

بحث بعنوان

” الطبيعة العقدية للبيوع القضائية ”

إعداد

دكتور/ حمدي حسب النبي محمد الشورى

عضو هيئة التدريس بقسم القانون المدنى

كلية الشرطة

تمهيد وتقسيم :

لا شك أن البيع من أكثر العلاقات التعاقدية شيوعاً في واقع الحياة العملية بل يعتبر أنه العقد الوحيد الذي يساهم الشخص في تكوينه عدة مرات في اليوم الواحد^(١).

ووفقاً للقواعد العامة أن يتم البيع بطريق الممارسة وأن الشخص له مطلق الحرية في عرض أمواله سواء كانت عقارات أو منقولات للبيع وبالثمن الذي يحدده. كما أن الباعث الدافع إلى البيع يختلف من شخص إلى آخر. فقد يبغى أحد الأشخاص التخلص من الشيء المملوك له لاعتبارات معينة منها أن يقوم الشخص بسداد الديون التي تثقل كاهله حفاظاً على سمعته وتحاشي إشهارة أو إفلاسه ، ونظراً لأن المدين قد يماطل في بعض الأحوال بالوفاء بديونه، فقد خوّل المشرع للدائنين سلطة الحجز على ممتلكاته وطلب بيعها بطريق المزاد العلني واستيفاء حقوقهم من الثمن، وبذلك يكون قد خرج عن الأصل العام المتقدم ذكره. فالبيع القضائي عبارة عن تحويل المال المحجوز عليه إلى مبالغ نقدية يقتضى منها الدائن حقه.

وجدير بالذكر أن البيع الذي يتم تحت إشراف الجهاز القضائي نوعان، الأول: بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) والثاني: البيوع القضائية الخاصة، وإذا كان كلاهما يتم بطريق المزاد العلني وتحت إشراف القضاء إلا أنهما يختلفان من ناحية الغاية أو الهدف^(٢)؛ فالأول الهدف منه تمكين الدائنين من استيفاء حقوقهم، والثاني الهدف منه رعاية مصلحة خاصة لصاحب المال، وعلى ذلك فالبيع له صورتان أحدهما تتم بطريق الممارسة ، وثانيهما يتم بطريق المزاد العلني، ولكن نظراً لأن البيع بالمزاد العلني له قواعد خاصة، فقد أثير تساؤل ذو شقين (الأول) تحديد الطرف . بالمفهوم المادي أو الموضوعي . البائع . (الثاني) التكييف القانوني لبيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) وهل يظل موجوداً في حظيرة العلاقات التعاقدية أم

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص ٥.

(٢) د/ فيصل زكي عبد الواحد، الطبيعة القانونية للبيع القضائي ، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، دار النهضة العربية، ص ٩. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج ١، مصادر الالتزام، العقد، والإرادة المنفردة، المصادر الإرادية ، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ٦٠١، ٦٠٢.

لا. وعلى ذلك فنحن نعرض لموقف الفقه والقضاء للطبيعة العقدية للبيع القضائي وتحديد الطرف البائع ، وذلك في ضوء النصوص القانونية التي تضمنت أحكاماً موضوعية وستكون خطتنا لبحث هذا الموضوع محتوية على مبحث تمهيدي، نعرض فيه موقف الفقه والقضاء الإجرائي، ثم نتناول في الفصل الأول طبيعة النظرية الموضوعية، ونتناول في الفصل الثاني المفهوم المادي في تحديد الطرف البائع.

تمهيد وتقسيم :

لقد نظم المشرع الإجرائي البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني تحت إشراف الجهاز القضائي بشكل يهدف إلى مصلحة الدائن الحاجز والمتدخل في إجراءات الحجز والذي بطبيعة الحال قد صار طرفاً في هذه الإجراءات، والمدين المحجوز عليه (ومن في حكمه)، والراسي عليه المزاد.

ولقد نتج عن هذا التنظيم وجود اختلاف بين الفقه الإجرائي والموضوعي بخصوص الطبيعة القانونية لهذا البيع وخاصة بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه).

وقد أدى ذلك الاختلاف إلى ضرورة الوقوف على الطرف البائع. حيث أنكرت النظريات الإجرائية صفة الطرف البائع من حيث المبدأ وعلى غير ذلك تماماً بالنسبة للنظرية الموضوعية حيث إنها قد اعترفت بوجود هذه الصفة من حيث المبدأ.

وبناءً على ذلك سوف نتناول هذا الموضوع من خلال مبحث تمهيدى وفصلين:

المبحث تمهيدى: التكيف القانوني للنظرية الإجرائية.

- المطلب الأول: طبيعة النظرية الإجرائية.

- المطلب الثاني: نقد النظرية الإجرائية.

الفصل الأول: طبيعة النظرية الموضوعية.

المبحث الأول: النظرية العقدية.

المبحث الثاني: تقييم النظرية العقدية.

الفصل الثاني: المفهوم المادي في تحديد الطرف البائع

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لنظرية كيوفندا.

المبحث الثاني: إمكانية إكتساب المدين المحجوز عليه صفة البائع.

مبحث تمهيدي

التكييف القانوني للنظرية الإجرائية

تمهيد :

دأبت غالبية الفقه الإجرائي على استجلاء الطبيعة القانونية لبيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) من خلال المزاد العلني بعيداً عن النظرية العامة للعقد. ولكن تلك المحاولة تعرضت للنقد من جانب الفقه الموضوعي ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

- المطلب الأول: حجج النظرية الإجرائية.
- المطلب الثاني : نقد النظرية الإجرائية.

المطلب الأول

حجج النظرية الإجرائية

ذهب العديد من الفقه الإجرائي إلى أن البيع القضائي ليس إلا عملاً من الأعمال الإجرائية التي تتم بناءً على قرار يصدره الموظف القضائي لما له من سلطة عامة^(١) يؤدي بدوره إلى نزع ملكية المدين ونقلها إلى الراسي عليه المزاد في مقابل العطاء الذي يتقدم به، ويتم من خلاله الوفاء بحق الدائن الحاجز.

وفي ذلك قول الأستاذ الدكتور/ أحمد ماهر زغلول^(٢) " ... البيع القضائي لا يستند إلى إرادة المتعاقدين، وإنما إلى قرار يصدره الجهاز القضائي، استناداً إلى سلطته العامة، مضمونه نزع ملكية المال المبيع عن المدين ونقلها إلى الراسي عليه المزاد (المشتري) في مقابل ما دفعه من ثمن".

(١) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول : مذكرات في إجراءات التنفيذ سنة ١٩٩٣، ص ٥٢، د. أحمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ ص ٧٨٧ رقم ٣٧٧، د. أحمد مليجي : التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه والقضاء ص ٧٢٨، ٧٢٩.

(٢) د/ أحمد ماهر زغلول، دعوى الضامن الفرعية، دراسة لأساسيات الخصومة المرتبة، ١٩٩٤، ص ١٢٠ فقرة

وهذا القرار ضمن إجراءات معينة ومحددة نص عليها قانون المرافعات ضمن إجراءات الحجز ونزع الملكية. لذا فالعطاء الذي يقدمه المشتري لا يعتبر إيجاباً أو قبولاً للتعاقد وإنما هو أحد إجراءات البيع.^(١)

وعندما يصدر القاضي حكماً بإرساء المزاد فإنه يعتبر ممثلاً للسلطة العامة وليس بصفته نائباً عن المدين أو الدائنين ويصب ذلك الإجراء في المصلحة الخاصة لدائني المحجوز عليه والتي تحقق باستيفاء حقوقهم ولا يعد نزع الملكية جبراً بواسطة السلطة العامة من قبيل المنفعة العامة.

وهذا التكييف يتوافق مع نص المادة ٩٩ والتي نصت على " لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد" وقد قصد المشرع البيوع القضائية الخاصة.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ فتحي والي^(٢) " أن تعبير المشرع بالعقد هنا ينبغي أن ينصرف فقط إلى البيع الإختياري^(٣) الذي يتم عن طريق المزاد".

وقد رأى أنصار هذا الاتجاه أن تلك النظرية تتواءم مع تحديد طبيعة التنفيذ، وكونه نشاطاً قضائياً، واعتبار البيع أحد خطوات تنفيذ هذا النشاط، كما أنها تتلشى العقوبات، التي واجهت النظرية العقدية، إضافة إلى أنها توضح مظاهر اختلاف آثار البيع القضائي عن تلك التي تترتب على البيع الذي يتم عن طريق الممارسة.

وإذا كان بيع العقار يأخذ شكل الحكم، إلا أنه لا يعدو أن يكون سوي أحد أعمال التنفيذ القضائي، ومن ثم فإنه لا يخضع للقواعد العامة للحكم القضائي، فلا يلزم تسبب الحكم بإيقاع البيع، ولا يرتب حجية الأمر المقضي، ولا يخضع لقواعد الطعن في الأحكام، ولكن يجوز رفع دعوى أصلية ببطلانه.^(٤)

(١) د/ وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٥٢.
(٢) التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٤٦٦، هامش رقم ٣.
(٣) ويقصد ذلك البيوع القضائية الخاصة (بيع أموال النائب أو المحجوز عليه أو القاصر، أو المفلس، أو الشركاء، بطريق المزاد العلني تحت إشراف الجهاز القضائي).
(٤) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ٥٣.

وقد عرف الأستاذ الدكتور/ فتحي والي^(١) عمل السلطة العامة بصدد البيع القضائي بأنه "عمل قانوني من جانب واحد يتم بقرار يصدر من الموظف العام، على أنه لا يصدر إلا إذا سبقه عمل قانوني آخر ذو طبيعة مختلفة هو تقديم عطاء في المزاد. وليس معنى هذا أننا بصدد توافق إرادتين، فالعطاء في المزاد، وإن كان مفترضاً لصدور القرار برسو المزاد إلا أنهما لا يكونان معاً عملاً له الطبيعة العقدية. وإذا أردنا توضيح الفكرة فإنه يمكن تشبيه قرار رسو المزاد في علاقته بالعطاء بالأمر الذي يصدره القاضي في علاقته بالعريضة التي تقدم إليه. والعطاء مع قرار رسو المزاد إذا لم يكونا عقداً فإنهما يكونان مع هذا بسبب تتابعهما ووحدة وظيفتهما النهائية عملاً قانونياً واحداً. يكونان عملاً تتابعياً، على أن وحدة العملية لا تنزع من أيهما صفته كعمل إجرائي مستقل، كما أنها لا تؤدي إلى عزلهما عن خصومة التنفيذ، التي يكونان مرحلة منها، غير أن ما تقدم لا يعني أننا ننكر على البيع الجبري صفته كبيع. فالواقع - على عكس ما يظن البعض - أنه ليس هناك ترابط بين البيع كنظام قانوني، والبيع كتوافق إرادتين^(٢). فالبيع في جوهره هو نقل ملكية شيء، أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي. وكما قد تكون وسيلته الفنية توافق إرادتين، وبالتالي يتم برضاء المالك، قد يتم بسلطة الدولة وبقرار منها دون هذا الرضا".

وقد لاقت هذه النظرية ترحاباً من الأستاذ الدكتور/ محمد لبيب شنب حيث قال بشأنها "الواقع أن هذه النظرية هي الجديرة بالترجيح، فمادام البيع يتم جبراً أي دون رضاء المدين، فإنه لا يمكن أن يكون عقداً انعقد بين المدين والراسي عليه المزاد. وكذلك لا يمكن اعتبار البيع الجبري عقداً بين الدائن، أو القاضي وبين الراسي عليه المزاد، فأياً منهما لا يملك المال المحجوز عليه ولم يملكه في أي وقت من الأوقات، وأياً منهما لم يقصد أن تنصرف إليه آثار البيع من حقوق والتزامات، والتمن الذي يدفعه الراسي عليه المزاد هو من حق المدين بإعتباره مالكاً للمال المحجوز عليه الذي يبيع جبراً عنه. فإذا إستوفى الدائنون حقوقهم من هذا الثمن دفع الباقي إلى المدين. ومتى لم نر في البيع الجبري عقداً

(١) التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٧٨، ص ٢٥٣.

(٢) وقد حاول البعض التوفيق بين الإتجاه العقدي والإجرائي وذلك بتقريره أن البيع في حقيقته عقداً إجرائياً تنفيذياً، هو عقد لا يتكون من إلتقاء إرادتين، ولكن من إرادتين منفصلتين هما إرادة القاضي التي تتخذ شكل الحكم، وإرادة المشتري التي تتخذ التصرف القانوني.

ولكن هذا الإتجاه لم يلق قبولاً من غالبية الفقه الإجرائي والموضوعي، فقد إعترض عليه بأن من غير المتصور وجود عقد دون إلتقاء إرادتين. راجع في عرض وجهة نظر هذا الإتجاه وسهام النقد التي وجهت إليه، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٩.

ينعقد بتوافق إرادتين وكان هذا البيع لا يتم إلا بتدخل القضاء بإصدار حكم مرسى المزاد فإن البيع يعتبر من عمل القضاء أي من عمل السلطة العامة. فهذا العمل هو الذي أوجد البيع فهو إذن مصدر العلاقات التي تنشأ بين الراسي عليه المزاد وبين المدين والدائنين الذين طلبوا البيع".

وأيضاً الأستاذ الدكتور/ أحمد مليجي حيث يقول " ومما يؤكد صحة الإتجاه الإجرائي أن المشرع نفسه حرص في القانون المدني على إستبعاد بعض أحكام عقد البيع التي لا تتناسب مع البيع الجبري مثال ذلك نص المشرع في (المادة ٤٢٧ مدني) على أنه لا يجوز الطعن بالغين في بيع تم بنص القانون بطريق المزاد العلني. وما نص عليه في (المادة ٤٥٤ مدني) على أنه لا ضمان للعيب في البيوع القضائية".

وقد رأى أحد أنصار^(١) هذه النظرية أن مصدر الإلتزام بدفع الثمن ليس هو القرار بإيقاع البيع. لأنه ينشأ وينقضي قبل صدور هذا القرار، وإنما هو الإرادة المنفردة للمزايد، والتي تتمثل في العطاء، الذي يتقدم به في المزادة، فهو يلتزم بمقتضى العطاء بدفع الثمن، ولكن هذا الإلتزام يكون معلقاً على شرط واقف هو إرساء المزاد عليه. ويتحقق هذا الشرط في بيع العقار بصدور بقرار قاضي التنفيذ بإعتماد العطاء. أما في بيع المنقول، فإنه يتم بإنهاء المزادة على المال المتقدم عنه عطاء.

وقد إنتهى أنصار هذه النظرية إلى وجود إختلاف بين البيع : الذي ينعقد تحت إشراف الجهاز القضائي، والذي يتم عن طريق الممارسة، من ناحية التنظيم القانوني ورتبوا على ذلك ما يلي :

أولاً: من ناحية التكوين يخضع البيع القضائي لنظام إجرائي متميز يرسمه قانون المرافعات. وهو بهذا لا يخضع لقواعد البطلان في التصرفات القانونية، وإنما لقواعد بطلان الأعمال الإجرائية.^(٢)

ثانياً: من ناحية الآثار، تختلف آثار البيع القضائي عن آثار البيع الذي يتم بطريق الممارسة^(٣).

فمن ناحية : أن الأول لا تتحدد آثاره بالرجوع إلى إرادة طرفيه، والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ولكن على أساس النظام القانوني للبيع في قانون المرافعات، وبناء على ما سبقه من إجراءات مثل قائمة شروط البيع.^(٤)

(١) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغول، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغول، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) د. فيصل زكي، الطبيعة القانونية للبيوع القضائية، دار النهضة العربية، ص ٤٦.

(٤) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ٥٤، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي،

المرجع السابق، ص ٢٥٤، د. أحمد ماهر زغول، البحث السابق، ص ١٢٠، ١٢١.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ فتحي والي^(١) " فعند تفسير محل البيع أو أي شرط فيه لا يلجأ إلى إرادة أي من الموظف العام، أو المشتري، وإنما ينظر إلى الأعمال والعناصر المكونة لخصومة التنفيذ".

ومن ناحية ثانية: نظراً لأن بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) لا يعدو أن يكون سوي عملاً إجرائياً، فالراسي عليه المزداد لا يكون له سوي الحق في تسلم المال المبيع.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ فتحي والي^(٢) " نتيجة للطبيعة الخاصة للبيع الجبري، لا يكون للمشتري (الراسي عليه المزداد) سوي حقه في تسلم المال المبيع وملحقاته، وفيما عدا ذلك ليس له أي حق من الحقوق التي تكون للمشتري في البيع الإختياري، وعلّة هذا أنه لا يوجد إلتزام على عاتق أي شخص بإعتباره بائعاً، فلا المدين، ولا الدائن مباشر الإجراءات، ولا الموظف الذي يقوم بالبيع يكن أن يلتزم بهذه الإلتزامات. ذلك أنه لا توجد لدى أي منهم إرادة البيع. وإذا كان البيع الجبري يؤدي إلى نقل الملكية، فليس معنى هذا أنه يوجد في هذا البيع إلتزام بنقل الملكية. فمثل هذا الإلتزام لا وجود له وإنما تنتقل الملكية هنا كأثر عيني للبيع الجبري، وكذلك أيضاً بالنسبة لتسليم المبيع فهو لا ينشأ عن البيع^(٣) كالإلتزام على البائع وإنما ينشأ كحق للمشتري نتيجة لدفعه الثمن. ويستطرد صاحب هذا الإتجاه قائلاً " ... لما كان حكم مرسى المزداد يسجل بعد صدوره ودفع الثمن، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري بالمزداد، ويكون في الغالب وهو يطلب التسليم، طالباً تسلم عقار إنتقلت ملكيته إليه. أي طالباً التسليم بمقتضى حقه العيني.

أما الإلتزامات المشتري فهي تنحصر في إلتزامه بدفع الثمن. وهو إلتزام فرضه طبيعة البيع أيأ كان بإعتباره نقل الملكية مقابل ثمن نقدي".

(١) التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

(٢) التنفيذ الجبري ف بالقانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

(٣) لأنه لا يوجد أي شخص يلتزم شخصياً بالتسليم.

المطلب الثاني

نقد النظرية الإجرائية

وقد أقر أنصار النظرية الإجرائية بأن بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) بطريق المزاد العلني له قواعد موضوعية خاصة تميزه عن البيع الذي يتم بطريق الممارسة من ذلك أحكام الضمان في حالة استحقاق الشيء المبيع من يد الراسي عليه المزاد والتي نص عليها المشرع الاجرائي في المادة ٤١٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، ونحن ننتفح معهم في هذا الشأن ولكننا نختلف معهم بشأن التكييف الذي انتهوا إليه. فهذا النوع من البيع لا يمكن إعتبره - بحال من الأحوال - عملاً إجرائياً، بل إنه يظل موجوداً في حظيرة العلاقات التعاقدية.

أما بخصوص القول بأن المشرع المدني قد حرص على إستبعاد بعض أحكام عقد البيع الذي يتم بطريق الممارسة التي لا تتناسب مع البيع القضائي^(١)، مما يقطع بأن هذا الأخير لا يعتبر عقداً، فإن هذا القول يبدو محل نظر من جانبنا.

فنحن لا ننكر إستبعاد المشرع لهذه الأحكام، ولا ننكر القواعد الخاصة بالبيع القضائي، ورغم ذلك فإن هذا الإستبعاد، ووجود تلك القواعد، لا يصلحان دليلاً يمكن الإرتكاز عليه في هذا الخصوص، للإعتبرات الآتية :-

الإعتبر الأول: أن المشرع المدني هدف من عدم خضوع البيع القضائي لأحكام ضمان العيب الخفي، إلى تحاشي المشاكل العملية التي تنتج عن إكتشاف الراسي عليه المزاد للعيب الخفي بعد تمام البيع. ومعنى ذلك أن إستبعاد هذا النوع من الضمان يستند إلى غاية البيع، وليس إلى طبيعته، بدليل أن هذا الضمان لا يجد مجالاً للتطبيق في دائرة البيوع الإدارية التي تتم بطريق المزاد، رغم أنها تُعد وبإجماع الفقه والقضاء^(٢) عقوداً بالمعنى الفني والقانوني.

(١) د. زكي فيصل عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٤٩.
(٢) راجع وعلى سبيل المثال د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، سنة ١٩٨٤، مطبعة جامعة عين شمس، ص ٢٤٦ وما بعدها، د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مطبوعات جامعة الكويت، سنة ١٩٦٤، ص ٩٠ وما بعدها، محكمة القضاء الإداري المصري، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨، القضية رقم ٥٣٥، س ١٠ق.

وعلى ذلك فإن ما يذهب إليه الأستاذ/ أحمد مليجي بقوله المتقدم ذكره^(١)، يتضمن حجة تحسب لنا وليست علينا. لأن تقرير المشرع عدم خضوع البيوع القضائية، لأحكام ضمان العيب الخفي، والغبن، يفيد بأنه كان على فئاعة تامة بأن هذا البيع يُعد عقداً بالمعنى الفني، وإلا لما كان هناك داع من تعرضه له أثناء وضعه للحكام الخاصة بعقد البيع^(٢). هذا من جهة ومن جهة أخرى أن ما قرره المشرع في هذا الخصوص يستخلص منه - وبمفهوم المخالفة - خضوع البيع القضائي، لكافة الأحكام الأخرى، وخاصة الإلتزام بالتسليم وحكم العجز والزيادة واحكام ضمان الإستحقاق والتعرض الشخصي الصادر من المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) أو أحد أتباعه.

وأخيراً فإن استقامة وجهة نظر صاحب هذا القول تقتضي إنكار الصفة العقدية عن البيوع الإدارية إنطلاقاً من عدم خضوعها لأحكام ضمان العيب الخفي. وهذا لم يقل به أحداً من الفقه والقضاء.^(٣)

الإعتبار الثاني: أن عبارة نص المادتين (٩٩ م. م، ٧٨ م. ك) جاءت عامة مطلقة، مما يستوجب صرف حكمهما إلى كافة البيوع التي تتم بطريق المزاد العلني بغض النظر عما إذا كانت قضائية، أو إدارية، خاصة وأنه لم يرد في نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية - المصري، والكويتي - ما يقيدها.

أما بخصوص ما يذهب إليه بعض أنصار هذا الإتجاه إلى وجوب قصر حكم نص هاتين المادتين على البيوع القضائية الخاصة، فإنه يترتب عليه تخصيص هذين النصين دون مخصص.

الإعتبار الثالث : تُبنى النظرية الإجرائية على فكرة أن البيع يتم بواسطة الدولة ممثلة في الجهاز القضائي، وبقرار منها دون رضا المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه). ولاشك أن الدولة لا تتعامل في هذا الخصوص بإعتبارها فرداً عادياً، لأنها لا تملك المال الذي يتم طرحه للمزايدة، وهذا لم ينكره أنصار هذه النظرية. ولكن بإعتبارها صاحبة سيادة. وهذا معناه أننا نكون بصدد نزع ملكية للمنفعة

(١) المذكور في المتن ص ٤٥، ٤٦ من البحث.

(٢) وقد هدف من ذلك إلى تحاشي المشاكل العملية التي تنتج عن إكتشاف الراسي عليه المزاد العيب بعد تمام البيع وتسلمه الشئ المبيع.

(٣) د. زكي فيصل عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٥٠

العامة. وذلك لا يمكن التسليم به. فقد سبق القول^(١) بأن نزع الملكية للمنفعة العامة له مفهوم قانوني محدد، وأن الخروج عنه يقتضي وجود نص - صريح - خاص، وهذا يُعد منتقياً.

صحيح أن حصول الدائنين على حقوقهم من ثمن الأموال التي يتم بيعها بطريق المزاد العلني يحقق مصلحة عامة، ولكن هذه المصلحة غير مباشرة، وبالتالي فإنها لا تكفي للقول بفكرة نزع الملكية.

الإعتبار الرابع: أن النظرية الإجرائية إصطدمت بعقبات كثيرة^(٢) منها:

- تحديد الطرف - بالمعنى المادي أو الموضوعي - البائع. فقد إنتهى أنصارها إلى عدم وجود هذا الطرف في إطار بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه). فإذا سلمنا - جديلاً - بأن هذا البيع لا يعد عقداً، فإنه يجب تكييفه على أنه مركز قانوني، وهذا التكييف يقتضي وجود طرفين أحدهما دائن والآخر مدين، مع أن أنصار هذه النظرية أنكروا - من حيث المبدأ - وجود الطرف المدين^(٣)، وهذا يتنافى مع الواقع. إذ كيف يمكن القول بوجود بيع دون وجود طرف - بالمعنى المادي أو الموضوعي - بائع؟
- المركز القانوني للراسي عليه المزاد، فقد إحتدم الخلاف بين أنصار هذه النظرية بخصوص ذلك. فذهب جانب منهم إلى أنه يعد من معاوني القضاء، وجانب ثان إلى أنه يعتبر في مركز من يتقدم بطلب إلى القضاء^(٤). وجانب ثالث إلى أن تقدمه بالعطاء يعد أحد إجراءات البيع^(٥). بل إن جانباً رابعاً ذهب^(٦) إلى أنه يكون خلفاً خاصاً للمدين المحجوز عليه، والدائن الحاجز دون أن يوضح الأساس القانوني لذلك^(٧).

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٥١.
(٢) مما حدا بجانب من الفقه الإجرائي إلى القول بخصوص مسألة تكييف البيع القضائي " لا يوجد ما يدعو إلى إجهاد الذهن في مثل هذه المسائل. فالبيع الجبري هو عملية بين قانون المرافعات جانبها الشكلي (الإجراءات) وبين القانون - المدني جانبها الموضوعي (الأثار) وأن عمل المشتري (الراسي عليه المزاد) يعتبر تصرفاً قانونياً من طبيعة خاصة نظراً لتأثره بكونه جزء من عملية البيع. فإذا كان المشتري الذي تقدم في المزاد ناقص الأهلية، فإن هذا لا يؤثر في صحة البيع". راجع في عرض ذلك، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٧٠.
(٣) البائع.
(٤) د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٦٤، ص ٩٠ وما بعدها، محكمة القضاء الإداري المصري، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨، القضية رقم ٥٣٥، س ١٠ق.
(٥) راجع في عرض هذه الإتجاهات، د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغول، المرجع السابق، ص ٥٣ هامش رقم ١.
(٦) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٥٤، ٢٥٥.
(٧) فالقول بأن بيع أموال المدين المحجوز عليه يُعد عملاً إجرائياً في خصومة التنفيذ لا يكفي للقول بفكرة الإستخلاف، الإستخلاف، إنطلاقاً من أن هذه الأخيرة تقتضي وجود تصرف قانوني بالمعنى الفني سواء كان هذا التصرف عقداً أو إرادة منفردة.

• تحديد الطرف الملتمزم : بعدم التعرض المادي أو القانوني من المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) أو أحد أتباعه، وهل يخضع لقاعدة من إلتزم بالضمان إمتنع عليه التعرض أم لا، وما هو أساس ذلك؟ والمسئول عن العجز والزيادة، وتبعية الهالك، وتسليم المبيع. فقد لجأ أنصار تلك النظرية - بخصوص هذه الإلتزامات - إلى فكرة الإلتزام العيني^(١). وبغض النظر عن مدى إمكانية القول بوجود مجال لهذه الفكرة من عدمه، فالإلتزام - بمعناه الفني والقانوني - يقتضي وجود طرفين أحدهما دائن، والثاني مدين. وإذا كان أنصار هذا الإتجاه قد حددوا - وبوضوح تام - الطرف الدائن وهو الراسي عليه المزاد، إلا أنهم تجاهلوا الطرف المدين بهذه الإلتزامات، وذلك يؤدي إلى خلق منطقة ضبابية سوداء تخيم فوق مفهوم ومجال فكرة الإلتزام العيني، إضافة إلى أنه من غير المقبول منطقاً إمكانية نشوء إلتزام - بالمعنى الفني - دون وجود طرف مدين به.

• التكييف القانوني للعطاء، فقد إحتدم الخلاف بين انصار تلك النظرية بشأن الطبيعة القانونية للعطاء^(٢). فذهب جانب منهم إلى أنه يُعد طلباً قضائياً يتدخل به صاحبه في إجراءات التنفيذ^(٣)، وجانب ثان إلى أنه لا يعدو أن يكون سوي أحد إجراءات البيع^(٤)، وجانب ثالث إلى أن مركز صاحب العطاء يشبه أعوان القضاة. بل إن أحد^(٥) أنصارها قد ذهب إلى أبعد من ذلك حيث قرر بأن العطاء يعتبر وعداً من المتزايد بإكتساب الحق المعروض للبيع وهو وعد يلزم صاحبه بمجرد تقديمه^(٦)، ولكنه يكون معلقاً على شرط فاسخ هو التقدم بعطاء أكبر.

وبغض النظر عن عدم صحة ما قيل في هذا الخصوص، فإن إختلاف وجهات النظر على النحو المتقدم ذكره، يشكل عقبة أمام إستقامة هذه النظرية.

الإعتبار الخامس : لقد حاول أنصار هذه النظرية التخلص من الصفة العقدية. ولكن أحدهم سلم بها في معرض تناوله لهذا الموضوع. حيث يقول " أن البيع يقع في المنقول ولو لم يدفع الثمن. فإذا

(١) التي مازالت حتى وقتنا هذا من الأفكار الغامضة.

(٢) راجع في عرض هذه الإتجاهات، د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٥٣، هامش رقم ١.

(٣) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٤) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ١٩٨٤، مطبعة جامعة عين شمس، ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٥) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٦) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٥٣، وما بعدها.

تخلف الراسي عليه المزداد عن دفع الثمن فسخ البيع دون حاجة لرفع دعوى^(١) " ...، إذا تم فسخ البيع بربسو المزداد الثاني على غير المشتري الأول^(٢). وبغض النظر عن مدى صحة ذلك فإنه لجأ إلى الفسخ والإفساخ اللذان ينبعان من النظرية العامة للعقد.^(٣)

أما بخصوص ما إنتهى إليه أنصار هذه النظرية بشأن القواعد الواجبة التطبيق على البطلان، وتحديد آثار البيع، فلا يمكن التسليم به. لأنه من ناحية لا توجد نصوص قانونية تقرر - صراحة - خضوع البيع القضائي لقواعد البطلان الإجرائي.

ومن ناحية ثانية فإن قائمة شروط البيع تصب فيها إرادة الطرف البائع ولا دخل للقانون بشأنها. صحيح أن المشرع نظم عملية التعبير عن الإرادة، ولكن لا شأن له بمحتوى هذه الأخيرة.

ومن ناحية ثالثة القول بأن المشتري بالمزداد لا يكون له سوي الحق في تسلم المبيع يثير كثيراً من المشاكل العملية خاصة فيما يتعلق بالتعرض الصادر من المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) أو أحد أتباعه سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً. فمتى إنتهينا - تمشياً مع منطوق أنصار هذا الإتجاه - إلى عدم وجود طرف مدين بهذا الإلتزام، فمعنى ذلك أنه لا يمكن للراسي عليه المزداد دفع هذا التعرض لإنتفاء السند القانوني. فنحن لا ننكر الجانب الإجرائي الخاص ببيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) بطريق المزداد العلني تحت إشراف الجهاز القضائي ولكن يجب ألا يؤدي ذلك إلى تجاهل جوانبه الموضوعية، ولذا سوف نقوم بتسليط الضوء على طبيعة النظرية الموضوعية لذلك النوع من البيع وذلك في ضوء أحكام الإيجاب وكذا القبول، وما قرره المشرع من أحكام خاصة بهذا النوع من العقود.

(١) د. فتحي والى، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٢) د. فتحي والى، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(٣) راجع في هذا المعنى، د. وجدى راغب، د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ٥٩، هامش رقم ١، رغم أنهما من أنصار النظرية الإجرائية.

الفصل الأول

طبيعة النظرية الموضوعية

مقدمة :

إن الطبيعة القانونية للبيع الذي يتم تحت إشراف القضاء وبالأخص بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) بطريق المزاد العلني أصبح مثاراً للخلاف في الفقه والقضاء.

ولقد تناولنا في المبحث التمهيدي بالتفصيل طبيعة النظرية الإجرائية وأراء الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض كما عرضنا المآخذ على تلك النظرية أما في هذا الفصل سوف نتناول طبيعة النظرية الموضوعية، وسوف نجد اختلافاً بين النظريتين، ويعزى ذلك الاختلاف في الفقه والقضاء إلى أن المعنى الفني لمبدأ حرية التعاقد يلزمه تحويل الشخص الحرة في القبول أو رفض التعامل وهذا بالطبع لا يكون متحققاً بالنسبة لبيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) حيث أن إعتراض هذا الأخير لا يمنع إتمام البيع وإنطلاقاً من ذلك ذهب غالبية الفقه الإجرائي إلى خروجه من الصفة العقدية واعتباره أحد الأعمال الإجرائية.

ويذهب الفقه - الموضوعي - والقضاء في مجموعه، إلى أن البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني - بصفة عامة - يعتبر عقداً بالمفهوم الفني، والقانوني.

غير أن غالبية الفقه الإجرائي، تصورت أن معالجة بيع أموال المدين المحجوز عليه تحت إشراف الجهاز القضائي من خلال النظرية العامة للعقد، اصطدم بعقبات، بعضها مستمد من التكوين الفني للعقد، والبعض الآخر منبثق من الآثار المترتبة على تكوين العلاقة التعاقدية.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : النظرية العقدية.

المبحث الثاني: تقييم النظرية العقدية.

المبحث الأول

النظرية العقدية

يذهب الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء^(١) إلى أن البيع الذي ينعقد تحت إشراف الجهاز القضائي، لا يختلف من ناحية طبيعته القانونية عن البيع، الذي يتم بطريق الممارسة. ففي الحالتين يتعين تكييفه على أنه عقداً بالمفهوم الفني والقانوني، وبالتالي فإنه يجب خضوعه للأحكام التي قررها المشرع بالنسبة لعقد البيع الذي يتم بطريق الممارسة والتي تنظم مرحلة: التكوين، والآثار، والإنقضاء^(٢)، مالم ينص القانون صراحة على إستبعاد حكم معين. ولا يحول دون ذلك كون المشرع الإجرائي خول الجهاز القضائي سلطة القيام بالبيع، أو التعاقد مع من يرسو عليه المزداد، متى كان العطاء صحيحاً، وتمت مراعاة جميع الإجراءات القانونية وتحققت الشروط - المقترنة بطرح الصفقة للمزايدة - التي تطلبها المشرع. حيث إن هذا البيع يظل من قبيل التصرفات القانونية، التي تتطلب من أجل تكوينها، وإنتاجها لثمارها، توافق إرادتين، بقصد إحداث أثر قانوني محدد.

(١) راجع في

- الفقه الموضوعي:

د. أنور سلطان، د. جلال على العدوى، العقود المسماة، عقد البيع، ١٩٩٦، دار المعارف الجامعية، الإسكندرية، ص ٣٣٣.

د. حمدي عبدالرحمن أحمد، مصادر الالتزام نظرية العقد، ١٩٩٤، ص ص ٢٠٧، ٢٠٨.

- في الفقه الإجرائي:

د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام العقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد، الطبعة الثالثة، ١٩٥٥، مكتبة دار النهضة، ص ص ٤١٣، ٤١٢.

عبد الباسط جمبجي، طرق واشكالات التنفيذ في القانون الجديد، ١٩٧٥، ص ٧٤ وما بعدها.

في القضاء راجع:

محكمة بنى سويف الابتدائية الأهلية ١٩٢٨/٤/١١، المحاماة ٩، ص ٥٣٦، رقم ٣٢٦. وأيضاً نقض مدني ١٩٥٩/١/٢٢، م.ن.م.س.١، رقم ٩، ص ٦٦٨.

حيث جاء به " أن حكم مرسى المزداد يعتبر بمثابة عقد بيع صادر للراسي عليه المزداد من المدين المنزوعة ملكيته". وفي هذا المعنى:

- نقض مدني ١٩٧٩/٢/٢١ م.ن.م.س.٣٠، ص ٥٨٢، ١٩٨٦/٣/١٦ م.ن.م.س.٣٧، ح ١، ص ٣٣٣،

١٩٩١/٥/١٢ م.ن.م.س.٤٢، خ ١، ص ١٠٧٨، ١٩٦٣/١/١٧ م.ن.م.س.١٤، ج ١، ص ١٢٣، رقم ١٣،

١٩٦٧/٣/٧ م.ن.م.س.١٨، ج ١، ص ٥٥٧، رقم ٨٦.

(٢) راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، ص ٨٠٧، د. فيصل زكي، المرجع السابق، ص ١٦.

صحيح أن المدين الذي تم الحجز، والتنفيذ على أمواله، لم يصدر عنه أي تعهد، ولم يبدد رغبته في البيع. بل إنه يتم ضد إرادته وجبراً عنه. ولكن ذلك لا يشكل عقبة أمام إكتساب البيع صفة العقد.

فإذا كان الأصل أن تشييد الروابط العقدية لا بد وأن يستند إلى إرادة حرة للمتعاقدين، إلا أنه في بعض الحالات الإستثنائية - وبناء على نصوص قانونية صريحة - تُجبر الإرادة الفردية على إبرام طائفة معينة من العقود، من بينها بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) تحت إشراف الجهاز القضائي^(١). على ذلك فإن هذا البيع، لا يختلف عن البيع الذي يتم بطريق الممارسة، إلا من ناحية الشكل، فالحكم الصادر بإيقاع بيع عقار المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) يعتبر حكماً من حيث الشكل، وعقداً - بالمفهوم القانوني - من ناحية المضمون.^(٢)

ولكن أنصار هذا الإتجاه اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة هذا العقد. فذهب فريق منهم^(٣) إلى أنه يدخل في طائفة العقود التي تبرمها الدولة، أو تكون طرفاً فيها، على أساس أن تكوينه يتم من خلال سلطة التنفيذ، ولكنه يتميز بالآتي :-

- من حيث المحل : فإنه ينصب على مال مملوك لأحد الأشخاص العاديين، وليس للدولة عليه سوي سلطة التصرف.
- من حيث الشكل : فإنه يأخذ شكل الحكم متى كان التعامل قد ورد على عقار. كما أنه لا يتضمن فصلاً في أي منازعة، وأن إعتبرات العدالة والملاءمة هي التي أملتته. حيث إنه يوفر للراسي عليه المزاد سنداً كاملاً ورسمياً لملكيته. ولكن هذا لا يحول دون التمسك ببطلان حكم مرسي المزاد^(٤) وفي المنقول لا يشترط أن يأخذ شكل الحكم. حيث أنه يتم بمحضر يحرره

(١) حيث إنه يُعد من حالات الإيجاب القانوني على التعاقد، راجع في توضيح ذلك : د. جلال علي العدوي، الإيجاب القانوني على المعاوضة، رسالة دكتوراة، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٦٠، ص ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤.

(٢) راجع في ذلك نقض مدني، ١٩٥٥/٣/٣١، س ٢٢، م. ن. م، س ٦، ج ١، ص ٨٨٢، رقم ١١٧. حيث جاء فيه " لما كان حكم مرسي المزاد لا يعتبر حكماً بمعناه العام، ولا يعدو ان يكون محضراً شاملاً لبيان الإجراءات السابقة على حصول البيع ثم إثبات إيقاع البيع على من رسي عليه المزاد، فإن طلب الحكم بصحته، أو إبطاله أو فسخه يقدر بقيمته بإعتباره عقد بيع".

(٣) راجع في عرض وجهة نظر هذا الإتجاه، د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٧٨، ص ٤٦٦، ٤٦٧.

(٤) راجع في عرض ذلك، د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، ١٩٧٨، دار النهضة العربية، ص ٤٦٧.

المحضر. وفي الحالتين - العقار والمنقول - يجوز التمسك بأوجه بطلان إجراءات البيع، ومتى تحقق ذلك فالبيع يزول وبأثر رجعي.

• من حيث الضمان : نظراً لأن المدين الذي تم الحجز، والتنفيذ على امواله لم تتصرف إرادته نحو البيع، فلا يعقل، أو يتصور إلزامه بضمان الإستحقاق. كما أنه لا يمكن إلزام الدائن الحاجز، أو الجهاز القضائي بهذا الضمان. لأن كلاهما لا يُعد طرفاً - بالمفهوم المادي او الموضوعي - بائعاً. وعلى ذلك إذا استحق الغير الشيء المباع فإن حقوق الراسي عليه المزداد تقتصر على: إسترداد الثمن الذي يتمثل في العطاء الذي رسي به المزداد، والتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

وذهب جانب آخر^(١) - وهو الغالب - إلى أنه يدخل في مجال عقود القانون الخاص. ولا يحول دون ذلك كون المشرع الإجرائي وضع أحكاماً موضوعية تنظم مرحلة تكوينه، وأثاره، لأن نصوص القانون المدني هي التي تولت - من حيث المبدأ - تنظيم هذا البيع. من ذلك نص المادة (٩٩ م. م) والذي جاء فيه " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه، ولو كان باطلاً". ونص المادة (٧٨ م. ك) والذي ورد به " ويتم العقد بإرساء المزداد ... ويعتبر العقد عندئذ منعقداً من تاريخ رسو المزداد "فقرة ثالثة" وكل ما سبق ما لم يتضح غيره من قصد المتعاقدين أو يقض القانون بخلافه "فقرة رابعة. فعبارة هذا النص وذلك تقطع بإعتراف المشرع - صراحة - بالصفة العقدية للبيع الذي يتم تحت إشراف القضاء^(٢) وبالتالي فإنه يخضع للأحكام الخاصة بالبيع الذي يتم بطريق الممارسة، فيما لا يتعارض مع تلك التي قررها المشرع الإجرائي مراعاة لإعتبارات معينة.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري^(٣) "هناك عقود تتم في بعض الأحيان لا من طريق الممارسة، بل عن طريق المزايدة وأهم هذه العقود البيع، والإيجار، فالبيع الجبري عن طريق القضاء، أو عن طريق الإدارة يتم بالمزداد".

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام، ص ٢٢٦، رقم ١١٥، د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ١٩٨٥، ص ٣٣٩، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٨٦، د. جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٢٨٠، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٨١، د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص ٢٥١، د. خميس خضر، البحث السابق، ص ١٧ وما بعدها، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١٩٦، ١٩٧.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٢٦، رقم ١١٥.

وأيضاً الأستاذ الدكتور/ توفيق حسن فرج^(١) حيث يقول " إذا كان البيع يتم رغم إرادة المدين، وأن المحكمة تجبره على ذلك بناء على طلب الدائنين، فإن هذا لا ينفي عنه وصف البيع. ذلك أن القانون يعتبر البيع الجبري بيعاً والنصوص كلها تطلق عليه لفظ بيع .. كما أنه من المسلم به أن الراسي عليه المزاد يعتبر مشترياً. وإذا كان قاضي التنفيذ هو الذي يتولى البيع، فإن هذا يتم دون شك لحساب المدين. وبالتالي يلتزم هذا الأخير بالضمان دون قاضي التنفيذ، ودون الدائنين الذين لا يعتبرون بائعين. والواقع أنه إذا كان يقال أن إرادة المدين غير موجودة، فإنه يجب أن ندخل في الإعتبار أن قرار المحكمة يكمل رضى هذا المدين. هذا فضلاً عن أنه عندما يلتزم المدين قبل دائنيه ويقرر لهم ضماناً عاماً على أمواله، إنما يسلم سلفاً بالنتائج التي تترتب إذا لم يحم هو بالوفاء. كما أن المدين ينبغي أن يحاط علماً بقائمة شروط البيع طبقاً لما يقضي به قانون المرافعات، وله أن يبدي ملاحظاته عليها. فإذا سكت فإنه يُعد قابلاً لما جاء في هذه القائمة ويوافق على البيع بهذه الصورة، وبهذه المناسبة يمكنه أن يتحلل من الضمان، إذا قرر بعد إعلانه بالقائمة أن الأموال التي تعرض للبيع، أو بعضها ليست مملوكة له، أو أنها محملة بحقوق غير ظاهرة للغير".

وفي ذلك تقول محكمة الإستئناف المختلطة^(٢) أن قائمة شروط البيع تعتبر بمثابة إنفاق بين الدائن المنفذ، ودائني المحجوز عليه، والمدين المحجوز عليه، والراسي عليه المزاد.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الإتجاه. حيث قضت بشأن أحد الطعون الذي طرح أمامها^(٣) لها "النص في المادة ٩٩ من القانون المدني على أنه " لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد ... " مفاده أن العقد في المزادات ينعقد كأصل عام بإيجاب من المزاد هو العطاء الذي يتقدم به، وقبول من الجهة صاحبة المزاد، يتم برسو المزاد. إلا أنه إذا تضمنت شروط المزاد أحكاماً خاصة في هذا الشأن فإن هذه الأحكام هي التي يجب الرجوع إليها بإعتبارها قانون المتعاقدين".

وجاء في حكم أكثر حداثة^(٤) "مفاد نص المادة ٩٩ من القانون المدني أن التقدم بالعطاء في المزادات ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء. فلا بد لإنعقاد العقد من أن يصادفه قبولاً بإرساء المزاد

(١) المرجع السابق، ص ٣٤١، هامش رقم ١.

(٢) ١٩٣٥/١/٢٩، مجلة التشريع والقضاء س ٤٧، ص ٢٩ مشار إليه في كتاب د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام

والعقود الرسمية، في قانون المرافعات الجديد، الطبعة الثالثة، ١٩٥٥، مكتبة دار النهضة، ص ٤١٤ هامش ٢.

(٣) الدائرة المدنية ١٩٨٦/٣/١٦، سابق الإشارة إليه.

(٤) الدائرة المدنية ١٩٩١/٥/٢٢، سابق الإشارة إليه.

عليه ممن يملكون، بما مؤداه أن العقد في البيع بالمزاد ينعقد كأصل عام بإيجاب من المزايد هو العطاء الذي يتقدم به، وقبول من الجهة صاحبة المزاد برسو المزاد".

وبذلك تكون قد أكدت موقفها السابق من مسألة تكييف بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) بطريق المزاد العلني. فقد جاء^(١) في حكم قديم لها " لما كان إيقاع البيع للراسي عليه المزاد ما هو إلا بيع ينعقد في مجلس القضاء وتحت إشرافه فهو إذن لا يختلف عن البيع الإختياري، إلا أنه لا يتم بإيجاب البائع، أو قبوله وإنما ينطق القاضي بإيقاع البيع جبراً عنه، ومن ثم كانت آثاره، وآثار تسجيل حكم مرسي المزاد لا تختلف في جملتها عن آثار البيع الإختياري وتسجيله، فيما عدا الإستثناءات التي نص عليها المشرع، والتي تقتضيها طبيعة البيع الجبري بالمزاد، وما رسم له من أوضاع خاصة. فالملكية لا تنتقل عملاً بالمادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بتسجيل حكم مرسي المزاد سواء فيما بين المشتري والبائع، أم بالنسبة للغير".^{(٢)(٣)}

وينتهي أنصار هذا الإتجاه إلى أن بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) تحت إشراف القضاء - والذي يعد إحدى صور البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني - يعتبر عقداً، وبالتالي فإنه يجب خضوعه - من حيث المبدأ - للأحكام العامة لنظرية العقد، وكذا القواعد الخاصة بالبيع الذي يتم بطريق المزاد، مالم ينص المشرع الإجرائي - صراحة - على إستبعاد، أو إضافة حكم معين.

(١) ١٩٥٩/١/٢٢، سابق الإشارة إليه.

(٢) في هذا المعنى، محكمة بني سويف الابتدائية الأهلية، ١٩٨٢/٤/١١ سابق الإشارة إليه، نقض مدني، ١٩٥٣/١١/٥، م. ن. م، ص ٥، ص ١٢٠، رقم ١٥.

(٣) وفي هذا المعنى أيضاً، راجع حكم محكمة النقض الفرنسية.

Cass. Cvb. 1, 4, 1916, D. 166, 1, 256

حيث جاء فيه " أن قائمة شروط البيع تعتبر إتفاقاً ملزماً بين الداننين الحاجزين والمدين المحجوز عليه والراسي عليه المزاد".

المبحث الثاني

تقييم النظرية العقدية

عرض وتقسيم :

لم تلق النظرية العقدية قبولاً من الفقه الإجرائي بصفة عامة. فقد رأَت غالبيتهم أن البيع، الذي يتم تحت إشراف القضاء، وخاصة بيع اموال المدين المحجوز عليه، ومن في حكمه، لا يتواءم - من الناحية الفنية - مع فكرة العقد سواء من ناحية التكوين، أو الآثار.

وفي حقيقة الأمر أن العقوبات التي تصور هذا الإتجاه وجودها، ليس لها أساس من الصحة.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: الإشكاليات الناتجة من تكوين العقد ومدى صحتها.

المطلب الثاني: إشكاليات آثار العقد ومدى صحتها.

المطلب الأول

الإشكاليات الناتجة من تكوين العقد ومدى صحتها

يذهب جانب من الفقه الإجمالي^(١) إلى أن عقد البيع بمعناه الفني يقتضي توافق إرادتين على نقل ملكية شيء محدد في مقابل ثمن نقدي. وهذا يعد منتقياً بالنسبة لبيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) تحت إشراف القضاء. لأن إرادة الراسي عليه المزاد في التقدم بالعتاء، لا يقابلها إرادة مالك الشيء المبيع. فالبيع لا يتم بإرادة المدين المحجوز عليه، ولكن جبراً عنه، مما يحول دون القول بوجود - من الناحية الفنية - توافق بين الإرادتين.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ أحمد ماهر زغلول " والواقع أن البيوع القضائية تستعصي بذاتها على الطبيعة العقدية. فعقد البيع ينهض على مفترض أساسي وهو تقابل، وتوافق إرادتين، أو أكثر على نقل ملكية المال المبيع في مقابل الثمن. ويغيب هذا المفترض في مادة البيوع الجبرية. فإرادة الراسي عليه المزاد الذي ينسب إليه مركز المشتري، لا تقابل إرادة حقيقية لبائع. فلا يمكن نسبة هذه الإرادة لا إلى المدين المحجوز عليه بحكم أن البيع يتم جبراً عنه ودون إرادته، ولا إلى الدائنين الذين يباشرون الإجراءات، لأنه لا دخل لإرادتهم في تكوين هذا العمل..".

ولا يمكن اللجوء - في هذا الخصوص - إلى فكرة النيابة في التعاقد^(٢). لأن النائب يعمل لمصلحة الأصل، بينما يعمل الدائن الحاجز لمصلحته الشخصية، إضراراً بالمدين^(٣)، إضافة إلى أن إرادة الدائن الحاجز لا شأن لها في قبول البيع، وإتمامه، وإنما يطلب - فقط - إجراء البيع ويحرك بهذا السلطة

(١) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، مذكرات في إجراءات التنفيذ، سنة ١٩٩٣، ص ٤٨، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٨، ص ٢٥٢، ٢٥٣، د. أحمد ماهر زغلول، دعوى الضمان الفرعية، دراسة لأساسيات الخصومة المدنية، سنة ١٩٩٤، ص ١١٩، ١٢٠، د. فيصل زكي، المرجع السابق، ص ٢٥.

وفي هذا المعنى، د. محمد لبيب شنب، الضمان في البيع الجبري، دراسة تحليلية للفقه والقضاء، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١٠، العدد الثالث، يوليو، أغسطس، سبتمبر، سنة ١٩٦٦، ص ١٧، ١٨.

(٢) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٤٨، د. أحمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٩، ١٢٠، ١١٧، ١١٨.

(٣) راجع في هذا المعنى د. أحمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٩، ١٢٠.

حيث يقول "القول بأن القاضي إنما يوقع البيع نيابة عن المدين فضلاً عما يتضمنه هذا القول من المساس بمبدأ حياد القاضي، فإنه يفتقد أساس قانوني. فالقاضي يقوم بهذا العمل تحقيقاً لوظيفته، وإعمالاً لسلطته العامة، وهو في هذا المقام إنما يرمي إلى تحقيق وظيفته في تطبيق القانون جبراً عن المدين، وليس سعياً لتحقيق مصلحته".

القضائية، التي تقوم بإيقاع البيع عن المدين. وحينما يقوم الموظف القضائي بالبيع، فإنه يفعل ذلك بمقتضى ماله من سلطة عامة، وأنه لا يعمل لصالح المدين، بل لتحقيق القانون إضراراً بهذا الأخير.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ محمد لبيب شنب^(١) " أن النظرية التعاقدية للبيع الجبري لا تقوم على أساس سليم. فمن الواضح أن المدين المحجوز عليه لم يصدر عنه أي رضاء بالبيع لا بنفسه، ولا بواسطة من ينوب عنه نيابة إنفاقية، أو قانونية. فالبيع الجبري لم يتم بواسطة المدين، وإنما ضده. وجوهر العقد الحرية والإختيار في الرضاء به. ولا يمكن القول بأن المدين المحجوز عليه كان حراً مختاراً. ومتى إنتفت إرادة البيع لديه فلا يمكن القول بوجود عقد. ومهما كانت القيود التي ترد على حرية التعاقد، أو شروط العقد. ومهما زادت الحالات التي يجوز فيها نقض العقد، أو تعديله بغير إتفاق المتعاقدين، فسيظل جوهر العقد هو حرية التعاقد. ومتى إنتفت هذه الحرية لم تكن بصدد عقد. فالبيع الجبري إذن ليس عقداً".

ويستطرد أحد أنصار^(٢) هذا الاتجاه قائلاً بأنه " لا يحل المشكلة القول بأن الدولة تنزع سلطة التصرف عن المدين ثم تباشرها. إذ أن هذه السلطة ليست مستقلة عن ملكية المال المبيع بل هي أحد عناصر الملكية. ومن الأصح أن يقال مباشرة أنها بالبيع تنزع ملكية المدين وتنتقلها إلى المشتري. ومن ناحية أخرى يتعارض هذا التصور مع ما هو مسلم من أن تصرف المدين في المال المحجوز عليه حتى وقت البيع يكون صحيحاً. أما تكيف البيع القضائي على أنه يدخل في طائفة عقود القانون العام فيؤخذ عليه أن ما يميز عقود القانون العام هو أن الإدارة تقوم بإبرامها من أجل تيسير مرفق عام، بينما إرادة الموظف القضائي في البيع القضائي ليست إرادة حرة عقديّة ترمي إلى تحقيق مصلحة ذاتية للمرفق، كما هو الحال في العقود الإدارية، وإنما يقوم الموظف بتطبيق القانون بإيقاع البيع على صاحب أكبر عطاء. وهو بهذا يباشر سلطة عامة تحقيقاً لمصلحة موضوعية فوق مصلحة الأطراف وهي الحماية التنفيذية. وأخيراً فإن هذا التكيف يجعل الدولة هي الطرف البائع، بينما لا تترتب في ذمتها حقوق البائع والتزاماته".

(١) البحث السابق، ص ١٧، ١٨.

(٢) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٤٨، ٤٩.

وينتهي أنصار هذا الإتجاه إلى أن البيع القضائي لا يستند إلى إرادة المتعاقدين ولكن إلى قرار يصدره الجهاز القضائي، إنطلاقاً من سلطته العامة، مضمونه نزع ملكية المال من المدين المحجوز عليه ومن في حكمه، ونقلها إلى الراسي عليه المزاد في مقابل دفعه للثمن.

ونحن نتفق - من حيث المبدأ - مع أنصار هذا الإتجاه على الآتي :-

أولاً: أن العقد بمعناه الفني يقتضي - وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة - توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني محدد.

ثانياً: أنه لا يمكن إعتبار البيع الذي يتم تحت إشراف القضاء، أحد عقود القانون العام لأن هذه الأخيرة لها عناصر خاصة من بينها أن يتم تشييد العلاقات التعاقدية بهدف تسيير مرفق عام^(١)، وهذا يعد منتفياً بالنسبة لبيع أموال المدين بطريق المزاد العلني.

ثالثاً: أن الملكية لها مقومات محددة من بينها سلطة التصرف. وبالتالي فإن فصل هذه الأخيرة عن ملكية المال يفقد الملكية جوهرها الحقيقي، كما عناه المشرع، وعرفه الفقه، والقضاء منذ قديم الزمان.

ولكن نختلف معهم^(٢) من ناحيتين هما :-

الناحية الأولى: إنكار الصفة العقدية عن بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) بطريق المزاد العلني، إستناداً إلى أن إعتراض هذا الأخير على وقوع البيع لا يحول دون إتمامه. وفي حقيقة الأمر أن الإرادة تلعب دوراً فعالاً في تشييد هذا البيع : فمن جهة يمكن إستخلاص رضاء المدين بالبيع، من خلال الطلبات التي يقدمها، وكذا الملاحظات، التي قد يبديها على قائمة شروط البيع، والتي قد يكون من بينها :-

• طلب وقف إجراءات التنفيذ على عقار، أو أكثر من العقارات المعينة في التنبيه^(٣). وهذا بلا شك حق قرره له المشرع الإجرائي بمقتضى نص المادة (٤٢٤ مرفعات. م) وبالتالي يتعين

(١) راجع بخصوص ذلك وعلى سبيل المثال :-

د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة"، سنة ١٩٧٩، دار الفكر العربي، ص٦٦٨، ٦٦٩.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص٢٨.

(٣) أو الكف عن بيع بعض المنقولات، راجع نص المادة (٣٩٠ مرفعات. م)، والذي جاء فيه "يكف المحضر عن المضي في البيع إذا نتج منه مبلغ كاف لوفاء الديون المحجوزة من أجلها هي والمصاريف، وما يوقع بعد ذلك من الحجز تحت يد المحضر أو غيره ممن يكون تحت يده الثمن لا يتناول إلا ما زاد على وفاء ما ذكر". وكذا نص

على القاضي قبول هذا الطلب، متى أثبت المدين أن قيمة العقار الذي يتم عرضه في جلسة المزاد، أو أن صافي ما تغله أمواله في سنة واحدة يكفي للوفاء بحقوق الدائن الحاجز، والدائنين الذين صاروا طرفاً في إجراءات الحجز والتنفيذ. وهذا يفيد - وبما لا يدع مجالاً للشك - بإنصراف قصد المدين نحو بيع العقار، أو العقارات الأخرى المحجوز عليها.

• توضيح حقوق الأغيار المقررة على المال الذي تم الحجز عليه. وهذا يفيد بإبداء رغبته في البيع دون أن يكون مسئولاً عن الأضرار، التي تلحق بالراسي عليه المزاد، من جراء واقعة إستحقاق الغير للمال.

ومن جهة أخرى أن إتخاذ الدائن إجراءات الحجز، والتنفيذ على أموال المدين، لا يحول - من الناحية الفنية والقانونية - دون تصرف هذا الأخير في المال إلى أحد الأغيار. صحيح أن هذا التصرف لا ينفذ في حق الدائنين الحاجزين متى كان قد ورد على عقار وتم شهر هذا التصرف بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، ولكن تلك مسألة أخرى، حيث إن هذا الحكم خاص بالعقارات فقط، أما بالنسبة للمنقولات فالمدين المحجوز عليه يمكنه التصرف فيها، وأن هذا التصرف ينفذ في حق الدائنين، حتى ولو كان قد تم بعد توقيع الحجز على المنقول، متى كان المتصرف إليه حسن النية⁽¹⁾. ومعنى ذلك أن عدم قيام المدين بهذا التصرف يستخلص منه رضائه - ضمناً - ببيع المال عن طريق المزاد.

فإذا كان قد عبر عن إرادته - صراحة - بعدم وقوع البيع من خلال إبداء ملاحظاته على قائمة شروط البيع⁽²⁾. فقد خول المشرع للدائن الحاجز طلب تحديد جلسة المزاد⁽³⁾ وبذلك يكون قد أضفى عليه صفة النائب منذ تاريخ إعلان المدين صراحة عن رغبته في عدم وقوع البيع.

المادة (١/٢٥٦ مرافعات كويتي) والذي ورد به "إذا نتج عن بيع بعض الأشياء المحجوزة مبلغ كاف لوفاء الديون المحجوز من أجلها، فلا يجوز بيع باقي المحجوزات ويرفع عنها الحجز".

(١) وفي هذه الحالة ينفذ التصرف في حق الدائنين الحاجزين والمتدخلين في إجراءات الحجز وذلك إحتراماً لحسن نية المتصرف إليه، وبالتالي إذا تم عرض المنقول في جلسة المزاد ورسى هذا الأخير على أحد الأغيار، فالبيع يكون قد ورد على مال ليس مملوكاً للمدين.

(٢) لقد أثبت الواقع العملي أن المدين لا يبدي إعتراضه على طرح أمواله للمزايدة إذا كانت لا توجد لديه نقوداً تغطي حق الدائن الحاجز والدائنين الذين أصبحوا طرفاً في إجراءات الحجز والتنفيذ، إنطلاقاً من أنه يعلم تماماً أن إبداء الرغبة على هذا النحو يكون مجرداً من الأثر القانوني، ومن ثم فإنه يكون في مركز الشخص الذي يقوم ببيع سيارة مملوكة له من أجل التخلص من الرسوم الجمركية، رغم أنه يرغب - من حيث المبدأ .. في الإحتفاظ بها.

(٣) صحيح أن المدين تلحق به في هذه الحالة أضراراً: معنوية متمثلة في سمعته وكونه محجوزاً عليه ويتم بيع أمواله في جلسة مزاد علنية. وأخرى مادية تتمثل في عدم تناسب - في أغلب الأحوال - مقدار العطاء الذي يرسو له المزاد مع القيمة السوقية للأموال المحجوز عليها، لكن تلك مسألة أخرى. لأن عدم تحويل الدائن هذه المكنة

أما بخصوص ما يذهب إليه أنصار الاتجاه محور النقاش إلى أن الدائن الحاجز يعمل لمصلحته الشخصية، ويضر - في نفس الوقت - بالمدين، وهذا يتنافى مع جوهر النيابة في التعاقد، الذي يقتضي مساهمة النائب في التصرف بإسم، ولحساب الأصيل، فلا يمكن التسليم به للإعتبارات الآتية:-

الإعتبار الأول: أن هذا القول يُعبر عن الأصل العام في التعاقد بطريق النيابة. وقد إستقر الفقه الموضوعي على أن هذا الأصل يرد عليه إستثناء - مقرر بنص القانون^(٢) - مقتضاه تعامل النائب - بصفته هذه - لمصلحته الشخصية^(٣)،^(٤)، وهذا ما قرره المشرع الإجرائي بمقتضى نص المادتين (٣٩٢، ٤٢٦ مرافعات. م).

الإعتبار الثاني: أن طلب الدائن الحاجز بيع أموال مدينه بطريق المزاد العلني، يتم باسم ولحساب هذا الأخير. لأن التعامل يكون في إطار ذمته المالية، التي تحتوي على شقين : أحدهما إيجابي، وثانيهما سلبي، وإذا كان تمام البيع يؤدي إلى نقص حقوق المدين إلا أنه يقلص - في نفس الوقت - ديونه إضافة إلى أن البيع يحاط بضمانات تكفل توفير حماية للمدين.

الإعتبار الثالث: أن إستقامة وجهة نظر هذا الإتجاه تقتضي إنكار الصفة العقدية عن بعض البيوع^(٥) منها :-

- وجود ظروف معينة لحقت بأحد الأشخاص مما اضطرتهم إلى التصرف في أمواله. كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الذين يقطنون خارج حدود الدولة ويتصرفون في سياراتهم من أجل

يترتب عليه إصابته بأضرار قد تكون من نفس النوع، إضافة إلى أن المدين يمكنه تحاشي هذه الأضرار عن طريق ترتيب أموره بشأن الوفاء بالديون التي تشغل ذمته بمجرد حلول ميعاد إستحقاقها.

(١) راجع نص المادتين ٣٩٢، ٤٢٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٢) راجع نص المادة ٢٣٦ م. م.

(٣) راجع في ذلك وعلى سبيل المثال :-

د. أنور سلطان، أحكام الإلتزام، سنة ١٩٨٣، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص. ٧٤٩، ص. ٩٩، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، نظرية الإلتزام، ص. ٩٤٥.

(٤) عكس ذلك د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، ج ٢، سنة ١٩٧٢، ص. ٦٠٩.

حيث يقول " يبدو من ذلك أنه من الخطأ إعتبار الدائن في الدعوى غير المباشرة، نائباً عن المدين كما تفعل المادة ٢٣٦ م. م. وقد إنتهى سيادته إلى أن مركز الدائن في الدعوى غير المباشرة يدخل تحت فكرة الحلول الإجرائي. وقد أشار إلى ذلك د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص. ٤٦٤ هامش رقم ٣٧.

(٥) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد، مرجع سابق، ص. ٣١.

تحاشي دفع الرسوم الجمركية^(١)، أو الشخص الذي يكون في ضائقة مالية تقتضي تصرفه في بعض منقولاته أو عقاراته ففي مثل ذلك يصعب القول بأن هذه التصرفات تدخل - وفقاً لمنطق هذا الإتجاه - في منطقة العلاقات التعاقدية^(٢). إضافة إلى ان ذلك يتنافى مع إرادة المشرع المدني التي إنصرفت إلى إضفاء صفة العقد على هذه البيوع.

• تدخل المشرع وفرض تسعيرة معينة لبعض السلع الضرورية. ففي هذه الحالة يتعين على التاجر أن يقوم بالبيع في حدود الثمن المحدد، رغم أنه قد لا يرغب في البيع - من حيث المبدأ - في حدود هذا السعر.

ففي هاتين الحالتين القول بأن البيع لا يعتبر عقداً يثير التساؤل حول الأحكام الواجبة التطبيق عليه خاصة فيما يتعلق بالإستحقاق، والعيوب الخفية والعجز أو النقص في قيمة المبيع وتبعية الهلاك، والتعرض الشخصي الصادر من البائع، أو أحد أتباعه.^(٣)

كما أنه لا يمكن التسليم بما يذهب إليه أنصار هذا الإتجاه إلى إنتفاء إرادة الدائن الحاجز بشأن قبول البيع وإتمامه، على أساس ان دوره يقتصر - فقط - على طلب إجراء البيع، والذي بمقتضاه يتم تحريك سلطة الموظف القضائي، للإعتبارين الآتيين :-

الإعتبار الأول: أن هذا القول يتعارض مع صريح نص المادة (٤٣٥ مرافعات. م) والذي جاء فيه " يتولى قاضي التنفيذ في اليوم المعين للبيع إجراء المزايدة بناء على طلب من يباشر التنفيذ ... أو أي دائن أصبح طرفاً في الإجراءات وفقاً للمادة (٤١٧ مرافعات. م)". فقد استخدم المشرع عبارة " طلب البيع". وهذا الطلب يكون - بطبيعة الحال - لاحقاً على إجراءات الحجز. ومعنى ذلك ان دور الدائن لا يقتصر على مباشرة هذه الإجراءات فقط. بل يكون له دور فعال، وإيجابي في تحديد جلسة المزايدة، وطرح الصفقة للمزايدة، وبذلك يكون المشرع الإجرائي قد إترف بالدور الفعال الذي تلعبه إرادة الدائن في هذا الخصوص.

(١) وهذا فرض كثير الوقوع في الحياة العملية.

(٢) وهذا لم يقل به أحد من الفقه والقضاء.

(٣) وهل يظل خاضعاً لأحكام عقد البيع أم ان الأمر يحتاج - تمثيلاً مع منطق أنصار الإتجاه محور النقاش - إلى تدخل تشريعي !!.

وبناء عليه إذا تم البيع من الموظف القضائي دون أن يطلب منه أحد الأشخاص الذين تم ذكرهم في النص السابق بيانه، فإن هذا البيع يقع باطلاً. وهذا ما أكدته المشرع في الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر بقوله " وإذا جرت المزايدة بدون طلب أحد من هؤلاء كان البيع باطلاً".

وتكمن العلة من ذلك في ان المدين المحجوز عليه قد يبادر بالوفاء بحق الدائن الحاجز^(١)، أو يتنازل هذا الأخير عن حقه، أو يتم التصالح بينهما بعد الإعلان عن جلسة البيع، وقبل البدء في المزايدة. فإذا توافرت إحدى هذه الحالات فالغاية من البيع تنتفي.

صحيح أن قصد المشرع الإجرائي لم ينصرف نحو الإقرار بإرادة الدائن في تشييد العقد، ولكن التعامل مع المادة الخام التي إستخدمت في صياغة النصوص القانونية - التي قررها في هذا الخصوص - والتي تتضمن أحكاماً موضوعية، تفيد بذلك^(٢).

الإعتبار الثاني : أن المشرع المدني إعترف - صراحة - بمقتضى نص المادتين (٩٩ م. م، ٧٨ م. ك) بالصفة العقدية للبيوع^(٣) التي تتم بطريق المزايدة العلني. وعلى ذلك فإن إستقامة وجهة نظر أنصار الإتجاه محور النقاش تقتضي تخصيص هذين النصين دون مخصص^(٤).

صحيح أن النصوص التي وضعها المشرع الإجرائي - المصري والكويتي - والتي تتضمن أحكاماً - موضوعية - خاصة^(٥)، وضعت في وقت لاحق لنص المادتين السابق ذكرهما. ورغم ذلك لا يمكن القول بفكرة التخصيص. لأن هذه الأحكام تتواءم مع تلك التي وردت في القانون المدني^(٦).

الناحية الثانية: لقد إنتهى أنصار هذا الإتجاه إلى أن بيع أموال المدين المحجوز عليه بطريق المزايدة العلني، يُعد بمثابة نزع ملكية هذا الأخير ونقلها إلى الراسي عليه المزايدة في مقابل دفعه للثمن الذي يتمثل في العطاء، الذي يرسو به المزايدة. وفي حقيقة الأمر أن نزع الملكية وإن كان ينصب على مال خاص، إلا ان له مفهوم قانوني محدد لا يجوز الخروج عنه. فمن أهم مقوماته أن يتم نزع الملكية

(١) كما قد يتم ذلك من جانب احد الأغيار وهذا أمر جائز من الناحية القانونية والفنية.

(٢) راجع وعلى سبيل المثال، نص المواد ٣٩٢، ٤٢٦، ٤٣٥ مرافعات . م.

(٣) القضائية والإدارية.

(٤) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبدالواحد، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٥) ونقصد بذلك الأحكام التي تنظم مرحلة تكوين البيع والتي من بينها إقتران الإيجاب بشروط معينة.

(٦) والتي تنظم مرحلة تكوين العقد بصفة عامة.

بهدف تحقيق مصلحة عامة مباشرة. وهذا يعد منتقياً في الفرض محور المعالجة. لأن الملكية تنتقل إلى الراسي عليه المزداد بإعتباره فرداً عادياً.

صحيح أن المشرع خول للدائن سلطة الحجز على أموال مدينه^(١)، وطلب بيعها بالمزاد العلني، ولكن ذلك بهدف تحقيق مصلحة عامة غير مباشرة.

ومن الواضع تماماً أن أنصار الإتجاه محور المناقشة قد غضوا النظر عن القيود التي وردت على مبدأ حرية التعاقد، ومن هنا جاءت وجهة نظرهم على النحو المتقدم ذكره. فلم تعد فكرة العقد بمعناها الفني قائمة في الوقت الحالي. حيث إن المشرع - في معظم الدول - تدخل وأورد قيوداً على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يُعد العمود الفقري للعلاقة التعاقدية بصفة عامة. فقد قرر المشرع الكويتي :-

• إمكانية قيام الرابطة العقدية وفقاً لمعطيات التعبير التي لا تتواءم مع حقيقة قصد صاحبه (م ٢/٣٨ م. ك).

• بقاء العقد قائماً وصحيحاً ومنتجاً لثماره رغم أن إرادة أحد طرفيه قد تكون معيبة، طالما لم تتوافر شروط معينة^(٢)،^(٣) وبذلك يكون قد ألبس الرابطة العقدية ثوباً لم تعرفه النظم اللاتينية، التي ينتمي إليها من حيث المبدأ. وقد هدف من ذلك إلى إستقرار المعاملات في المجتمع.

ولاشك أن إستقامة وجهة نظر أعداء النظرية العقدية، تقتضي التغاضي عن القيود التشريعية التي وردت على مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة^(٤). وهذا لا يمكن التسليم به، فالإرادة التشريعية تكون واجبة الإحترام والتقدير.

(١) د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) راجع نصوص المواد ١٢٠، ١٢٦، ١٢٨، ١/١٢٩ م. م، ١٤٧، ١/١٥٣، ٢/١٥٧ م. ك.

(٣) راجع في توضيح ذلك للمؤلف، ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية في القانون المدني الكويتي، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية، س ١٩، أعداد يناير، فبراير، مارس، سنة ١٩٩٦. فقد تناول المؤلف في هذا البحث، حدود المظهر المادي للعلاقة التعاقدية وفقاً لما قرره المشرع الكويتي الذي ينتمي- من حيث المبدأ - إلى العائلة القانونية اللاتينية، والتي تعتبر القصد هو لب وأساس العقد بصورة مطلقة، ص ١١٩ وما بعدها، والقيمة العملية لهذا المظهر في ضوء ما تقتضي به القواعد العامة في القانون المدني : المصري والكويتي، ص ١٨١ وما بعدها.

(٤) والتي من بينها في الوقت الحالي إلزام رب العمل الذي آلت إليه ملكية المنشأة وفقاً لفكرة الخصخصة، بالتعاقد مع المستخدمين.

المطلب الثاني

إشكاليات آثار العقد ومدى صحتها

رأى معظم الفقه الإجمالي أن هناك اختلاف بين البيع القضائي، والذي يتم بطريق الممارسة، من ناحية الآثار القانونية المترتبة على كل منهما. وتبدو مظاهر ذلك في الآتي :-

أولاً: أن البيع القضائي يُعد أحد إجراءات خصومة التنفيذ، وأنه يترتب آثار إجرائية بالنسبة للحجز، والتوزيع، لا يتصور أن يترتبها البيع الذي يتم بطريق الممارسة.^(١)

وفي حقيقة الأمر أن خصوصية بعض آثار البيع القضائي لا تحول دون إعتباره عقداً بالمفهوم القانوني. فالعقد بصفة عامة يمر بثلاث مراحل هي: التكوين، وإنتاج الثمار، والإنقضاء. وإذا كان المشرع الإجمالي قد خرج - بشأن تلك الآثار - عن حكم القواعد العامة، والأحكام الخاصة بالبيع الذي يتم عن طريق الممارسة، فقد هدف من ذلك إلى المحافظة على حقوق الدائنين، وتحقيق مبدأ المساواة بينهم، وتوفير - في نفس الوقت - حماية فعالة للمدين. ولكن هذا الخروج لا يؤثر على جوهر البيع القضائي وكونه يُعد عقداً بالمفهوم القانوني، وعلى ذلك فإنه يتعين عدم الإرتكاز على الجانب الإجمالي الخاص بالحجز على الثمن، وتوزيعه على الدائنين عند تكييف البيع القضائي.

ثانياً: لا تتم إجراءات البيع القضائي، ولا يترتب أثره بالنسبة لنقل ملكية العقار إلا بعد دفع الثمن.^(٢)

ونحن نرى أن تعليق البيع على إيداع الراسي عليه المزداد الثمن في خزانة المحكمة لا يؤثر على طبيعته القانونية السابق الإشارة إليها. فقد قرر المشرع هذا الشرط بهدف تحقيق الغاية من البيع^(٣)، والتي تنحصر في إستيفاء الدائنين لحقوقهم. ومعنى ذلك أن الإيجاب - الذي يتمثل في طرح الصفقة للمزايدة - يكون معلقاً على شرط واقف ومقرر^(٤) بنص القانون مقتضاه عدم تكوين العقد، إلا بعد إيداع الثمن في خزانة المحكمة. فإذا لم يتحقق هذا الشرط فالعقد لا ينعقد، ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء أنه ليس هناك ما يحول من الناحية الفنية، والقانونية، دون تعليق الإيجاب على شرط صريح أو ضمنى.

(١) د. وجدي راغب، د. احمد ماهر زغول، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٢) د. وجدي راغب، د. احمد ماهر زغول، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٣) إضافة إلى أن هذا الشرط مقصور على بيع العقارات فقط أما بالنسبة للمنقولات فالأثر يترتب بمجرد إرساء المزداد ودفع الثمن (وعلى ذلك أنصار هذا الإتجاه، راجع وعلى سبيل المثال :- د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٣١) وعلى ذلك فإنه ليس هناك ما يحول - من الناحية الفنية والقانونية - دون إقتران الإيجاب بشرط دفع الثمن كاملاً، ومتى تحقق ذلك فنحن نكون بصدد وصف يلحق بالإلتزام.

(٤) هذا الشرط لا يُعد وصفاً يلحق بالإلتزام، لأنه ليس عاملاً.

ثالثاً: إذا كانت القاعدة أن عقد البيع يؤدي إلى نقل الملكية بالحالة التي يكون عليها عند التعاقد، فإن هذه القاعدة تحمل إستثناءات عديدة في البيع القضائي. (١)

وفي حقيقة الأمر أن تقرير هذه الإستثناءات لا يؤثر على جوهر البيع وكونه عقداً. فنظراً لأن هذا البيع له طبيعة خاصة ويهدف إلى تحقيق غاية محددة، فقد خرج المشرع الإجرائي بشأنه (٢) عن القاعدة المتقدم ذكرها لإعتبارات معينة. ومعنى ذلك أن هذه الإستثناءات لا تستند إلى الطبيعة القانونية للبيع وكونه يُعد عقداً ولكن إلى غايته، وهذا شأن المشرع.

رابعاً: لا يرتب البيع القضائي التزاماً بضمان العيوب الخفية حيث ينص القانون المدني في المادة (٤٥٤ م. م) منه على أنه " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد". وقد هدف من ذلك إلى استقرار المعاملات. (٣)

وفي واقع الأمر أن هذا الإستثناء لا يؤثر على الطبيعة القانونية للبيع القضائي والتي لا تحول - من الناحية الفنية - دون تقرير هذا الضمان. فالحرمان من ممارسة دعوى ضمان العيب الخفي مقررأ بنص القانون. ومعنى ذلك أن إستبعاد هذا النوع من الضمان لا يستند إلى طبيعة البيع وكونه يتم تحت إشراف القضاء، ولكن إلى غايته، بدليل أن حكم نص المادة (٤٥٤) السابق ذكره، ينطبق على البيوع القضائية (٤) والإدارية (٥) على حد سواء، وأن المشرع قرره لإعتبارات معينة، منها أن البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني يحاط بضمانات العلانية مما يكفل الكشف عن عيوب الشيء المبيع هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن تقرير هذا الضمان يثير إشكالات كثيرة في واقع الحياة العملية. لأنه يخول للمشتري الرجوع على البائع، وهذا الأخير (٦) لا توجد لديه - في أغلب الأحوال - أموالاً تغطي حقوق المشتري متى ثبت وجود العيب.

ومن جهة ثالثة أن البيع يتم - في أغلب الأحوال - بثمن يقل عن ثمنه الفعلي. لأنه بمجرد التقدم بعطاء أفضل وصحيح (٧) فإنه يتعين رسو المزاد على صاحبه، ولا يشترط - بالضرورة - أن يكون هذا

(١) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) كما فعل المشرع المدني، فبعد أن وضع أحكاماً خاصة بعقد البيع، رأى أن هذه الأحكام لا تتماشى مع بعض البيوع من هنا خرج عنها وضع لهذه الأخيرة أحكاماً خاصة بها منها: بيع ملك الغير (راجع المواد من ٤٦٦ إلى - ٤٦٨ م. م) بيع الحقوق المتنازع عليها (راجع المواد من ٤٦٩ إلى ٤٧٢ م. م)، بيع النائب لنفسه (راجع نص المادة ١٠٨ م. م).

(٣) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٤) ولم ينكر أحدًا من الفقه والقضاء الصفة العقدية للبيوع الإدارية.

(٥) والتي تُعد بإجماع الفقه والقضاء عقوداً بالمعنى الفني والقانوني.

(٦) المدین المحجوز عليه ومن في حكمه.

(٧) ويزيد عن الثمن الأساسي.

العطاء متناسباً مع القيمة السوقية للمال خاصة وأن الثمن الأساسي الذي يتم به عرض الصفقة للمزايدة، يقل عن الثمن الفعلي، بهدف التشجيع على الدخول في جلسة المزاد.

خامساً: لا يرتب البيع القضائي التزاماً بضمان الإستهقاق. إذ تنص المادة (٤١٦) مرافعات. م) على أنه " إذا استحق المبيع كان للمشتري الرجوع بالثمن والتعويضات إن كان لها وجه، ولا يجوز أن تتضمن قائمة شروط البيع الإعفاء من رد الثمن". فإستهقاق المال من تحت يد الراسي عليه المزاد ينشئ للمشتري بالمزاد الحق في إسترداد الثمن الذي دفعه، مع التعويض عن الضرر الذي يعاني منه، ولا يُعد أساس هذا الحق التزام بضمان الإستهقاق^(١).

ونحن نتفق - من حيث المبدأ - مع أنصار هذا الإتجاه على أن المشرع الإجرائي قد إستبعد بمقتضى هذا النص ضمان الإستهقاق من مجال بيع أموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) بالمزاد العلني، تحت إشراف الجهاز القضائي.

ولكن نختلف^(٢) معهم بشأن الإرتكاز على ذلك من أجل محاولة إخراج هذا البيع من طائفة العقود. فالطبيعة القانونية للبيع الذي يتم تحت إشراف القضاء - بصفة عامة - لا تحول - من الناحية الفنية - دون تقرير هذا الضمان. ولكن نظراً لأن إرادة المشرع إنصرفت إلى عدم خضوعه لفكرة الضمان فإنه يجب إحترام تلك الإرادة. ومعنى ذلك أن الحرمان يكون مقررأ من الناحية القانونية، وليست الفنية، وعلى ذلك فإن أحكام الضمان التي وردت في المادة ٤١٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، تعتبر أحكاماً خاصة جديدة، تقيد الأحكام الخاصة بضمان الإستهقاق التي وردت في القانون المدني، والدليل على إنها أحكام جديدة، أنها تقررت في قانون المرافعات المدنية والذي تم وصفه وتنفيذه في مرحلة لاحقة للقانون المدني. ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن الحكم الخاص الجديد يقيد الحكم الخاص القديم.

والهدف منه توفير حماية فعالة للراسي عليه المزاد. وتأكيد الواجب العام المفروض على الدائن والذي يدور حول وجوب بذل عناية الرجل العادي من أجل التأكد من : عدم وجود حقوق للأغيار على المال وأن هذا الأخير مملوكاً للمدين.

(١) د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٣٩.

الفصل الثاني

المفهوم المادي في تحديد الطرف البائع

عرض وتقسيم :-

لقد وجد الفقه والقضاء صعوبة بالغة بشأن تحديد الطرف - بالمفهوم المادي، والموضوعي - البائع، خاصة فيما يتعلق ببيع أموال المدين بطريق المزاد العلني (ومن في حكمه) تحت إشراف الجهاز القضائي، مما حدا بجانب منهم إلى القول بأن هذا البيع لا يعدو أن يكون سوي أحد إجراءات خصومة التنفيذ، وإنكاره - من حيث المبدأ - وجود طرف بائع.

ويرجع إضطراب الفقه، والقضاء، بخصوص هذه المسألة، إلى الإعتبرات الآتية:-

الإعتبر الأول: تباين وجهات النظر بشأن التكييف القانوني للعطاء، مما حدا بجانب من الفقه الإجرائي إلى القول بأنه لا يعدو أن يكون سوي طلباً قضائياً يتدخل به صاحبه في إجراءات التنفيذ.

الإعتبر الثاني: أن إعتراض المدين المحجوز عليه على وقوع البيع لا يحول دون الإستمرار في إجراءات الحجز والتنفيذ، وطرح الصفقة للمزايدة، وإرساء المزاد على من يتقدم بعطاء أفضل، وصحيح.

الإعتبر الثالث: تجاهل الأحكام - الموضوعية - الخاصة بالبيع الذي يتم تحت إشراف القضاء، والتي تنظم مرحلة: التكوين، والآثار، والإنقضاء.

وبناءً على هذه الإعتبرات نجد أننا بصدد تحديد المفهوم المادي للطرف البائع بشكل واضح ولذا طرح سؤال هل الطرف البائع هو الدولة، أم المدين المحجوز عليه؟ وإذا كان هذا الأخير يكتسب تلك الصفة، فهل يمارس البيع بالأصالة عن نفسه، أم أنه يتم نيابة عنه؟ وإذا كان الأمر هكذا فمن هو النائب، وما هو مصدر النيابة؟

والجدير بالذكر أن الوقوف على الطرف - بالمعنى المادي أو الموضوعي - البائع تبدو أهميته بشأن تحديد المسئول عن تنفيذ الإلتزامات الناجمة عن البيع. فإذا كان المشرع - المصري والكويتي -

الإجرائي قد وضع أحكاماً خاصة توضح حقوق الراسي عليه المزاد في حالة إستحقاق الغير للشئ المبيع إلا أنه لم يتطرق لباقي الآثار المترتبة على البيع، والتي من بينها الإلتزام بالتسليم، وحكم العجز والزيادة، والتعرض الصادر من المدين المحجوز عليه ومن في حكمه أو ثمن أحد أتباعه.

ولتوضيح الإجابة عن الأسئلة المتقدم طرحها نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لنظرية كيوفندا.

المبحث الثاني: إمكانية إكتساب المدين المحجوز عليه صفة البائع.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لنظرية كيوفندا

ذهب الفقه الإيطالي كيوفندا^(١) إلى أن البيع القضائي يعتبر عقداً يتم تشييده بين السلطة القضائية باعتبارها طرفاً بائعاً بالأصلالة عن نفسها، ومن يتقدم بعطاء أفضل وصحيح. فالدولة لا تساهم في تكوين البيع بصفتها نائبة عن المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه)، ولكنها تستعمل سلطة التصرف التي منحها القانون لها، من أجل تحقيق غرض معين. ومعنى ذلك أنها لا تشارك في بناء العقد باعتبارها مالكة للأموال، التي تم الحجز عليها من قبل الدائنين. لأنها لا تستولى على هذه الأموال، وبذلك يختلف الحجز عن المصادرة التي تكتسب الدولة بمقتضاها ملكية الأموال التي تمت مصادراتها. كما أنها لا تساهم في تكوين العقد بصفتها صاحبة سلطة عامة. لأن طبيعة وظيفتها لا تخولها بيع أموال المواطنين، فالملكية الخاصة يحميها الدستور. وعلى ذلك فالدولة لا يمكنها التصرف في أموال المدين إلا في حالات محددة، ووفقاً لنصوص القانون.

وقد رأى هذا الفقيه أن النظرية القائلة بأن البيع القضائي عبارة عن عقد تحل فيه إرادة الدولة محل إرادة المدين المنزوعة ملكيته هي الأقرب إلى الصحة.

وقد بدأ من نقطة أن سلطة التصرف في الحق تكون منفصلة عن الحق المتصرف فيه. فهذه السلطة تقف خارج منطقة الحق محل التصرف. بدليل أنه يمكنه تقييدها دون أن يؤثر ذلك على وجود الحق كاملاً. وعلى ذلك إذا نزع الدولة ملكية أحد الأشخاص : للمنفعة العامة، أو للوفاء بالديون التي تشغل ذمته المالية، فإن نزع الملكية ينصب على سلطة التصرف ولا يترتب - بالضرورة - على منح هذه السلطة لشخص الدولة، حرمان صاحب الحق منها. بل يمكنه ممارستها في حدود القوانين المعمول بها.

وينبه هذا الفقيه إلى أن إكتساب الدولة سلطة التصرف لا يترتب عليه تملكها للحق^(٢). وبذلك يوجد تشابه بين هذه النظرية، والنيابة في التعاقد. ففي الحالتين يوجد ازدواج في الأشخاص: أحدهما يملك الحق، وثانيهما تكون له سلطة التصرف فيه، وفي الحالتين يترتب التصرف آثار قانونية، ولكنهما يختلفان من ناحية القيمة القانونية لهذه الآثار. فالنائب يتعامل باسم، ولحساب الأصيل، وتحل إرادته محل إرادة هذا الأخير، إما لأن الأصيل: وضع ثقته في النائب، أو تنقصه القدرة القانونية على

(١) راجع في عرض وجهة نظر هذا الفقيه، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤،

٤٦٥، ٤٦٦، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٦٠.

التصرف (كما لو كان عديم، أو ناقص الأهلية). ويختلف الأمر في حالة نزع ملكية سلطة صاحب التصرف. فصاحب الحق يظل محتفظاً بأهليته، والشخص الذي يمنح سلطة التصرف، فإنه يمارسها لمصلحة أشخاص آخرين غير صاحب الحق، بل وضد إرادته.

وبناء عليه فعندما يتم البيع القضائي فالذي يتصرف ليس: هو المدين المنزوعة. ملكيته لأنه لا يريد البيع، أو طالب التنفيذ، لأنه لا يستطيع التصرف في ملك الغير، ولا يخوله القانون سوي سلطة طلب التنفيذ من الدولة. وإنما الذي يقوم بالتصرف هذه الأخيرة إستناداً إلى سلطتها في التصرف في المال، والتي نزعها القانون، من المدين ومنحها لها لتقوم بالبيع كوسيلة للحماية القانونية.

ولكن هذه النظرية لم تلق تأييداً من الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء^(١). فقد إعترض عليها بالآتي:-

أولاً: أن الحق يتكون من مجموعة عناصر منها سلطة التصرف. ومعنى ذلك أن هذه السلطة ليست مستقلة عن الحق المتصرف فيه. فالحق بدون عناصره التي يتكون منها لا يعدو أن يكون سوي إناء فارغ^(٢). ومن ثم فالقول بأن حق الملكية المقترن بشرط عدم التصرف يُعد حقاً كاملاً ليس صحيحاً على الإطلاق لتخلف أحد عناصره الجوهرية.

ثانياً: أن التسليم - جديلاً - بإستقلال سلطة التصرف عن الحق، وأن الدولة تنزع هذه السلطة من المدين، يتعارض مع ما هو مسلم به، من أن المدين يستطيع التصرف في العقار المحجوز عليه، حتى لحظة رسو المزاد^(٣). صحيح أن هذا التصرف لا ينفذ في حق الدائنين الحاجزين والمتدخلين في إجراءات الحجز^(٤)، ولكن تلك مسألة أخرى^(٥). وبناء عليه كيف يمكن القول بأن سلطة التصرف قد سُلبت من المدين المحجوز عليه، رغم أنه يجوز له - من الناحية الفنية والقانونية - ممارستها، إضافة إلى أن التسليم بهذه النظرية، يُثير التساؤل حول تاريخ

(١) راجع وعلى سبيل المثال :-

د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ص ٢٥١، ٢٥٢، د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٤٧، د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص ٧٢٧، ٧٢٨، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩.

(٢) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٣) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

(٤) وذلك إعمالاً لنص المادتين ٤٠٥ مرافعات م، ٢٦٩ مرافعات ك.

(٥) من هذا المنطلق قرر المشرع الإجمالي المصري بمقتضى نص المادة (٤٠٥ مرافعات م) " لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو إختصاص أو إمتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة (٤١٧) ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف الرهن أو الإختصاص أو الإمتياز، قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية". مع ملاحظة أن هذا الحكم خاص للعقارات فقط. أما إذا كان الحجز قد ورد على منقول بالتصرف ينفذ - من حيث المبدأ - ولو كان المشرع يقصد غير ذلك لإستخدام عبارة " الأموال المحجوز عليها" بدلاً من عبارة " وفي العقار

نزع هذه السلطة^(١). وتلك مسألة لم يتعرض لها صاحب هذه النظرية سواء عن عمد أو إهمال.

ثالثاً: أن هذه النظرية لم تضع حلاً حاسماً للمسألة محور المعالجة. بل على العكس من ذلك فالأخذ بها يؤدي إلى تعقيد تلك المسألة. حيث إنها لم توضح الأساس القانوني لنزع هذه السلطة من المدين ومنحها إلى الدولة، كما أن صاحب هذه النظرية بالرغم من أنه إنتهى إلى تكييف البيع القضائي على أنه عقداً بالمعنى افني إلا أنه إضطر في نفس الوقت إلى التسليم بضرورة إستبعاد بعض أحكام عقد البيع وأهمها قواعد ضمان الإستحقاق^(٢) دون أن يوضح الأساس القانوني لذلك.

رابعاً: القول بأن الدولة هي التي تتصرف في المال يقتضي إعتبارها طرفاً بائعاً بالمعنى المادي وبالتالي فإنها تلتزم بكافة الإلتزامات التي تنقل البائع والتي من بينها الإلتزام بضمان الإستحقاق والتعرض وغير ذلك من الإلتزامات الأخرى وهذا لم يقل به أحداً من الفقه والقضاء.^(٣)

خامساً: أنه لا يمكن إرجاع نزع الملكية للمنفعة العامة ونزع ملكية المدين إلى طائفة واحدة. لأن نزع الملكية للمنفعة العامة يُعد من قبيل الأعمال الإدارية، في^(٤) حين أن نزع ملكية المدين يدخل في نشاط العمل القضائي.^{(٥)،(٦)}

ونظراً لأن هذه النظرية إصطدمت بعقبات فنية وقانونية فقد إنصرف الفقه - الموضوعي، والإجرائي - والقضاء عنها.

(١) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٥٢.
(٢) راجع في ذلك، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٩.
(٣) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٥٢.
(٤) د. فيصل ذكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٦٢.
(٥) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٨.
(٦) راجع في ذلك، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٨.
حيث يقول " إن هذه النظرية لا تفعل أكثر من إرجاء المشكلة دون أن تقدم حلاً لها".

المبحث الثاني

إمكانية إكتساب المدين المحجوز عليه

صفة البائع

عرض وتقسيم:

نظراً لإخفاق الإتجاه القائل بان الدولة تُعد طرفاً - بالمعنى المادي، أو الموضوعي - بائعاً، فلم يكن أمام أنصار النظرية العقدية سوي القول بوجود إكتساب المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) صفة البائع بالمفهوم المادي.

غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا فيما بينهم حول ما إذا كان يُعد هكذا بالأصالة عن نفسه، أم بصفته أصيلاً.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول: إشكالية إعتبار المدين المحجوز عليه بائعاً بالأصالة عن نفسه (فكرة القبول الضمني).

المطلب الثاني: تقييم إعتبار المدين المحجوز عليه بائعاً بصفته أصيلاً.

المطلب الأول

إشكالية اعتبار المدين المحجوز عليه طرفاً بائعاً بالأصلالة عن نفسه

" فكرة القبول الضمني "

ثار خلاف في الفقه الموضوعي بشأن مدى إمكانية اعتبار المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) طرفاً بائعاً بالأصلالة عن نفسه^(١). فذهب جانب^(٢) منهم إلى القول بأنه يُعد هكذا. لأن البيع ينعقد بإرادة الراسي عليه المزاد، والتي يعبر عنها صراحة، وإرادة المدين المحجوز عليه وهي تستفاد ضمناً، على أساس أنه يُعد طرفاً في خصومة التنفيذ، وأن كافة إجراءات الحجز يتم إتخاذها في مواجهته.

فقد تطلب المشرع إعلانه بقائمة شروط البيع من أجل تمكينه من إبداء ملاحظاته، وإعتراضاته^(٣). بحيث إذا لم يعترض، أو كان من المستحيل عليه قانوناً إبداء إعتراضه على وقوع البيع، فإن ذلك يفيد بإنصراف إرادته - ضمناً - نحو قبول البيع^(٤)،^(٥) خاصة وأنه يستفيد من هذا الأخير، إذ عن طريق الثمن الناتج منه يوفي بديونه وما بقي بعد ذلك يرد إليه.

(١) وقد أشار البعض إلى أن المدين المحجوز عليه يُعد طرفاً بائعاً دون أن يوضح عما إذا كان قد تعاقد بالأصلالة عن نفسه، أم تم تكوين العقد نيابة عنه، ومن هو النائب؟ راجع في ذلك: د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص ٢٥١، د. السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص ١٧١، ١٧٢، د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٥٨٢، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص ٤٩، د. أنور سلطان، د. جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص ٣٣٣، د. خميس خضر، البحث السابق، ص ١٨، د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٩١، نقض مدني ١٩٥٩/١/٢٢ مشار إليه سابقاً، ١٩٥٩/١/٢٢، م. ن. م، س ١٠، ص ٦٨ رقم ٩. وقارن د. رمزي سيف، المرجع السابق، ص ٤١٣.

(٢) راجع في عرض هذا الإتجاه، د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٢. وقارن د. جلال الدين محمد حسن صبرة، الرسالة السابقة، ص ٥٩.

(٣) راجع نص المادة ٤١٧ م. م. مراجعات.

(٤) وأن قرار المحكمة بإيقاع البيع يكمل رضاء المدين (د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٤١، هامش رقم ١).

(٥) وقد قيل في تبرير ذلك بأن من يُقترض بضمن أن ذمته المالية تفي بالتزاماته. وفي حالة عدم الوفاء بإختياره ينفذ جبراً على أمواله. وهذا يعتبر في حكم الرضاء الضمني بالبيع (راجع في عرض ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، المرجع السابق، ص ٤٨٧).

وزهب جانب آخر^(١) إلى نفي صفة البائع عن المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) حيث أنه لا يمكن القول بإنصراف قصده نحو قبول البيع، للإعتبارات الآتية:-

الإعتبار الأول: أن مواجهته بإجراءات الحجز، والتفويض، وتمكينه من مناقشة شروط البيع، وإبداء كافة ملاحظاته وإعتراضاته، لا يكفي للقول بأن البيع تم تشييده من خلال إرادته الضمنية. لأن إعتراضه على وقوع البيع، وإعلانه صراحة لرفضه، يكون عديم الجدوي^(٢)، حيث أنه لا يحول دون طرح المال للمزايدة، والتقدم بالعطاءات، وإرساء المزداد على من يتقدم بعطاء أفضل، وصحيح. وهذا يحول - من الناحية الفنية - دون القول بأن المدين المحجوز عليه قد عبر - ضمناً - عن إرادته بقبول البيع.

وعلى ذلك فالقول بأن المدين قبل البيع ضمناً ينطوي على مخالفة لحقيقة نفسية هي عدم إتجاه قصده - حقيقة - نحو التعاقد، والإرتباط قانوناً^(٣). ومادام الأمر كذلك فلا يمكن القول بوجود إرادة ضمنية انصرفت نحو البيع. فالإرادة الضمنية كالصريحة، إرادة حقيقية، وأن نسبة الإرادة إلى المدين المحجوز عليه - في هذا الخصوص - يُعد افتراضاً مخالفاً للواقع.^(٤)

الإعتبار الثاني: أن فكرة القبول الضمني للبيع لا تستقيم - من الناحية الفنية - مع المفهوم الفني لتكوين العقد. لأن غالبية الفقه تعتبر العطاء الذي يرسو به المزداد إيجاباً^(٥).

ومن القواعد المسلم بها بشأن تشييد العلاقات التعاقدية، صدور الإيجاب أولاً ثم يليه القبول المطابق له، وهذا يعد منتهياً. لأن المدين يعتبر - وفقاً لفكرة القبول الضمني - راضياً بالبيع بعدم إعتراضه على قائمة شروط البيع، وهذا يتحقق قبل الإعلان عن جلسة المزداد. والتقدم بالعطاء الذي يُعد إيجاباً، وذلك يحول - وبما لا يدع مجالاً للشك - دون إعتبار رضا المدين قبولاً لصدوره قبل ميلاد الإيجاب.^(٦)

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٦٦، د. سعيد عبد السلام، البحث السابق، ص ٩٤.

(٢) راجع د. جلال علي العدوي، الرسالة السابقة، ص ١٥٣، ١٥٤.

(٣) د. احمد ماهر، البحث السابق، ص ١١٨.

(٤) د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ٣١.

(٥) ومن جانبنا نرى أن القضاء يعتبر قبولاً لما تضمنته كراسة الشروط المعن عنها في الصحف. أما بخصوص الحكم برسو المزداد فذلك لا يعد وأن يكون اجراءً لتنفيذ حكم القانون بشأن ايقاع البيع.

(٦) د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٣.

الإعتبار الثالث: أن الاعتداد بفكرة القبول الضمني للبيع من جانب المدين، معناه إنعقاد العقد بمجرد فوات ميعاد الإعتراض. وبالتالي لا تكون هناك فائدة من الإعلان عن جلسة المزاد، وهذا يخالف نصوص القانون التي تقتضي من أجل البيع الإعلان عن جلسة المزاد، وطرح الصفقة للمزايدة خلالها، وتمكين الأشخاص من التقدم بالعطاءات، وإرساء المزاد على من يتقدم بعطاء أفضل وصحيح، إضافة إلى أنه يتنافى مع الواقع. فقد لا يتقدم أحد في جلسة المزاد مما يحول - من الناحية الفنية والقانونية - دون وقوع البيع. ومما يؤكد ذلك أن المشرع أوجب^(١) على القاضي - في هذه الحالة - صدور حكم بتأجيل البيع.^(٢)

الإعتبار الرابع: أن إضفاء صفة الطرف البائع على المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) يكون عديم الجدوى^(٣). لأن فكرة الطرف - بالمعنى المادي، أو الموضوعي - البائع ليست مقصودة لذاتها، ولكن أجل ترتيب آثار قانونية محددة من بينها إلزام البائع بالضمان. ونظراً لأن المدين المحجوز عليه لا توجد لديه - في أغلب الأحوال - أموالاً تغطي حقوق الراسي عليه المزاد في حالة إستحقاق الغير للشئ المبيع، فذلك يحول - من الناحية العملية - دون إكتسابه هذه الصفة.^(٤)

وفي حقيقة الأمر أن تحديد مدى مساهمة المدين المحجوز عليه بإرادته في تكوين البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني من عدمه، يتوقف - من وجهة نظرنا - على التفرقة بين فرضين هما :-

الفرض الأول: أن يعترض - خلال المدة التي حددها المشرع^(٥) - على وقوع البيع في حد ذاته. وفي هذه الحالة يكون قد عبر عن إرادته - صراحة - بعدم رغبته في تكوين عقد البيع مما يحول - من الناحية الفنية والقانونية - دون القول بأنه ساهم في تشييده. ولكن ذلك لا يشكل عقبة أمام إكتسابه

(١) د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢) راجع نص ٤٣٨ مرافعات. م والذي جاء فيه " إذا لم يتقدم مشتر في جلسة البيع يحكم القاضي بتأجيل البيع مع نقص عشر الثمن الأساسي مرة بعد مرة كلما إقتضت الحال ذلك".

(٣) د. أحمد ماهر، البحث السابق، ص ١١٨.

(٤) د. أحمد نجيب الهلالي، د. حامد زكي، المرجع السابق، ص ٣٦٣ هامش رقم (١).

راجع في هذا المعنى، د. السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص ١٧٠، د. أحمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٨، هامش رقم ٢.

وأيضاً د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٤١. نقض مدني ١٩٥٣/١/٥، س ٢٠ م. م. ر. م س ٥٥، ص ١٢٠، رقم ١٥، ١٩٥٩/١/٢٢، مشار إليه سابقاً، ١٩٦٧/٣/٧، م. ن. م، س ١٨، ج ١، ص ٥٥٧.

(٥) حدد المشرع مدة معينة يجب على المدين إبداء ملاحظاته خلالها وهي ثلاثة أيام قبل تاريخ الجلسة المحددة للنظر فيما يحتمل تقديمه من اعتراضات، راجع نص المادة ٥/٤١٨ مرافعات م.

صفة الطرف البائع بالمعنى المادي أو الموضوعي. فكما سنوضح^(١) فيما بعد أن البيع ينعقد في هذا الفرض بإرادة الدائن الذي يباشر إجراءات الحجز، أو الذي أصبح طرفاً في هذه الإجراءات بصفته نائباً - وبقوة القانون - عن المدين المحجوز عليه.

الفرض الثاني: عدم إعتراضه على البيع، وفي هذه الحالة يكون قد عبر عن إرادته بشأن المساهمة في تشييد العقد مع من يتقدم بعطاء أفضل وصحيح في جلسة المزاد. ولا يحول دون ذلك الإعتبارات التي إستند إليها الاتجاه الثاني المتقدم ذكره. لأن الإعلان عن البيع يُعد دعوة للتعاقد^(٢) ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء أن قبول الغير لهذه الدعوى لا يترتب عليه تكوين العقد.^(٣)

أما بخصوص تاريخ ميلاد الإيجاب فإنه منذ لحظة إعداد كراسة الشروط وتحديد الثمن الأساسي الذي يتم من خلاله عقد جلسة المزاد، أما بخصوص العطاء فإنه يعتبر قبولاً^(٤).

وعلى ذلك فلا نكون بصدد خروج عن المفهوم الفني لتكوين العقد، كما إدعى بذلك أنصار الإتجاه محور النقاش. لأن القبول الذي يتمثل في العطاء يكون لاحقاً للإيجاب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن رضاء المدين المحجوز عليه المستخلص من عدم إعتراضه على قائمة شروط البيع لا يعتبر قبولاً بالمفهوم الفني، كما يذهب إلى ذلك أنصار هذا الإتجاه، بل إنه يُعد إيجاباً^(٥).

وبناء عليه فإن إنقضاء المدة المحددة للإعتراض على قائمة شروط البيع لا يترتب عليه إنقضاء العقد بل يستخلص منها إتجاه إرادة المدين المحجوز عليه نحو العزم والتصميم على التعاقد مع من يتقدم بأكبر عطاء في جلسة المزاد.

(١) راجع ص ٨٩ وما بعدها من البحث.

(٢) وقد ساهم المدين بإرادته في ذلك من خلال عدم إعتراضه على قائمة شروط البيع أو النشر عنها في الصحف،

راجع نص المادة ٤٣١ مرافعات م.

(٣) بل إن إبداء الرغبة على هذا النحو يُعد - من الناحية الفنية والقانونية - إيجاباً.

(٤) يبدأ منذ لحظة طرح الصفقة في جلسة المزاد. والعطاء الذي يرسو به المزاد يُعد - من الناحية الفنية والقانونية - قبولاً. ويذهب جانب من الفقه إلى أن الإيجاب عبارة عن العطاء الأكبر والقبول هو صدور قرار برسو المزاد.

(٥) وفي هذا المعنى راجع :

Vilard, l'offre public de contrat, R.T.D. civ, 1970, 750; Aubert, Notion et roles de l'offre et d'acceptation dans la formation du contratt, th. Paris 1968, No 20 et 30.

أما بخصوص ما يذهب إليه البعض إلى إنتفاء القيمة العملية من إعتبار المدين طرفاً بائعاً بالمفهوم المادي أو الموضوعي، فلا يمكن التسليم به. لأن الفصل بين المفهوم الفني لمسألة معينة والإعتبارات العملية التي تحيط بها من الأمور الحتمية.

صحيح أن المدين المحجوز عليه قد لا توجد لديه - في معظم الأحوال - أموالاً تغطي حقوق الراسي عليه المزاد في حالة إستحقاق الغير للشيء المبيع، ولكن ذلك لا يشكل عقبة أمام إكتسابه صفة الطرف بالمعنى المتقدم ذكره. لأنه متى إنتهينا إلى أن البيع يعد عقداً، أو مركزاً قانونياً - كما يذهب إلى ذلك غالبية الفقه الإجرائي - فإنه يتعين الوقوف على الطرف البائع⁽¹⁾. هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية لا يشترط - بالضرورة - أن يكون المدين معسراً أو مفلساً. فقد توجد لديه أموالاً تجاوز حقوق دائنيه. ونظراً لأن طبيعته يماطل في الوفاء بحقوق هؤلاء الآخرين، فقد خولهم القانون الحق في مباشرة إجراءات الحجز والتنفيذ على أمواله من أجل إستيفاء حقوقهم.

وأخيراً فإن إستقامة وجهة نظر أنصار القول المتقدم ذكره تقتضي إنكار صفة الطرف البائع - في إطار البيوع التي تتم بطريق الممارسة - متى كان الشخص الذي ساهم في تشييد العقد مع المشتري لا توجد لديه أموالاً تغطي حقوق هذا الأخير في حالة إستحقاق الغير للشيء المبيع، وهذا لم يقل به أحداً، إضافة إلى أنه يصطدم بصريح النصوص.

(1) من اجل تخويل المشتري (الراسي عليه المزاد) الحق في الرجوع عليه بدعوى ضمان التعرض الشخصي الصادر منه أو من أحد أتباعه، وتقرير مسئوليته تعاقدياً عن : العجز في الشيء المبيع.

المطلب الثاني

تقييم إعتبار المدين المحجوز عليه

بائعاً بصفته أصيلاً

عرض وتقسيم :

ذهب جانب من الفقه، والقضاء، إلى القول بأن بيع اموال المدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) بطريق المزاد العلني يتم نيابة عنه. ونظراً لأن آثار التصرف الذي يساهم النائب في تكوينه مع أحد الأعيان تنصرف في نمة الأصيل وذلك إعمالاً لقواعد النيابة في التعاقد، فالمدين المحجوز عليه يُعد طرفاً بائعاً بالمفهوم المادي، أو الموضوعي.

ولكن أنصار هذا الإتجاه اختلفوا فيما بينهم حول مصدر النيابة. فذهب فريق منهم إلى أن سلطة النائب تستمد من الإرادة الضمنية للمدين، وذهب فريق آخر إلى أن مصدر النيابة هو نص القانون.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الطلب إلى فرعين :-

الفرع الأول: فكرة الوكالة الضمنية.

الفرع الثاني: فكرة النيابة القانونية.

الفرع الأول

فكرة الوكالة الضمنية

ذهب جانب من الفقه، والقضاء^(١) إلى القول بأن قبول المدين الإلتزام في مواجهة دائنيه، وأن يكون لهؤلاء الدائنين حق الضمان العام على أمواله، بما يستتبعه ذلك من الحجز عليها، وبيعها بالمزاد العلني - في حالة عدم الوفاء بالإلتزام عند حلول أجله - يعتبر قد وكل هؤلاء الدائنين - ضمناً - في بيع أمواله نيابة عنه^(٢)، ومن ثم يمكن لأحدهم مباشرة إجراءات الحجز على الأموال.

ومما يؤكد ذلك أن المدين هو الذي يستفيد من البيع. لأن من الثمن تسدد ديونه ويؤول له ما يتبقى بعد ذلك^(٣). ومعنى هذا أن الدائن يُعد وكيلاً عن المدين منذ لحظة نشوء الدين في ذمة هذا الأخير. وبالتالي إذا قام الدائن بالحجز على أموال المدين من أجل بيعها بالمزاد العلني وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فإنه يفعل ذلك بإسم ولحساب المدين بصفته وكيلاً عنه^(٤).

(١) د. عبد الحميد أبو هيف بك، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢، سنة ١٩٢٣، ص ٩٠٤، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٤١، هامش رقم ١، د. أحمد قمحة بك، د. عبدالفتاح السيد بك، التنفيذ علماً وعملاً، طبعة ٢ سنة ١٩٢٧، المطبعة الرحمانية بمصر، ص ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، د. أحمد نجيب الهلالي، د. حامد زكي، المرجع السابق، ص ٣٦٣، ٣٦٤.

وقارن د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، المرجع السابق، ص ٤٨٩، د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٧٥.

وقريب من هذا المعنى، د. محمد حامد فهمي، د. محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٢٢، بني سويف الابتدائية ١٩٢٩/٢/١١، المحاماة ص ٩، ص ٣٢٦، د. محمد حلمي عيسى، شرح البيع، سنة ١٩١٦، ص ٤٧٤، مشار إليه في بحث الدكتور/ محمد لبيب شنب، ص ١٦.

(٢) وقد أعطى البعض تصوراً واسعاً لمفهوم الوكالة، فاعتبروا الدائن الحاجز وكيلاً عن المدين والدائنين في نفس الوقت. ولكن هذا التوسع لم يلق قبولاً من الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء. فقد إعترض عليه بأنه كيف يعتبر الدائن الحاجز وكيلاً عن الدائنين الآخرين والمدين في نفس الوقت، رغم وجود تعارض في المصالح، راجع في عرض وجهة نظر هذا الإتجاه، وسهام النقد التي وجهت إليها، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

(٣) راجع في عرض ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، المرجع السابق، ص ٤٨٩.

(٤) وذهب البعض إلى أنه يُعد وكيلاً قانونياً، د. محمد حلمي عيسى، المرجع السابق، ص ١٧٤.

وقد فسر ذلك د. محمد لبيب شنب بقوله " وواضح ان هذا الرأي يعتبر الدائن نائباً قانونياً ووكيلاً إتفاقياً عن المدين في الوقت ذاته"، البحث السابق، ص ١٦، هامش رقم ٣.

وفي حقيقة الأمر أنه لا يوجد مبرر قوي يسمح بذلك، لأن الوكالة والنيابة القانونية وإن كانتا تختلفان من ناحية المصدر إلا أنهما تتواءمان من ناحية آثار العقد الذي يتم تكوينه من خلالهما.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ محمود حلمي عيسى^(١) " ولا يعترض على ذلك بأن البيع لم يكن برضائه. ففوق البيع جبراً عنه وليس بمانع من إعتباره بائعاً تم بيعه بحكم القضاء الذي يعتبر متمماً للرضاء وقائماً مقامه، وأن الدائن الذي حرك البيع هو وكيله فيه. وقد حاز صفة النيابة هذه بمقتضى أحكام القانون، الذي أباح له بيع مال مدينه، وبين الطرق، والأوضاع الواجب إتباعها عند عدم الوفاء، كما حازها بناء على رضاء ضمني من المدين، فإن المدين عندما شرع يقترض الدين من طالب البيع رضي مقدماً بجميع النتائج المترتبة على ذلك، ومنها بيع أمواله. فهي الضمان لوفاء ديونه فإذا أقدم الدائن على بيعها فإنما يبيعها بناء على هذه الوكالة الضمنية من المدين ومتى بيع مال المدين بوكيل منه فكأنه باعه بنفسه فترجع حقوق العقد وواجباته إليه، ويجب عليه الضمان، طبقاً للقواعد العامة".

وقد أخذت بعض المحاكم بهذا الإتجاه. فقد قررت محكمة البداري الجزئية^(٢) بأن المذهب الذي ساد أخيراً يقضي بأن المدين الذي نزع ملكيته هو المسئول دون سواء عن ضمان البيع إذا إستحق كله أو بعضه. لأنه هو المالك للعقار ولو أن البيع قد وقع جبراً بحكم القانون، إلا أن هناك قبولاً ضمناً، ومقدماً من المدين بالبيع. إذ أنه عند قيام الدين في ذمته تعهد ضمناً أن أمواله تكون كافية للوفاء بالدين وعرضة للتنفيذ عليها إذا ما قصر في الوفاء، لذلك يُعد نازع الملكية وكليلاً عن المدين في البيع".

وفي هذا المعنى ذاته قررت محكمة بني سويف الابتدائية^(٣) بأن :-

١- " المدين عند قبوله دين الدائن الذي نزع الملكية وطلب البيع قد قبل ضمناً ومقدماً كل ما يترتب على ذلك المدين، فهو قد أعطى دائن رهناً عاماً على أمواله وأجاز ضمناً بيع ذلك الرهن إذا اقتضى الحال ذلك وفاءً للدين. وبذلك يكون الدائن الذي يطلب بيع عقار مدينه وكليلاً وكالة ضمنية عن المدين، في هذا الطلب ويكون المدين هو البائع بواسطة وكيله ... ولا يعترض بأن إعتبار المدين بائعاً يستلزم رضاه بالبيع، وأن هذا البيع قد حصل جبراً، وبدون إرادته وإن كان من الصحيح أن البيع يتم رغماً عنه، وأن المحكمة ألزمته بناء على طلب الدائن، ولكنه مع ذلك بائع وأن حكم المحكمة يقوم مقام قبوله".

٢- المدين عند قبوله دين الدائن الذي نزع الملكية وطلب البيع قد قبل ضمناً ومقدماً كل ما يترتب على ذلك الدين فهو قد أعطى دائن رهناً عاماً على كل أملاكه وأجاز ضمناً بيع ذلك الرهن

(١) المرجع السابق، ص ٤٧٤.

(٢) ١٩٢٥/٥/٢١، المحاماة، رقم ٣٥٨، ص ٥٣٩.

(٣) ١٩٢٩/١/١١، المحاماة، س ٩، رقم ٣٢٦، ٥٣٦.

إذا إقتضى الحال ذلك وفاء للدين. وبذلك يكون الدائن الذي يطلب بيع عقار مدينه، وكيلاً وكالة ضمنية عن المدين في هذا الطلب ويكون البائع هو المدين بواسطة وكيله".

وذهب جانب آخر^(١) إلى أن فكرة الوكالة الضمنية للدائن، الذي يباشر الحجز، والتي ينادي بها

أنصار الإتجاه المتقدم ليست دقيقة للإعتبارات الآتية :-

الإعتبار الأول: أن الوكالة لها مفهوم قانوني حدد مقتضاه قيام الوكيل بإبرام التصرف بإرادته، أي مساهمته في تكوين العقد مع الأغيار بإسم، ولحساب الموكل، وهذا يُعد منتقياً بخصوص المسألة محور الدراسة. لأن الموكل هنا لا يريد نزع ملكيته، وإتمام البيع جبراً عنه، بينما يريد الوكيل (الدائن الحاجز) إنعقاد البيع بهدف الحصول على حقه، ومعنى ذلك انه يوجد تعارض بين المصلحتين^(٢) وهذا يحول - من الناحية الفنية - دون القول بوجود إتفاق على الوكالة.

الإعتبار الثاني: أن هذه الفكرة تفترض نشوء الالتزام بإرادة المدين. والواقع أن الإلتزامات لا تنشأ كلها عن الإرادة، فهناك التزامات تنشأ عن الفعل الضار، وأخرى تنشأ عن الفعل النافع، أو نص القانون، ويجمع بين هذه الإلتزامات انها تنشأ كلها دون حاجة إلى رضاء المدين بها. بل وعلى الرغم من ذلك فكيف يمكن أن ننسب إلى شخص إلتزم دون رضائه، بل وأحياناً دون علمه، أنه قبل ضمناً توكيل دائنيه في بيع أمواله عند عدم الوفاء.^(٣)

الإعتبار الثالث: أن هذه الفكرة لا تستقيم في جميع الأحوال، حيث إنها تقف عاجزة عن مواجهة بعض الفروض، من ذلك حالة ما إذا كان الدائن قد نفذ على عقار معين تم تبين بعد البيع أنه ليس مملوكاً للمدين^(٤). وظاهر أنه - في هذه الحالة - لا يمكن القول بأنه وكلهم في بيع مال غير مملوك له.^(٥)

الإعتبار الرابع: أن هذه الفكرة لم تلق تأييداً من الفقه إضافة إلى أنها ترتكز على أساس من الإفتراض، لا عن حقيقة. لأنه لا يوجد دليل واضح وقاطع على أن المدين الذي يلتزم تجاه دائن معين

(١) د. محمد نبيب شنب، البحث السابق، ص ١٤، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٥٨، د. جلال

الدين محمد حسن صبرة، الرسالة السابقة، ص ٥٠، د. فيصل زكى عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) د. جلال الدين محمد حسن صبرة، الرسالة السابقة، ص ٥٠، د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص ٧٢٤.

(٣) د. محمد نبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤، ١٥، د. فيصل زكى عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٤) د. أحمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٩، هامش رقم ١.

(٥) وقد رد أحد أنصار هذه الفكرة على ذلك بقوله " ولكن هذا الإعتراض ليست له إلا قيمة نظرية. إذ المدين طرف دائم في جميع قائمة شروط البيع ليطلع عليها. ويبيدي ما يعلن له عليها من الملاحظات، فإذا ظل صامتاً ولم يبين ما للغير عن المبيع من الحقوق والإرتفاقات وجب إعتبار سكوته دليلاً على أنه قبل البيع وكأنه هو الذي يبيع بنفسه".

د. أحمد نجيب الهاللي، د. حامد زكي، المرجع السابق، ص ٤٦٣، ٣٦٤ هامش ٥.

يقبل في الوقت ذاته توكيل الدائن في الحجز على أمواله، وبيعها بالمزاد في حالة عدم الوفاء بالإلتزام ذاته، عند حلول أجله. فحق الضمان العام المقرر للدائن مصدره القانون، وليس إرادة المدين، والغالب أن هذا الأخير إذ يلتزم لا يفكر مطلقاً في أنه لن يفِي بإختياره، وأن دائنه سيلجأ إلى الحجز والتنفيذ على أمواله، وبيعها بطريق المزاد العلني، واستيفاء حقه من ثمنها.^(١)

الإعتبار الخامس : أن الدائن لا يبيع وليست له سلطة البيع وكل ما للدائن في الحقيقة هو حقه في طلب البيع إستناداً إلى فكرة الضمان التي تنقرر على أموال مدينه. وعلى ذلك فالقول بأن الدائن يعد وكيلاً عن هذا الأخير يبني على افتراض يتنافى مع الواقع^(٢).

ونحن نؤيد^(٣) ما يذهب إليه الإتجاه الثاني، لأن الوكالة العادية لها مفهوم قانوني محدد قوامه وجود إتفاق بين شخصين على أن يقوم أحدهما بإبرام تصرف قانوني معين مع أحد الأغير بإسم، ولحساب الثاني^(٤). إضافة إلى أنها تخضع لقواعد خاصة. فمن جهة يمكن لأحد طرفيها إنهاؤها بإرادته المنفردة دون أدنى مسئولية تقع على عاتقه^(٥) ومن جهة أخرى فإنها تنقضي بوفاء أحد طرفيها^(٦). وعلى ذلك فإن إستقامة وجهة نظر الإتجاه الأول يترتب عليها هدم المفهوم الفني والقانوني للوكالة، إضافة إلى إهدار القواعد الخاصة بها.

فالواقع من الأمر أنه لا يوجد إتفاق - صريح أو ضمني - بين الدائن الحاجز، والمدين المحجوز عليه، لأن الدين قد ينشأ بمعزل عن إرادة المدين، كما لو ارتكب خطأ سبب ضرراً للغير^(٧)، فهذا الأخير يكون دائناً بالتعويض، والتالي يمكنه الحجز والتنفيذ على أموال المسئول (المدين) في حالة إمتاعه عن الوفاء بإختياره، وبيعها بالمزاد العلني، وإستيفاء مقدار التعويض من الثمن، وهذا يحول دون إعتبار الدائن الحاجز وكيلاً عن المدين.

(١) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٤) راجع نص المادتين ٦٩٩ م. م، ٦٩٨ م. ك.

(٥) راجع نص المادتين ٧١٥ م. م، ٧١٧ م. ك.

(٦) راجع نص المادتين ٧١٥ م. م، ٧١٧ م. ك.

(٧) أو كان الإلتزام مصدره نص القانون.

وعلى فرض التسليم جدلاً بوجود هذا الإتفاق متى كان الإلتزام قد نشأ بإرادة المدين، فلا يمكن القول - بحال من الأحوال - بأن الدائن يُعد وكيلاً عنه في مباشرة إجراء البيع، لوجود عقبات فنية وقانونية تحول دون ذلك :-

فمن ناحية قد يتوفى المدين بعد نشوء الدين، وقبل حلول أجله. وبالتالي فإن الوكالة تنقضي - بقوة القانون - مما يحول دون قيام الدائن بالحجز، والتنفيذ على أموال المدين تمثيلاً مع منطوق هذا الإتجاه، وهذا لم يقل به أحد. فقد إستقر الفقه والقضاء على إنصراف آثار العقد في ذمة الخلف العام^(١). ويلتزم هذا الأخير بالوفاء بالدين في حدود ما آل إليه من التركة وفي حالة الإمتناع يمكن للدائن الحجز على عناصر هذه التركة وبيعها بالمزاد العلني، وبداهة لا يمكن القول بأن الخلف العام قد وكل الدائن في مباشرة إجراءات الحجز والتنفيذ. لأن الدين يكون سابقاً على واقعة الوفاة، التي أدت إلى نشوء الخلافة العامة. وعلى ذلك فإن وجهة نظر أنصار الإتجاه محور النقاش تغتفر إلى السند القانوني^(٢).

ومن ناحية ثانية أن الوكالة يجوز إنهاؤها بالإرادة المنفردة من جانب أحد طرفيها. ونظراً لأن المدين قد يعترض على وقوع البيع، فإن ذلك يفسر - وفقاً لمنطق هذا الإتجاه - على أنه أبدى رغبته في إنهاء الوكالة^(٣)، وهذا بلاشك حق مقرر له بنص القانون، وبالتالي فإنه يتعين على الدائن الإمتناع عن السير في إجراءات الحجز، والتنفيذ لإنتفاء السند القانوني، وهذا لم يقل به أحد. فقد إستقر الفقه والقضاء على أن إعتراض المدين على النحو المتقدم ذكره، لا يحول دون تحديد جلسة المزاد، وطرح المال للمزايدة، ورسو المزاد على من يتقدم بعبء أفضل، وصحيح. إضافة إلى أنه يصطدم بصريح نص المادة (٤٢٦ مرفعات. م) الذي يخول للدائن الحق في التقدم بطلب لتحديد جلسة المزاد بالرغم من إعتراض المدين على وقوع البيع.

ومن ناحية ثالثة أن أنصار فكرة الوكالة الضمنية إختلفوا فيما بينهم حول نطاقها، فذهب بعضهم إلى أن الدائن الحاجز يُعد وكيلاً عن المدين فقط، والبعض الآخر يرى أنه يعتبر وكيلاً عن المدين وباقي الدائنين في نفس الوقت. ومعنى ذلك أن وجهة نظرهم لم تستقر على حل معين مما يحول دون الأخذ بها.

(١) وذلك إعمالاً لنص المادتين (١٤٥ م. م، ٢٠١ م. ك).

(٢) فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٣) وفي حقيقة الأمر فالدائن يعتبر نائباً بقوة القانون وهذا الأخير هو الذي تولى تنظيمها....

الفرع الثاني

فكرة النيابة القانونية

عرض وتقسيم :

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن البيع القضائي ينعقد بواسطة نائب قانوني عن المدين، أي شخص يتعاقد بإسم المدين، ولحسابه بناء على تفويض من القانون يخوله سلطة إلزام المحجوز عليه بالعقد الذي يساهم في تشييده مع الراسي عليه المزايد. فالنائب يستمد - في هذا الخصوص - سلطته من القانون، وليس من إرادة المدين المحجوز عليه. وبذلك يمكن تلاشي بعض الاعتراضات التي وجهت إلى الوكالة الضمنية، وخاصة الاعتراض المنبثق من مصدر الإلتزام وكونه قد ينشأ بمعزل عن إرادة المدين، وكذا الأحكام الخاصة بها.

ولكن أنصار هذا الإتجاه اختلفوا فيما بينهم حول تحديد شخص النائب. فذهب فريق منهم إلى ان الموظف القضائي هو الذي يساهم بإرادته في تكوين العقد نيابة عن المدين، وذهب فريق ثان إلى القول بأن القانون منح هذه السلطة للدائن الذي يباشر إجراءات الحجز والتنفيذ.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين :-

الغصن الأول: مدى إعتبار الموظف القضائي نائباً عن المدين المحجوز عليه.

الغصن الثاني: مدى إعتبار الدائن الحاجز نائباً عن المدين المحجوز عليه.

العصن الأول

مدى إعتبار الموظف القضائي نائباً عن المدين المحجوز عليه

ذهب جانب من الفقه^(١) إلى القول بأن الموظف القضائي يُعد نائباً - وبفوة القانون - عن المدين في البيع^(٢). فهذا الأخير ينعقد بتعبير القاضي عن إرادته عندما يحكم برسو المزاد على شخص، معين، وهو يفعل ذلك بصفته نائباً - بنص القانون - عن المدين المحجوز عليه، وليس بإعتباره أصيلاً عن نفسه، لأنه لا يملك المبيع، ولم يكن يملكه في أي وقت من الأوقات.^(٣)

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ أنور سلطان^(٤) " .. والراجع على كل حال أن الضمان على المدين بالرغم من أن البيع يتم جبراً عنه. لأن القاضي الذي يوقع البيع ينوب عنه فيه".

وأيضاً الأستاذ الدكتور/ رمزي سيف^(٥) حيث يقول " أن حكم مرسي المزاد إنما هو أقرب إلى أن يكون بيعاً يتم في مجلس القضاء، والبائع فيه هو المدين، أو الحائز، وينوب عنه القاضي الذي أوقع البيع والمشتري فيه هو الراسي عليه المزاد".

(١) د. أنور سلطان، العقود المسماة، البيع والمقايضة، سنة ١٩٥١، ص ٣٩٤، د. رمزي سيف، المرجع السابق، ص ٥٢٢، د. عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص ٤٦٦، د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٨٢.

وقارن د. محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

(٢) وقد حاولت قلة من الفقه تطويع فكرة النيابة في التعاقد، حيث إنها ذهبت إلى أن الموظف القضائي يُعد نائباً عن الدائن الذي يباشر إجراءات الحجز والتنفيذ. وهذه النيابة القانونية تنقرر للموظف القضائي بنص القانون. إذ أن بيع أموال المدين بطريق المزاد العلني في نظرهم هو كبيع ناقص الأهلية بواسطة ممثله القانوني. (راجع في عرض وجهة نظر هذا الإتجاه، د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٤٧، هامش ٢). ولكن هذه المحاولة باءت بالفشل. حيث إنها لم تضع حالاً حاسماً للمسألة - محور المعالجة - من كافة جوانبها. فقد وجهت إليها اعتراضات تتلخص في الآتي :-

أولاً: القول بأن الموظف القضائي يُعد نائباً عن الدائن يقتضي إستثناء هذا الأخير بحصيلة البيع دون غيره من باقي الدائنين، وهذا يتعارض مع نصوص القانون التي تقضي بتوزيع هذه الحصيلة على الدائنين تحقيقاً لمبدأ المساواة بينهم. (راجع في توضيح ذلك، د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ٤٧).

راجع في ذلك د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

(٣) راجع في ذلك، د. أحمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٨، د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٥، ١٦، د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٤) المرجع السابق، ص ٣٩٤.

(٥) المرجع السابق، ص ٥٢٢.

وفي محاولة للدفاع عن هذه الفكرة ذهب البعض^(١) إلى أن نيابة القاضي عن المدين لا تعتبر نيابة بمعناها الفني، ولكنها نيابة بمعنى واسع تتحقق في كل مرة يستطيع فيها شخص أن يؤثر قانوناً في حق شخص آخر. مثال ذلك حائز المنقول الذي يستطيع أن ينقل ملكيته إلى مشتري حسن، النية، رغم وضد إرادة المالك الحقيقي للمنقول. وعلى ذلك فإن إرادة القاضي تحل محل إرادة المدين. ولا يعتد بهذه الأخيرة، فسواء إتجهت نحو البيع من عدمه، فالقاضي يتولى تكوين العقد مع الراسي عليه المزاد، نيابة عنه.

ولكن هذه الفكرة لم تلق - بدورها - تأييداً من الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء، فقد إعترض عليها بالآتي :-

أولاً: أنها أعطت تصوراً واسعاً لمفهوم النيابة في التعاقد، مما يفقدها جوهرها الحقيقي كما عناه المشرع، وعرفه الفقه، والقضاء منذ قديم الزمان. فالنيابة تفترض وجود توافق في المصالح، وتعاوناً بين الأصيل والنائب، أو على أقل تقدير أن يعمل النائب لمصلحة الأصيل. وهذا يعد منتفياً بخصوص المسألة محور المعالجة، لأن القاضي لا يعمل لمصلحة المدين، لأنه يجرده من ملكه ضد إرادته، موقعاً عليه بذلك جزاء من أشد جزاءات القانون قوة، بل يعمل لمصلحة: الدائن في إستيفاء حقه، وتطبيق القانون^(٢). ومن هنا لا يمكن القول بأنه نائب بنص القانون عن المدين.^(٣)

ثانياً: أنها تفتقر إلى السند القانوني. فالقاضي حينما يحكم بإيقاع البيع فإنه يفعل ذلك بصفته ممثلاً للسلطة العامة - وليس بإعتباره نائباً عن المدين - التي كلفته بخدمة عامة قوامها الإشراف على إستيفاء الدائنين لحقوقهم جبراً عن المدين في حالة إمتناعه عن الوفاء بإختياره.^(٤)

(١) راجع في عرض وجهة نظر هذا الإتجاه، د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٠.

(٢) د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٦، د. أحمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٩.

(٣) د. محمد عبد الخالق عمر، مرجع سابق.

(٤) د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٦، ١٧، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ص ٢٥٢،

د. أحمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٩، ١٢٠، د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٨٦ وما بعدها.

ثالثاً: القول بأن القاضي يُعد نائباً عن المدين يؤدي إلى إهدار مبدأ حياد القاضي المستقر عليه فقهاً وقضاءً^(١). لأن النائب حينما يتعامل مع الأغيار يجب عليه مراعاة مصالح الأصيل^(٢)، وهذا بلا شك يتنافى مع المبدأ المتقدم ذكره.

رابعاً: أن فكرة النيابة بمفهومها الواسع تجمع بين دفتيها عديداً من المسائل وهي بذاتها لا تصلح لتفسير أي منها. حيث إنها تقف عاجزة أمام تفسير إكتساب مشتري المنقول بحسن نية من الحائز غير المالك لملكية هذا المنقول ضد ورغم إرادة المالك.^(٣)

إزاء هذه الإنتقادات فقد إنصرف الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء عن تلك الفكرة.^(٤)

ونحن نؤيد ما يذهب إليه الإتجاه الأخير. لأن البيع القضائي ينعقد بمجرد طرح الصفقة للمزايدة والتقدم بعبء أفضل وصحيح، وتحققت الشروط المقترنة بالإيجاب. ومعنى ذلك أن القاضي لا يملك رفض وقوع البيع طالما تمت مراعاة كافة الإجراءات القانونية وتحققت الشروط المقترنة بالإيجاب.^(٥)

صحيح أن القاضي عندما يصدر حكم بإيقاع البيع على من رسي عليه المزداد فإنه يعبر عن إرادته، ولكن هذا التعبير يكون خارج منطقة تكوين العقد، حيث إنه لا يفعل سوي مراقبة إجراءات البيع والتحقق من صحة العطاء الذي رسمي به المزداد، وإيداع الراسي عليه المزداد الثمن في خزنة المحكمة. وفي كل هذا لا يعتبر الحكم عملاً قضائياً بالمعنى الصحيح، ولا يختلف عن قرار مندوب التنفيذ برسو المزداد بالنسبة لبيع المنقول حيث إنه لا يفصل في خصومة وليست له حجبة الأحكام ولا يجوز الطعن فيه بالنقض.^(٦)

(١) د. احمد ماهر زغلول، البحث السابق، ص ١١٩.

(٢) من هذا المنطلق حظر المشرع تعامل النائب مع نفسه، لإعتبارات عملية وليست فنية.

(٣) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٤٦١.

(٤) راجع في ذلك وعلى سبيل المثال :

د. احمد نجيب الهلالي، د. حامد زكي، المرجع السابق، ص ٣٦٢، هامش رقم ١.

حيث يقول " أن هذا الرأي قد إندثر الآن، لأن أمر المحكمة بالبيع لا يجعلها بائعة، فلا هي مالكة للمبيع، ولا هي قصدت أن تكون طرفاً في البيع، وما صفتها فيه بأيزد من صفة المأمور الرسمي الذي يقع البيع على يديه".

(٥) وهذا يستفاد من نص المادتين ٤٣٩ مرافعات. م، ٢٧٣ مرافعات. ك.

(٦) في هذا المعنى، د. محمد نور الدين عبد الهادي شحاته، التنفيذ الجبري في دولة الإمارات العربية، الطبعة الثانية،

ص ٦٠٢.

وفي ذلك تقول محكمة النقض^(١) " لما كان حكم مرسي المزاد لا يعتبر حكماً بمعناه العام ولا يعدو أن يكون سوي محضراً شاملاً لبيان الإجراءات السابقة على حصول البيع ثم إثبات البيع على من رسي عليه المزاد، فإن طلب الحكم بصحته أو إبطاله أو فسخه يقدر قيمة بإعتباره عقد بيع".

ومما يؤكد التحليل المتقدم ذكره أنه لا يجوز للقاضي الأمر ببيع المال إلا بناء على طلب الدائن الذي باشر إجراءات الحجز، أو المتدخل في هذه الإجراءات، أو المدين أو الكفيل العيني، لأن حكم مرسي المزاد لا يُعد - من الناحية الفنية البحتة - قبولاً بالمعنى الفني، إنطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد. فالقاضي لا يمكنه الإمتناع عن صدور الحكم بإيقاع البيع على من رسي عليه المزاد متى كان العطاء صحيحاً.

صحيح أنه يتعين عليه الحكم بتأجيل بيع العقار متى تبين له عدم تحقق أحد الشروط المقترنة بالإيجاب أو لم يتقدم أحد بعطاء ما، ولكن تلك مسألة أخرى.

الغصن الثاني

مدى إعتبار الدائن الحاجز نائباً عن المدين المحجوز عليه

ثار خلاف في الفقه والقضاء حول مدى إضفاء صفة النائب على الدائن الحاجز. فذهب جانب منهم^(٢) إلى القول بأن هذا الأخير يُعد نائباً - بقوة القانون - عن المدين. فحينما يباشر أحد الدائنين إجراءات الحجز، والتنفيذ على أموال مدينه، ويطلب بيع هذه الأموال بالمزاد العلني، فإنه يفعل ذلك بناء على تفويض من القانون^(٣) يخوله سلطة إلزام المدين بالعقد الذي يساهم في تشييده مع الراسي عليه المزاد.

(١) دائرة مدنية، ١٩٥٥/٣/٣١، مشار إليه سابقاً.

(٢) راجع في عرض وجهة نظر هذا الإتجاه، د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٥، ١٦، فقرة ١٨، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

وقارن د. محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

(٣) وذهب الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، إلى أن الدائن الحاجز الذي يبيع مال مدينه ينوب عن هذا المدين في البيع بإرادته المنفردة، نظرية العقد، المرجع السانة، ص ٢٠٨، هامش ١.

وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي ديمدج^(١) " ... أن الدائنين الحاجزين الذين يبيعون بإسم المدين يفعلون ذلك لحسابه، وبالرغم عنه بناء على نوع من النيابة مقرر بنص القانون ...".

ولكن هذا الإتجاه لم يلق تأييداً من بعض الفقه، فقد إعترض عليه بالآتي :-

أولاً: أن النيابة القانونية لا تتقرر إلا بنص تشريعي، وأن نصوص القانون التي تنظم البيع القضائي، لا تشير - من قريب أو بعيد - إلى نيابة الدائن الحاجز عن المدين في بيع أموال هذا الأخير بطريق المزاد العلني.^(٢)

ثانياً: النيابة في التعاقد لها مفهوم قانوني محدد قوامه أن يتعامل النائب مع الأغيار بإسم، ولحساب الأصل. وإن إعتبار الدائن الحاجز نائباً، عن المدين يشكل خروجاً عن هذا المفهوم. لأنه يباشر إجراءات الحجز والبيع بإسمه، ولحسابه^(٣) بقصد إستيفاء حقه من الثمن.

ثالثاً: القول بأن الدائن يُعد نائباً عن المدين يقتضي إستفادة هذا الأخير من كافة البنود التي يدرجها الدائن في قائمة شروط البيع، والتي قد يكون من بينها شرط عدم الضمان، وهذا يخالف ما يذهب إليه القضاء في فرنسا.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ محمد لبيب شنب^(٤) وقد قررت محكمة النقض الفرنسية منذ زمن بعيد أنه إذا أدرج الدائن شرط عدم الضمان في قائمة شروط البيع لحماية نفسه ولمصلحته الشخصية فلا يجوز للمدين أن يتمسك بهذا الشرط مالم يكن قد طلب بدوره إدراجها. وهذا القضاء يفيد أن الدائن لا يُعد نائباً عن المدين. إذ لو كان كذلك لإستفاد المدين من كل الشروط التي يطلب الدائن إدراجها".

ونحن نؤيد - من حيث المبدأ - ما يذهب إليه الإتجاه الأول. فقد سبق القول بأن بيع أموال المدين بطريق المزاد العلني، يعتبر عقداً، وأن إرادة الدائن الحاجز تساهم في تكوينه متى كان المدين قد إعترض - خلال المدة التي حددها المشرع - على وقوعه. وهذه النيابة مصدرها نص القانون. فقد جاء في المادة (٤٢٦ مرافعات.م) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري " للدائن الذي يباشر الإجراءات ولكل دائن أصبح طرفاً فيها وفقاً للمادة (٤١٧) أن يستصدر أمراً من قاضي التنفيذ بتحديد جلسة للبيع، ويصدر القاضي أمره بعد التحقق من الفصل في جميع الإعتراضات ..". وبذلك يكون المشرع قد خول للدائن سلطة بيع أموال مدينه بطريق المزاد العلني.

(١) مشار إليه في بحث الأستاذ الدكتور/ محمد لبيب شنب، السابق ذكره، ص ١٦، فقرة ١٨.

(٢) د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٦، فقرة ١٩، د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص ٧٢٤، ٧٢٥، د.

(٣) د. محمد لبيب شنب، البحث السابق، ص ١٦، ١٧، فقرة ١٩، د. أحمد ماهر، البحث السابق، ص ١١٩، فقرة

١١٧ - ٢.

(٤) فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٩٠.

صحيح أن الثمن الذي يدون في قائمة شروط البيع والذي يحدده الدائن لا يكون نهائياً. ولكن ذلك لا يحول دون إكتسابه صفة النائب. فقد خشي المشرع من ترك تحديد الثمن - الذي يتم به طرح الصفقة للمزايدة - للدائن من الإضرار بالمدين. من هذا المنطلق قيد سلطة الدائن بشأن ذلك، وخول لقاضي التنفيذ سلطة تعيين أحد السماسرة لعرض العقار المحجوز عليه للبيع خارج المحكمة للوقف على الثمن^(١). ويُعد الثمن الذي يحصل عليه السماسر، بالإضافة إلى المصروفات هو الأساسي، الذي يتم به طرح الصفقة للمزايدة.

وصحيح : أن الدائن حينما يباشر إجراءات الحجز، فإنه يقوم بذلك بناء على نص القانون بإعتباره صاحب حق كفل القانون إحترامه، ووضع له الوسائل التي تمكنه من الحصول عليه، وأنه بمجرد الإنتهاء من إجراءات الحجز، والإعلان عن الشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصليل ... " لأن حكم هذا النص خاص بالعلاقات التعاقدية التي تتم بطريق الممارسة، وأن المشرع قد هدف منه إلى توفير حماية فعالة للأصيليل. فقد خشي من تفضيل النائب مصلحته على مصلحة هذا الأخير، من هذا المنطلق قرر الحكم المتقدم ذكره.

ولاشك أن عملية التفضيل - على هذا النحو - تكون - بخصوص المسألة محور المعالجة - منتفية. لأن البيع يتم في جلسة مزاد علنية^(٢) تحقق حماية فعالة للمدين المحجوز عليه (ومن في حكمه) هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن حكم هذا النص عاماً. وأن المشرع الإجرائي قيده بحكم نص المادة (٤٤٢ مرافعات. م)، والذي يجيز للدائن الدخول في جلسة المزاد والتقدم بعبء، وإمكانية رسو المزاد عليه. والقاعدة أن الحكم الخاص الجديد يقيد الحكم العام القديم. صحيح أن قصد المشرع الإجرائي لم ينصرف إلى إعتبار الدائن الحاجز أو المتدخل في إجراءات الحجز نائباً، ولكن التعامل مع المادة الخام التي صيغ بها بعض نصوص مجموعة المرافعات المدنية والتجارية^(٣)، يفيد بذلك.

وخلاصة القول أن المدين المحجوز عليه يعد طرفاً - بالمعنى المادي أو الموضوعي - بائعاً بالمفهوم الفني.

أما بخصوص ما يذهب إليه الأستاذ الدكتور/ أحمد ماهر زغلول بقوله " ... وفشل النظريات السابقة (ويقصد بذلك النظريات التعاقدية) على إختلاف جوهرها في الإتفاق على شخص البائع، الذي يلتزم بالضمان، يعود إلى نقطة البداية الخاطئة التي إتخذتها أساساً لبحثها : نسبة الطبيعة العقدية

(١) وبذلك يكون قد عدل عن موقفه السابق.

(٢) د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) راجع نصوص المواد ٣٩٢، ٤٢٦، ٤٣٥ مرافعات. م

للبيع القضائية أو الجبرية وتطبيق قواعد عقد البيع عليها .."، ليس صحيحاً على الإطلاق، فالنظرية العقدية لم تفشل، وإذا كان البعض قد تصور وجود عقبات تحول دون وجود مجال لهذه النظرية بخصوص المسألة محور البحث فذلك يرجع إلى عدم وقوف غالبية أنصارها وأعدائها على التكيف القانوني للعطاء، وتحديد القواعد الخاصة بالبيع والتدقيق في تحديد الطرف البائع، والفصل بين الطرف بمعناه المادي، والشكلي.

ففي واقع الأمر أن النظرية الإجرائية هي التي فشلت بسبب العقبات - الفنية والعملية والجوهرية - التي واجهتها والتي سبق ذكرها.

الخاتمة

لقد تناولنا هذا الموضوع بالدراسة القانونية لمحاولة حسم الخلاف الفقهي والقضائي الذي أثير بشأن الطبيعة القانونية للبيع القضائي، ورأينا موقف الفقه الإجماعي من النظرية العقدية ، وتم توضيح ذلك فى المبحث التمهيدي وعلى العكس من ذلك ، ذهب الفقه والقضاء الموضوعيين إلى أن هذا البيع يعتبر عقداً بالمفهوم الفنى والقانونى وأن العقوبات التى تصور الفقه الإجماعى وجودها ليس لها أساس من الصحة ، كما أن القواعد الإجرائية التى قررها المشرع الإجماعى لا تحول دون إسباغ الصفة العقدية على هذا النوع من البيوع.

انطلاقاً من أن مبدأ حرية التعاقد الذى يعد العمود الفقري للعلاقات التعاقدية - قد خضع فى الوقت الحالى لقيود عديدة ، وكما أننا انتهينا إلى أن بيع أموال المدين المحجوز عليه ينعقد فى حالات معينة بإرادة هذا الأخير، وفى حالات أخرى بواسطة نائب عنه، وهو الدائن الحاجز وفى الحالتين يُعد المدين المحجوز عليه هو الطرف البائع بالمفهوم المادي أو الموضوعى ، وبالتالي فإنه يكون مسئولاً عن تنفيذ كافة الالتزامات التى تنقل كاهله فيما عدا الالتزام بضمان الاستحقاق ، لأن المشرع المصرى وضع قواعد خاصة بذلك ، وفى النهاية تم حسم المسألتين التى كانت محل جدل كبير (أولاً) بشأن الطبيعة القانونية لبيع أموال المدين المحجوز عليه ومن فى حكمه ، (ثانياً) مدى وجود طرف بائع بالمفهوم المادي أو الموضوعى فى البيوع القضائية بصفة عامة ، ورأينا أن الفقه الغالب ذهب إلى أن صفة الطرف البائع بمعناه الموضوعى تضى على المدين المحجوز عليه ، ومن فى حكمه ولكنهم اختلفوا فيما بينهم حول ما إذا كان هذا الأخير يُعد بائعاً أصالة عن نفسه، أم أن البيع يتم بالنيابة عنه.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. د. فيصل زكي عبدالواحد، الطبعة القانونية للبيع القضائية، دار النهضة العربية.
٢. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مطبوعات جامعة الكويت، سنة ١٩٦٤.
٣. د. أحمد قمحة ، د. عبدالفتاح السيد ، التنفيذ علماً وعملاً، طبعة ٢ سنة ١٩٢٧، المطبعة الرحمانية بمصر.
٤. د. أحمد ماهر زغلول، دعوى الضمان الفرعية، دراسة لأساسيات الخصومة المدنية، سنة ١٩٩٤.
٥. د. أنور سلطان، أحكام الإلتزام، سنة ١٩٨٣، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
٦. د. أنور سلطان، العقود المسماة، البيع والمقايضة، سنة ١٩٥١
٧. د. جلال علي العدوي، الإلزام القانوني على المعاوضة، رسالة دكتوراة، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٦٠.
٨. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، سنة ١٩٨٤، مطبعة جامعة عين شمس.
٩. ----- : الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة "، سنة ١٩٧٩، دار الفكر العربي.
١٠. د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢، سنة ١٩٢٣.
١١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، البيع والمقايضة.
١٢. ----- : الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، العقود التي تقع على البيع، ١٩٨٦، دار النهضة العربية.
١٣. د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، ج ٢، سنة ١٩٧٢.
١٤. د. محمد لبيب شنب، الضمان في البيع الجبري، دراسة تحليلية للفقهاء والقضاء، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١٠، العدد الثالث، يوليو، أغسطس، سبتمبر، سنة ١٩٦٦.

١٥. د. محمد نور الدين عبد الهادي شحاته، التنفيذ الجبري في دولة الإمارات العربية، الطبعة الثانية.

١٦. د. وجدي راغب، د. أحمد ماهر زغلول : مذكرات في إجراءات التنفيذ سنة ١٩٩٣.

١٧. ----- : مذكرات في إجراءات التنفيذ، سنة ١٩٩٣.

١٨. د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٨.

١٩. محمد عبدالخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، ١٩٧٨، دار النهضة العربية.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

Vilard, l'offre public de contrat, R.T.D. civ, 1970, 750; Aubert, Notion et roles de l'offre et d'acceptation dans la formation du contratt, th, Paris 1968.