https://doi.org/10.61353/ma.0140209

الآثار الموضوعية والإجرائية في فضّ النزاع - دراسة مقارنة

أ.م.د. جمال عبد كاظم الحاج ياسين
معهد العلمين للدراسات العليا
jamal2015388@gmail.com

الباحث/ علي هادي عيسى
Alihady_2013@yahoo.com

تاريخ استلام البحث ٢/٣/2022 تاريخ ارجاع البحث ٨/٥/2022 تاريخ قبول البحث 2022/5/23

يقوم بحثنا هذا بدراسة موضوع فقهي و قانوني تحت عنوان" الآثار الموضوعية و الإجرائية في فضّ النزاع/دراسة مقارنة", إذ إن فضّ النزاع و الخلاف بين الأطراف يؤدي إلى الصلح و قطع الخصومة بود و محبة, و كما إن فضّ النزاعات و بصورة ودية يسهم في التقليص من حجم القضايا المعروضة على القضاء هذا من جهة, و من جهة أخرى فإنه يخفف العبء على الأطراف المتصالحة, إذ إن فضّ النزاع بين الخصوم يوفر عليهما من الجهد الكثير, و لا يهدر الوقت و لا يضيع المال, كما يلعب جور إيجابي في تحقيق التوازن في العلاقات و الاستقرار في المعاملات, و كما يقضي على الأحقاد في المجتمع الإنساني .

Our research examines a legal and jurisprudential topic under the title "The objective and procedural effects of conflict resolution/a comparative study", whereby resolving conflict and disagreement between the parties leads to conciliation and severing the rivalry with affection and love, and that resolving disputes amicably contributes to Reducing the volume of cases submitted to this judiciary on the one hand, and on the other hand, it reduces the burden on the conciliatory parties, as resolving the conflict between the opponents saves them a lot of effort, and does not waste time and does not waste money, as Gajab Aujabi plays in achieving Balance in relationships and stability in transactions, and also eliminates hatred in human society.

الكلمات المفتاحية: الاثار، الموضوعية، الإجرائية، فض النزاع.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

المقدمة

أولاً: أهمية الدراسة

لا يخفى على أحد بأن فضّ النزاع له الأهمية إنهاء المنازعات القائمة بين الأفراد في علاقات بعضهم البعض لذلك شرع الصلح لرفع النزاع و قطع الخصومة, و قد أجمع فقهاء المسلمين في العصور كلها على مشروعية الصلح و إيضاح تفصيل أحكامه, كما أن مدار الصلح هو التراضي بين المتخاصمين و الاتفاق على المسائل التي تقود إلى ضرورة فضّ هذه المشاكل ودياً.

إذ تتجلى أهمية فضّ النزاع من الناحية العملية هو إصلاح ذات البين الذي حث عليه الإسلام و رفع قدره الكتاب و السنة, و كذلك نشر الوعي الذي يمثل النزاع و إشاعة الأمن و السلام بين الأفراد و الجماعات و غرس الود و المحبة التي تؤلف بين القلوب المتنافرة, و تخفيف العبء عن القضاء, إذ إنه يحسم النزاع بتصالح الأطراف و تراضيهم سواء كانت المنازعات مطروحة أمام القضاء أم إنها لم تصل إلى ساحته بعد, و كما إن قطع النزاع بالتراضي يعدّ من أهم المواضيع لأن تصالح الأطراف يؤدي إلى منع السير في الدعوى و هذا بدوره يؤدي إلى تقليل الجهد و المصروفات و تلافي الأخطاء التي من المحتمل وقوعها عند الفصل في الدعوى, و خاصة عندما يكون فصل النزاع عن طريق تراضي الأطراف أمام القضاء أو حضور المدعي لغرض ابطال الدعوى كون هنالك حدث صلح بينه و بين المدعى علية فتبطل الدعوى أو تغلق من دون الإشارة إلى هذا الصلح و قطع النزاع في محضر الدعوى مما يسمح أن تفتح الدعوى مجدداً في الموضوع نفسه الذي تم قطع النزاع به, و هذه من الأخطاء الشائعة التي تحصل أمام القضاء.

و كما أن لفضّ النزاع أهمية نظرية بالغة سواء من حيث خضوعه للقواعد العامة, أم من حيث إنه ينفرد بشروط خاصة تجعله مميزاً عن غيره, إذ يفترض في فضّ النزاع أن نكون أمام نزاع قائم أو محتمل و أن تتجه إرادة المتصالحين مسبقاً لحسم هذا النزاع عن طريق التنازل عن حقوقهما و بالتراضي, فضّلًا عن ذلك فضّ النزاع هو أمر واقع في المعاملات اليومية و المالية كلها سواء كانت بيعًا أو معاوضة أو تبرعاً أم إبراءاً أم غير ذلك من التصرفات القانونية.

ثانيًا: أسباب دراسة الموضوع

إن أسباب الدراسة لهذا الموضوع أمور كثيرة, ومنها النزاعات و المشاكل التي تقع بين الناس, التي غالباً بسبب عدم توثيق فضّ النزاع للخلافات التي تحصل بين الأشخاص و اعتمادهم على الثقة غالبًا مما يؤول إلى النزاع مجدداً, و كذلك وجود بعض حالات الظلم الذي يقع على الأشخاص نتيجة لما يدعيه أحد الأطراف من حق له عند غيره, و كما إنّ فضّ النزاع و إنهاءه له الدور في التقليل من الخصومات و توفير الجهد و النفقات على الخصوم و تحقيق السلم الاجتماعي, و كما إن من دواعي أسباب كتابة هذا الموضوع هو البين في القوانين المدنية العربية في معالجة أحكام و بيان معنى منضبط له, و ذلك أن القانون المدني المصري و لدى

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

من سار على نهجه نجده يختلف عن القانون المدني العراقي الذي تأثر تأثيراً كبيراً بالفقه الإسلامي في هذا الجانب و الأحكام الواردة فيه.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

يثير موضوع الدراسة هذه مجموعة أسئلة تمثل الإشكالية و هي ما يأتي:

- إن التنازل المتبادل في فضّ النزاع عند تصالح الأطراف و بوصفه أحد الشروط الخاصة بفضّ النزاع, هل هو الحق المتنازع ذاته؟ أم هو أي حق يمكن الادعاء به؟
- هل إن فضّ النزاع يؤدي إلى عدم تجديد الخصومة فعلاً, أم إن هناك حالات تثير الخصومة مجدداً بالرغم من التراضي على النزاع؟ و ما هي الحالات التي ينطوي عليه فضّ النزاع ؟
- هل إن آثار فضّ النزاع يكون مقصورًا على عين النزاع الذي تناوله أم يمتد إلى مسائل أخرى لم تكن من ضمن أتفاق المصالحة؟ و ما هي المقاصد الشرعية التي يحققها إنهاء النزاع ؟
- قد يتصالح الأطراف المتخاصمة أمام القضاء أو أثناء دعوى النزاع فتبطل الدعوى أحياناً أو تغلق من دون الإشارة في محضر الدعوى إلى الصلح وإنهاء النزاع مما يسمح ذلك إلى قيام التنازع من جديد و فتح الدعوى مجدداً في الموضوع نفسه الذي تم قطع النزاع به, لذلك فإن غياب الرؤيا الواضحة للإجراءات القضائية في دعوى الصلح عند تراضي الخصوم و سكوت المشرع عن الإفصاح لتلك الإجراءات بالرغم من تولى أحكام الصلح و قطع النزاع في الكتاب الثاني من العقود المسمى, العقود التي تقع على الملكية و المواد من(٦٩٨-٧٢١) من القانون المدني العراقي, و هو الدافع لطرح وتصدي هذه المسألة و محاولة بيان جوانبها المهمة و تسليط الضوء على التراضي في فضّ النزاع في الدعاوي المدنية و الإجراءات القضائية و آثاره العامة.

رابعاً: منهجية و نطاق الدراسة

تم إعداد هذا البحث على أساس المنهج الوصفي التحليلي و ذلك عن طريق التعريف لفضّ النزاع, و تحليل المعلومة التي يتضمنها, فضّلاً عن الآراء المعروضة حول الموضوع و الآثار الناشئة عن فضّ النزاعات النزاع في القانون المدني.

كما اعتمدنا في هذا البحث على دراسة القوانين المقارنة بين القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة ١٩٥١ المعدل سوى كانت الموضوعية أو الإجرائية منها, وكذلك التي وردت في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة١٩٦٩و تعديلاته, وقانون التسجيل العقاري العراقي رقم(٤٣)لسنة ١٩٧, و مقارنتها بالتشريع المصري كالقانون المدني رقم(١٣١)لسنة ١٩٤٨, و قانون المرافعات المصري رقم(١٣)لسنة ١٩٦٨, و قانون الشهر العقاري المصري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦, و كذلك مقارنتها بالقانون اللبناني كقانون الموجبات و العقود

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ و تعديلاته, و قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم(٨٣/٩٠) لسنة ١٩٨٣, و كذلك اعتمدنا على آراء الفقه الإسلامي الذي هو المصدر لكثير من الأحكام و التشريعات.

خامساً: خطة الدراسة

يقسم موضوع بحثنا " الآثار الموضوعية و الإجرائية في فضّ النزاع– دراسة مقارنة" على مبحثين, سنخص المبحث الأول لبيان ماهية فضّ النزاع, فيما نخص المبحث الثاني إلى آثار فضّ النزاع, ثم يلي هذا إيراد خاتمة نوضح فيها أهم ما سنتوصل إليه من استنتاجات و مقترحات.

المبحث الأول: ماهية فضّ النزاع

يعد فضّ النزاع من الوسائل البديلة بعد أن تفاقمت ظواهر مختلفة تتعلق بعملية التقاضي, ومن أهم هذه الظواهر هي اكتظاظ المحاكم بالدعاوي و ما نجم عنها من بطأ للتقاضي الذي أصبح ظاهرة عالمية, و ما يؤدي ذلك إلى خسارة في القيم الاقتصادية التي تكون محلًا للنزاع خصوصًا إن فضّ النزاع و بالتراضي الذي يؤدي إلى تصالح الأطراف من أكثر الوسائل البديلة أهمية, نظراً لسهولة اللجوء إليه و لانخفاض نفقاته, و لسرعة فعاليته في إنهاء المنازعات, و إعطاء كلّ ذي حق حقه بالعدل, ويعد فضّ النزاع وسيلة تعاقدية بين المتصالحين وذلك لإنهاء نزاع قائم أو محتمل عن طريق تقديم تنازلات متبادلة بين الأطراف, إذ يُعد فضّ النزاعات تحقيق إصلاح بين الطرفين المتخاصمين و إزالة ما بينهما من خصومة, فضّلاً عن كونه يعيد الحق لصاحبه بطريقة ترضيهما معاً, مع حفظ المودة و الأُلفة و العلاقة الطيبة التي جمعتهما في سابق عهدهما, ويقضي على أسباب الظلم والانتقام مما يجعل تفعيله ضروريًا في المجتمع, و باعتبار فضّ النزاع هو أتفاق بمثابة عقد صلح فهو من العقود الذي يجعله يحظى باهتمام بالغ لأنه سيد الأحكام بوقوعه بين سائر العقود فهو واقع بين كثير من المعاملات التي تحصل بين الأفراد و هذا التوسع يجعل إنهاء الخصومة بين الأطراف مجالًا خصباً للتشريعات القديمة والحديثة على تنظيم إصلاح الأطراف المتخاصمة. و عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم فضّ النزاع, فيما سنعقد المطلب الثاني إلى تمييز فضّ النزاع عّما يشتبه به من الأوضاع القانونية.

المطلب الأول: مفهوم فضّ النزاع

إن مفهوم فضّ النزاع له تأثير مباشر على إنهاء الخصومات الناشئة عن المعاملات اليومية التي أساسها البيع و الشراء, وقد يحصل خلاف و نزاع بين الناس عن طريق تعاملاتهم و لأجل ذلك يتطلب إنهاء هذا النزاع حتى تستقر الحياة و تستمر العلاقة الطيبة بين الناس التي أمرنا بها الإسلام, إذ قال الله تعالى في محكم كتابة العزيز (فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ)[١]. و خير ما يحافظ على هذه العلاقة هو قطع النزاع بالتراضي بين الأطراف المتخاصمة, أو من أجل التخفيف عن الآخرين ومسامحتهم, فهذا من شأنه أن ينشر المحبة بين

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

الناس و يزيل من نفوسهم الأحقاد, لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول تعريف فضّ النزاع في الفرع الأول, بينما نتناول شروط فضّ النزاع في الفرع الثاني, و كما يأتي:

الفرع الأول: تعريف فضّ النزاع

كما يتبين لنا إن فضّ النزاع و من عنوانه فهو عبارة عن التراضي و التسالم و التصالح على أمرٍ ما سوى من تملك عين أو منفعة أو إسقاط دين أو حق(٢). لذا فقد عُرف الصلح الذي يفضّ النزاع بين الخصوم في الفقه الإسلامي عدة تعاريف منها: إذ عرف الامامية الصلح بأنه(عقد شرع للتراضي والتسالم بين شخصين في أمر تملك عين أو منفعة أو إسقاط دين أو حق, أو غير ذلك مجاناً أو بعوض)(٣). وعرفه الحنابلة(هو معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين)(٤). وعرفه المالكية(هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه)(٥). وعرفه الشافعية(هو الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين), وعرفه المالكية(هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه), وكما عرفه الحنفية(هو عقد يرتفع به التشاجر و التنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد والفتن)(٦). لذا فإن فضّ النزاع الوديّ والمؤديّ إلى الصلح هو موضوع سائد بين الناس للعدل والقسط ومن أهم سمات المجتمع, وهو من أعمال الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وذلك لحقيق المنافع بين الناس, و هو من الضروريات الدينية و الاجتماعية التي لا غنى عنها, و أنه نوع من القضاء الذي يتركز على شرع الله تعالى. كما إن المشرع العراقي لم يعرف مصطلح فضّ النزاع مباشرةً بل تطرق القانون المدني العراقي إلى قطع الخصومة عن طريق تعريف عقد الصلح وحدد مواده(٦٩٨-٧٢١), إذ عرف الصلح في المادة(٦٩٨) بأنه« هو عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة بالتراضي»(٧). وعرفه المشرع المصري في المادة(٥٤٩) بأنه «عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً و ذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه»(٨). إذ إن الفرق بين القانون المدني العراقي والقانون المدني

المصري خلافاً واضحاً, وذلك لأن المشرع المصري كشف عن أهم ما يتميز به عقد الصلح وهو تنازل كل من الطرفين عن بعض ما يدعيه, وذلك على خلاف التشريع العراقي الذي لم يشر إلى هذه الميزة التي هي تنازل كل من الطرفين عن بعض ما يدعيه, والسبب في هذا الفارق الواضح بين التعريفين هو أن المشرع العراقي قد أعطى مدلولاً أوسع للتعريف, كما فعل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية, إذ أن المشرع لربما قد اقحم في تعريف عقد الصلح ما ليس منه في التنازل المتبادل إذ سيتضح أن ما يسميه فقهاء الشريعة صلحاً عن إقرار ليس من الصلح في شيء, لهذا اكتفى المشرع العراقي بأن يعرف الصلح بأنه العقد الذي يرفع الخصومة ويقطع النزاع, هذا من جهة و من جهة أخرى نجد إن المشرع المصري كان أكثر وضوحاً بتعريفه لعقد الصلح من المشرع العراقي في بيان المحل الذي ينصب عليه إنهاء النزاع فقد ذكر في صريح النص إن هذا المحل قد يكون" نزاعاً قائماً أو محتملاً", أما المشرع العراقي فلم يرد فيه ما يقابل هذا النص في قوة الوضوح لما أشتمل به في المحل من نزاعٍ قائمٍ أو محتملٍ, وكان لفظ المشرع العراقي" يقطع النزاع ويرفع الخصومة", فإن هذا يعد مدلولاً واسعاً بأن

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

الصلح يرفع الخصومة بصورة عامة و يقطع دابر نزاعها الذي قد لم يصل إلى القضاء, لذا يكون النص المصري أكثر وضوحاً لدقة ذكر محل النزاع, فالمقصود بالنزاع هو الخلاف الذي لم يصل أمره إلى القضاء, والمقصود بالخصومة الخلاف الذي رفع أمره إلى القضاء[٩].

كما عرف الصلح في المادة(١٠٣٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ و تعديلاته على أنه« عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل ». وكما عرفته المادة(٢٠٤٤) من التقنين الفرنسي ونصت على أنه« عقد يحسم به المتعاقدان نزاعاً محتملاً»[١٠].

لذا فأننا لم نجد تعريفاً مباشراً في الفقه أو التشريع لمصطلح فضّ النزاع سوى كان ذلك في العراقي أم مصري أم لبناني أم غيرهم, لذا بإمكاننا تعريف فضّ النزاع بين الخصوم اصطلاحاً هو(**بأنه عقد يتصالح فيه الأطراف لإنهاء نزاع قائم أو محتمل**). وبمفهومه هذا و بموضوع بحثنا وعن طريق دلالته اللفظية يعني التصالح في نزاع معين.

الفرع الثاني: شروط فضّ النزاع بين الخصوم

يشترط في فضّ النزاع بين الخصوم ثلاثة شروط يجب اجتماعها في أية اتفاقات لإنهاء تلك النزاعات و المتمثلة بأن يكون هنالك نزاع قائم أو محتمل, و أن تكون نية لإنهاء النزاع, و كذلك أن يكون نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل لفضّ ذلك النزاع, ومن أجل ذلك سنوضح هذه الشروط الثلاثة وعلى النحو الآتي:

اولاً:- وجود نزاع قائم أو محتمل

من شروط فضّ النزاع أن يكون هناك خلاف بين المتصالحين قائم أو محتمل, فإذا لم يكن هناك نزاع قائم أو في القليل نزاع محتمل فلن يكن العقد صلحاً[١١],كما إذا نزل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن المستأجر من دفع الباقي, فهذا إبراء من بعض الدين و ليس صلحاً[١٢], و إذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء و حسمه الطرفان بالصلح كان هذا الصلح قضائياً(judiciaire), و لكن يشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع, و إلا أنحسم النزاع بالحكم لا بالصلح, و يعتبر النزاع قائماً و لو صدر حكم فيه, إذا كان الحكم ليس نهائياً و يقبل الاعتراض و الاستئناف و إعادة المحاكمة, و لو صدر قرار نهائي في النزاع فإن هذا النزاع يجوز أن يكون موضوعاً للصلح, إذا نشأ خلاف على تنفيذ الحكم أو تفسيره[١٣]. كما لا يشترط في النزاع أن يكون معروضاً على القضاء بل يكفي أن يكون وقوع النزاع محتملاً بين الطرفين, فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع فيعتبر في هذه الحالة صلحاً غير قضائي(extrajudiciaire), و يجب أن يكون هناك نزاع جدي قائم أو محتمل, لذا لا يشرط القانون ولا الفقه قدراً معيناً أو درجة محددة لهذا النزاع, بل قد يكون موجود فعلاً و حقيقةً و قد يرى الطرفان أو أحدهما وجوده من خلال معطيات تفرز

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

في ذهنهما و تحقق التنافر في الرأي و اعتقاد الأحقية لشيء ما, و منه يمكن القول إن النزاع القائم يكتسي طابعاً شخصياً(١٤).

ثانياً:– وجود نية لفضّ النزاع

هو أن يقصد الطرفان من خلال إنهاء النزاع الى نية حسم ذلك الخلاف الحاصل بينهما, أما بأنهائه إذا كان قائماً أو بتوقفه إذا كان محتملاً, ولكنه ليس من الضروري أن يحسم إنهاء النزاع في جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين فقد يتناول بعض المسائل فيحسمها, و يترك الباقي الى المحكمة لتتولى هي البت فيه(١٥). أما إذا لم يقصد الطرفان حسم النزاع فلا يكون ثمة صلح بينهما فإذا تنازع الطرفان على ملكية منقول قابل للتلف و أتفقا على بيعه تفادياً لتلفه و على إيداع ثمنه في صندوق المحكمة الى أن تبت في من منهما هو المالك الحقيقي ليكون الثمن من حقه فلا يعتبر هذا الاتفاق صلحاً, لأنه لم يحسم النزاع الواقع على ملكية المنقول(١٦).

ثالثاً:– نزول كل من المتصالحين من أجل فضّ النزاع

يجب أن يكون فضّ النزاع و بتراضي الطرفين هو أتفاق وتضحية من الجانبين, و أن من مقومات الصلح هو نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه(١٧), كما ليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة فقد يتنازل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه و لا يتنازل الآخر إلا عن الجزء اليسير, كما في حالة التسليم بحق الخصم مقابل ترك الدعوى, فإذا قبل الطرف الآخر أن يتحمل في مقابل ذلك بمصروفات الدعوى(١٨). ولا يشترط أن يكون التنازل معلوم القدر على وجه الدقة, كما لا يشترط أن يكون التنازل واقعاً على جزء من أصل الحق, و بناءً على ذلك يوصف قطع النزاع بالتراضي هو أتفاق الخصمين أثناء نظر الدعوى على أن يعترف أحدهما بالدين المطالب به و أن يلتزم كل منهما للآخر, و هذا يظهر أحياناً أنه بعيد عن أصل الالتزام المراد أنهاءه صلحاً, لذا فان التنازل يكون متبادلاً و لا يلزم أن يكون واقعاً في موضوع النزاع, أو في أصل الحق, حيث يصح على وجه الخصوص أن يكون في مصاريف الدعوى أو في جزء منها(١٩).

المطلب الثاني: تمييز فضّ النزاع عما يشبهه من الاوضاع القانونية

أذا كان فضّ النزاع بالتراضي هو إنهاء الخلاف بصفة ودية و تسوية الخلافات القائمة أو المحتملة بين طرفين أو أكثر لذلك فهو يتشابه ببعض التصرفات القانونية, و بهذا فينبغي أن نميز فضّ النزاع و بين التصرفات القانونية المتشابهة له والتي من شأنها أن تنهي نزاعاً محتملاً أو قائماً, و بهذا سوف نقوم بإبراز ما يقترب و ما يختلف عن فضّ النزاع و هذه التصرفات التي كان يشترك معها عند إنهاء النزاع, و سوف نتطرق اليها بالتفصيل, لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع حيث سنتناول في الفرع الأول تميز فضّ النزاع عن التحكيم, و في الفرع الثاني فضّ النزاع عن الوساطة, و من ثم في الفرع الثالث الى التميز بين فضّ النزاع و التنازل عن الدعوى و كما يلي:

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

الفرع الأول: تمييز فضّ النزاع عن التحكيم

بالرغم من إن فضّ النزاع بين الخصوم و التحكيم نظامان مختلفان إلا أنهما قد يقتربا كثيراً في أوضاع معينة مما قد يشتبه بهما حتى المتخاصمين, إذ إن هنالك أمور يلتقي بها فضّ النزاع ودياً و التحكيم و يتشابهان بالرغم من اختلاف التسمية والإجراءات, إذ إن كلٍّ منهما يقصد به قطع الخصومة من دون إصدار حكم قضائي أحياناً[٢٠], كما إن الفقه و القانون لم يوجبا على المتنازعين في حق أن تقتصر مراجعتهما إلى المحاكم الرسمية لحلّ النزاع سواء كان ذلك في فضّ نزاع و الصلح أم التحكيم[٢١], فإن كلٍ من التحكيم و فضّ النزاع الذي يقطع بهما دابر الخصومة في الواقع هما اتفاق بين المتنازعين على اختيار من يقضي في النزاع القائم بينهما وقبول حكمه من الطرفين فكلاهما ينعقد بالإيجاب و القبول[٢٢].

فمن الملاحظ لنصوص المواد(٢٥١- ٢٧٦) من قانون المرافعات العراقي و الخاصة بالتحكيم[٢٣], نجد أنها لا تتضمن أحكاماً خاصة بالتحكيم لا تنطبق على الصلح و فضّ النزاع بالتراضي, إلا إن المادة(٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي التي تنص على إنه «لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح. ولا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه و يجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية و أحكام الشريعة الاسلامية », و هذا يعني إن أوجه الشبه هو أن فضّ النزاع الذي بموجبه يبرم عقد الصلح أو الاتفاق على إنهاء النزاع لا يتم إلا بالكتابة و بعقد رسمي و لا يجوز في المسائل المتعلقة بالشخصية أو النظام العام, و كذلك تتمتع الأطراف المتصالحة بالأهلية الكاملة في التصرف بالحقوق التي يشملها عقد الصلح[٢٤].

بينما يختلف التحكيم عن فضّ النزاع الودي, إذ إن في التحكيم يتفق الطرفان على تعيين محكمين يبتون في نزاعهم, فيصدر الحكم عن هؤلاء المحكمين و ليس عن القضاء. أما في فضّ النزاع و تصالح الأطراف فيبت في النزاع أطراف الخصومة أنفسهم, بعدما يضحي كلٍّ منهم ببعض حقوقه وصولاً إلى التسوية. كما لا يقضي التحكيم تضحية من الجانبين, خلافاً لفضّ النزاع الذي يقضي بذلك إلى تضحية الطرفين, و كما يختلفان من ناحية الموضوع إذ في فضّ النزاع الودي يفضّي إلى التنازل عن كل أو بعض ما يتمسك به طرفا عقد الصلح المتفق عليه, أما في التحكيم فهو الالتزام بعدم اللجوء إلى القضاء[٢٥]. و قد يختلف فضّ النزاع بالتراضي عن التحكيم هو أن المصالح يستهدف التنازل بين الطرفين أو من أحدهما, أما المحكم فلا يستهدف التنازل بين أطراف النزاع, و إنّما يقصد طلب الحق و إعطاء الحق, و بالتالي فقد يكون حكم المحكم كاملاً بالمطالبات لأحدهما على الآخر. فالمصالح لا يمارس عملاً قضائياً و إنما عملاً توفيقياً لذا فإنه لا يشترط في الصلح ما يشترط في التحكيم من الإجراءات و يكفي فيه ما يدل على انتهاء النزاع صلحاً, بمعنى التحكيم قد يبطل نتيجة خطأ في الإجراء, أما فضّ النزاع فلا يشترط فيه إجراءات محددة يجب اتباعها و هذا العمل التوفيقي يجعل المصالح يمارس أثر الإقناع مع كلٍّ من الطرفين لإيجاد المقترح و الحل الوسط, و يسعى إلى التقريب بين وجهات النظر في حين إن المحكم يمارس دوراً قضائياً يقوم على المستندات و الأدلة و البراهين ثم يصدر

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

حكمه[٢٦]. و كما يختلف كلٍّ منهما من جهة الطعن, إذ إن حكم المحكم يجوز الطعن فيه وفقاً للقواعد العامة المنظمة في القانون, أما فضّ النزاع الذي يحصل باتفاق الخصوم فإنه يلزم طرفيه و لا يقبل الطعن فيه بطرائق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام[٢٧].

الفرع الثاني: تمييز فضّ النزاع عن الوساطة

يلتبس فضّ النزاع الودي مع الوساطة من حيث أن كل منهما من ضمن ما يسمى ذلك بالوسائل البديلة لحلّ النزاعات التي تحسم دابر الخصومة بين الأطراف من دون الحاجة إلى حكم قضائي, و كما يتشابهان من حيث أن أطراف عقد الصلح و تصالحهما بشأن الحق كله أو جزء منه و الأمر نفسه بالنسبة للوساطة التي يمكن أن تمتد إلى النزاع كله و يمكن أن تقتصر على جزء منه, و كما إن كلاهما قد يثار في شكل دفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء الخصومة. و يعد أيضاً المحضر المثبت فيه الوساطة الموقع عليه من طرف الوسيط و الخصوم و المصادق عليه من طرف القاضي بموجب أمرٍ قضائي سند قابل للتنفيذ, و كذلك الشأن بالنسبة لمحضر الصلح الذي يثبت فيه قطع النزاع التي استوفيت الشروط الشكلية[٢٨].

و أن كانت الوساطة تشترك مع فضّ النزاع في أن كل منهما يقصد به إنهاء النزاع بتراضي الأطراف إلا أنهما يختلفان في أمورٍ عدة من حيث يتوجب على القاضي عرض الوساطة على الخصوم في المواد جميعها باستثناء تلك المتعلقة بشؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل من شأنه المساس بالنظام العام, في حين قطع النزاع إجراء جوازي لكن قد يحدث استثناء في بعض قضايا شؤون الأسرة[٢٩].

كما يجوز إجراء الصلح وإنهاء النزاع في أيّ مرحلة من مراحل الخصومة من دون تحديد مدة معينة بشرط قبل صدور الحكم, في حين الوساطة يجب أن تعرض على القاضي في الجلسة الأولى. وكما يعد محضر الصلح سند تنفيذ بعد توقيع الخصوم و القاضي عليه, بينما الوساطة يتم أثباتها في محضر يوقع عليه الوسيط و الخصوم ألا أن ذلك لا يكفي حتى يعد المحضر المثبت للوساطة سند تنفيذ بل فضلًا عن ذلك لابد من أن يصادق عليه القاضي و يكون غير قابل للطعن[٣٠]. كما تعدّ الوساطة دائماً و سيلة لبلوغ الصلح, أيّ تسوية النزاع بطريق سلمي, أما فضّ النزاع و أن كان وسيلة لبلوغ التسوية السليمة, إلا إنه غاية الوساطة لبلوغ هدف الصلح. و تكون الوساطة بصدد نزاع قد نشب, أمّا فضّ النزاع يتفق عليه الأطراف بصدد نزاع قائم أو محتمل, و بما أن الصلح الذي يقطع دابر النزاع يتفق عليه الطرفين سلفاً في بعض الأحيان لحلّ النزاع المحتمل فيكون بصيغة عقد و يترتب عليه آثار العقد. و كذلك فأن فضّ النزاع يفترض النزول عن ادعاءات متقابلة بين طرفي النزاع, بينما الوساطة فإن حلّ النزاع يعتمد بالدرجة الأولى على مهارة الوسيط وخبرته في المسألة موضوع النزاع و قدرته على إقناع طرفيّ النزاع و ليس بالضرورة نزول أحد أو كلا الأطراف عن بعض ادعاءاته[٣١].

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

الفرع الثالث: التمييز بين فضّ النزاع و التنازل عن الدعوى

المقصود بالتنازل عن الدعوى هو ترك الخصومة و أن يتنازل المدعي عن الحق الذي طالب به في عريضة الدعوى أو ورقة أو إجراء فيها, و قد تأخذ صوراً أخرى و هي إبطال عريضة الدعوى بعد أقامتها و ذلك من ضمن سقف: زمني محدد قانوناً, و من خلال هذا الفهم لمعنى الخصومة يتشابه فضّ النزاع الودي بين الخصوم مع التنازل عن الدعوى في إنه يتضمنا كلاً منها ترك و التنازل عن الحق, و أن كلاهما يقضي بانقضاء الدعوى و عدم العودة إليها مرة أخرى(٣٢).

أما أوجه الاختلاف بين فضّ النزاع بالتراضي و التنازل عن الدعوى نجد اختلافات واضحة إذ إن موضوع التنازل وترك الخصومة يكون هناك مجموعة من الإجراءات يباشرها المدعي على سبيل الحصول في الحكم لموضوع الحق أو مركز قانوني معين(٣٣), و هذا ما نصت عليه المادة(٨٩) من قانون المرافعات العراقي المرقم (٨٣)لسنة ١٩٦٩ التي جاءت فيها «إذا تنازل الخصم أثناء الدعوى عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعة عدّ الإجراء أو الورقة لم تكن », و لكن هذه المادة مقيدة بأحكام المادة(٢٠) من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ التي تنص« لا يجوز للخصم سحب السند الذي قدمه للمحكمة إلا بموافقتها و هذه الحالة يتعين حفظ صورة مصدقة منه في إضبارة الدعوى, و في كلّ الأحوال لا يجوز سحب السند إذا كان مؤثراً في حسم الدعوى إلا بعد صدور حكم بات أو إقرار بالأبطال فيها », فسحب السند لا يجوز حتى لو تنازل مقدمة عنه إلا بالقيود التي وضحتها هذه المادة(٣٤), بينما التنازل عند إنهاء النزاع هو الفصل القضائي نفسه بشأن هذا الحق أو المركز و من هذا الفارق أن يمتنع مع عقد الصلح و إنهاء النزاع من تجدد الخصومة لأنه قد حسم نهائياً, بينما في حالة ترك الخصومة أن نجدد الدعوى في موضوع النزاع نفسه أتجاه الخصم نفسه أيضاً و بإجراءات جديدة(٣٥).

و نظم تقنين المرافعات المدنية و التجارية المصري و المرقم (١٣)لسنة ١٩٦٣ إجراءات ترك الخصومة و شروط آثاره في المواد(١٤١-١٤٥) و هي لا تختلف في جوهرها عن مثيلاتها في قانون المرافعات المصري الملغي رقم (٧٧)لسنة ١٩٤٩, فقد نظمت المادة(١٤١)(٣٦) إجراءات ترك الخصومة في الدعوى.

وكما يختلف كل من فضّ النزاع الذي يحصل بين الخصوم و التنازل إذ نجد في الصلح الذي ينهي دابر النزاع النزول من الجانبين بحيث يتنازل كل طرف عن جزء من ادعائه, أما التنازل عن الدعوى فنلاحظ أن النزول من جانب واحد و هو المدعي, يبتعد كذلك فضّ النزاع ودياً عن التنازل من حيث الأثر و لا يمكن للأطراف المتصالحة العودة الى النزاع الذي يحسم بموجب عقد الصلح عكس التنازل اي يمكن للأطراف تجديد النزاع. كما أن في فضّ النزاع المؤدي الى الصلح يتطلب رضا الطرفين, أما في التنازل عن الدعوى فليس مهم كثيراً رضا المدعى عليه(٣٧).

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

المبحث الثاني: آثار فضّ النزاع بين الخصوم

يترتب على فضّ النزاع بين الخصوم آثار منها هو حصول الصلح و اسقاط الدعوى وانتقال الملكية في بدل الصلح إلى المدعي, ومن ثم انتقال ملكية المصالح به للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك, و يأخذ فضّ النزاع و بتراضي الخصوم حكم الصلح و أقرب العقود إليه(٣٨).

لذلك فإن الأثر الجوهري و الأساسي لفضّ النزاع هو إنهاء دابر الخلاف و الخصومة القائمة أو المحتملة بين الطرفين و عدم تجديد النزاع, لذا يشكل الصلح الذي ينهي الخصومة دوراً في بث الطمأنينة في نفوس البشر, فهو كاشف بالنسبة للحقوق المتنازع فيها و ناقل بالنسبة للحقوق غير المتنازع فيها, و الصلح باعتبار صفته العقدية فإنه يرتب ما يرتبه العقد من آثار, كما إنه و باعتبار صفته التي يدخل بها القضاء في حالة الخلاف فإنه يرتب بعض الآثار و الأحكام, و بذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين, نوضح في المطلب الأول الآثار الموضوعية في فضّ النزاع, بينما نعقد المطلب الثاني لبيان الآثار الإجرائية لفضّ النزاع و على التفصيل الآتي:

المطلب الأول: الآثار الموضوعية في فضّ النزاع

إن فضّ النزاع ودياً الذي يؤدي إلى الصلح و حيث يعد هذا عقداً للصلح شأنه شأن سائر العقود الذي له أثراً نسبياً بالنسبة للمحل الذي وقع عليه فهو مقصور على النزاع الذي تناوله و لا يمتد إلى مسائل أخرى لم تكن من ضمن اتفاق المصالحة. و يبقى الصلح بالرغم من اشتراكه في العديد من الآثار مع سائر العقود الأخرى يتميز بأثر جوهري يكمن أساساً في حسم النزاع سواء كان قائماً أم محتملاً فضلًا عن أنشاءه لالتزامات على عاتق أطرافه وبعدم المضي في الدعوى التي كانت مرفوعة بشأن ما حسمه الطرفان في إنهاء الخصومة, و كذلك عدم تجديد النزاع المحسوم بالصلح وفضّ النزاع بتراضي الأطراف, لذا فقد أسهب الفقه الإسلامي في تفصيل آثار فضّ النزاع و أبتعد كثيراً في هذه التفصيلات عن القوانين المدنية, أذ نرى من الواجب أن نتناول الآثار المتعلقة بصحة فضّ النزاع عند الإقرار في الفرع الأول, و كذلك نتناول الآثار المتعلقة بفضّ النزاع عند الإنكار أو السكوت, و كما يأتي:

الفرع الأول: الآثار المتعلقة بصحة فضّ النزاع عند الإقرار

إن فضّ النزاع في حالة الإقرار هو كأن يدعي شخص على آخر شيئاً فيقر المدعي عليه بهذا الحق, ثم يطلب المصالحة على عين غير المدعاة كدار أو على المنفعة لغير العين المدعاة أي إن يتصالح الطرفان على أمرٍ ما. و بهذا فقد تعددت الآراء في الفقه الإسلامي حول صحة التراضي لفضّ النزاع في حالة الإقرار, إذ ذهب الشيعة الأمامية إلى جواز فضّ النزاع و التصالح في حالة الإقرار و ورد هذا في كتاب كلام الجواهر للنجفي(٣٩), بشرط أن لا يكون الإقرار بفضّ النزاع قد أحل حراماً كاسترقاق الحر و استباحة بعض المحرمات و شرب الخمر

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

و اللواط أو حرم حلالاً بأن لا يطأ حليلته أو لا ينتفع بماله أو نحو ذلك مما علم جواز الصلح على اجتنابه فالاستثناء متصل ضرورة كون الصلح على مثل ذلك باطلاً ظاهراً أو باطلاً[٤٠].

أما عن المذهب الحنفي فلا خلاف بين فقهاء هذا المذهب حول جواز الإقرار بفضّ النزاع و تصالح الأطراف[٤١], و لم يوجد بينهم مخالف لهذا الرأي مستندين إلى الدليل الشرعي في كتاب الله تعالى و قوله (وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)[٤٢].

أما فقهاء المالكية, إذ اجتمعوا على جواز فضّ النزاع عن الإقرار[٤], و قسم المالكية الصلح وفضّ النزاع إلى قسمين: صلح إسقاط و إبراء و هو جائز مطلقاً, و صلح على عوض و هذا يجوز إلا إن كان ذلك قد أدى الى حرام و حكمه حكم البيع. و فضّ النزاع في الأموال قسمان: أحدهما أن يجري بين المدعي و المدعى عليه, و ثانيهما أن يجري بين المدعي و الأجنبي أي الشخص الآخر غير المدعى عليه[٤٣], و قد يأخذ عقد معاوضة وفقاً لهذا المذهب إحدى الصور, أما أن يكون بيعاً أو إجارة أو صرفاً, إذ يكون بيعاً إذا أقر المدعى عليه للمدعي بعرض حيازته أو بنقد في ذمته, ثم يصالحه بغير جنسه أي بنقد في الحالة الأولى و بعرض في الحالة الثانية فهنا يكون العقد بيعاً لا صلحاً و تثبت فيه أحكام البيع, و إن كان الدين غير مكيل و لا موزون و صالحه عنه بأكثر منه من جنسه فهذا جائز[٤٤].

أما المذهب الشافعي فهو تباعاً للمذهبين الحنفي و المالكي لا يعرف فيه معارض لجواز الصلح و فضّ النزاع في حالة الإقرار و يستدلون بالنصوص القرآنية و النبوية المعروفة في المذهب الحنفي نفسها. و يقول الإمام البرماوي(و يجوز الصلح مع الإقرار في الأموال أي إقرار المدعى عليه بالمدعى به و إن أنكر بعده و مثله إقامة الحجة و اليمين المردودة و خرج به الإنكار و السكوت فلا يصح معهما و إن بعدهما و ليس من الإقرار و صالحني عمّا تدعيه بكذا لأنه قد يريد به قطع الخصومة, و لو قال هبني ما تدعيه أو بعينه أو زوجني الأمة كان إقراراً بملك عينها أو أجرني أو أعرني ما تدعيه, فإقرار بملك المنفعة لا العين و يصدق من ادعاءه على الإنكار لأنه الأصل و قوله في الأموال أيّ الثابتة في الذمة و أنما قال ذلك لأن الأصل في فضّ النزاع أن يكون في الأموال, و أما ما يفضّي إليها فهو تابع لها و لذلك لا يصح فيها بلفظ البيع كما سيأتي بخلاف الأموال فإنه يصح فيها بلفظ البيع)[٤٥].

و كذلك في المذهب الحنبلي فيجوز الصلح في حالة الإقرار و الأخذ به و اعتماد صورته, غير أن ما تجب الإشارة اليه هو أن فضّ النزاع في حالة الإقرار لدى الحنابلة يكتسي طابعاً لغوياً آخر و من جهة طابعاً عملياً, فيمكن أن يعرف قطع النزاع في حالة الإقرار عند الحنابلة حين التصريح بالصلح مع الاعتراف و هذا الطابع اللغوي المميز فلا نجد مصطلح الصلح عن إقرار في كتبهم. أما الطابع العملي لفضّ النزاع ودياً في حالة الإقرار وهو محور الاهتمام لدى الحنابلة أي إنه يظهر في ثلاث صور عقدية التي هي معاوضة أو إبراء أو هبة[٤٦].

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

وكذلك نجد في المذهب الظاهري جواز فضّ النزاع عن إقرار و قد عبر أمام الظاهرية أبن حزم بقوله« لا يحل الصلح البتة على الإنكار أو على السكوت الذي لا إنكار معه و لا إقرار و إنما يجوز الصلح مع الإقرار بالحق فقط», و هو قول ابن أبي ليلى إلا إنه يجوز الصلح على السكوت الذي لا إقرار معه و لا إنكار و هو قول الشافعي إلا أنه يجوز الصلح وإنهاء النزاع على إسقاط اليمين و أن يُقرّ إنسان عن غيره و يصالح عنه بغير أمره(٤٧).

أما في القانون عن حالة الإقرار لفضّ النزاع و تصالح الأطراف المتخاصمة, لقد نصت المادة(٧٠٧) من القانون المدني العراقيّ على إنه« إذا كان إقرار المدعى به عيناً معينه و أقر المدعى عليه للمدعي و صالحه عنها بمال معلوم صح الصلح و كان حكمة حكم البيع», و كما قررت المادة(٧١٤) من القانون المدني العراقي على إنه « إذا وقع الصلح عن إقرار على مال معين عن دعوى معينة و استحق المصالح عنه كله أو بعضه بالبينة, يسترد من بدل الصلح الذي قبضه مقدار ما أخذ بالاستحقاق من المدعى عليه», و يترتب على ذلك إذا كان فضّ النزاع بين الأطراف على مال معين و أستحق بدل الصلح كلاً أو بعضاً بالبينة رجع المدعي على المدعى عليه بما يقابل مبلغ استحقاق الصلح و من دون الحاجة إلى مخاصمة جديدة في إثباته لأنه ثابت بإقرار المدعى عليه(٤٨).

الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بفضّ النزاع عند السكوت أو الإنكار

أختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة فضّ النزاع في حالة الإنكار أو السكوت فهم يفرقون بين مؤيد ومعارض لإنكار أو السكوت و يذهبون إلى رأيين :

الرأي الأول : المؤيدين إلى جواز فضّ النزاع ودياً في حالة الإنكار أو السكوت

و يتمثل هذا الرأي كل من المذهب الشيعي(٤٩)و الحنفي و الشافعي(٥٠)و الحنبلي(٥١) و المالكي(٥٢), وذلك لاستدلالهم بالقرآن والسنة النبوية الشريفة, فاستدلوا بقول الله تعالى(وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)(٥٣), و عدّت هذه المذاهب أن فضّ النزاع في حالة الإنكار أو السكوت بما يخص التجارة يجب أن تكون عن تراضٍ بين الأطراف. و كما استدلوا بقول الرسول محمد صل الله عليه وسلم« الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً», فالحديث هنا عام فيما يخص الصلح وفضّ النزاع(٥٤).

الرأي الثاني : المعارضون لفضّ النزاع في حالة الإنكار أو السكوت

خرج عن المؤيدين لإنهاء النزاع في حالة الإنكار أو السكوت إلى عدم جواز ذلك وهذا هو الرأي السائد عند المذهب الشافعي و أبن أبي ليلى(٥٥), و استدلوا اصحاب هذا المذهب بقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)(٥٦), و وجه الاستدلال إن فضّ النزاع عن إنكار باطل و هو أكل المال بالباطل لأن فضّ النزاع لا يكون إلا عن تجارة بتراضي, و لأن هذه التجارة تكون طريقاً لثبوت مال المدعى به للمدعي و هنا الملكية لا تثبت بمجرد دعواه مع إنكار المدعى عليه, فكأن

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

المدعي في هذه الحالة أكل المال بالباطل حتى لو بذل المدعى عليه المال لقطع الخصومة يكون البذل رشوة و هي حرام ولا يجوز الصلح وقطع النزاع على أمرٍ حرام(٥٧).

أما على الصعيد القانوني لقد نصت المادة(٧١٦) من القانون المدني العراقي على أن «١-الصلح عن إنكار أو سكوت, هو في حق المدعى عليه معاوضة و في حق المدعى عليه خلاص من اليمين و قطع للمنازعة.٢- فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه, و لا تجري في العقار المصالح عنه»(58), و بهذا فإن الفقرة الأولى من المادة(٧١٦) تذهب إلى إنه إذا وقع الصلح وفضّ النزاع عن سكوت أو إنكار في حق المدعي, فيكون بمعنى المعاوضة(٥٩), أما بالنسبة إلى حق المدعى عليه افتداء لليمين و قطع الخصومة بصفة مطلقة و إن المدعى عليه يُنكر دعوى المدعي و يدعي الملك لنفسه و مع ذلك فإنه لا يريد أن يحلف و أنما يريد قطع الخصومة و إنهاء النزاع, فيدفع مبلغ مثلاً من المال لا بوصفه ثمناً لذلك الملك و إنما يدفعه فداءً لليمين و قطع دابر الخلاف, إلا إن استعمال هذا التعبير يكون محل نظر لأنّ فضّ النزاع الودي عن إنكار أو سكوت في حق المدعى عليه معاوضة بصورة مطلقة غير جائز لأنه إذا ادعى عيناً و أنكر المدعى عليه أو سكت و دفع المدعي إلى المدعى عليه شيئاً عن طريق الصلح و أخذ العين ففي هذه الصورة لا يكون معاوضة لأنه في ادعاء المدعي أن العين الذي طالب به هو حقه, إذ لا يتصور أن يعاوض أنسان ملك نفسه, و هنا يمكن القول إنّ قطع النزاع عن إنكار أو سكوت في حق من خلص له الحق المتصالح عنه لقطع الخصومة, و افتداء لليمين و في حق من حصل على بدل الصلح معاوضة. أما الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر, إذا كان المتصالح عنه عقاراً فلا شفعة فيه فإذا تصالح المدعى عليه مع المدعي على أن يترك الأخير دعواه مقابل مبلغ يدفعه الأول(٦٠).

إلا أننا لم نجد في التشريعين المصري و اللبناني تقابل للمادة(٧١٦) من القانون المدني العراقي إذ إن المشرع العراقي أخذ هذا الحكم من الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الآثار الإجرائية لفضّ النزاع

صحيح أن العقد الذي ينهي النزاع بالاتفاق هو من العقود غير الشكلية من حيث الأصل, إلا إن هذا العقد الذي لم يكن له آثار لو لا حصول نزاع بين طرفيه, لذا نجد تصديقه أمام المحاكم المختصة له الأهمية في الأثر القانوني, و إذا كان الاتفاق الذي يكون بين الأطراف يستهدف المصلحة المشتركة للطرفين و هذا الاتفاق ملزم لأطرافه فقط و يرتب آثاره في ذمة طرفية, إلا إنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق الإجرائي لمصلحة طرف من دون الآخر ما دام قد تراضيا على ذلك, و من هذا المنطلق سوف تتحقق الموازنة بين مصلحتين متعارضتين للأشخاص المتخاصمة بغية تصفية النزاعات كافة, فضّلاً عن تحقيق مبدأ تركيز الخصومة و الاقتضاء في إجراءاتها أيّ وضع حدود لحرية الأطراف في توجيه الخصومة, و بذلك سوف نتناول في هذا المطلب الإجراءات القضائية في فضّ النزاع بين الخصوم في فرعٍ أول, و من ثم إجراءات تسجيل فضّ النزاع لدى التسجيل العقاري في فرعٍ ثاني, و كما يأتي:

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

الفرع الأول: الإجراءات القضائية في فضّ النزاع بين الخصوم

إن الدعوى التي ينتهي بها النزاع هي مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة تتابعاً زمنياً, تبدأ من إقامة الدعوى وتنتهي بصدور حكم يكتسب درجة البتات فيها, و هذا يعني إن كل إجراء إنما هو جزء من الإجراء التي تتكون منها الدعوى, و لكن كل إجراء يعد على حدة عملاً قانونياً قائماً بذاته ينظم القانون عناصره و أثره القانوني و يرتب القانون جزاء على مخالفة قواعده, إذ إن الإجراء القضائي هو المسلك الايجابي الذي يكون جزءاً من الخصومة و يترتب أثراً إجرائياً فيها سواء تعلق الأمر ببدئها, أم بالمشاركة فيها تدخلاً أو اختصاماً أثناء نظر الدعوى(٦١).

و من الجدير بالذكر فإن الإجراءات القضائية تستمر حتى مرحلة تنفيذ الأحكام في القوانين الإجرائية, على عكس قانون المرافعات المدنية الذي تنتهي فيه الإجراءات القضائية بإصدار القرار البات بدعوى الصلح, و من هنا لابد أن يكون للشخص صفة القاضي لممارسة هذه الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى بصورة عامة و في دعوى الصلح و حسمها بصورة خاصة, إذ إن صفة القضاء لا تثبت لأيّ شخص كان, بل إنها تنحصر عند الأشخاص الذين منحت لهم هذه الصفة قانوناً, وكذلك بينت المادة(٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي(٦١), بأن الخصم هو الشخص الذي يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقراره منه و أن يكون محكوماً أو ملزماً على تقدير ثبوت الدعوى, و عرف الخصم فقهاً بأنه الشخص الذي يقدم أسمه و إرادته طلب الى القضاء طالباً الحماية القضائية, أو من يقدم في مواجهته هذا الطلب, فيكون الخصم بموجب هذا التعريف هو المدعي كأن يكون في دعوى الصلح أو المدعى عليه أو الشخص الذي تدخل أو أدخل في الدعوى بعد رفعها أمام القضاء(٦٢), و ما يهمنا هنا هو الحكم الصادر من الحكمة المختصة التي هي محكمة البداءة بالتصديق إجراءات قطع النزاع الذي يحصل أمام القضاء, من حيث أنه قد يرى طرفا الخصومة في دعوى منظورة أمام القضاء أنه و من الأفضّل لهما أن يتصالحا و يقدمان المحرر الخاص بعقد الصلح الذي تم بين الأطراف المتخاصمة إلى المحكمة إذ يُثبت ذلك الصلح في محضر الجلسة, و قد يقران أمام المحكمة أثناء المرافعة أنهما فيتصالحا و يثبت هذا الصلح في محضر الجلسة و يترتب على ذلك إنهاء الدعوى و يسمى بهذه الحالة بالصلح القضائي الذي يكون عن طريقه تصديق حكم قطع النزاع من قبل المحكمة المختصة(٦٣), و فضّ النزاع الذي يتصالح عليه الخصوم و المصدق من المحكمة يؤدي الى انقضاء الخصومة تبعاً لانقضاء الدعوى, إذ إن الدعوى أنقصت لانتهاء النزاع محلها و على المحكمة المختصة أن تقضي بتأييد الصلح وإنهاء النزاع الحاصل بين الأطراف المتخاصمة(٦٤), و إن فضّ النزاع ودياً الذي يتصالح الأطراف على أساس خصومة بينهم إذ لا يجرأ لأيّ من المتصالحين أن يجددا هذا النزاع و لا بتجديد الدعوى أو المضي في الدعوى المرفوعة بعد الصلح, و كما تنقضي ولاية المحكمة على الخصومة فلا يصح أن تحكم حتى بالمصروفات إذ لم يكن الخصمان قد أتفقا في الصلح على شيء فيما يتعلق بالمصروفات و تصدق المحكمة هذا الصلح وقطع النزاع في محضر الجلسة(٦٥).

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

كما أن المشرع المصري قد أشاره في المادة(١٠٣) من قانون المرافعات المدنية و التجارية على أنه« للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة و يوقع منهم أو من و كلائهم فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه الحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة و أثبت محتواه فيه... », و نصت أيضاً المادة(٢/٢٨٠) من قانون المرافعات المصري ذاته على إنه « السندات التنفيذية هي الأحكام و الأوامر و المحررات الموثقة و محاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح و الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة», فمحاضر الصلح التي ينتهي بها النزاع و التي تصدق عليها المحكمة تكون لها قوة السندات التنفيذية التي يجوز مباشرة التنفيذ الجبري بمقتضاها لاقتضاء الحقوق الواجبة(٦٦).

و لقد نصت المادة(٤٦٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على إنه «لرئيس المحكمة أو من ينتدبه من قضاتها, كما للقاضي المنفرد, أن يدعو الفريقين المتخاصمين إلى مكتبه و أن يسعى للتوفيق بينهما, فإذا أتفقا على المصالحة و لو جزئية نظم محضراً يثبتها و أخذ توقيعهما عليه و أصدر قراراً بالتصديق على هذه المصالحة يكون قابلاً للتنفيذ, و في حال رفضّ الفريقين المصالحة ينظم محضر يثبت هذا الرفضّ», و لكن قانون الموجبات و العقود اللبناني لم ينص بنص صريح باعتبار محاضر الصلح سندات تنفيذية إلا إنها تعد كذلك بوصفها من قبيل السندات الرسمية لكونها تصدق من محكمة رسمية مختصة(٦٧).

و إن الصلح و فضّ النزاع الحاصل بعد صدور الحكم قابل للطعن فيه بالطرق العادية أو عن طريق رفع دعوى أصلية إذا كان هنالك عيب يؤدي إلى إبطال العقد محل الصلح القضائي و فضّ النزاع أو إذا كان التصرف قد تم التصديق عليه لشخص لا يتمتع بولاية القضاء أو أزالت عنه هذه الولاية. أما بما يخص الطعن عن فضّ النزاع ودياً و الذي يتصالح فيه الأطراف من غير اللجوء الى القضاء فهنا لا يجوز الطعن فيه إلا بالطرق المقررة للعقود. كما جاءت المادة(١٠٤٧) في الفقرة الثالثة من قانون الموجبات و العقود اللبناني(٦٨),أن إمكانية الطعن بالمصالحة لفقدان السبب لوقوعها على قضية انتهت بصلح صحيح, أو بحكم نهائي غير قابل للاستئناف و لا التمييز و لا لإعادة المحاكمة, و كان أحد الفريقين, أو كلاهما غير عالم بوجوده, و لا يخفى أن الصلح يكون هنا باطلاً لانعدام السبب, فقطع النزاع بالتراضي هو صلح لحسم النزاع بين الأطراف المتخاصمة, و النزاع سبق فصله بالحكم النهائي. وكما نصت المادة(١٠٤٨) من قانون الموجبات اللبناني على إنه « لا يجوز الطعن في المصالحة بسبب غلط قانوني, أو بسبب الغبن», و هذا النص استثناء من القواعد العامة, حيث أن المادة(٢٠٦) من قانون الموجبات اللبناني نصت على أنه« أن الغلط القانوني يعتد به و يعيب الرضا كالغلط العملي», فعدت أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في إنهاء النزاع خلاف القاعدة العامة, و الغلط المادي الذي يؤثر في الصلح و فضّ النزاع و هو الذي يقع على شخص المتعاقد أو على صفته أو الشيء محل النزاع(٦٩).

و معنى هذا أن للحكم حجية بين الخصوم تمنع من إعادة النظر أمام القضاء فيما فصل فيه, إلا عن طريق الطعن فيه بالطرائق التي أجازها القانون و في المواعيد التي حددها, و ثبتت الحجية لكل حكم يفصل في النزاع

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

إلى أن تزول بالأبطال للحكم أو فسخه أو نقضه. أما بخصوص فضّ النزاع بين الأطراف وتصالحهما فإن المشرع العراقي أوجب حجية لعقد الصلح و هذه الحجية هي عدم جواز رجوع أحد المتصالحين عن الصلح(٧٠).

الفرع الثاني: إجراءات تسجيل فضّ النزاع المتعلق بالعقار لدى التسجيل العقاري

إن التسجيل العقاري هي الجهة المختصة بتسجيل التصرفات القانونية العقارية و بحسب موقع الوحدة العقارية, إذ نصت المادة(٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم(٤٣) لسنة١٩٧١على إنه« تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية و الأحكام القضائية الحائزة درجة البتات و ما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الأصلية و التبعية و انتقال هذه الحقوق الى الخلف العام», و أن أي من التصرفات العقارية و القانونية خارج التسجيل العقاري تكون باطلة(٧١), و كما أن فضّ النزاع و بين الأطراف المتخاصمة يؤدي الى الصلح بينهما, و بما أن الصلح عقد فيسري عليه جميع شروط و أركان العقد, لذا فأنه ينعقد بإيجاب و قبول المتصالحين و إقرارهما يكون أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري, كما و يستند تسجيله إلى حكم قضائي(٧٢), فالمصالح هو الذي يعقد الصلح, و المصالح عليه هو بدل الصلح, و المصالح عنه هو العقار أو الحقوق العقارية المدعى بها, إذ نصت المادة(٢٤٤) من قانون التسجيل العقاري العراقيّ على أن« ١-يسجل الصلح الوارد على الحقوق العينية العقارية المتنازع فيها استناداً الى حكم قضائي حائز درجة البتات.٢- و يجوز تسجيل عقد الصلح المتعلق بهذه الحقوق رضاء إذا كان النزاع مؤشراً في السجل العقاري أو الخارطة و ذلك بإقرار المتصالحين في دائرة التسجيل العقاري», أذ بموجب الفقرة الأولى من النص يستند فيه تسجيل الصلح و فضّ النزاع الوارد على الحقوق العينية المتنازع فيها إلى حكم قضائي حائز درجة البتات صادر من محكمة مختصة(٧٣), و يجري تصحيح أو تعديل خارطة العقارين طبقاً لقرار الحكم و يرفع النزاع منهما كما و ينقل سجلا العقارين إذا كان النزاع مؤشراً عليهما في سجلين جديدين و يرفع النزاع منهما أيضاً. أما إذا كان النزاع مؤشراً في سجل أحد العقارين فينصب التبديل على ذلك السجل فقط(٧٤). كما اشارة الفقرة الثانية من المادة(٢٤٤) من قانون التسجيل العقاري العراقي و التي نصت على إنه «يجوز تسجيل الصلح وقطع النزاع على الحقوق العقارية رضاءً إذا كان النزاع مؤشر في السجل العقاري أو خارطة العقار بإقرار المتصالحين في دائرة التسجيل العقاري», كما إن المادة(٣٣) الفقرة الأولى من قانون التسجيل العقاري العراقي نص على إنه« إذا تبين وجود نزاع على حدود العقار عند اجراء الكشف الأصولي لغرض تنظيم خارطته فيتبع ما يأتي: ١-إذا كان أحد المتنازعين يستند إلى سجل ذي حدود ثابتة يدخل فيها القسم المتنازع عليه و لم يكون العقار المجاور مسجلاً أو كان مسجلاً وحدوده في السجل غير ثابتة يعد القسم المتنازع عليه عائداً للعقار الثابت الحدود و للطرف الثاني إشارة خاصة على خرائط العقارات تفيد وصف هذا القسم منازعاً فيه حتى يتقرر مصيره رضاء أو قضاء», إذ إن هذه المادة تضمنت وضع إشارة الحجز على خرائط العقارات بوصف هذه الأقسام أو الأجزاء متنازع فيها حتى يتقرر مصيرها رضاءً أو قضاءً, ففقي حالة تأشير النزاع بهذه الصورة

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

يمكن قطع النزاع بالتراضي و بإقرار المتصالحين إمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري, فإذا تم الصلح و قطع النزاع على وصف الجدار مشتركاً تنظم خرائط جديدة بالعقارين و تؤشر عليها عائدية الجدران و تعدل مساحة العقارين تبعاً لذلك, و إذا تم الصلح و قطع النزاع بين المتخاصمين على وصف الجزء المتنازع فيه عائدٌ إلى أحد المتصالحين فتنظم خرائط جديدة بموجب كشف أصولي يضم ذلك القسم إلى مساحة العقار العائد له القسم و تنزل المساحة نفسها من مساحة العقار الثاني و يبدل السجل العقاري تبعاً لذلك(٧٥).

إلا إن إقرار المتصالحين لا يكفي لتسجيل عقد الصلح و فضّ النزاع, إذا كانت الحقوق العينية العقارية المتصالح عنها أو المتصالح عليها أو كليهما مثقلة برهن أو صاحب حق امتياز, و إنما يلزم لذلك موافقة الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز على تسجيله, إذ نصت المادة(٢٤٥) من قانون التسجيل العقاري العراقي على إنه « إذا كانت الحقوق العينية العقارية المتصالح عنها أو المتصالح عليها أو كليهما مثقلة برهن أو حق امتياز ينبغي أخذ موافقة الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز على تسجيل الصلح», إذ ينصرف حكم هذه المادة إلى الصلح وفضّ النزاع الودي الذي يتم بإقرار المتصالحين و لا ينصرف إلى الصلح الذي يسجل بالاستناد إلى حكم قضائي (٧٦).

كما نصت المادة(١٠) من قانون الشهر العقاري المصري رقم(١١٤)لسنة١٩٤٦ على أنه «جميع التصرفات و الاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها و يترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير. و يسري هذا الحكم على القسمة و لو كان محلها أموالاً مورثة....»(٧٧), إذ إن نص هذه المادة أشارت بصورة عامة إلى التصرفات جميعها التي ترد على العقار الذي يكون الصلح وفضّ النزاع من ضمن هذه التصرفات القانونية الذي يلزم تسجيله في الشهر العقاري لكي يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير(٧٨).

أما قانون الموجبات و العقود اللبناني فقد نص في المادة(١٠٤١) على إنه «عندما تتضمن المصالحة انشاء حقوق على أموال عقارية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقاري, أو التفرغ عن هذه الحقوق أو إجراء تعديل فيها, يجب أن تعقد خطاً. و لا يكون لها مفعول إلا إذا سجلت في السجل العقاري», أن هذه المادة تضمنت مبدأً عاماً, و لكنه مقيدٌ بالأموال العقارية(غير المنقولة), و مفاده إن الصلح و قطع النزاع إذا أحتوى على حق عيني عقاري, أو نقل هذا الحق, أو تعديله, أو إنهائه, وجب أن يكون ذلك خطأ, و لا يكون له مفعول إلا إذا سجل في السجل العقاري وفقاً للأحكام المتعلقة بالتسجيل, و إشارة إلى الصلح الذي يتضمن أنشاء حقوق على أموال عقارية, أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقاري, إذ إن هذه التصرفات القانونية جميعها لا يكون لها مفعول أو حجة أتجاه الغير إلا أذا سجلت في التسجيل العقاري(٧٩).

لذا فأننا نرى أن المشرع المصري لم يوجب تسجيل الصلح و فضّ النزاع للحقوق العينية العقارية في ما بين المتعاقدين و لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ شهره في الشهر العقاري, إذ إن هذا ينطوي إلى التهرب

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

من رسوم الشهر و التسجيل و ضياع حق الخزانة العامة, نظراً لأن القانون يتطلب سداد رسوم خاصة بالتسجيل, على خلاف ما قام به المشرع العراقي و اللبناني الذي توجب على التصرفات القانونية جميعها التي تجري على الحقوق العينية العقارية تسجيلها في التسجيل العقاري, و هذا أمرٌ صائب بالنسبة لما جاء به المشرع المصري.

الخاتمة

في أثناء دراستنا لموضوع قطع النزاع بالتراضي لقد توصلنا إلى عدة نتائج و توصيات أهمها:

أولاً– النتائج

١- يعد فضّ النزاع بالتراضي أحد الوسائل البديلة لأنهاء الخصومة الذي يكون خارج القضاء أحياناً لذلك فهو يخف على القضاء و التيسير عليه, إذ يُعدّ وسيلة تعاقدية بين المتصالحين لقطع نزاع قائم أو محتمل عن طريق تنازلات متبادلة بين الأطراف.

٢- بالرغم من التعريفات التي قيلت بصدد الصلح, التي كان من ضمنها القانون المدني العراقي الذي عرف الصلح و كان من أفضّل التعريفات, لأن مدلول عقد الصلح استقاه من الفقه الإسلامي و هو أوسع من مدلوله في القوانين الوضعية الأخرى, إلا أننا في الوقت نفسه لم نجد تعريفاً مباشراً لقطع النزاع بالتراضي في الفقه أو التشريع, لذا يمكننا اعطاء تعريفاً له (**بأنه عقد يتصالح فيه الأطراف لإنهاء نزاع قائم أو محتمل**).

٣- كما إن فضّ النزاع و تصالح الخصوم هو أمر أستمد مشروعيته من الكتاب و السنة و الإجماع, إذ إن الصلح جائز إلا إذا أحل حراماً أو حرم حلالاً, و كذلك لا يجوز فضّ النزع و الصلح في القوانين المدنية فيما تعلق بالحالات الشخصية و النظام العام.

٤- كما أننا توصلنا في موضوع بحث دراستنا أن الفقه الإسلامي قد فرق بين أنواع فضّ النزاع و إنهاءه فيما إذا كان عن إقرار, أو فيما إذا كان عن إنكار أو سكوت و أن أساس هذا التقسيم هو الفقه الإسلامي و الذي جاء به عندما يكون المدعى عليه في الدعوى التي يجري فيها قطع النزاع بين الخصوم, إذ إن هذا التقسيم يساعد على تحديد نوع الصلح وفضّ النزاع.

٥- إنّ القانونين المدني المصري و اللبناني لم ينظما نصوصاً خاصة لحالة الإقرار أو الأنكار و السكوت للصلح و فضّ النزاع على عكس ما سار عليه المشرع العراقي في النصوص(٧١٤و٧١٦) من القانون المدني العراقي الذي كان المشرع العراقي موفقاً بذلك.

٦- كما أن من الآثار الإجرائية لقطع النزاع بالتراضي هو أن يوثق ذلك الصلح و أن يصادق عليه من قبل الحكمة المختصة لكي يعتبر حجة على الأطراف وعدم تجدد النزاع مجدداً, و كذلك لا يجوز الطعن في الحكم الصادر من الحكمة بخصوص الصلح لغلط في القانون.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

٧- نرى أن المشرع المصري لم يوجب تسجيل الصلح و فضّ النزاع المتعلق بالحقوق العينية العقارية في ما بين المتعاقدين و لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ شهره في الشهر العقاري, على خلاف ما قام به المشرع العراقي و اللبناني من أمرٌ صائب و الذي توجب على جميع التصرفات القانونية التي تجري على الحقوق العينية العقارية تسجيلها في التسجيل العقاري.

ثانياً– المقترحات

١- أنشاء أقسام تابعة الى محكمة البداءة مختصة لتسوية المنازعات و لحل كافة الخلافات التي يحصل فيها فضّ النزاع بالتراضي و تصالح الأطراف قبل أحالتها الى القاضي و تدريب العاملين فيها الى النصح و الإرشاد للوصول إلى أفضّل السبل الكفيلة في قطع النزاع.

٢- عطاء موضوع الصلح وقطع النزاع أهمية أوسع و فضلًا عن ذلك إلى المناهج الدراسية لمرحلة البكالوريوس في دراسة القانون لأن هذا الموضوع يتعلق بالحياة الاجتماعية و المعاملات اليومية بين الناس.

٣- نطلب من المحاكم العراقية و بعد التأكد من نية أطراف الدعوى الى تثبيت الصلح و إنهاء النزاع الذي يحصل بتراضي الأطراف في محضر الدعوى من دون ترك الدعوى للمراجعة و التفرقة بين التنازل و الصلح الذي يحصل أثناء السير في الدعوى, و إذا كانت النية صلحاً تثبيت ذلك منعاً لفتح الدعوى مجدداً و بالموضوع نفسه, و ذلك للتوسع و الحث على باب الصلح و التسامح هذا من جهة و من جهة أخرى عدم فتح الدعوى مرة ثانية مما يجعل الزخم على المحاكم في دعوى كانت قد انتهت صلحاً و لا تسمع مجدداً.

المصادر والمراجع:

(1)سورة الانفال/ آية١.
(2)محمد الفاضل اللنكراني, تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة – كتاب الشفعة والصلح, مركز الفقه الأئمة الأطهار, الطبعة الأولى, ١٤٣٠هـ, ص ٢٧٣ .
(3)أبو القاسم الموسوي الخوئي, منهاج الصالحين, قسم المعاملات, ج٢, بدون سنة نشر, ص ٩٠٤.
(4)وهبه الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته, ج ٥,الطبعة ٢, دار الفكر للطباعة و التوزيع والنشر, دمشق, ١٩٨٥, ص ٢٩٣.
(5)أبي عبد الله محمد الانصاري, شرح حدود أبن عرفه –الموسوم للهدايا الكافية الشاملة, دار الغرب الاسلامي, طبعة ١, بيروت– لبنان, ١٩٩٣, ص ٤٢١.
(6)عروي عبد الكريم, الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية – الصلح و الوساطة القضائية, رسالة ماجستير قدمت الى جامعة الجزائر–كلية الحقوق بن عكنون,٢٠١٢, ص١٦.
(7)القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ و تعديلاته.
(8)القانون المدني الصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
(9)حسن علي الذنون, العقود المسماة ,ج٣, شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة, بغداد, ١٩٥٤, ص٢٣٨.
(10)خالد عبد حسين الحديثي, عقد الصلح-دراسة مقارنة, منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الأولى, بيروت– لبنان,٢٠١٥, ص ٥٧.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

(11)عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني – العقود التي تقع على الملكية, ج ٥, دار احياء التراث العربي, بيروت لبنان, بلا سنة طبع, ص ٥٠٨.
(12)طاهر برايك, عقد الصلح –دراسة مقارنة بين القانون المدني و الشريعة الاسلامية, رسالة ماجستير تقدم بها الطالب الى جامعة الجزائر كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون, ٢٠٠٢, ص٢٦.
(13)زهدي يكن, شرح قانون الموجبات و العقود, ج٦, بدون مكان طبع,١٩٩٥, ص ١٨١.
(14)طاهر برايك, مصدر سابق, ص ٢٤.
(15)أنور طلبة, العقود الصغيرة (الصلح و المقايضة و الوديعة), المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, بدون سنة طبع, ص ٦٢.
(16)أمينة أريري, الصلح والتحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات, مطبعة الأمنية, الرباط, ٢٠٠٧, ص ١٨٢.
(17)ياسين محمد يحيى, عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني, دار الفكر العربي, القاهرة, ١٩٧٨, ص ٥٨٨.
(18)أنور طلبة, مصدر سابق, ص ٦٣.
(19)محمود جمال الدين زكي, مبادئ القانون المدني في العقود المسماة, دار الفكر العربي, الطبعة الأولى, مصر -القاهرة, ١٩٥٣, ص ١٦.
(20)السنهوري, الوسيط,ج٥, مصدر سابق, ص ٥٣١.
(21)قدري محمد محمود, التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠١٤, ص ٢١٦.
(22)أحمد محمد فتحي الخولي, التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية, دار الجامعة الجديد, الاسكندرية, ٢٠١٧, ص ٧٥.
(23)أنظر: قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩.
(24)أحمد أبو الوفا, التحكيم بالقضاء و الصلح, الطبعة الأولى, منشأة المعارف, الاسكندرية, ١٩٦٤, ص ٢١.
(25)نوال غبريوى, رسالة بعنوان عقد الصلح في القانون المدني الجزائري, تقدمت الى جامعة عبد الرحمن ميرة- بجابة /كلية الحقوق و العلوم السياسية, ٢٠١٨, ص٢٥.
(26)أحمد أبو الوفا, مصدر سابق, ص ٢١.
(27)جعفر مشيمش, التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية, مكبة زين الحقوقية, الطبعة الأولى, ٢٠٠٩, ص ١٣٤.
(28)نورة أسم الله و نبيلة عافية, الصلح و الوساطة كحلول ودية لتسوية النزاعات المدنية, رسالة قدمت الى جامعة آمحمد بوقرة-بومرداس/كلية الحقوق-بودواو, الجزائر, ٢٠١٥, ص ٥٥.
(29)رياحي عبد القادر, الصلح و الوساطة كطريقين بديلتين لحل النزاعات الإدارية, رسالة تقدمت الى جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان / كلية الحقوق و العلوم السياسية – المركز الجامعي- مغنية- قسم الحقوق, الجزائر, ٢٠١٦, ص ٣٦.
(30)سليمان قدور محمد, رسالة بعنوان الصلح كطريق بديل لحل النزاعات قدمت الى جامعة أبي بكر بلقايد –كلية الحقوق و العلوم السياسية, الجزائر,٢٠١٢, ص ١٠٩.
(31)الشبكة المعلوماتية على الموقع الإلكتروني http://un.uobasrah.edu.iq/papers/432 , تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/٢٤, الساعة ١٠:٣٠ pm.
(32)رفاه خضير جياد الادريسي, مجلة المثنى للعلوم الادارية و الاقتصادية, المجلد السادس, العدد الثالث, ٢٠١٦, ص ١٠٠.
(33)خالد عبد حسين الحديثي, مصدرسابق, ص ١٥٦.
(34)آدم وهيب النداوي, المرافقات المدنية, مكتبة دار الكتب للطباعة والنشر, العراق, جامعة الموصل, ١٩٨٨, ص ٢٥٦.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

(35)فتحي والي, الوسيط في قانون القضاء المدني, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٨٦, ص٦١٠.
(36)نصت المادة(١٤١) من قانون المرافعات المصري على أنه« يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله من اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفوياً في الجلسة و أثباته في المحضر».
(37)نوال غبريوى, مصدر سابق, ص١٧.
(38)طه أحمد محمد عبد العليم, الصلح في الدعوى الجنائية, الطبعة الثانية, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٩, ص ٢١٤.
(39)محمد حسن النجفي, جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام, ج٤١, مؤسسة النشر الإسلامي, الطبعة الأولى, أيران-قم, ١٤٣٤هـ, ص ٢٢٢.
(40)خالد عبد حسين الحديثي, مصدر سابق, ص ٢٠٩.
(41)شمس الدين السرخسي, المبسوط, ج٢٠, دار المعرفة, لبنان –بيروت , بدون سنة طبع, ص ١٣٩.
(42)سورة النساء/ الآية ١٢٨.
(43)وهبه الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته, ج ٥, الطبعة ٢, دار الفكر للطباعة و التوزيع والنشر, دمشق,١٩٨٥, ص٢٩٥.
(44)منصور بن يونس إدريس البهوتي, كشاف القناع عن متن القناع, ج ٣, عالم الكتب بيروت, ١٩٨٣, ص٣٩٤.
(45)طاهر برايك, مصدر سابق, ص ٨٨.
(46)موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي, الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل, ج٢, دار الكتب العلمية, الطبعة الأولى, لبنان- بيروت, ١٩٩٤, ص ١١٦.
(47)خالد عبد حسين الحديثي, مصدر سابق, ص ٢٠٨.
(48)حسن علي الذنون, العقود المسماة, ج٣, مصدر سابق, ص٢٦٥.
(49)محمد حسن النجفي, مصدر سابق, ص ٢٣٦.
(50)علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني, بدائع الصنائع,ج٦,مصدر سابق, ص ٤٠
(51)موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي, مصدر سابق,ج٢, ص ١١٥.
(52)شمس الدين محمد عرفة الدعسوقي, حاشية على الشرح الكبير, ج٣, دار أحياء الكتب العربية, بدون سنة طبع, ص ٣٠٩.
(53)سورة النساء /الآية ١٢٨.
(54)طاهر برايك, مصدر سابق, ص ٩٠.
(55)وهبه الزحيلي, مصدر سابق, ص ٢٩٦.
(56)سورة النساء / الآية ٢٩.
(57)وهبه الزحيلي, مصدر سابق, ص ٢٩٧.
(58)أنظر: المادة (٧١٦) من القانون المدني العراقي.
(59)حسن علي الذنون, العقود المسماة,ج٣, مصدر سابق, ص ٢٦٤.
(60)خالد عبد حسين الحديثي, مصدر سابق, ص ١٨٦.
(61)آدم وهيب النداوي, مصدر سابق, ص ١٢٨.
(62)نصت المادة(٤) من قانون المرافعات العراقي على أنه« يشترط أن يكون المدعى عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما أو ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى .ومع ذلك تصبح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولى بالنسبة لمال الوقف . وخصومة من اعتبره القانون خصما حتى في الأحوال التي لا ينفذ فيها اقراره ».
(63)آدم وهيب النداوي, مصدر سابق, ص١٤٢.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

(64)أنظر: القرار المرقم ٢١٥٨ /ب/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١٢/٢٢ الصادر من مجلس القضاء الأعلى العراقي /رئاسة محكمة أستئناف المثنى الاتحادية, محكمة بداءة السماوة, الذي يتضمن مصادقة الطرفين على وقوع الصلح وقطع النزاع بتراضي الخصمين و على أن يتعهد المدعي عليهما (م,خ و ح,م)بعدم معارضة المدعي (ص,خ)بالانتفاع بسهامه الشائعة من حق التصرف في العقار موضوع الدعوى, و بهذا صدر القرار بتصديق واقعة الصلح بين الطرفين و بتعهد المدعى عليهما بعدم معارضة المدعي بالانتفاع بسهامه الشائعة, وكان ذلك أسنادا الى المادة ٦٩٨ من القانون المدني العراقي .

(65)أنظر: القرار التمييزي المرقم ٢٠٢٨/صلح/٢٠٠٨ و الصادر من محكمة التمييز الاتحادية العراقية و الذي ينص على أنه " لدى التدقيق و المداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لكون يوم ٢٠٠٨/٧/١٩ و هو اخر ايام الطعن يصادف يوم السبت عطلة رسمية لذا قرر قبوله شكلاً و لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح و موافق للقانون للأسباب المذكورة فيه حيث أن الثابت من اضبارة الدعوى بأن العقار المرقم ٢/٢٢٤ م ٢١ السلام مسجل وحسب سنده العقاري بأسم(ح) (مورث الطرفين المتداعيين) و المتوفي بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٦ حسب القسام الشرعي المرقم ١٦٠٨ في ٢٠٠٣/١٠/٢٠ الصادر عن محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية و حيث قد تأيد من التحقيقات التي اجرتها محكمة البداءة بأن المميز(المدعى عليه/المستأنف) يشغل العقار موضوع الدعوى قبل وفاة مورثه و مستمراً بأشغاله الى الى الوقت الحاضر حسب ما ورد بإقرار وكيله أمام محكمة البداءة في الجلسة المؤرخة ٢٠٠٨/٢/١٨ و بذلك يكون للمميز عليهم(المدعون/ المستأنف عليهم) حق المطالبة بأجر المثل اعتباراً من تاريخ وفاة مورثهم في ٢٠٠٣/٤/٦ و لغاية تاريخ اقامة الدعوى حيث نصت المادة(١٠٦٣) من القانون المدني(يجوز للشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعاً و يجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى أو مزارعة أو ايجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه وجب عليه أجر المثل..) و حيث أن الطرفين المتداعيين قد تصالحا على مبلغ قدره اربعة ملايين و خمسمائة الف دينار و لما كان الصلح عقداً يرفع النزاع و يقطع الخصومة بالتراضي أستناداً لاحكام المادة(٦٩٨) من القانون المدني فيكون حكم المميز الذي قضى بتأييد الحكم البدائي قد التزم وجهة النظر القانونية و قرر تصديقه و رد الطعن التمييزي و تحميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠٨/٩/٢".

(66)فتحي رياض أبو زيد, التمييز بين الصلح و التسوية الودية في انقضاء الدعوى الإدارية, دار الجامعة الجديدة, مصر- الاسكندرية, ٢٠١٦, ص ١١٣.

(67)طلعت دويدار, النظرية العامة للتنفيذ القضائي, منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الأولى, ٢٠٠٨, ص ١٣٩.

(68)نصت المادة (١٠٤٧) من قانون الموجبات و العقود اللبناني على أنه « يمكن الطعن في عقد المصالحة :أولاً- لوقوع الاكراه أو الخداع. ثانياً –لحدوث غلط مادي يقع على شخص الفريق الآخر أو على صفته أو الشيء الذي كان موضوعاً للنزاع. ثالثاً- لفقدان السبب عندما تكون المصالحة واقعة :١- على سند مزور.٢- أو على سبب غير موجود.٣- أو على قضية انتهت بصلح صحيح أو بحكم غير قابل للاستئناف و لا لإعادة المحاكمة, و كان احد الفريقين أو كلاهما غير عالم بوجوده. و لا يجوز طلب الابطال من اجل الاسباب المتقدم بيانها الا للفريق الذي كان حسن النية».

(69)زهدي يكن, مصدر سابق, ص ٢١٢.

(70)عماد خلف الدهام و أحمد سمير محمد ياسين, دور القاضي المدني في الصلح و آثاره القانونية – دراسة فقهية تطبيقية, بحث منشور على الموقع الالكتروني https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=128107 تاريخ الزيارة:٧/١٢/٢٠١٩, الساعة:١١:٣٠Am.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140209

(71)أنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم ١٧٠٦/عقد باطل/٢٠٠٨, الذي تضمن مبدأ الحكم على أن«بيع العقار خارج التسجيل العقاري يعتبر باطلاً بحكم القانون و لا ينتج أثراً بين الطرفين و لا موجب لأقامة دعوى لأبطاله».

(72)السنهوري,الوسيط,ج٥, مصدر سابق, ص٥٢١.

(73)أنظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم٢٥٤/تسجيل عقاري/٢٠٠٨, و الذي نص الحكم على أنه «لدى التدقيق و المداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز لاتحادية وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً-لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح و موافق للقانون. إذ جاء اتباعاً لقرار النقض التمييزي الصادر بعدد٣١/موسوعة مدنية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/٢٥ لأنه و حسب ما هو موضح في القرار التمييزي الموه عنه أعلاه. فأن القطعة موضوع الدعوى تعود للدولة و مخصصة مباني عامة و أن بيعها يخضع للأسس الواردة بقانون بيع و ايجار اموال الدولة رقم ٣٢لسنة ١٩٨٦ آب بالمزايدة العلنية و فق الطريق الذي رسمه القانون المذكور. و حيث إجراءات التخصيص لم تقترن بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري و أن القطعة لم يتم بيعها عن طريق المزايدة العلنية لذلك تكون مطالبة المدعيان بدعواهما لتسجيل القطعة باسمهما لا سند له من القانون. لا سيما و أن تسجيل القطعة بأسم المدعيين في سجلات التسجيل العقاري ..... . لأنه أستند الى حكم غير مكتسب الدرجة القطعية و يكون تسجيلاً باطلاً و لا يعتد به قانوناً. و لما كانت محكمة الاستئناف سارت بهذا الاتجاه و قضت بفسخ الحكم البدائي و رد اللائحة التمييزية مع تحميل المميزين رسم التمييز. صدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠٨/٥/٢١».

(74)سعيد عبد الكريم مبارك, موجز احكام قانون التسجيل العقاري رقم(٤٣)لسنة١٩٧١, طباعة جامعة بغداد, ١٩٩٠, ص ١٩٩.

(75)مجيد مصطفى, شرح قانون التسجيل العقاري رقم(٤٣)اسنة١٩٧١, ج٣, الطبعة الأولى, مطبعة المعارف-بغداد, ١٩٧٩, ص ١٤٦.

(76)سعيد عبد الكريم مبارك, مصدر سابق, ص ٢٠٠.

(77)أنظر: قانون الشهر العقاري المصري رقم (١١٤)لسنة ١٩٤٣.

(78)مندي حمزة محمد, الشهر العقاري تطوره و احكامه, دار النهضة العربية, ٢٠١١, ص٧٠.

(79)زهدي يكن, مصدر سابق, ص ١٩٥.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0