع: لا تعد السلطة طرفاً في البيع الجبري، ولكنها منظمة لهذا البيع، ومن ثم يجب تناول موضوعها في أشخاص البيع الجبري، وتتمثل هذه السلطة في القضاء الذين له دور الإشراف والمراقبة، ومديريات التنفيذ التي لها دور التنفيذ والإجراء⁽⁶⁾، وكل دائرة نصت عليها القوانين الأخرى، على أن هذه السلطات لا يسوغ لها البدء بإجراءات

(1) وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، (مصر: دار الفكر العربي، 1974)، ص 262 وما بعدها.

(2) عثمان التكرابي، الوجيز في احكام التنفيذ، المصدر السابق، ص 107 وما بعدها.

(3) فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، (القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة، ط 1، 1962)، ص 148.

(4) احمد هندي واخرون، اصول التنفيذ، المصدر السابق، ص 153.

(5) سعيد مبارك، احكام التنفيذ، المصدر السابق، ص 235-236.

(6) جميل لعور، "التنفيذ الجبري في القانون المدني"، (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهدي، الجزائر، 2017)، ص 17.

البيع إلا بشروط وأولها وأهمها طلب الدائن البيع فهو من يحرك هذه الاجراءات بناءً على هذا الطلب⁽¹⁾، ولكن هل يمكن لغير الدائن أن يكون طالب البيع، الجواب نعم يمكن للمدين متى ما رأى أن هناك ضرر يلحق به جراء حجز أمواله واستنزاف ذمته بالفوائد القانونية ونفقات الحجز على أمواله، وعدم مقدرته التصرف بها بسبب الحجز⁽²⁾، فيعتمد إلى طلب بيع عقاره في المزاد، وفي هذه الحالة لا يسمى البيع رضائياً بل يبقى بيعاً جبرياً، لأن إرادته محكومة كما اسلفنا القول في الباب الاول، وكما يمكن أن يكون طالب البيع هو الحائز نفسه لتظهير عقاره.

I. ب. المطلب الثاني

التكييف القانوني للبيع الجبري

إتجه الفقه التقليدي لتسمية البيع الجبري بالعقد القضائي ولكن تلك التسمية اظهرت اختلافاً في طبيعة البيع الجبري، فمنهم من ذهب إلى أنه عقد، ومنهم من ذهب الى أنه من اعمال السلطة العامة، فقيلت عدة نظريات في هذا الصدد، نتبينها في ثلاث فروع.

I. ب. 1. الفرع الأول

النظرية العقدية

يعد البيع القضائي كالبيع الإختياري، عقدٌ كعقد البيع، فإن كان حكم رسو المزاد نظاماً فهذا من حيث الشكل، أما حكم رسو المزاد في المضمون والطبيعة فهو عقد يرتب حقوق والتزامات وآثار عقد البيع، مالم ينص القانون على غير ذلك، فطرح السلطة المال المحجوز في المزاد، ما هو إلا دعوة للتعاقد، وما العطاء الذي يتقدم به الراغب في الشراء إلا إيجاب، وما رسو المزاد بأعلى العطاء إلا قبولاً، وهذا هو العقد في حقيقته ومضمونه⁽³⁾. وقد أخذ المشرع العراقي والمصري بهذا النظرية فأعتبر بيع المزاد عقد، فقد جاء في نص م(٨٩) مدني عراقي، م(٩٩) مني مصري "لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزايدة... الخ"⁽⁴⁾. والعقد توافق إرادتين، وقد علمنا إرادة الموجب (المشتري) بتقديم عطاءه فأين إرادة القابل (البائع)؟ وهذا التساؤل أختلف في الإجابة عليه بين أنصار هذا الرأي فمنهم من أجاب من خلال التلاعب بسلطات المالك، وتحديدأ سلطة التصرف فقالوا: بأن الدولة تباع المحجوز إستعمالاً لسلطة التصرف بموجب القانون تحقيقاً لغرض معين، فهي تصدر سلطة التصرف من المالك وتقيدها دون أن تؤثر على الحق⁽⁵⁾، لأن سلطة التصرف ليست حقاً، بل منفصلة عنه حالها كحال سلطتي الإستعمال والإستغلال التي يمكن أن تنفصل عن المالك دون أن تؤثر على وجود الحق ذاته. وإجمالاً فالبيع الجبري هو من العقود التي حلت فيها إرادة المشرع

(١) نصت م(٥٥)، من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل "يكون حجز مال الدين ورفع بيعه بطلب من الدائن، وقرار من منفذ العدل".

(٢) سعيد مبارك، احكام التنفيذ، المصدر السابق، ص٨٦.

(٣) احمد هندي واخرون، اصول التنفيذ الجبري، المصدر السابق، ص١٢٦.

(٤) احمد سمير الجبوري، التنظيم القانوني للبيع الجبري، المصدر السابق، ص٢٥٦، هامش ١٣.

(٥) ورائد هذه الإتجاه الفقيه كيو فندا انظر: فتحي والي، التنفيذ الجبري، المصدر السابق، ص٥٢١ وما بعدها بعدها

محل إرادة البائع أما المشتري فإرادته إقتصرت على الإنضمام، فمركزه القانوني محدد بنصوص أمرة وليس له حق بالمعنى التقليدي لمصطلح الحق^(١).

فيما أجاب البعض الآخر عن التساؤل من خلال فكرة النيابة القانونية فالبيع الجبري عقدٌ بيع قائمٌ على فكرة النيابة القانونية، فالموظف القضائي ينوب عن المدين في بيع المحجوز إلى الرأسي عليه المزداد، وهذه النيابة واجبة بنص القانون، فهو بمثابة بيع ناقص الأهلية بواسطة ممثله القانوني^(٢).

وقد قوبلت هذه النظرية بنقدٍ من عدة نواح، الأولى إن الحق يتكون من عدة عناصر ومنها سلطة التصرف فالأخيرة ليست مستقلة عن الحق بل عنصراً فيه والحق بدون عناصره لا يمكن أن يوجد إلا بإناء فارغ، علاوة على ذلك فإن سحب سلطة التصرف من قبل السلطة يتعارض مع ما هو مسلم به من أن المدين له أن يتصرف في المال المحجوز حتى إيقاع البيع، إضافة لذلك فإن التزامات البائع لا تنصرف للسلطة فكيف بعد ذلك نسميها بيعاً^(٣). كما ويعاب على هذا الرأي القائل بالنيابة مخالفته لقواعد النيابة الواردة في القانون المدني، فالنائب يعمل بإسم من ينوب عنه (الأصيل) ولمصلحته. وفي البيع الجبري فالدائن لا يعمل لمصلحة المدين بل لمصلحته الشخصية ضد مصلحة المدين فلا شأن لإرادته في البيع وتمامه، وكذلك فالبيع لا يتم بطلب الأصيل للنائب إن كان الموظف الذي يجري البيع، لأن الأخير محكوم بقانون فلا شأن لإرادة المدين أو الدائن، وبالمحصلة فإن فكرة النيابة لا تتلائم مع فكرة التنفيذ الجبري، وبالتالي لا يمكن القول بأن الدولة تنوب عن المدين في البيع^(٤).

إضافة لما سبق فإن نتائج البيع الجبري تختلف عن البيع الإختياري، فالبيع الجبري يترتب آثار إجرائية كزوال الحجز وتوزيعه على الدائنين إضافة الى آثار موضوعية كتنقل الملكية وتطهيره من الحقوق العينية التبعية، وهذا ما لا يترتب في عقد البيع الإختياري. كما ويشترط أن يُدفع الثمن كاملاً لكي تنتقل الملكية في البيع الجبري، وهذا ما لا يشترط في البيع الإختياري^(٥).

I. ب. ٢. الفرع الثاني

النظرية التنظيمية

البيع الجبري ليس عقداً، بل قرارٌ يصدر من موظف عام (كمنفذ العدل أو قاضٍ مختص) بناءً على سلطته في التنفيذ القضائي، بموجب إجراءات نص عليها قانون التنفيذ، أو

(١) شكر محمود داود السليم، المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني، المصدر السابق، ص ١٥٣.
(٢) وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني الكويتي وفقاً لقانون المرافعات الجديد، (الكويت: مؤسسة دار الكتب، ط١، ١٩٨٤)، ص ١٦٠.

(٣) فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٢٢.

(٤) أحمد هندي واخرون، المصدر السابق، ص ١٢٧. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المصدر السابق، ص ١٦١، فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٢٣.

(٥) احمد هندي واخرون، المصدر نفسه، ص ١٢٧ وما يليها.

المرافعات كالحجز ونزع الملكية، فالبيع الجبري ما هو إلا إجراء من إجراءات البيع، ونزع الملكية قرار يقضي بنقل الملكية الى المشتري مقابل الثمن الذي دفعه^(١)، وذلك لأن العقد توافق إرادتين، ولا يمكن القول بوجود إرادة بيع صحيحة لا من طالب التنفيذ ولا من الموظف ولا المدين، فهو لا يعدوا أن يكون عملاً قانونياً من أعمال السلطة العامة تصدر من موظف أعطاه القانون هذه الصفة، فهو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بقرار من الموظف العام، فهو عمل وظيفي تراتبي، وبالتالي فلا تسري قواعد البطلان في التصرف القانوني بل قواعد البطلان في الأعمال الإجرائية^(٢).

I. ب. ٣. الفرع الثالث

الرأي الذي نتبناه

نرى أن الرأي الأخير جدير بالاعتبار، غير أنه يلاحظ على هذا الرأي والآراء الأخرى، أنها تنظر للبيع الجبري من جهة السلطة العامة والمالك، إلا أنهم يهتمون جهتين أساسيتين في البيع وهما الدائن والمشتري في المزاد، فالدائن هو من يطلب البيع كما في نص م(٥٥) تنفيذ انفة الذكر، وهذا الطلب هو من أوجد البيع الجبري، والذي بموجبه دعت السلطة العامة للإعلان عن المزايمة وهي إيجاب ملزم وليس دعوة للتعاقد كما قال بعض الفقهاء^(٣)، فهو إيجاب ضمن شروط معينة لأن الدعوة للتعاقد لا تحدد الشروط الجوهرية للتصرف، على عكس الإيجاب الذي يحددها، فالسلطة حددت القيمة المقدرة للمال المحجوز في معاملة وضع اليد، بالإضافة إلى جميع الشروط الجوهرية للتصرف، حسب نصوص م(٨٨، ٩٣، ٩٦ تنفيذ عراقى)^(٤)، ومن ثم فتحديد الثمن يعد من العناصر الجوهرية للإيجاب، فإن دخل المشتري في المزايمة وقدم عطاءً فهو إنما يقدم إيجاباً جديداً عن الإيجاب الذي أبدتها السلطة العامة والذي فتحت به المزايمة، وهذا الإيجاب الذي يبديه المشتري لكي ترسو بها المزايمة، ينبغي أن يكون ضمن الإطار الذي تسمح فيه القواعد التي تخضع لها السلطة العامة للبيع بما يكافئ لحد

(١) احمد الجبوري، التنظيم القانوني للبيع الجبري، المصدر السابق، ص ٢٥٧.

(٢) فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٢٥.

(٣) احمد هندي واخرون، المصدر السابق، ص ١٢٦.

(٤) م(٨٨)، "يقوم المنفذ العدل بمعاملة وضع اليد على العقار المحجوز بحضور طالب التنفيذ او من ينوب عنه قانوناً، وينظم محضراً يدون فيه موقع العقار وجنسه ونوعه وحدوده ووصافه ومشمولاته ومساحته ورقمه وحالة جميع ما انشئ عليه او زرع او غرس فيه، مع بيان مقدار ذلك ونوعه و وقت نضوج الحاصلات وصفة شاغل العقار والمستندات التي يستند اليها ومقدار بدل الايجار وشروط تاديبته ومقدار ما دفع منه والمستندات التي تثبت ذلك وقيمة المحجوز التقريبية ومقدار وارده السنوي، وله الاستعانة بكل ذلك بخبير او اكثر ويوقع المحضر المنفذ العدل والخبير وطالب التنفيذ او من ينوب عنه قانوناً والمنفذ عليه ان كان حاضراً". م(٩٣/اولا) "ينظم المنفذ العدل، بعد اتمام معاملة وضع اليد، قائمة بمزايمة العقار يبين فيها اوصافه الثابتة عند وضع اليد، ويعلن عن وضع العقار في المزايمة مدة ثلاثين يوماً من اليوم التالي لنشر الاعلان".

م(٩٦) "يجب ان يتضمن الاعلان جميع اوصاف العقار واحواله الثابتة وقيمه المقدرة عند وضع اليد عليه مع اسمي الدائن والمدين وشهرتهما ويوم المزايمة وساعاتها وشروط الاشتراك فيها والمديرية التي تجرى فيها المزايمة".

معقول قيمة المحجوز، أما الشرط الآخر فهو عدم تقديم عطاء أعلى لأن الإيجاب سيكون قد استبدل بآخر، وإذا ما توقفنا عند ذلك نجد ان البيع في المزاد هو بيع نظامي شكلي، قائم على تصرف قانوني صادر من جهة السلطة العامة، والمزايدين، وهنا يمكن أن نقول: بأن البيع في المزاد العلني هو إرادة منفردة وليس عقد، يشابه الى حد كبير الإيجاب الملزم. أما المالك فهو اختار لنفسه هذا المصير فهو يدرك أن إلتزامه إذا لم ينفذ لصالح الدائن فمصير أمواله الحجز والبيع من السلطة العامة، فهو إختار هذا الحثف وإن كان دون رضاه، فكان بذلك إنتقالاً جبرياً، أما السلطة العامة فقد وضع لها القانون إطار تعمل بمقتضاه ومن ضمنها نص م(٧٣)، ٩٧/ثانياً تنفيذ عراقي^(١) والذي نظم عمل المزايده بالنسبة لفتحها بما لا يقل عن ٦٠% من القيمة المقدرة للمحجوز إن كان منقولاً، أما العقار فلا تفتح بأقل من ٧٠%، ولكن ينبغي أن يبلغ البديل لرسو المزايده بنتيجة ٧٠% من القيمة المقدرة للمحجوز، فإن بلغت اعلى العطاءات هذه النسبة ومضت خمس دقائق رست المزايده على هذا العطاء، وهنا يتبين أنه لا يوجد قبول من السلطة العامة بل إجراء قانوني يشابه إلى حد كبير الإيجاب الملزم الذي تعرضه فيسقط بإيجاب من المزايده بالعطاء وهكذا، فإن تحققت النسبة المنصوصة في القانون تحققت شروط المزايده، فنكون عند ذلك أما صورة مشابهة للإيجاب الملزم، وهذه هي الإرادة المنفردة بعينها^(٢).

II. المبحث الثاني

آثار البيع الجبري، والمركز القانوني للمالك والمتملك

يترتب على البيع الجبري عدة نتائج ابرزها انتقال الملكية جبراً إلى الراسي عليه المزاد مقابل دفعه الثمن، ويستتبع ذلك تسليم المبيع المضمون، ومن ثم سيكون هناك مركز قانوني للراسي عليه المزاد، بيد أنه لا يفوت البيع في المزاد المركز القانوني للمالك الذي نزع ملكيته، بضمان معينة نص عليها القانون، وسنبحث في هذا المطلب الآثار القانونية للبيع الجبري، ومن بعده نبين المركز القانوني للبيع الجبري، وذلك في فرعين.

(١) نصت م(٧٣)، من قانون التنفيذ العراقي "اولاً - يباع المال المحجوز في المكان المعين له بواسطة احد الدالين، وتفتح المزايده بما لا يقل عن ٦٠% ستين من المئة من القيمة المقدرة، ويسلم المال المبيع الى من رست عليه المزايده بالبديل الاخير، بعد دفعه الثمن، ويعتبر العرض الذي يمضي عليه خمس دقائق، ولا يزداد عليه نهاية المزايده. ثانياً - اذا لم يبلغ البديل بنتيجة المزايده ٧٠% سبعين من المئة من القيمة المقدرة له، فيعاد تقديره ويعلن عن مزايده جديدة، ولا تتم الاحالة، الا اذا بلغ البديل ٧٠% سبعين من المئة من القيمة المقدرة، واذا اعيدت اجراءات البيع مجدداً. وفي كل الاحوال لا يباع المال اذا لم يبلغ البديل ٧٠% سبعين من المئة من قيمة التقدير الاخير".

(٢) الإرادة المنفردة عمل قانوني صادر من جانب واحد توجد آثار قانونية. كما ذكرت ذلك م(١٨٤)، من القانون المدني العراقي بنصها "لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك". انظر: عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج ١، المصدر السابق، ص ٣٨٥.

II. أ. المطلب الاول

شروط وآثار البيع الجبري

يُرتب البيع الجبري آثار تنعكس على المبيع ذاته فيتغير مالكة، ويتطهر من الحقوق التبعية التي تشوبه، واثار تنعكس على اشخاصه، فتنتج علاقة بين الراسي والمالك، وعلاقة بين الراسي والدائن، وعلاقة بين الراسي والسلطة العامة. ولكن قبل أن نتناول تلك المواضيع فينبغي ملاحظة أن تلك الآثار لا تتحقق إلا إن روعت مجموعة من الشروط القانونية. ولدراسة كل ما سبق نقسم الفرع لثلاث فروع تباعا، ندرس اولاً الشروط، وثانياً اثار البيع على الأشخاص، وثالثاً: اثار البيع على المبيع ذاته.

II. أ. 1. الفرع الأول

شروط تحقق اثار البيع الجبري

1- ان تكون اجراءات التنفيذ التي سبقت البيع صحيحة. كأن يوجه الإنذار لأصحاب العلاقة⁽¹⁾، وتراعى المدد القانونية للطعن بالنظام او التمييز، والحجز المتدرج على المنقول ومن ثم العقار مع مراعات الاشياء التي لا يجوز عليها الحجز، لأن البيع مرحلة متأخرة من مراحل التنفيذ وهي تابعة بشكل تراتبي فإن اختل اجراء من تلك الاجراءات كان ما بعدها باطلاً أو قابلاً للطعن على اقل تقدير.

2- أن يكون المبيع مملوكاً للمدين أو الحائز أو الكفيل العيني حسب الأموال المحجوزة، فإن لم يكن مملوكاً للمدين أو للحائز، نكون إزاء بيع ملك الغير، وحكم ذلك في القانون المصري أنه قابل للإبطال إن كان التصرف إختيارياً⁽²⁾، أما في البيع الجبري فلا تنتقل الملكية للراسي عليه المزداد إلا بالتقادم الخمسي إن كان حسن النية فيعد رسو المزداد بالنسبة له سبب صحيح، وهذا الحكم في العقار، اما المنقول فيأخذ بقاعدة الحيازة في المنقول سنداً للملكية⁽³⁾. أما المشرع

(1) الاصل يقضي بعدم جواز الحجز والبيع إلا بعد انذار المدين، على انه يجوز الحجز دون البيع بلا انذار المدين إن كان الانذار يحتمل به تهريب اموال المدين او اخفاءها او تلفها" انظر : سعيد مبارك، المصدر السابق، ص 27.

(2) جاء في نص م(٤٦٦)، مدني مصري "إذا باع شخص شيئاً معين بالذات لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع..."

(3) فتحي والي، المصدر السابق، ص 528. م(٩٦٩)، مدني مصري " (1) إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكتسب تكون خمس سنوات. (2) ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق. (3) والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون". م(٩٧٦) مدني مصري " (1) من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته. (2) فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها. (3) الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

العراقي فحكم بيع ملك الغير موقوف على اجازة المالك⁽¹⁾، فيما التقادم فليس سنداً للملك بل مانعاً من سماع الدعوى كما سيأتي، كما ان قانون تحصيل الديون الحكومية رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٧، اتاح لمن يدعي عائدة الأموال المحجوز عليها المطالبة بها وفق اجراءات معينة⁽²⁾.
٣- دفع ثمن المبيع جبراً، فلا تنتقل الملكية بمجرد رسو المزاد على اعلی المشاركين عطاء بل بإيداع الثمن⁽³⁾ ويختلف حكم ايداع الثمن في المنقول عن العقار من حيث انتقال الملكية، وسنبحث ذلك في المركز القانوني للراسي عليه المزاد.

II. أ. ٢. الفرع الثاني

أثر البيع الجبري بالنسبة أشخاصه

يتعدد اشخاص البيع الجبري بين مالك المبيع، والمستملك لهذا المبيع، ومن له حق على المبيع، والسلطة العامة التي نظمت البيع، وتتناول تلك العلاقات من جهة الراسي عليه المزاد (المستملك) مع الآخرين كونه محل دراستنا، حيث نأخذ علاقة الراسي بالمالك، وعلاقة الراسي بالدائن، وعلاقة الراسي بالسلطة التي نظمت البيع.
أولاً: أثره بالنسبة لعلاقة الراسي عليه المزاد بالمالك.

يعد الراسي عليه المزاد خلفاً للمدين إن كان هو المالك، ويخلفه إيجاباً أو سلباً، فتنقل الملكية من المدين إلى الراسي عليه المزاد ويُحدث الانتقال أثره العيني في ذمة المدين بمعنى أن ذمة المدين تفقد ملكية المبيع ويدخل فيها ثمنه. كما أنه إذا كان العقار مثقلاً بحق إنتفاع أو إرتفاق أو كان مؤجراً إنتقل العقار للراسي عليه المزاد محملاً بهذه الحقوق، لأن الحقوق العينية الأصلية لا تتطهر كما سنرى، إضافة لذلك فإن دعاوى الإبطال والإلغاء والرجوع والفسخ والإستحقاق، التي كان يمكن رفعها على المالك المدين، نفسها يمكن رفعها على الراسي عليه المزاد بإعتباره خلفاً خاصاً⁽⁴⁾.

(١) جاء في نص م(١/١٣٥)، مدني عراقي "من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انغقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك".

(٢) فقد جاء في نص م(٧)، تنفيذ ١١-للمكلف الحجز، ان يضع الحجز على الاموال العائدة للمحتجز عليه، اذا كانت قابلة للحجز وعلى من يدعي ملكيتها، ان يراجع الموظف المخول بتطبيق القانون خلال ستة ايام من تاريخ تبليغه بوضع الحجز، لاثبات ادعائه وعلى الموظف المذكور ان يبيت في الطلب خلال اربعة ايام، ويعتبر الطلب مرفوضاً في حالة عدم البت به خلال المدة المذكورة. ٢- لمدعي الاستحقاق في المال المحجوز، ان يقيم الدعوى لدى المحكمة المختصة خلال ثمانية ايام من تاريخ رفض طلبه على ان يودع تامينات او كفالة ضامنة تعادل ثلاثين من المائة من قيمة المال المدعى باستحقاقه ضماناً لما قد يترتب من ضرر بسبب تاخير التنفيذ اذا ظهر انه غير محق في دعواه. ٣- تعتبر الدعوى المبينة في الفقرة اعلاه من الدعاوى المستعجلة. سعيد مبارك، احكام التنفيذ، المصدر السابق، ص ٢٥.

(٣) محمد البشير، غني حسون، العينية التبعية، ج ٢ المصدر السابق، ص ٤٧٧.

(٤) فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٣١.

أما إن كان المالك هو الحائز فقد إعتبره المشرع بائعاً، ويتلقى الراسي عنه الملكية، ويعتبر الراسي خلفاً خاص للحائز^(١). وقد جاء في نص م(٢/١٣١٣) "وإذا رست المزايمة على شخص آخر غير الحائز سواء دخل الحائز في المزايمة أم لم يدخل، فإن من رست عليه المزايمة يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم رسو المزايمة". ويترتب على هذا النص أن الراسي عليه المزاد يتلقى سند ملكيته بحكم مرسى المزاد بمعنى أن العقد تم، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل في السجل العقاري^(٢).

ثانياً: اثره بالنسبة لعلاقة الراسي عليه المزاد بالدائن.

إن الراسي عليه المزاد يمكن أن يخلف الدائن أيضاً كونه طرف خصومة في التنفيذ، ويترتب على ذلك أن تصرفات المدين في المال محل البيع لا تنفذ في مواجهته، إلا بقدر ما تكون نافذة في مواجهة الدائنين أطراف الخصومة، فمثلاً لو تصرف المدين في منقول يملكه فلا ينفذ هذا التصرف إن كان ثابتاً تاريخ تسجيل الحجز، رغم أن البيع في المزاد مرحلة لا حقة على الحجز وما زال الراسي عليه المزاد شخصاً غير محدد، إلا أن دخوله في البيع في المزاد أوجد علاقة ربط بينه وبين الدائن فأسحبت بعض أحكامه ومنها الخلافة الخاصة أو عدم نفاذ التصرفات باثر رجعي، كذلك عقد الايجار الذي يبرمه المدين لا يسري في مواجهة الراسي عليه المزاد إلا بقدر نفاذها في مواجهة الدائنين^(٣).

II. أ. ٣. الفرع الثالث

اثر البيع الجبري على المبيع نفسه

إن اثر رسو المزاد يعكس على المبيع نفسه، فيتغير المالك، ويتطهر المبيع، وسنتناول هذين الأثرين في نقطتين.

أولاً: نقل الملكية جبراً برسو المزاد.

إن من أبرز الآثار التي تترتب على رسو المزاد هو إنتقال الملكية الخاصة جبراً من المالك، إلى الراسي عليه المزاد، ونقل الملكية يتباين فيما بين ما إذا كان محل التنفيذ في المزاد منقولاً أم عقاراً، ونتبين ذلك في نقطتين.

أ- نقل ملكية المنقول جبراً برسو المزاد.

الأصل أن انتقال ملكية المنقول تتم بالتسليم، إلا أن انتقال الملكية في مرسى المزاد إن كان محله منقولاً يتحقق بمجرد إرساء المزاد ودفع الثمن، حيث تنزع ملكية المنفذ ضده وتنتقل للمشتري مقابل دفع الثمن^(٤) والملكية التي تنتقل جديدة ولكنها غير منبئة الصلة عن ملكية

(١) شمس الدين الوكيل، التأمينات، ج ١، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

(٢) محمد البشير، غني حسون، ج ٢، المصدر السابق، ص ٤٧٢.

(٣) فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٣٢.

(٤) احمد هندي واخرون، المصدر السابق، ص ١٥٠.

المدين⁽¹⁾، فكما أن المدين لا يعطي أكثر مما يملك فكذاك السلطة العامة لا تستطيع أن تنقل إلى الراسي عليه المزداد أكثر مما للمنفذ ضده من حقوق، فلا ينتقل للمشتري سوى ما كان للمدين أو الحائز من حقوق في العقار المبيع، فيخلف الراسي عليه المزداد المدين أو الحائز سلباً أو إيجاباً، فيترتب على ذلك أثراً عينياً في ذمة المدين، فتنتقل ملكية المبيع ويدخل فيها ثمنه، علاوة على ذلك فإن دعاوى الفسخ والرجوع والالغاء والإستحقاق التي كان للمدين المنزوعة ملكيته رفعها، يمكن للراسي أن يرفعها، أو نفس تلك الدعاوى قد رفعت على المدين فهي نفسها يبسط ويمتد جواز رفعها على الراسي عليه المزداد⁽²⁾. ويستطع المشتري إضافة لإنتقال الملكية أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول مانعاً من سماع الدعوى، إذا كان قد حاز المبيع فعلاً، على إعتبار أن البيع القضائي يعد سبباً صحيحاً، وما دام مشتري بموجب المزداد فهو حسن النية، فيستفيد من ذلك بتقاضي عيوب سند ملكية سلفه فيدفعها بالقاعدة⁽³⁾. بيد أنه ينبغي مراعاة إذا كان المنقول ضائعاً أو مسروقاً أو مغصوباً أو أخذ بخيانة أمانة فيمكن أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة⁽⁴⁾ وفي ذلك تطبيق قانوني لخلافة المشتري للمالك في المبيع من حيث الإستحقاق⁽⁵⁾. وهذا الإنتقال يسري في حق غير الحائز إن رسا عليه المزداد، وهي صورة الإنتقال الجبري فقط. أما لو كان مرسى المزداد قد إستقر على الحائز لملكية المرهون المنقول حيازياً⁽⁶⁾، فالملكية تنتقل وقت التصرف الذي تلقى الحائز بموجبه الشيء محل المزداد، لا وقت رسو المزداد، وهنا لا نكون إزاء إنتقال جبري

(1) وقد ثار خلاف حول انتقال ملكية البيع القضائي إلى المشتري هل تنتقل بحالتها القديمة، أم تنشأ ملكية جديدة، فالنظرية الرومانية ترى أن البيع الجبري كالباع الاختياري لا يختلف عنه إلا في شكله أما في آثاره فهما سيان، وينتج عن ذلك التقارب أن الملكية تنتقل مثقلة بكافة اعبائها العينية، وما يشوبها من قيود وعيوب، وذلك حماية حق للغير على هذا المال في مواجهة المشتري في مرسى المزداد. أما النظرية العرفية الفرنسية فتذهب إلى أن البيع القضائي يختلف في شكله وآثاره ايضاً، فالملكية لا تنتقل من المالك المنزوعة ملكيته إلى المشتري، بل ما يحصل هو أن القاضي يحكم بملكية جديدة خاصة للمشتري، فلا تنقل بأي أعباء ولا يشوبها عيب ولا قيد، وهذا هو هدف البيع القضائي ليرغب الناس في الشراء. إلا أن النظرية التي أخذت بها جل القوانين وهي الراجحة، وتتمثل في أن الملكية تنتقل جديدة للمشتري بالنسبة لعدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهته وفي تطهير العقار من الحقوق المقيدة عليه، وما عدا ذلك فلا يفوت حق الغير عليه. انظر: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، المصدر السابق، ص 172.

(2) فتحي والي، المصدر السابق، ص 533.

(3) وجدي راغب، مبادئ، المصدر السابق، ص 172. احمد هندي واخرون، المصدر السابق، ص 152.

(4) نصت م(1164) "إستثناء من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب وخيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة".

(5) احمد سمير الجبوري، التنظيم القانوني للبيع الجبري، المصدر السابق، ص 278.

(6) فقد اجازت م(1334)، مدني عراقي، تصرف الراهن بالمرهون بنصها "يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهنا حيازياً، وأي تصرف يصدر لا يخل بحق المرتهن"، أي في أن يستخدم حق التتبع على المرهون. وكذلك نصت م(1353)، مدني عراقي "يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان صفقة رابحة أن يطلب إذن المحكمة في البيع...".

للملكية لأن المالك هو الحائز نفسه الذي استفاد من تطهير ملكه فقط، أما الملكية فقد إنتقلت إختياراً وقت تلقي المبيع من المدين بالتصرف بالمبيع أو غيره.

ب- نقل ملكية العقار جبراً برسو المزداد.

تنتقل ملكية العقار المباع في المزداد وتترتب نفس النتائج كما في المنقول من حيث خلافة الراسي للمدين سلماً او إيجاباً، فإن كان العقار مثقلاً بحق انتفاع او ارتفاع او كان مؤجراً انتقل العقار الى الراسي عليه المزداد محملاً بهذه الحقوق^(١). والبيع الجبري المنصب على عقار هو تصرف نظامي قانوني بإرادة منفردة كما اسلفنا القول، وبما أنه تصرف فقد إعتبر المشرع العراقي الشكلية في التصرفات المنصبة على عقار ركناً للإنعقاد، فلا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، كما نصت على ذلك نصوص القانون المدني وقانون التسجيل العقاري التي اشرفنا لها في الباب الأول، ويترتب على ذلك بطلان التصرفات والعقود التي لم تراعي هذه الشكلية. ولكن في رسو المزداد نجد أنه إستثناء في الأصل كونه صورة للإنتقال الجبري، وبالتالي فتجري له احكامه الخاصة، ومن ثم فإنه يرتب آثاره بمجرد ارساء المزداد ودفع الثمن، فقد نصت م(٨٩) مدني عراقي "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة...". وهذا النص واضح في أن العقد يتم أي يصح وينفذ ويلزم برسو المزايدة وليس بالتسجيل في الدائرة المختصة، ومن ثم إن نكل المشتري عن دفع الثمن بعد رسو المزايدة ضمن دفع فرق البدلين، وهذه دلالة واضحة على أن البيع قد إنعقد كما نصت على ذلك م(١٠٢/أولاً) من قانون التنفيذ: "على المشتري ان يدفع بدل المزايدة ورسوم التسجيل العقاري ومصاريفه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الاحالة النهائية والا اعتبر ناكلاً. وكذلك ما نصت عليه م(١٠٤) من قانون التنفيذ "للمشتري فسخ المزايدة..". فهذا النص يستشهد منه على أن العقد قد تم وإلا فكيف يفسخ وهو لم ينعقد^(٢). وقد اكد القضاء العراقي على هذا فقال: "تنقطع علاقة المالك السابق بالعقار بعد إستلامه البديل من المحكمة لأن نص م(٥٠٨ مدني) لا تسري على البيوعات القضائية الجبرية"^(٣).

ولكن لا يعد المشتري مالكا برسو المزداد، وإن كان مشتري أي قد تم البيع، إلا أن الملكية كأثر للمزداد تتراخي إلى حين اداء بدل العقار ودفع رسوم التسجيل العقاري وانتهاء مدة العشرة أيام، وهذا ما حضت عليه م(١٠٢/ثانياً) من قانون التنفيذ بنصها "يعتبر المشتري الذي قام بتسديد البديل ورسوم التسجيل ومصاريفه مالكا للعقار بانتهاء مدة العشرة ايام الممنوحة للمدين وفق الفقرة ثالثاً من المادة ٩٧". ومن ثم فإن اثر الملكية لا يتم إلا بالتسجيل، وهذا ما حدا بعض الفقهاء إلى القول بأن انتقال ملكية العقار الى المشتري يكون معلقاً على شرط فاسخ

(١) فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٣٢.

(٢) شكر محمود السليم، المركز القانوني، المصدر السابق، ص ١٥٧، ١٥٦.

(٣) محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، رقم الحكم ٢١٤ بتاريخ ١٠/٥/٢٠٠٥، منشورات مجلس القضاء الأعلى.

هو عدم مطالبته بفسخ المزايدة وفقا لنص م(١٠٤) سالف الذكر^(١). وهذا الرسو يكون على غير الحائز ايضا لكي يعد انتقال جبري، أما إن رسا المزايد على الحائز^(٢) فالملكية تنتقل وقت التصرف ايضا لا وقت رسو المزايد، كما وضحنا انفا، حيث يترتب اثر واحد في هذه الحالة ألا وهو تطهير العقار دون اثر انتقال الملكية، ولا يعد كذلك البيع في المزايد المرسي على الحائز انتقالا جبريا فهو خارج دراستنا.

ثانيا: تطهير المبيع.

إن الاثر الثاني الذي يخلفه بيع المزايد هو تطهير المبيع من حقوقه العينية التبعية، ويختلف هذا الأثر من حيث محل التنفيذ ما إذا كان عقارا ام منقول، ونتبين ذلك في نقطتين.

أ- تطهير العقار بعد البيع في المزايد.

يؤدي بيع العقار في المزايد إلى تطهيره من الحقوق العينية التبعية المقيدة عليه، نتيجة تسجيل حكم مرسي المزايد، فلا يسوغ للدائنين تتبع العقار في يد الراسي عليه المزايد أو خلفه، ولا يكون لهم بعد ذلك إلا حق الأولوية أو التقدم على ثمن المبيع فقط الذي رست به المزايدة أو ثماره، وهدف التطهير قائم على نقل ملكية العقار الى المشتري نقيه خالصة من هذه الحقوق العينية التبعية، تشجيعا لمن يرغب في شراء العقار للوصول لأعلى سعر، والتطهير يتم بقوة القانون لا يطلبه المشتري^(٣).

وفكرة التطهير قائمة على أن المشرع كفل إيصال الثمن الذي رست به المزايدة بواسطة ضمانات محيطة بهذا البيع للمستحقين من الدائنين، وما بقاء حق الاولوية للدائنين لغرض استيفاء ديونهم إلا وجه من وجوه الضمان، فإن لم يتبقى شيء من ثمن رسوا المزايدة فلا يكون للدائنين بعد ذلك إلا حقوقهم الشخصية كدائنين عاديين، وبالتالي فلا حاجة لبقاء الحقوق العينية التبعية لأولئك الدائنين على هذا العقار، ومن باب المقاربة فكما أن المشرع إن كان أعطى للحائز حق تطهير عقاره من الرهن بطريق عادي وقبل منه ذلك، فكيف لا يقبل تطهير العقار إن كان ذلك بطريق رسمي وهو أوثق وأضمن^(٤).

ولا يطهر العقار إن كانت ملكيته ليس للمدين أو الحائز أو الكفيل العيني، لان الملكية لا تنتقل عند ذلك^(٥)، كما أن المبيع لا يطهر إلا بعد دفع الثمن، والحقوق التي تتطهر من العقار بعد بيعه في المزايد هي الحقوق العينية التبعية، كالرهون والامتيازات^(٦)، أما اذا بيع العقار المرهون رهن حيازة في المزايد العلني طهر في الأصل من حقوقه التبعية لعموم النص

(١) سعيد مبارك، احكام التنفيذ، المصدر السابق، ص٢٤٧.

(٢) عرفت م(١٣٠٦)، مدني عراقي الحائز بأنه: "كل من انتقلت اليه بعد الرهن بأي سبب من الاسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولا ومسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن".

(٣) احمد هندي، اصول التنفيذ الجبري، (الاسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥)، ص٤٨٢.

(٤) فتحي والي، المصدر السابق، ص٥٣٣.

(٥) علي مصطفى الشيخ، التنفيذ الجبري، (منشورات جامعة المنصورة، ٢٠٠٥)، ص٢٦٧.

(٦) البشير، حسون، ج٢، المصدر السابق، ص٤٧٧.

القانوني، وتأكيداً لذلك في حدود سلطة الحبس⁽¹⁾، من ثم لا يسوغ الإحتجاج بالحبس لأنها سلطة تمنح بشروط ومباشرتها يمتنع إن زال الحق العيني الذي كان يبرره، فيزول حق التتبع ويبقى التقدم، فيشترك الدائن المرتهن في توزيع الثمن وفق المرتبة التي يكفلها الرهن⁽²⁾، أما الحقوق العينية الأصلية، والدعاوى الشخصية كما عرّجنا سلفاً، فتبقى نافذة في مواجهة الراسي عليه المزداد كونه خلفاً خاصاً للمدين⁽³⁾.

ب- تطهير المنقول بعد بيعه في المزداد.

أما المنقول فلا يزال الباب مشرعاً للاجتهد فاتجه جانب من الفقه الى أن الرهن لا ينقضي كقاعدة عامة بالبيع الجبري، باعتبار أن المشرع لم يضع نصاً على غرار ما فعل بالنسبة للعقار ويترتب على ذلك أن الدائن المرتهن يحق له حبس الشيء المرهون في مواجهة الراسي عليه المزداد حتى يستوفي كل المبالغ التي يضمنها الرهن، ويمكن أن يحتج الحائز بقاعدة الحيازة في المنقول فيرد كل مطالبة الراسي عليه المزداد، على انه ينبغي ملاحظة أنه ليس للدائن المرتهن أن يحتج بذلك⁽⁴⁾ إن كان هو من طلب البيع أو اشترك فيه، لإنصراف نيته إلى التخلي عن حيازة المنقول وانتقال حقه الى الثمن الذي رسا به المزداد⁽⁵⁾.

II. ب. المطلب الثاني

مركز المالك والمتملك في إنتقال الملكية جبراً بالمزداد العلني

إن أشخاص الإنتقال الجبري في البيع الجبري هم المالك الذي نزع ملكيته، والمتملك الذي رسا عليه المزداد، حيث يرتب البيع الجبري لهم مراكز قانونية تتمثل بضمانات وواجبات، وليست حقوقاً والتزامات⁽¹⁾ وندرس هذه المراكز بالنسبة لأشخاص الإنتقال الجبري

(1) للدائن الراهن حق حبس المرهون في مواجهة الغير إلا إن كان الحجز واقعا لصالح هذا الدين فليس للمرتهن حبس العين عن رست عليه المزايدة لإنقضاء الرهن الحيازي، ومن ثم انقضاء الحبس" شاكور ناصر حيدر، العينية العقارية، ج 2، المصدر السابق، ص 233. البشير، حسون، المصدر نفسه، ص 524.

(2) شمس الدين الوكيل، المصدر السابق، ج 2، ص 623.

(3) نصت م(2/1316)، مدني عراقي "وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز، فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة، وما عاد من المبالغ الى الدائنين الذين لم يرجعوا، يوضع باسم اصحابه في احدى المؤسسات المالية المعروفة".

(4) فتحي والي، المصدر السابق، ص 537 وما بعدها

(5) شمس الدين الوكيل، المصدر السابق، ج 2، ص 624.

(6) تكلمنا في التكييف عن الإتجاهات الفقهية فمن قال بأن البيع الجبري هو عقد رتب عليه حقوق والتزامات والتزامات للراسي عليه المزداد، فقالوا بأن له حق تسلم المال وملحقاته فقط، لطبيعة البيع الجبري الخاصة. وهذا الحق يتأتى مقابل دفعه الثمن وملحقاته كالتزام على عاتقه، لطبيعة البيع ايضا القائم على نقل ملكية شيء مقابل الثمن، وهذا الحق والالتزام ليس الوحيد فيمكن أن تترتب حقوق والتزامات البيع الإختياري على الراسي عليه المزداد في حالة عدم وجود نصفي البيع الجبري. أما الرأي الآخر فذهب الى أن البيع نظام وليس عقد فلا تكون ازاء ترتيب الحقوق والالتزامات التي تكون في البيوع الإختيارية فهي لا تمتد الى البيع الجبري، فلا يلتزم المدين أو الدائن أو موظف المزداد بالالتزامات البائع الإختياري. وقد كان لنا رأي نراه صحيحاً بأن البيع الجبري تصرف ولكن لا تمتد في نفس الوقت حقو والتزامات الباي الإختياري، وعلّة ذلك أنه لا يوجد إلتزام على عاتق أي شخص باعتباره بائعاً لعدم وجود إرادة البيع، ويستتبع ذلك بالضرورة عدم وجود الإلتزام بنقل الملكية لأن مثل هكذا إلتزام لا وجود له، بل هو أثر للبيع الجبري، وهو كذلك بالنسبة لتسليم المبيع، وقد وضحنا ذلك في محل الإنتقال الجبري في الباب الأول وقلنا بأن الإنتقال الجبري محله الواجب القانوني وليس الإلتزام.

الجبري في فرعين، ونبدأ أولاً بالمركز القانوني للمالك الذي نزلت ملكيته، ومن ثم نبحت ثانياً المركز القانوني للمتملك الذي رست عليه المزايدة.

II. ب. 1. الفرع الأول

المركز القانوني للمالك

ينبغي في البيع الجبري التفريق بين ما إذا كان المالك الذي تنتزع ملكيته قامت فيه صفة المديونية، أو لم تقم فيه صفة المديونية⁽¹⁾، فالمدين الراهن يختلف عن الكفيل العيني والحائز⁽²⁾ في عدد من الأحكام أو الآثار أو في الوسائل الضامنة، فالمدين لا يمكن أن يدخل في المزداد العلني، لأنه مطالب بثمنه أصلاً، فهو مسؤول شخصياً عن الدين الحاصل بالتنفيذ عليه فكان أولى له أن يسدد هذا الدين بدلاً من شراءه لعقاره أو عقار كفيله أو الحائز للعقار⁽³⁾، فعدم قيام المدين بالوفاء إقراراً منه بالحجز على ما تحت يده، وإقدامه بالإشتراك في المزايدة ادعاء بالقدرة على دفع الثمن الذي ترسو به المزايدة وهذا لا يستقيم مع الدين الواجب في الذمة⁽⁴⁾ أما الحائز فيستطيع الدخول في المزداد حرصاً على احتفاظه بملكية العقار، بشرط ألا يعرض ثمناً للشراء أقل من الباقي في ذمته بسبب إمتلاكه العقار⁽⁵⁾. فيما الكفيل العيني فقد وجد وجد رأيان أحدهما يجيز دخول الكفيل العيني فقال: بأنه ينبغي معرفة أنه إذا طرح العقار في المزداد العلني جاز لكل شخص الدخول في المزايدة باستثناء المدين الراهن⁽⁶⁾ والرأي الآخر لا يجيز دخول الكفيل العيني، وهذا الأخير رأي مجانب للصواب.

أما الدائن فهو عند إتجاه في الفقه لا يجوز له الدخول في المزايدة إستتباعاً لفكرة منع شرط الطريق الممهّد وان اجازته تشريعات اخرى⁽⁷⁾ وهذا الأخير أيضاً مجانب للصواب، لأن لأن المشرع حدد على سبيل الحصر الممنوعين من الدخول في المزايدة ولم يكن ما سبق منهم.

(1) عبد الباسط جمعي، امال الفزاري، التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، (الاسكندرية: منشأة المعارف، 1990)، ص 48. مبارك، المصدر السابق، ص 84.

(2) فالحائز غير مسؤول شخصياً عن الدين كون اجنبي لا تربطه بالدين اية علاقة شخصية، غير أنه كان لا بد من انتقال ملكية اعقار المرهون الى الحائز نشوء صلة بين الحائز والدين، ومسؤوليته عينيه قاصرة على قيمة العقار المرهون، وقريب من هذا الكفيل العيني، والفارق بينهما ان الحائز مسؤوليته العينية بقوة القانون فيما الكفيل العيني فمسؤوليته العينية نشأت بمحض ارادته" انظر: سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ج 1، ص 150 - 151.

(3) البشير، حسون، العينية التبعية، ج 2، المصدر السابق، ص 470.

(4) سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، المصدر السابق، ص 190.

(5) احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، (الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2010)، ط 3، ص 769.

(6) عادل شمran الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التاميني، ص 172.

(7) هدى الهوب، "مسطرة البيع الجبري للعقار بالمزداد العلني"، (رسالة ماجستير مقدمة لكلية العلوم القانونية، جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، 2017)، ص 47.

ولكن هناك فروق بين كلا المالكين المنزوعة ملكيتهم من جانب الحقوق نأخذها في نقطتين، نتكلم في النقطة الأولى عن الضمانات التي يتشاركون بها، والنقطة الثانية الضمانات التي لا يشتركون بها.

أولاً: الضمانات التي يتشابه بها المالكون المنزوعة ملكيتهم.

يتشابه المالكون الذين تختلف صفة المديونية فيهم من حيث المبيع ونوعية المشاركين في المزايدة، وتبين ذلك في النقاط التالية.

١- ضمانات المالك المنزوعة ملكيتهم من حيث المبيع.

أحاط المشرع المبيع بضمانات كثيرة، لكنها تختلف بين ما إذا كان محل المبيع عقاراً أم منقول، سواء كان من حيث مكان البيع والقيمة والمدد والاحالة وشروط الضم وغير ذلك من المراسيم القانونية^(١).

فمن حيث المكان إذا كان المبيع منقولاً فيباع في المكان المعين له بواسطة احد الدالين م(٧٣/ اولاً تنفيذ) أما إن كان المبيع عقاراً فلا يجوز ان يباع الا في مديرية التنفيذ التي يقع العقار في منطقتها، وإن كان خارج منطقتها فتجري المزايدة بطريق الانابة، على ان تقوم المديرية بمعاملات تبليغ المدين حسب نص م(٩٤ تنفيذ).

قبل فتح المزايدة ولجدية الشراء وجب على المشاركين في المزايدة إيداع تأمينات لا تقل عن ١٠% من قيمة المبيع، والقصد من ذلك هو تأمين إستيفاء الأضرار المحتمل وقوعها بسبب نكول المشتري عن شرائه للمال المحجوز^(٢) وهذا ما نصت عليه م(٧٢ تنفيذ) الخاصة بالمنقول، و م(٩٧ تنفيذ) الخاصة بالعقار.

وقد ضع المشرع العراقي المالكين المنزوعة ملكيتهم في صعيد واحد من حيث أدنى قيمة تباع بها ملكيتهم ضماناً لهم حتى لا يبخس الثمن، فإن كان المبيع منقولاً، فلا تفتح المزايدة بما لا يقل عن ٦٠% من قيمته المقدرة، ولا يباع ملكهم بأقل من ٧٠% من قيمته المقدرة، فإن لم يبلغ البديل بنتيجة المزايدة ٧٠% من القيمة المقدرة له يعاد تقديره وتعلن مزايدة جديدة وهذا ما نصت عليه م(٧٣ تنفيذ). أما إن كان المبيع عقاراً فلا تفتح المزايدة بأقل من ٧٠% من القيمة المقدرة م(٩٧ تنفيذ)^(٣). وينبغي أن يبلغ البديل بنتيجة المزايدة ٨٠% من القيمة المقدرة م(٩٨ تنفيذ) فإن لم يبلغ الحد الأدنى للقيمة المقدرة فعلى مديرية التنفيذ أن تبحث بشكل جدي عن اسباب عدم بلوغ بدل المال، وعمل مزايدة جديدة.

ومن الضمانات التي احدثها المشرع في ثنايا نصوصه هو نظام الضم في العقارات وهو نظام يتعين بموجبه على الجهة القائمة بالبيع ضم العقار في مزايدة جديدة إذا تقدم راغب

(١) سعيد مبارك، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٢) آدم النداوي، احكام قانون التنفيذ، (مطبعة جامعة بغداد، ١٩٣٨)، ط ١، ص ١٧٣.

(٣) آدم النداوي، المصدر نفسه، ص ٢٢٠.

في شراء العقار خلال المدة المحددة قانوناً، بسعر يزيد بنسبة معينة على بدل الإحالة الأولية (القطعية) التي تجري في المزايدة الأولى، وبنسبة ضم ٥%، المفروضة قانونياً^(١). بل إن المشرع وزاد امعانا في الضمان إن كان المبيع مرهونا فحكم بعدم جواز فتح المزايدة بمبلغ يقل عن الدين المؤمن كما في نص م(١٠٧ تنفيذ). ولم يحدد القانون حداً أعلى يصل الثمن إليه كي يباع المال المحجوز مهما كان البديل الأخير لطبيعة نظام المزاد على رسوه بأعلى العطاءات^(٢).

٢- ضمانات الملاك المنزوعة ملكيتهم من حيث نوعية المشترين في المزاد.

قلنا بأن المشرع يضمن للمالكين المنزوعة ملكيتهم قيمة المبيع، وهو لا يكتفي بهذا الضمان، بل يتعدى ذلك ليحدد أشخاص لا يحق لهم الإشتراك في المزاد مراعات لهؤلاء المالكين وهدفاً منه في تحقيق الموازنة العادلة في المصالح المتعارضة، ولتحقيق ذلك، فقد حظر المشرع اشتراك بعض الأشخاص من دخولهم في المزايدة، وقد حددهم في مواطن كثيرة من نصوص القانون، كما في م(٥٨٩ مدني عراقي)^(٣)، و م(١/٥٩٢ مدني عراقي)^(٤)، و م(٧٢/٣ ثلثا تنفيذ)^(٥). وبقراءة هذه النصوص نجد أن الممنوعين من الإشتراك في المزايدة هم عديمو الأهلية، والمدين المحجوز على ماله، ومنفذ العدل ومنتسبو المديرية وأزواجهم وأصهارهم وأقربائهم حتى الدرجة الرابعة، والقضاة وموظفو وزارة العدل، والوصي والقيم والوكيل ومدير الشركة ومن في حكمه ووكلاء التقاليس والحراس والمصفيين والسماسرة والخبراء^(٦).

ومن النقاط التي يشتركون فيما من حيث محل الحجز فلا يجوز الحجز او التنفيذ على بعض الأموال والأشياء التي نصت عليها م(٢٤٨ مرافعات) و م(٦٢ تنفيذ).

ثانياً: الضمانات التي لا يشتركون بها.

يعد الدين سبباً جوهرياً للبيع في المزاد العلني، ولكن المبيع قد لا يكون مملوكاً للمدين، إذا ما كان الدين محاطاً بضمانات الكفالة الشخصية أو الكفالة العينية، أو أن المدين قد تصرف

(١) النداوي، المصدر السابق، ص ٢٢٢.

(٢) علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ، (بغداد: مطبعة جامعة بغداد، ط ٤، ١٩٧٤)، ص ٢٤٥.

(٣) م(٥٨٩ مدني عراقي)، "لا يجوز للوصي المنسوب او القيم المقام من قبل المحكمة، ان يبيع مال نفسه للمحجور ولا ان يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً، سواء كان ذلك في خير للمحجور ام لا".

(٤) م(١/٥٩٢ مدني عراقي)، "ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم، وليس لوكلاء التقاليس ولا للحراس المصفيين ان يشتروا اموال التقاليس ولا اموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات ان يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها، وليس لو احد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه".

(٥) م(٧٢/٣ ثلثا تنفيذ)، "لا يجوز للمنفذ العدل ومنتسبي مديريته ولا لازواجهم او اصهارهم او اقربائهم، حتى الدرجة الرابعة، الاشتراك بالمزايدة مباشرة او بالواسطة لحسابهم او لحساب الاخرين".

(٦) مبارك، المصدر السابق، ص ١٩٨، ص ٢٢٢.

في ملكه وتحديدا في عقاره المرهون فباعه للحائز، فنكون في هذه الحالة أمام ملكيات ليست مملوكة للمدين بل لخير المدين والبيع الجبري كان بسبب الدين أيضا كما قلنا ولكن بشكل تبعي، فيجري النزاع في مواجهة هؤلاء الذين مسهم البيع الجبري بشكل مباشر في ذمهم المالية، ولأجل ذلك فقد وضع لهم المشرع ضمانات خاصة مضافا لتلك الضمانات التي يشتركون فيها مع المدين، ومن هذه الضمانات امكانية تطهير المبيع، ومكنة الاحتفاظ بالملكية وقدرة الدخول في المزايمة، على أنه إن رسا المزداد على الكفيل العيني والحائز فلا نكون ازاء إنتقال جبري لأنهم ملاك من وقت التصرف لا من وقت رسو المزايمة م(١٣١٣ / ١ مدني عراقي)^(١). فالمالك للمبيع في المزداد إن كان الحائز، فله الدخول مع المشترين في المزداد ليحتفظ بملكته - وهذا ما لا يجوز على المالك إن كان مدينا- فإن ورسا المزداد على الحائز يعد مالك من وقت التصرف وليس وقت رسو المزداد، على أنه يتطهر عقاره من الرهون^(٢). فالتطهير اداة قانونية جاز بمقتضاها للمالك الحائز أن يحتفظ بملكته بموجب سند ملكيته الأصلي، وهذا استثناء من التسجيل العقاري وينبغي عدم تجاوز الهدف من تقريرها^(٣). وان كان المبيع عقار للحائز فلا يجوز ان ترسو باقل من المبلغ الذي عرضه الحائز مضافا لها نصف العشر، على أن رست المزايمة على غير الحائز فيجب عليه رد المصروفات للحائز م(٢/١٣١٠)^(٤) وهنا نكون ازاء انتقال جبري.

وتعقيبا على جميع ما سبق فإن المدين إن كان راهناً فإنه سينفذ عليه بموجب حق عيني فإن لم تكفي لسداد ديونه نفذ عليه بجميع ذمته المالية فهو ليس نزع للملك وحسب بل

(١) م(١/١٣١٣ مدني عراقي)، : "...، فاذا رست المزايمة عليه اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الاصلية، ويتحرر العقار من كل حق مسجل اذا دفع الحائز الثمن الذي رست عليه به المزايمة او اودعه صندوق المحكمة".

(٢) وهذا ما نصت عليه م(١٠٧٥)، "ذا نزع ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ورسا المزداد على الحائز نفسه، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزداد أو أودعه خزانة المحكمة". مدني مصري. م(١/١٣١٣)، " اذا طلب بيع العقار المرهون رهنا تامينيا، جاز للحائز ان يدخل في المزايمة ولو كان ذلك بعد اتخاذ اجراءات التحرير، واذا طلب البيع والعقار في يد الحائز دون ان يطلب تحريره، فلا يجوز اني عرض فيه ثمننا اقل من الباقي في ذمته من ثمنه، فاذا رست المزايمة عليه اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الاصلية، ويتحرر العقار من كل حق مسجل اذا دفع الحائز الثمن الذي رست عليه به المزايمة او اودعه صندوق المحكمة".

(٣) شمس الدين الركيل، التأمينات، ج ١، المصدر السابق، ص ٣٦٤، محمد البشير، غني حسون، العينية التبعية، ج ٢، المصدر السابق، ص ٤٧٠.

(٤) م(١٣١٠ مدني عراقي)، : "١- اذا طلب بيع العقار وجب اتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية، وفقا لقانون التنفيذ ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب او حائز، وعلى من يباشر الاجراءات ان يذكر في اعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار، ولا يجوز ان ترسو المزايمة على العقار باقل من هذا المبلغ مضافا اليه نصف العشر. ٢- ويلتزم من ترسو عليه المزايمة، بان يرد الى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات التي انفقها في سند ملكيته وفيما قام به من الاعلانات وذلك الى جانب الزامه بالثمن الذي رست به المزايمة، وبالمصروفات التي اقتضتها اجراءات التحرير".

تجريد لذمة المالك من ملكه فجميع أمواله ضامنة للوفاء بالديون، وهذه نقطة مفارقة بين المالك المدين من جهة والحائز والكفيل العيني من جهة أخرى، فلا تعد جميع أموالهم ضامنة للوفاء إنما فقد المحل المطروح في المزاد.

II. ب. 2. الفرع الثاني

المركز القانوني للراسي عليه المزاد

قلنا بأن محل الإنتقال الجبري هو الواجب القانوني وليس الإلتزام، وهذا ينصرف للبيع الجبري، وبالتالي فإن الراسي عليه المزاد يتحقق له مركز قانوني بحق أولى ايجابي يتلقى المبيع وملحقاته كأثر للبيع، أما حقه في الضمان فليس له ذلك إلا في الحدود التي يقرها القانون، وكذلك حقه في استرداد ثمن ما نقص من المبيع. فإن تم بيان ذلك ننظر في مركزه السلبي بدفع الثمن وملحقاته، وسنتبين ذلك في نقطتين.

أولاً: المركز الإيجابي للراسي عليه المزاد.

نقصد بالمركز الايجابي للراسي عليه المزاد، مقدار الضمانات التي تترتب له كمستملك بعد رسو المزايده، وتتمثل هذه الضمانات، بتسلم المبيع وملحقاته، وضمان المبيع، واسترداد ثمن ما نقص من المبيع. ونأخذ ذلك ثلاث نقاط

١ - ضمان الراسي عليه المزاد في تسلم المبيع وملحقاته.

لا مشكلة في تسلم الراسي عليه المزاد إن كان منقولاً ما لم يكن مرهون رهن حيازة كما قدمنا القول، حيث يختتم محضر المزايده ويُسلم الموظف المختص المبيع لمن رست عليه المزايده^(١)، ويثبت حق التسلم بدفع الثمن، على أن يكون التسليم وفق المواصفات التي اعلن عنها من حيث النوع والشكل والكمية، وبخلافه جاز فسخ المزايده واستعادة الثمن^(٢). أما العقار فيحتاج بعض الوقت حيث يتسلم من رسا المزاد عليه صورة تنفيذية من الحكم يقتضي بتسليم العقار، وتبلغ مديرية التنفيذ الشاغلين بإخلاء العقار وتسليمه خلال ٣٠ يوماً من تاريخ التبليغ^(٣)، وإلا تمت التخلية جبراً، على أنه لا تتم اجراءات التخلية إلا بشرط إيداع الثمن صندوق المحكمة^(٤)، ويعد العقد صحيحاً كما وضحنا ذلك، استثناءً من التسجيل العقاري، ولكن لكي يتسلم الراسي عليه المزاد العقار ينبغي ان يكلف من في يده العقار سواء كان مديناً او حائزاً او حارساً بالحضور في مكان التسليم في يوم وساعة محددة لإجراء التسليم، على أن

(١) سيد احمد محمود احمد، اصول التنفيذ الجبري، (مطبعة عين شمس، ٢٠٠٤)، ط١، ص٦٨٦.

(٢) مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، المصدر السابق، ص١٥٩.

(٣) م(١٠٥ تنفيذ)، "أولاً- متى سجل العقار باسم المشتري وجب على مديرية التنفيذ، ان تطلب من شاغليه وجوب تخليته وتسليمه الى المشتري خلال ثلاثين يوماً. فاذا انتهت هذه المدة دون تسليم العقار، فقوم مديرية التنفيذ بالتخلية الجبرية ما لم يمنع ذلك قانون اخر".

(٤) علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ، (بغداد: مطبعة العاني، ١٩٦٢)، ص٢٤٠، ٢٤١.

تعطى للمكلف فرصة اخلاء العقار من أمتعته^(١)، وميعاد التخليّة نص عليه قانون التنفيذ بمدة معينة، فإن لم يتم ما سبق سلم العقار إلى من رسا المزاد عليه بالقوة الجبرية^(٢).
ومن الحقوق التي تثبت للراسي عليه المزاد، الزوائد المتصلة بالعقار^(٣)، ملحقات العقار وثماره، والعقارات بالتخصيص من وقت البيع ما عدا الثمار المدنية التي استحققت قبل رسو المزاد وقبضت بعده، وكل ذلك يراعى في شروط البيع^(٤).

٢- ضمان دعاوى المبيع للراسي عليه المزاد.

لخصوصية البيع في المزاد متباينا عن البيع الإختياري فلا تسمع دعوى الغين في المزايدة العلنية حيث نصت م(٣/١٢٤ مدني عراقي) "لا يجوز الطعن بالغين في عقد تم بطريق المزايدة العلنية". وكذلك ضمان العيوب، فلا تسمع دعوى ضمان العيوب بإطلاقها الخفية والظاهرة كما ورد في م(٥٦٩ مدني عراقي) "لا تسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية". أما دعوى الاستحقاق فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني إلا ما يتعلق بالحقوق التصرفية الواردة على الأراضي الأميرية فقد جاء في نص م(١/١٢٢٩ مدني عراقي) "لا تسمع دعوى الاستحقاق في أرض أميرية منحلة فوضت لمن رست عليه المزايدة إذا كانت الدعوى قد أُقيمت بعد الإحالة القطعية" - وهذا خارج دراستنا- إلا أن المشرع أورد نصا في قانون التنفيذ أجاز فيه دعوى الإستحقاق بشرط أن تقدم قبل الإحالة النهائية، بمعنى أن دعوى الإستحقاق بعد الإحالة النهائية لا تسمع فقد ورد في م(١٠١ تنفيذ) ما نصه "أولا: لا تؤجل المزايدة بسبب الإدعاء بملكية العقار المحجوز أو بحقوق مترتبة عليه ما لم يقدم هذا الأداء قبل الإحالة القطعية وعندئذ تكلف مديرية التنفيذ المدعي بتقديم كفيّل يضمن ضرر الدائن وخسارته من جراء التأخير ثم تمهله سبعة أيام ليراجع المحكمة المختصة ويستحصل منها على قرار بتأخير التنفيذ وبخلافه تستمر مديرية التنفيذ في إجراءاتها وفقا لأحكام هذا القانون. ثانيا: إذا أُقيمت دعوى الإستحقاق بجزء من العقار المحجوز وقررت المحكمة المختصة تأخير المزايدة، فيجوز الإستمرار بمعاملة التنفيذ بالإجزاء الأخرى إن كان ذلك ممكنا". وبالمحصلة فيفهم من النص أنه لا تسمع دعوى الإستحقاق أيضا بعد رسو المزايدة، ما دامت لا تسمع بعد الإحالة النهائية. ولا يعني عدم وجود دعوى الإستحقاق في الانتقال الجبري عدم وجوده في حالات أخرى، فنجد أن المشرع في القسمة القضائية أجاز دعوى الإستحقاق بعد القسمة كل حسب حصته كما ورد في نص م(١٠٧٦ مدني عراقي)، إلا أن القسمة القضائية لا تعتبر إنتقالا جبرياً، لأن الملكية أفرزت أو

(١) عبد الباسط جميعي، امال الفزائري، التنفيذ، المصدر السابق، ص ٢١٧.

(٢) فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٤٠.

(٣) الندائي، احكام قانون التنفيذ، المصدر السابق، ص ٢٣٢.

(٤) وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، المصدر السابق، ص ٢١٨.

كُشفت ولم تنتقل حسب الرأي الراجح في طبيعة القسمة وهو ما رجحه المشرع العراقي في القسمة حسب نص م(١٠٧٥ مدني عراقي).

وأسباب عدم سماع دعاوى المبيع بطرق المزاد العلني بأشكالها المختلفة متعددة، منها أن المشرع أحاط إجراءات المزاد بعديد من الاجراءات والإحتياجات الضامنة لمرسی المزاد^(١)، كما أن المزاد قائم على العلانية وتحت إشراف القضاء، مما يكفل كشف العيوب^(٢)، علاوة على أن البيع الجبري قائم على فكرة الرغبة في البيع ولو كان بأقل من قيمة المثل، وهذه الرغبة تدفع القائمين على المزاد التحرز والحرص على ضمان عدم تعيب مرسی المزاد ومن ثم إستقرار البيع الجبري^(٣).

وقراءة ما سبق ينبغي التعرض لها بشيء من التوضيح، فالقهاء ينسجون آراءهم على أساس التكييف القانوني للبيع الجبري فمن ذهب بأحقية المشتري في دعاوى الإستحقاق والغبن ونحوه، لأن القواعد العامة للبيع الجبري هو البيع الإختياري، فإن لم يوجد نص يحكم البيع الجبري يرجع في الأحكام للبيع الإختياري وبالتالي فإن للراسي عليه المزاد الرجوع على المدين أو الحائز أو الكفيل العيني بالضمان متى استحق مرسی المزاد، لأن هؤلاء بائعون وإن لم يكن لهم إرادة البيع، فكما يبيع الوكيل والولي مال من هم تحت ولايتهم، ويضمنون استحقاق المال من اموال عديمي الاهلية وناقصيها، فكذلك البيع الجبري يستحق من اموال من بيعت اموالهم وإن كان البيع بمعرفة المحكمة او دائرة التنفيذ، اضافة لذلك فإن المدين قدم قائمة بشروط البيع، وكان واجبا عليه أن يقدم ملاحظات حول المبيع، ضمن هذه القائمة، فإن إمتنع عن ذلك فكأنه رضي بضمان ما قد يخفى من استحقاق^(٤). أما الراي الآخر فيذهب إلى عدم أحقية الراسي عليه المزاد للدعاوى السابقة، فلا يمكن إستدعاء أحكام البيع الرضائي في مجال البيع الجبري، فما دامت إرادة البيع لا وجود لها فلا يجوز هذا الإستدعاء لأننا سنكون أمام تجزئة للأحكام، وذلك أنه للمتعاقدین في الضمان مثلا، الإتفاق على نقص الضمان أو إسقاطه فكيف يكون هذا الإتفاق ولا إرادة للبائع في بيع المزاد فالأخير منزوعة ملكيته؟. كما أن البيع الجبري إستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه، فلا يجوز الإحتجاج بعدم ورود نص بشأنها، ومن ثم فلا يجوز صرف حقوق الراسي عليه المزاد بلا نص لأن هذا توسع، ولا قياس عليه وتشبيهه بالولي والوصي المتصرفين في أموال من هم تحت ولايتهم. ومن ناحية

(١) غني حسن، محمد البشير، العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(٢) فالغرض من الاعلان هو الدلالة على محل العقار وتمكين الراغبين من الشراء من معرفة حالة وحقيقة المبيع ليكونا على بينة من الامر قبل اقدمهم على الاشتراك من مزايده" انظر: سعيد مبارك، احكام التنفيذ، ص ٢١٩.

(٣) فتحي والي، المصدر السابق، ص ٥٤١.

(٤) فتحي والي، المصدر نفسه، ص ٥٤٢.

أخيرة فإن هناك صعوبات إجرائية في رجوع الراسي على موظف المزداد، لعدم وجود نصوص اجرائية او تنظيمية بشأنه ضمان الاستحقاق^(١).

ونرى أن الرأي الثاني جدير الأخذ به لما لتبريراته من استساغة عملية واقعية، بعيدة عن الرأي الأول التي لا يوجد لها تطبيقات حقيقية. كما أن القراءة الأولى التي سقناها بادئ الكلام تعضد هذا، إلا أننا لا نشاطر الرأي الأول فيما ذهب إليه من تكيفه البيع الجبري على أنه ذا طابع إجرائي تنظيمي بحت، بل نقول أن هناك إرادة تحرك هذا البيع كما أسلفنا القول سابق.

٣- حق الراسي عليه المزداد في استرداد ثمن ما نقص من المبيع.

يتمثل هذا الحق في فرضية نقصان مقدار المبيع عن ما هو مقرر في قائمة شروط البيع، فإن كانت قائمة شروط البيع المنظمة لعقار حددت أن مساحة العقار ٣٠٠ متر، فتبين عند إستلام العقار بعد رسو المزداد أن المساحة ٢٩٠ متر فإن من حق الراسي عليه المزداد أن يسترد قيمة ثمن ما نقص من مساحة العقار، على أنه إن كان نقص المبيع يصل حدا لا يقبل فيه الراسي مزاد الصفقة فله طلب الغاء حكم مرسى المزداد بكامل الثمن مع الحق في طلب التعويض ان وقع ضرر جراء ذلك، وكل ذلك تراعيه الدائرة التي أقامت المزداد والمحكمة التي تشرف عليه^(٢). ولم يدي المشرع العراقي حيال ذلك موقفاً وضحناً، ولكننا نرى أن الخطأ في إجراءات التنفيذ أو البيع يعطي حقا بالتعويض للراسي عليه المزداد متى ما وجد هذا الخلل أو الخطأ مؤثراً، وهذا الرأي الذي نتبناه يخالف ما ذهب إليه القضاء، فقد رفضت محكمة التمييز الإتحادية في قرارها الإدعاء بدعوى عدم صحة الإجراءات التنفيذية التي بموجبها بيع العقار، ما دام أن هذه الإجراءات لها مرجع طعن تمييزاً، فكان لمن إدعى أن يطعن في حينه، لا حين قيد العقار"^(٣).

ثانياً: المركز السلبي للراسي عليه المزداد.

يقصد بالمركز السلبي للراسي عليه المزداد، هو الالتزامات التي تقع على عاتقه، بعد رسو المزداد بعطاءه الاعلى بين المزايدين. وتتمثل بالالتزام الراسي بدفع الثمن وملحقاته. وعدم النكول عن الشراء.

١- التزام الراسي عليه المزداد بدفع الثمن وملحقاته.

يلتزم الراسي عليه المزداد بدفع ثمن العطاء الذي رسا به المزداد وملحقات هذا البيع المتمثلة بمصاريف المزداد، وفوائده وتأميناته وما دفعه المدين على سند ملكيته، حيث تتم الإحالة بالبدل الأخير إذا بلغ النسبة المذكورة في القانون، وقد نصت م(٢/١٣١٠) مدني

(١) فتحي والي المصدر نفسه، ٥٤٣. السنهوري، التأمينات، ج ١٠، المصدر السابق، ص ٥٩٨.

(٢) فتحي والي، المصدر نفسه، ص ٥٤٤ ٥٤٥.

(٣) محكمة التمييز الإتحادية، رقم الحكم ١٢١٣/بيع عقار، في ٢٦ / ٢٠٠٦/٩، منشورات مجلس القضاء الأعلى.

عراقي) "ويلتزم من ترسو عليه المزايدة، بان يرد الى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفيما قام به من الإعلانات وذلك الى جانب الزامه بالثمن الذي رست به المزايدة، وبالمصروفات التي اقتضتها اجراءات التحرير". كما أوجب المشرع في م(١٠٢ تنفيذ) "اولا: على المشتري ان يدفع بدل المزايدة ورسوم التسجيل العقاري ومصاريفه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاحالة النهائية والا اعتبر ناكلا" وبالتالي فيلتزم الراسي عليه المزداد بأداء الثمن خلال ١٥ ايام من تاريخ الاحالة النهائية فاذا لم ينفذ التزامه يعد ناكلا عن الشراء.

٢- التزام الراسي عليه المزداد بعدم النكول على الشراء.

إذا لم يدفع الراسي عليه المزداد الثمن ورسوم التسجيل ومصاريفه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإحالة النهائية إعتبر ناكلا عن الشراء، وقد وضع المشرع حكما مميزا في هذه الحالة حيث نصت م(٩٩ تنفيذ) على احكام خاصة بالنكول^(١)، فقد أوجب المشرع على مديرية التنفيذ وضع المال في المزداد مجددا وإستحصال فرق البديلين مع النفقات من المشتري الناكلا، فإن لم يتقدم راغب بالشراء بعد النكول، فتعتبر التأمينات التي قدمها الناكلا عائدة للمدين وتسلم له محسوبة من دينه^(٢).

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة، والتي تناولنا فيها موضوع إنتقال الملكية الخاصة جبرا بصور البيع الجبري في المزداد العلني، نقدم أبرز النتائج والتوصيات.

النتائج:

- ١- إن المشرع العراقي عد البيع الجبري عقدا كما ورد في نص م(٨٩ مدني عراقي)، ومن ثم فإن القواعد الموضوعية في البيوع الإختيارية، تعد قواعد عامة يرجع لها عند عدم ورود نص في قواعد البيع الجبري، وهذا ما لاحظناه في ضمان المبيع. وهذا خلاف ما ذهب إليه غالبية الفقه من إعتبار البيع الجبري نظام وليس عقد، ومن ثم فلا تعد قواعد البيوع الإختيارية قواعد عامة للبيع الجبري.
- ٢- إن للبيع الجبري اثار أبرزها هو إنتقال الملكية جبرا، وتطهير المبيع، ولكل منها أحكامها الخاصة التي اوردها المشرع في قانون التنفيذ.

(١) نص م(٩٩)، تنفيذ "اذا نكل المحال عليه عن دفع بدل المزايدة او رسوم التسجيل ومصاريفه فيعرض العقار على المزايد الذي كف يده قبله بالبديل الذي كان قد عرضه هو . فان اخذه هذا يضمن الناكلا بقرار من المنفذ العدل الفرق بين البديلين من تاميناته وان لم تكف فمن امواله الاخرى . فان اصر المزايد قيل الناكلا على كف يده ايضا، فتجري المزايدة على العقار لمدة خمسة عشر يوما تبدا من اليوم التالي لتاريخ نشر الاعلان ويضمن الناكلا الفرق بين البديلين بقرار من المنفذ العدل . واذا لم يحصل راغب للشراء بعد النكول، فتعتبر التأمينات عائدة للمدين وتسلم للدائن محسوبة على دينه، ويعاد تقدير قيمة العقار ويعلن عن بيعه مجددا".

(٢) سعيد مبارك، المصدر السابق، ص ١٩١، ٢٤٠ وما بعدها.

٣- لأطراف البيع الجبري مراكز قانونية ايجابية وسلبية، تتمثل الضمانات سواء كان في نوعية المشاركين في المزايدة، أو قيمة المبيع، أو تسليم المبيع مع ملحقاته، أو ضمان الدعاوى.. الخ.

٤- يعد البيع الجبري طريقاً من الطرق القانونية لنزع الملكية جبراً عن صاحبها مراعاة لمصلحة خاصة، حيث راعى المشرع من خلال تلك الضمانات حق المالك وحق المتملك. التوصيات:

١- نوصي المشرع أن يعدل نص م(٨٩ مدني عراقي) وجعل البيع الجبري إرادة منفردة وليس عقداً، كونها تصرفاً إرادياً صادراً من جهة المشتري الذي يقدمون العطاءات التي تسقط أعلاها أدناها، ومن ثم فهذه هي الإرادة المنفردة ذاتها التي ترتب أثراً، غير أنها لا تخلو من التنظيم، وتحديداً في قيمة فتح المزايدة ورسومها، وهذا بالتأكيد وجه من وجوه ضمانات حماية الملكية الخاصة للمالك الذي نزع ملكيته. ونقترح أن يكون التعديل على هذا الوجه "لا تتم المزايدة في البيع الجبري، إلا برسوم المزايدة على أعلى العطاء، ويسقط العطاء بعطاء أزيد...".

٢- نستطيع المشرع العراقي أن يعيد النظر في نص م(٩١ من قانون التنفيذ) حيث يعطي للبيع رضائاً مجالياً أوسع، فلو أن قيمة العقار جاءت بقيمة أعلى من قيمة البيع الجبري الذي فتحت به المزايدة في معاملة وضع اليد فينبغي العدول عن البيع الجبري إلى البيع الرضائي، ومن ثم إقرار شرط جواز البيع للعقار المحجوز رضائاً بما لا يقل عن قيمته المقدر، مع العطاء الأعلى الذي رست به المزايدة، فإن كان البيع الجبري أتى بعطاء أقل مما جاء به في البيع الرضائي عدل عن البيع الجبري إلى البيع الرضائي. ونقترح أن يكون النص على الوجه الآتي: "للمنفذ العدل أن يأذن للمدين ببيع عقاره المحجوز رضائاً، بما لا يقل عن قيمته المقدر، إلا إن كان العطاء الذي رست به المزايدة في البيع الجبري أقل، فللمنفذ العدل إقرار العدول عن البيع الجبري إلى البيع الرضائي... الخ".

المصادر

أولاً: الكتب القانونية:

١. احمد ابو الوفاء، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٥، ط٣.
٢. احمد هندي، اصول التنفيذ الجبري، الاسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.
٣. احمد هندي، سيد احمد محمود، عبد الستار الملا، اصول التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، منشورات جامعة الكويت، ٢٠٠١، ط١.
٤. آدم الندوي، احكام قانون التنفيذ، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٣٨، ط١.

٥. حلمي محمد الحجار، اصول التنفيذ الجبري دراسة مقارنة، ط٢، بيروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.
٦. سيد احمد محمود احمد، اصول التنفيذ الجبري، مطبعة عين شمس، ٢٠٠٤، ط١.
٧. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ج١، الاسكندرية: مؤسسة المعارف للنشر، ١٩٥٩، ط٢.
٨. عادل شمران الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التاميني.
٩. عبد الباسط جمعي، امال الفزاري، التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٠.
١٠. عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٥ الفلسطيني، مطبعة فلسطين، ط١، ٢٠٢٠.
١١. عطية فتحي الفقي، البيوع الاجبارية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، الاسكندرية، مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر، ٢٠٢١.
١٢. علي مصطفى الشيخ، التنفيذ الجبري، منشورات جامعة المنصورة، ٢٠٠٥.
١٣. علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ ، بغداد: مطبعة جامعة بغداد، ط٤، ١٩٧٤.
١٤. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة، ط١، ١٩٦٢.
١٥. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصر: دار الفكر العربي، ١٩٧٤.
١٦. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني الكويتي وفقا لقانون المرافعات الجديد، الكويت: مؤسسة دار الكتب، ط١، ١٩٨٤.

ثانياً: الرسائل

١. جميل لعور، "التنفيذ الجبري في القانون المدني"، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٧، ص١٧.
٢. هدى الهبوب، "مسطرة البيع الجبري للعقار بالمزاد العلني"، (رسالة ماجستير مقدمة لكلية العلوم القانونية، جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، ٢٠١٧)، ص٤٧.

ثالثاً: المجالات والبحوث

1. احمد سمير محم الجبوري، "التنظيم القانوني للبيع الجبري في قانون التنفيذ"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد 11، المجلد 3، (2014): ص 254.
2. رائد لطفي صبح، احمد فراحنة، "التنظيم القانوني للبيع الجبري في قانون التنفيذ الاردني (دراسة مقارنة)"، مجلة الكوفة، جامعة الكوفة، العدد 42، المجلد 1، (2019): ص 221.
3. شكر محمود داود السليم، "المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني"، مجلة الراصد للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 13، العدد 49، (2016): ص 152.

رابعاً: المحاكم:

1. محكمة التمييز الاتحادية، رقم الحكم 1213/بيع عقار، في 26 / 9 / 2006، منشورات مجلس القضاء الأعلى.
2. محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، رقم الحكم 214 بتاريخ 5 / 10 / 2005، منشورات مجلس القضاء الأعلى.

خامساً: المصادر باللغة الانكليزية

1. Natalie Fricero, Procédures civiles d'exécution, Collection Mémentos, 2019, p212