وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ابن خلدون –تيارت-
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر

الشعبة: حقوق
التخصص: القانون العقاري
بعنوان:

بيع الحقوق المتنازع عليها في القانون الجزائري

من اعداد الطالبة:
بن عوالي فتيحة

تحت اشراف الأستاذ(ة)
أ.د. محمودي قادة

لجنة المناقشة

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
ولد عمر الطيب	استاذ التعليم العالي	رئيسا
محمودي قادة	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا
شارف بن يحي	استاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا
بوغرارة صالح	استاذ التعليم العالي	مدعو

السنة الجامعية: 2022-2023

شكر وتقدير

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني

على إنجاز هذا العمل المتواضع وأخص بالذكر

الأستاذ المشرف "محمودي قادة" الذي لم يبخل عليّا

بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لي في

إتمام هذه المذكرة

اهداء

إلى الينبوع الذي لا يمل من العطاء، إلى من حاكت سعادتي من خيوط منسوجة من قلبها إلى والدتي العزيزة.

إلى من شقي وسعى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل على بشيء من أجل دفعي إلى طريق النجاح، الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكة وصبر، والدي العزيز.

إلى من كان لي سندا في هذه الحياة زوجتي وأبنائي

إلى من حبهم في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى أخواتي وإخوتي...

إلى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح والإبداع، إلى من تكاثفنا يدا بيدٍ نقطف زهرة تعلمنا، زميلاتي وأصدقائي...

إلى من علمونا حروفًا من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسمى وأجلى عبارات العلم، إلى من صاغوا لنا علمهم حروفا تنير لنا سيرة العلم والنجاح، إلى أساتذتي الكرام.

مقدمة

يحتل عقد البيع مكانة جد حساسة في أوساط المجتمع، كون مجمل المعاملات التي يقوم بها الأفراد داخل المجتمع تتمحور في غالبيتها حول البيع. وعلى هذا الأساس تدخل المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة، ورجال الفقه لتسمية العقود الواردة على هذا الأخير، فمنها: بيع ملك الغير، بيع المشاع، بيع المريض مرض الموت، بيع التركة، بيع الجزاف، وبيع الحقوق المتنازع فيها ويعتبر النوع الأخير من هذه البيوع النوع الأكثر شيوعا وفي نفس الوقت الأكثر جهلا من طرف المتقاضين الأمر الذي أثبتته غياب القرارات المنشورة الصادرة عن المحكمة العليا[1]، وبتصفح كل المجلات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا من سنة 1989 إلى حد الساعة لم يسعفنا الحظ لنجد أي قرار يتناول مسألة بيع الحقوق المتنازع فيها.

ومن خلال تصفح بعض الأحكام والقرارات الصادرة من المجالس القضائية تبين أنه في العديد منها هي في الأصل بيع حق متنازع فيه إلا أن غياب المعرفة بأحكام بيع الحق المتنازع فيه وآثاره أدى بمعظم بل جل المتقاضين للتمسك تارة ببيع ملك الغير وتارة أخرى بيع المشاع. والملاحظ أن لجوء المشتري لشراء حق متنازع عليه يجهل مصيره لا يكون إلا من شخص يحترف مثل هذه المعاملات الخسيسة فيستغل حينها جهل البائع في أيلولة الحق المتنازع فيه من عدمها، الأمر الذي يجعل المشتري يحصل على الشيء المبيع بأقل ثمن.

الأمر الذي دفعنا لدراسة موضوع بيع الحقوق المتنازع فيها بنوع من التفصيل، لفك اللبس الذي قد يعتري هذا الموضوع ولاسيما أنه يتداخل مع بعض البيوع الأخرى إلى حد بعيد.

وعليه لإزالة هذا الغموض اقتضى الأمر لضبط وتحديد ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها في بادئ الأمر ثم الآثار المترتبة على هذا النوع من البيوع. الأمر الذي سنعالجه بنوع من الاسترسال في دراستنا لموضوع بيع الحقوق المتنازع فيها في ظل التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة لاسيما، التشريع اللاتيني والتشريعات العربية. .

[1] – عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، سنة 2001، مطبوعات الديوان الوطني لأشغال التربوية، بريكة، باتنة، ص 33.

وحاصل التطرق والإحاطة بالوجهين سيؤدي إلى الإجابة عن الإشكالية العامة لهذه الدراسة ألا وهي :

- **إلى أي مدى عالج المشرع الجزائري بيع الحقوق المتنازع عليها في القانون الجزائري ؟**
- **وماهي الحماية التي وفرها لهذا الحق؟**

وعليه فإننا وفي إطار محاولة الإجابة عن الإشكالات المثارة، وسعيا منا لبلوغ الهدف المنشود من الدراسة الحالية ارتأينا انتهاج طريقة تجمع بين اسلوب المقارنة والتحليل والجمع بين كل ما هو نظري تحليلي، حيت لم نتوقف عند دراسة احكام القانون مجردة بل عكفنا على تناول الموضوع في ضوء الموضوع وفي ضوء اراء الفقهاء والاجتهاد القضائي.

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية موضوع بيع الحقوق المتنازع عليها.

- تسليط الضوء على أساليب البيع من الحقوق المتنازع عليها.
- إن الاعتداءات الواقعة على الحقوق تعد اعتداءا على الإنسان لذا بدأ المشرع الجزائري في إيجاد حلول من أجل حماية الحقوق المتنازع عليها.

أهداف الدراسة:

لكل موضوع بحث أهداف بحث يسعى الباحث إلى تحقيقها وعليه توخينا من خلال هذا البحث تحقيق الأهداف التالية:

- تعميق مستوى فهم موضوع بيع الحقوق المتنازع عليها.
- إثراء الرصيد المعرفي.
- الإطلاع على مختلف القوانين المنظمة للحقوق وكيفية حمايتها.
- بيان الطبيعة القانونية والفقهية للحقوق المتنازع عليها.

أسباب اختيار الموضوع

من الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع:

- الرغبة والحرص على اكتساب المعارف والخبرات في الموضوع وذلك عن طريق البحث في الكتب القانونية والفقهية.
- انجذابنا وميولنا وفضولنا في البحث والاستطلاع في هذا الموضوع.
- الرغبة في الوصول إلى نتائج وتوصيات واقتراحات في هذا الموضوع، والاستفادة منها في الجانب العلمي.
- المساهمة ولو بجزء بسيط في إثراء مكتبة الشريعة والقانون.

منهج البحث

للإجابة على الإشكالية المطروحة اتبعنا المنهج التحليلي، لأن طبيعة الموضوع يفرض علينا نوعية المنهج الواجب إتباعه، ودراستنا لموضوع بيع الحقوق المتنازع عليها في التشريع الجزائري يعتمد على تحليل النصوص بعد عرضها ومناقشتها، لذلك كان المنهج المتبع هو المنهج الوصفي التحليلي.

خطة البحث

فبناء على ما سبق ومحاولة منا إعطاء الموضوع حقه من الدراسة، ارتأينا معالجة بعض النقاط المهمة وذلك بتقسيم بحثنا هذا إلى فصلين، حيث تناولنا ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها في الفصل الأول وقسمناه بدوره إلى مبحثين خصصنا كل مبحث لمفهوم بيع الحقوق المتنازع فيها. فشرحنا بيع الحقوق المتنازع فيها في المبحث الأول ثم محل الحظر الواقع على التعامل في الحقوق المتنازع فيها وجزاؤه في المبحث الثاني. وخصصنا الفصل الثاني الآثار المترتبة على بيع الحقوق المتنازع فيها وقسمناه هو أيضا إلى مبحثين تناولنا أحقية استرداد الحق المتنازع فيه في المبحث الأول ثم آثار الاسترداد في المبحث الثاني.

الفصل الأول:

ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها

تمهيد وتقسيم:

يعتبر عقد البيع من اشهر عقود المعاوضات المالية، وقد تعامل به البشر منذ الازل والى وقتنا هذا، كما اهتمت التشريعات المدنية في جميع الدول بهذا العقد وافردت لأحكامه جزء غير يسير، نظرا لكثرة التعامل به بين الناس وما ينتج عن ذلك التعامل من نزاعات ومشكلات، وبالنظر الى القانون المدني الجزائري فقد خص جزءا كبيرا من احكامه لتناول احكام عقد البيع بداية من تعريفه وكذا تحديد اركانه والاثار المترتبة على انعقاده.

وبالرجوع الى احكام القانون المدني الجزائري في مادته 351 نجد انه عرف عقد البيع والذي اشترط فيه توافر جملة من الاركان ليكون صحيحا محدثا لأثره والمتمثلة في ركن الرضا وهو ان يتلاقى الايجاب الصادر من احد المتعاقدين مع القبول الصادر من المتعاقد الاخر، مع اشتراط تطابقهما على ذات العقد وعلى المسائل الجوهرية التي اتفقا عليها المتعاقدان وان يكون هذا الرضا صادر ممن يتمتع بأهلية التصرف ويكون خاليا من العيوب، وركن السبب وهو الغرض الذي من اجله اتجهت نية المتعاقدين الى ابرام التعاقد والباعث الى ابرامه ويشترط ان يكون السبب مشروعا، موجودا، صحيحا. كما قد يشترط ركن الشكلية في بعض العقود، وركن المحل للبيع محلان للعلم ان المحل في واقع الامر ركن في الالتزام لا في العقد، ولما كان البيع عقدا ملزما للجانبين، فإنه ينشئ التزامات في جانب البائع محلها هو المبيع، وينشئ التزامات في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن، لذلك يكون للبيع محلان هما المبيع والثمن.

ويجب أن تتوفر في المبيع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام وهي ان يكون المبيع موجودا، معينا أو قابل للتعيين، وصالحا للتعامل فيه، ويضاف الى هذه الشروط ان يكون المبيع مملوكا للبائع.

والمعنى المقصود بالوجود هو ان يكون المبيع موجودا وقت انعقاد البيع او ان يكون ممكن الوجود بعد ذلك، فإن كان المبيع غير موجود اصلا ولا يمكن وجوده في المستقبل فالبيع باطل ، واذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع فالبيع يكون ايضا باطل. اما اذا كان المبيع موجودا وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم، فالبيع ينفسخ.

وقد يقصد المتبايعان ان يقع البيع على شيء موجود فعلا لا على شيء ممكن الوجود، ففي هذه الحالة اذا كان المبيع غير موجود وقت البيع، حتى ولو امكن وجوده في المستقبل، كان البيع باطلا، فإذا لم يقصد المتبايعان ان يتبايعا شيئا موجودا فعلا وقت البيع جاز ان يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل، والشيء المستقبلي قد يكون محقق الوجود كأن يبيع شخص لأخر منزلا لم يبدأ بناءه على ان تنتقل ملكية المنزل الى المشتري عند تمام البناء، وقد يكون محتمل الوجود كما اذا باع شخص نتاج ماشي، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، والبيع هنا معلقا على شرط واقف يتحقق اذا وجد النتاج.

وقد يقيد التبايع على شيء محتمل الوجود، كما هو الحال في بيع الحقوق المتنازع فيها فهذه الحقوق قد توجد وقذ لا توجد فإذا ثبت حق المبيع للبائع انتقل الى المشتري بعقد البيع، وإذا لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري، فالمشتري الذي يقدم على شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن.[1]

و لما كان بيع الحقوق المتنازع فيها عقد من العقود المنصوص عليها قانونا فما هي ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها؟ و على من يحظر التعامل فيها؟ وما جزاء هذا الحظر؟

هذا ما سنتناول دراسته في هذا الفصل تحت عنوان: ماهية بيع الحقوق المتنازع عنها.

المقسم الى مبحثين:

المبحث الاول: تحت عنوان مفهوم بيع الحقوق المتنازع عنها.

المبحث الثاني: تحت عنوان الحظر الواقع على التعامل في الحقوق المتنازع عنها و جزاؤه.

[1]- د/عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص191.

المبحث الأول: مفهوم بيع الحقوق المتنازع فيها

في هذا المبحث سنعالج بنوع من التفصيل مفهوم بيع الحقوق المتنازع فيها وذلك من خلال تعريفه وتحديد شروطه فضلا عن مسألة تكييفه في مطلب أول، ثم مكانة بيع الحقوق المتنازع فيها عن بعض البيوع الأخرى التي قد تتداخل معه في مطلب ثاني، وهذا ما سيؤدي بنا لا محالة للتطرق إلى بعض المبادئ العامة التي تحكم عقد البيع.

المطلب الأول تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها

من خلال هذا المطلب سنتناول تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها، الأمر الذي يجعلنا لا مناص أن نتطرق إلى نقطتين أساسيين وهما:- تعريف عقد البيع- تعريف الحق المتنازع فيه.

الفرع الأول: تعريف عقد البيع

لقد عرف المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الوضعية بنص المادة 351 قانون مدني جزائري بقولها: " البيع عقد يلزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي" إلا أن هذا التعريف لم يفلت من سهام النقد ولعل أهم ما يمكن قوله أنه جعل نقل الملكية مجرد التزام على عاتق البائع، في حين أنها حكم أصلي في عقد البيع. كما اعتبر أنه تعريفا بالاستثناء لا بالأصل كون أن البيع كأصل عام يؤدي إلى نقل الملكية والاستثناء أنه ينشئ التزاما في ذمة البائع.

وقد عرفته المادة 418 من القانون المدني المصري بقولها "البيع عقد يلتزم به البائع، أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي" وأما فيما يخص القوانين اللاتينية ولاسيما القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1582 عرفته على النحو التالي: "البيع اتفاق يلتزم به أحد الطرفين ، بتسليم شيء ويلتزم الطرف الآخر بدفع ثمنه " والملاحظ على هذا التعريف أنه قد سها بالتطرق لأهم شيء في عقد البيع ألا وهو نقل الملكية مكتفيا بالتسليم.

كما عرفه القانون المدني الألماني في المادة 434 بأنه " عقد يلتزم فيه البائع، بتسليم شيء للمشتري، ونقل ملكيته إليه مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه واستلام الشيء المبيع."

وعلى غرار كل القوانين والنظم، عرفت الشريعة الإسلامية عقد البيع بأنه " تمليك البائع شيئا للمشتري بمال يكون ثمنا للمبيع. "

كما عرفته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/12/22 في الملف المسجل تحت رقم 1006776 "من المقرر قانونا، أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي".[1]

ويتضح من خلال التعريفات أن عقد البيع لا ينعقد إلا مشتملا بأركانه الأساسية من تراضي، محل، سبب وبالإضافة إلى الشكلية في بعض العقود والتي تعتبر كقيد لمبدأ سلطان الإرادة. ولعل ركن المحل من أهم الأركان التي لها علاقة وطيدة بموضوع البحث الذي استقيناه لدراستنا، كون المحل في بيع الحقوق المتنازع فيها هو جسم النزاع وهذا ما طرح عدة إشكالات سنحاول التطرق إليها من خلال بحثنا هذا.

الفرع الثاني : تعريف الحق المتنازع فيه

حتى نتمكن من إعطاء تعريف للحق المتنازع فيه وبصفة واضحة سنحاول من خلال هذا الفرع أن نتطرق إلى تعريفه وفقا للقانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة مبرزين في ذلك شروطه ومميزاته ومسألة تكييفه.

أولا: تعريف الحق المتنازع فيه وفقا للقانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة.

تنص الفقرة الثانية من المادة 400 من القانون المدني الجزائري على انه: " يعتبر الحق متنازعا فيه، إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري".[2]

يستشف من هذه المادة أنها تطرقت للأثر المترتب عن التعامل في الحق المتنازع فيه قبل تعريفه. وجاءت صياغة المادة بالشكل التالي: "إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه، فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة" ثم تأتي الفقرة الثانية السالفة

[1] – المجلة القضائية رقم 02، لسنة 1994، قسم الوثائق المحكمة العليا

[2]- القانون المدني الجزائري رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

الذكر لتعرف الحق المتنازع فيه، كما سقطت كلمة " موضوعه" من النص العربي كون النص الفرنسي جاء على النحو التالي:

"le droit est considéré comme litigieux s'il y a procès ou contestation sérieuse sur son fond".(1)

وقد عرفه التقنين المدني المصري في المادة 469 وجاءت على النحو التالي:" ويعتبر الحق متنازعا فيه، إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي".

أما المادة 281 من قانون الموجبات والعقود اللبناني فإنها عرفت الحق المنازع فيه على أنه "كل حق يحصل فيه خلاف بين ذوي الشأن يقضى إلى التقاضي ولو لم ترفع به دعوى."

أما بخصوص التشريعات اللاتينية لا سيما التشريع الفرنسي عرف الحق المنازع فيه في المادة 1700 من القانون المدني والتي نصت " يعتبر الشيء متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو ثار حول موضوع الحق نزاع جدي"

« La chose est censée litigieuse dés qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit »(2)

والملاحظ عل هذه التعريفات ورغم اختلافها من حيث الصياغة إلا إنها تجتمع على أمر واحد وهو أن الحق يكون متنازعا فيه في حالتين دون سواهما.

الحالة الأولى: حالة رفع دعوى أمام القضاء

و في هذه الحالة يشترط أن يكون موضوع النزاع المرفوع بشأنه دعوى أمام القضاء قد انصبت على أصل الحق، لأنه يحدث أن ترفع دعوى ولكن النزاع لا يمس موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية في الإجراءات، كعدم صحة التكليف بالحضور، عدم توافر الصفة أو الاختصاص

1 -Dalloz : code civil, loi du 15 juin 1976, année 1995/1996.

2 - Dalloz : code civil, 106 édition successions et libéralités, loi du 23 juin 2006,année 2007.

فهذه المسائل لا يعتبر معها الحق متنازعا فيه كونها غير متعلقة بأصله[1]. ولكن يجب أن يكون النزاع متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالوفاء أو انقضائه بالتقادم[2] كأن يرفع المدعي دعوى يتخذ فيها موقف الإنكار للحق.

ويبقى النزاع قائما حول موضوع هذا الحق طالما انه لم يبث في الدعوى بحكم نهائي، فيضل الحق متنازعا فيه إذا صدر في الدعوى حكم ابتدائي وكان الطعن فيه جائزا بطرق الطعن العادية – المعارضة أو الاستئناف. [3]

و منه فإن صفة النزاع تسقط عن الحق بعد استنفاذ هذه الطرق حتى ولو كان الحكم قابلا للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية – الطعن بالنقض، التماس إعادة النظر، اعتراض غير الخارج عن الخصومة– لكن إذا تم الطعن فيه بالنقض فعلا وألغي قرار المجلس وأحيل الأطراف على نفس المجلس أو مجلس آخر سواء بنفس التشكيلة أو تشكيلة جديدة رجعت له صفة الحق المتنازع فيه.

الحالة الثانية: حالة وجود نزاع جدي حول موضوع الحق

قد لا ترفع دعوى بالحق المتنازع فيه، ولكن قد يكون النزاع حول موضوعه وهذا كافي لاعتباره حقا متنازعا فيه، وقد اشترطت أغلب التشريعات أن يكون النزاع جديا حتى ولو لم ترفع بشأن هذا الأخير دعوى أمام ساحة القضاء. وقد ذهب اتجاه من الفقه إلى حد الاعتبار أن الحق لا يكون متنازعا فيه إذا لم يكن في موضوعه نزاع جدي حتى ولو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة واعتبروا أن صعوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا عليه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ[4] ولكن ليس مجرد احتمال رفع دعوى في المستقبل بشأن الحق أو احتمال وقوع النزاع وإنما يجب أن يكون النزاع جديا وقت التنازل عن الحق وهذا ما استقر عليه الفقه كون مختلف

[1]– محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة لسنة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية–بن عكنون– الجزائر، ص57.

[2]– المرجع نفسه، 59.

[3]– توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، سنة 1988، المكتبة القانونية للدار الجامعية، مصر، 103.

[4]– أنور سلطان، شرح أحكام البيع، سنة 1986، الدار الجامعية، ص 79.

التشريعات جاءت غامضة ولم تحدد هذه المسألة بصفة واضحة. ومثال ذلك كما لو اغتصب شخص أرض غيره، وقدم صاحب الأرض شكوى أمام الجهات الإدارية وعليه يمكن القول أن النزاع يكون جديا كلما كانت هناك حاجة إلى رفع دعوى لإثبات الحق.

ثانيا: مميزات الحق المتنازع فيه

يتميز الحق المتنازع فيه بميزتين أساسيتين[1] لاسيما من حيث الأثر والنطاق، ونظرا لكون الحديث عن هذه المميزات سنتطرق إليه لاحقا وبنوع من التفصيل وعليه نكتفي بالإشارة إلى هاتين الميزتين كما يلي:

أ. أن بيع الحقوق المتنازع فيها محظور على فئة معينة من الأشخاص وردت على سبيل الحصر.

ب. أن المدين – المتنازل ضده – يجوز له استرداد الحق المتنازع فيه من يد المتنازل له إذا وقع التصرف بمقابل.

ثالثا: مسألة تكييف الحق المتنازع فيه.

إن مسألة تكييف الحق المتنازع فيه تعتبر من أهم المسائل القانونية المطروحة بحدة والتي أسال فيها الفقهاء كثيرا من الحبر، سيما ما يتعلق بالجهة المخول لها قانونا تكييفه من عدمه بالإضافة إلى المستوى الذي تثار فيه هذه المسألة.

فقد ذهب الكثير من الفقهاء ومنهم الدكتور: عبد الرزاق أحمد السنهوري، أنور طلبة وخليل أحمد حسن قدادة إلى اعتبار مسألة تكييف الحق إن كان متنازعا فيه أم لا هي مسألة قانونية لا واقعية ومنه فإن قاضي الموضوع يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه يفصل في كل الوقائع التي طرحت عليه تؤدي إلى اعتبار الحق متنازعا فيه أم لا، لذا فهو يبحث عن الأركان، والتي بتوافرها كما سبق

[1] – أنور طلبة، عقد البيع في ضوء قضاء النقض، التصدي لكافة المنازعات الناشئة عن عقد البيع وحسمها بقضاء محكمة النقض، سنة 1990، ص 91.

الإشارة إليه يعتبر معها الحق متنازعا فيه وبالإضافة إلى رفع دعوى أو وجود نزاع جوهري حول موضوع الحق أضاف الفقه العلم لدى المشتري وقت شراء الحق المتنازع فيه. [1]

ومن المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية بخصوص مسألة تكييف الحق المتنازع فيه" هو أن شراء المدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر الدين متنازعا فيه" قرار بتاريخ 1938/04/07. [2]

كما صدر قرار آخر صدر عن محكمة النقض المصرية والتي اعتبرت فيه أن النزاع يقوم في موضوع الحق إذا تعلق بوجوده، انقضاءه أو مقداره حتى ولو تقدم بدفع موضوعي يرمي إلى رفضه نهائيا كالدفع بالتقادم، قرار بتاريخ 1946/05/07[3]

أما بخصوص إثارة الدفع المتعلق بشراء الحق المتنازع فيه يجب إثارته أمام محكمة الموضوع ولا يمكن إثارته لأول مرة في محكمة النقض. [4]

بالرغم من أننا حاولنا من خلال المطلب الأول إعطاء مفهوما لبيع الحقوق المتنازع فيها من خلال تعريفه وتحديد شروطه وكذا مسألة تكييفه إلا أن الأمر يبقى يكتنفه نوع من اللبس والغموض كون هذا النوع من البيوع غالبا ما يختلط مع غيره من أنواع البيوع الأخرى ولاسيما بيع ملك الغير وبيع المشاع وهذا ما أثبتته الممارسات القضائية، الأمر الذي حتم علينا معرفة مكانة بيع الحقوق المتنازع عليها عن بعض البيوع الأخرى، هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

[1] – خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، (عقد البيع)، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية– بن عكنون– الجزائر ، ص 142.

[2] – مجموعة عمر للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية 02، رقم 109 لسنة 1938، الجمعية العمومية، مطابع مذكور وأولاده، ص 81

[3] – مجموعة عمر للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية 04، رقم 129 لسنة 1946، الجمعية العمومية، مطابع مذكور وأولاده، ص 23.

[4] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 115.

المطلب الثاني: مكانة بيع الحق المتنازع عليه عن بعض البيوع الأخرى

بعد أن خلصنا في الطلب الأول من ضبط مفهوم البيع الحق المتنازع فيه، فالأجدر بنا أن نميز بيع الحق المتنازع عليه على بعض البيوع الأخرى التي قد تتدخل وتتشابه معه في الكثير من الأحيان ونذكر منها خاصة بيع ملك الغير وبيع المشاع التي قد تشبه بيع الحقوق المتنازع فيها تارة في أحكامه وتارة أخرى في آثاره الأمر الذي جعلنا ندرس مكانة بيع الحقوق المتنازع عليها عن بعض البيوع الأخرى لإضفاء نوع من الشمولية لضبط ماهية بيع الحق المتنازع عليه. وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى التمييز بين بيع الحق المتنازع فيه عن بيع ملك الغير وفي الفرع الثاني إلى تمييزه عن بيع المشاع.

الفرع الأول: التمييز بين بيع الحق المتنازع عليه عن بيع ملك الغير

سبق وأن وضحنا في المطلب الأول أننا لا نكون بصدد بيع الحقوق المتنازع فيها ما لم نكن بصدد حق محل نزاع مطروح أمام ساحة القضاء أو كنا في مواجهة نزاع جدي وفي هذه الحالة والحالة فقط نكون بصدد بيع حق متنازع عليه طبقا لنص المادة 400 من القانون المدني الجزائري، بيد أن لو رجعنا لنص المواد 397-398-399 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها نص المواد 467-468-469 من القانون المدني المصري[1] والتي تنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أم يعلن بيعه.

وفي كل الأحوال لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري" لا نكون بصدد بيع ملك الغير إذا قمنا ببيع شيء مملوك للغير ومعين بالذات وكنا نقصد نقل الملكية في الحال في هذه الحالة والحالة فقط نكون بصدد بيع ملك الغير[2] وعلى هذا الأساس من خلال تعريف بيع ملك الغير ومن خلال استقراء نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري يمكن استنباط شروط بيع ملك الغير وهي:

[1]- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 71.

[2]- المرجع نفسه، ص 66.

1. **أن يكون المبيع معينا بالذات:** فلا نقصد نقل الملكية في الحال ما لم يكن المبيع معينا بالذات وعليه يخرج من باب بيع ملك الغير إذا كان المبيع معينا بالنوع لأنه لا يجوز نقل الملكية في الحين ما لم يتم فرزه.
2. **أن يكون المبيع مملوكا لشخص غير البائع والمشتري:** لأنه إذا كان المبيع مملوكا للبائع كان البيع صحيحا ومن آثار بيع ملك الغير بالدرجة الأولى هو الإبطال وليس البطلان طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري ويكون طلب الإبطال مقررا فقط لصالح المشتري بنص القانون أما البائع فليس له الحق في ذلك ولو كان حسن النية ولا يسقط حقه في طلب الإبطال إلا في حالة التقادم أو الإجازة الصادرة منه أو إقرار المالك الحقيقي أو تملك البائع للمبيع بعد البيع بصريح المادة 398 من القانون المدني الجزائري. [1]

وعليه من خلال هذه الإشارة الموجزة لبيع ملك الغير وأحكامه قد يتبادر إلى أذهاننا أن بيع ملك الغير وبيع الحق المتنازع فيه هما على حد سواء. ومن خلال المثال الموالي يتضح معالم التشابه والاختلاف.

مثال: (أ) باع سيارة إلى (ب) واستلم منه الثمن دون أن يسلم السيارة لهذا الأخير ثم باع نفس السيارة إلى (ج) وسلمه إياها مقابل دفع الثمن.

نحن هنا بصدد بيع ملك الغير لأن السيارة منقول معين بالذات تنتقل الملكية للمشتري بمجرد العقد. وعليه عملية بيع السيارة من (أ) إلى (ج) هي بيع ملك الغير، كما أنه قد يخيل لنا أن (ب) قد ينازع (أ) على عدم تسليمه السيارة بالرغم من أنها أصبحت ملكا له بمجرد انعقاد العقد مما يخوله أحقية استعمال نص المادة 400 من القانون المدني الجزائري أمام ساحة القضاء لممارسة رخصة الاسترداد في مواجهة (ج) لاسترداد السيارة التي هي ملك له.

و لكن لو نظرنا إلى هنا المثال بتمعن ومن خلال مراجعة شروط الحق المتنازع عليه وبيع ملك الغير يتضح أننا بصدد بيع ملك الغير وليس حق متنازع عليه لأن في بيع الحق المتنازع عليه لا تكون ملكية الشيء المبيع مفصول فيها بل هي نفسها محل نزاع إما قضائي أو جدي ولكن في بيع ملك الغير تكون

[1] – محمد حسنين، المرجع السابق، 67.

الملكية ثابتة لأحد الخصوم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن أثر بيع ملك الغير هو البطلان النسبي إلا أنه في بيع الحقوق المتنازع عليها هو ممارسة رخصة الاسترداد التي سنوضحها بنوع من التفصيل في الفصل الثاني وعليه فإن الفرق الجوهري بين بيع الحقوق المتنازع عليها وبيع ملك الغير هو أنه في الأول نكون بصدد نزاع أمام ساحة القضاء أو خارجها باشتراط الجدية مع العلم أن ملكية المبيع تكون في مغبة من أمرها فهي غير مفصول فيها إلى من تؤول من أطراف الخصومة، في حين أنه نكون بصدد بيع ملك الغير لما نكون في مواجهة بيع شيء مملوك للغير وكان البائع يقصد نقل الملكية في الحال.

الفرع الثاني: تمييز بيع الحق المتنازع فيه عن بيع المشاع

نص المشرع الجزائري على بيع المشاع في المادة 713 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها نص المادة 825 من القانون المدني المصري والتي تنص على: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك" فالملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة، إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال وليست في جزء منه. وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة. والشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة على الملكية المشتركة. [1]

وقد نصت المادة 714 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري بأحقية الشريك بالتصرف في حصته الشائعة كما يشاء بشرط عدم الإضرار بباقي الشركاء. أما إذا باع كل المال المشاع كان البيع صحيحا في حصته وقابلا للإبطال على باقي حصص شركائه طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري، أما إذا باع الشريك حصة مفرزة من المال المشاع فإن المادة 714 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها نص المادة 826 فقرة 02 من القانون المدني المصري أنه إذا لم يؤول هذا القسم المفرز إلي البائع فهنا جاز للمشتري حق طلب الإبطال، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها – غير مفرزة –

[1] – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع وعقد الكفالة، الطبعة الخامسة، سنة 1998 دار الكتب القانونية، نشأت مصر، لبنان، ص 42.

ويكون لشركائه حق طلبي الاسترداد إذا باع الشريك حصة مفرزة على حقوق شركائه الآخرين بصريح نص المادة 714 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري. [1]

فمن خلال هذه الأحكام يستشف أنه لا يمكن ممارسة حق الاسترداد إلا في حالة ما إذا تصرف الشريك في الشيوع ببيع حصة مفرزة على حقوق شركائه الآخرين، أما في الحالات الأخرى فيكون له حق طلب الإبطال لكوننا بصدد بيع ملك الغير طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري، أو يكون للمشتري حق طلب الإبطال إذا كان حسن النية طبقا لنص المادة 714 فقرة 02 من نفس القانون، في حين في بيع الحقوق المتنازع فيها وكما سبق وأن وضحنا سابقا أنه يشترط حتى نكون بصدد بيع حق متنازع فيه لا بد من وجود نزاع بمفهوم المادة 400 من القانون المدني الجزائري، والأثر المترتب هو ممارسة رخصة الاسترداد من المتنازل ضده في مواجهة المتنازل له بغض النظر عن الأحكام الخاصة المنوطة بهذه الدعوى، بخلاف الاسترداد المشار إليه في نص المادة 714 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري في بيع المشاع، فللوهلة الأولى يظهر بأن المشرع قد نظم حالة واحدة بحكمين أولاهما نص المادة 400 وثانيهما نص المادة 714 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، ولكن لو أمعنا النظر لوجدنا أن المشرع قد وفق إلى ما ذهب إليه لكون بيع الحق المتنازع فيه له أحكام خاصة تختلف عن تلك المشار إليها في بيع المشاع، بحجة أن الحق المتنازع فيه يشترط من جهة وجود نزاع جدي بين المتنازل ضده والبائع بمفهوم المادة 400 من القانون المدني الجزائري ولا تكون ملكية الحق المتنازع فيه مفرزة وثابتة لأي منهما بخلاف الحق المشاع الذي قد يحتمل النزاع بين الشركاء في الشيوع ولكن الملكية تبقى شائعة بينهم، ومن جهة أخرى فإن الأثر الوارد على نص المادة 714 قانون مدني جزائري يكون إما طلب الإبطال أو حق الاسترداد بحسب الحالة، أما نص المادة 400 قانون مدني جزائري فلا تخول للمتنازل ضده سوى حق ممارسة رخصة الاسترداد في مواجهة المتنازل له.

وعن طريق المفاضلة بين طريقة ممارسة حق الاسترداد وأثره تختلف هي الأخرى بين بيع الحقوق المتنازع فيها وبيع المشاع الأمر الذي سنتطرق إليه بنوع من التفصيل في المبحث الأول من الفصل الثاني.

[1] – مصطفى مصطفى منصور، شرح أحكام البيع، الطبعة الخامسة، سنة 1991، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 52.

بعد ضبط مفهوم بيع الحقوق المتنازع فيها ولا سيما في ظل التشريع الجزائري وبعد إزالة الغموض والخلط الذي قد يكتسي هذا الأخير بالأنواع الأخرى من البيوع ولا سيما بيع ملك الغير وبيع المشاع الأمر الذي دفعنا لمعرفة الأشخاص الوارد عليهم الحظر في التعامل بالحقوق المتنازع عليها والجزاء المترتب على هذا الحظر الأمر الذي سنتطرق إليه بنوع من التفصيل في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: الحظر الواقع على التعامل في الحقوق المتنازع فيها وجزاؤه

قبل الخوض في الحديث عن مضمون هذا المبحث، تجدر الإشارة إلا أن مختلف التشريعات الوضعية، في تنظيمها لبيع الحقوق المتنازع عليها أوردت نصين مانعين، الأول عام ويتعلق الأمر بشراء الحقوق المتنازع فيها، والثاني خاص وهو نص تطبيقي وعملي أكثر من سابقه، والمتعلق بتعامل المحامين مع موكليهم في الحقوق المتنازع عليها، الأمر الذي تحتم معه اختيار مصطلح التعامل بدلا من الشراء، كون المصطلح الأول أعم من الثاني ولتوضيح الأمر أكثر سنتطرق إلى نطاق الحظر ومجاله (مطلب أول) وما دام أنه لكل منع جزاء فإننا سنتطرق إلى الجزاء الذي رتبه القانون في حالة التعامل في الحق المتنازع فيه والحكمة المتوخاة منه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: نطاق الحظر ومجاله

سنحاول من خلال هذا المطلب، تبيان الحدود التي رسمها القانون في مجال بيع الحقوق المتنازع فيها، والتي تظهر من خلال اقتصار المنع على فئات معينة وأموال معينة وهذا ما سيتم معالجته تبعا لما تم ذكره ومن خلال فكرتين أساسيتين: الفرع الأول: منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها، والفرع الثاني: منع تعامل المحامين والمدافعين القضائيين مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها.

الفرع الأول: منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها

ذهبت المادة 402 من القانون المدني الجزائري على أنه" لا يجوز للقضاة، ولا المدافعين القضائيين، ولا المحامين، ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها."...

والظاهر من استقراء هذا النص أن المنع الوارد فيه، يعتبر استثناء من القاعدة العامة، وعليه يجب عدم الإطناب في تفسيره والحرص على تطبيقه بدقة، وهذا تقريرا للعلة التي وجد لأجلها النص، وما جاء به من قيد جعلت منه مقصورا على فئات معينة من الأشخاص، وبنوع معين من الأموال. وهذا ما سنتطرق إليه تبعا كما سيأتي بيانه.

أولا: الأشخاص الممنوعين من الشراء

يتضح من المادة 402 السالفة الذكر، أن الأشخاص الممنوعين من شراء الحقوق المتنازع فيها هم كالتالي: القضاة، المدافعين القضائيين، المحامين، الموثقين، كتاب الضبط.

قبل تحديد المقصود بكل فئة من الفئات التي عددتهم المادة 402 من القانون المدني الجزائري، تجدر الإشارة إلى أن هناك نصوص خاصة عالجت الموضوع سيما الأمر 23/96 والمؤرخ في 1996/07/09 والمتعلق بالوكيل المتصرف القضائي[1] وكذا الأمر 02/96 المؤرخ في 10-01-1996 والمتعلق بمهنة محافظ البيع بالمزاد العلني. [2]

ولكن بالرغم من وجود هذه النصوص، إلا أننا نأخذها وبتحفظ كون هناك من الفقهاء من يرى أن الفئات المذكورة في المادة 402 قانون المدني الجزائري جاءت على سبيل الحصر وهذا نظرا للطابع الاستثنائي للنص ومن ثم يجب التقيد بالفئات المذكورة في النص دون تطبيق حكم هذا النص على الفئات الأخرى التي لم تذكر كفئة المترجمين والخبراء. ومنه سنتطرق إلى المقصود بكل فئة مما سبق ذكره حسب الترتيب الوارد في نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري.

1. القضاة:

قبل إعطاء المقصود بكلمة قاضي يجب الإشارة إلى نص القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 06-09-2004 والمتضمن القانون الأساسي للقضاء[3] وضع تصنيفا للفئات التي يشملها سلك القضاء وهذا ما نصت عليه المادة الثانية منه بقولها:

[1]- الأمر رقم23/96، المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الجريدة الرسمية، العدد 43 لسنة 1996

[2]- الأمر رقم 02/96، المتعلق بمهنة محافظ البيع بالمزاد العلني، الجريدة الرسمية العدد 03 لسنة 1996

[3]- القانون الأساسي للقضاء، رقم 11/04، الجريدة الرسمية العدد 57 لسنة 2004

يشمل سلك القضاء:

- قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي.
- قضاة الحكم ومحافظي الدولة بمجلس الدولة والمحاكم الإدارية.
- القضاة العاملين.
- الإدارة المركزية لوزارة العدل.
- أمانة المجلس الأعلى للقضاء.
- المصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة.
- مؤسسات التكوين والبحث التابعة لوزارة العدل.

الشيء الملاحظ على النص أنه أعطى ثلاثة أصناف للقضاة، الصنف الأول وهم القضاة الذين ينتمون إلى القضاء العادي، والصنف الثاني وهم قضاة القضاء الإداري، وصنف ثالث وهم القضاة الذين يمارسون وظائف إدارية، ولكن رغم هذا فهم يتمتعون بصفة القاضي، الأمر الذي أدى بنا إلى طرح التساؤل التالي: هل المنع يشمل كل الأصناف أم يقتصر على صنف دون الآخر؟ والإجابة على هذا السؤال لا تكون إلا من خلال إعطاء المقصود بالقاضي الذي قصدته المادة 402 من القانون المدني الجزائري وعليه فإنه وطبقا لهذه المادة، فإن المقصود بالقاضي هو كل من ولي وظيفة القضاء فعلا[1]. أي كل قاضي عين للفصل في الدعاوى المرفوعة من قبل الأشخاص بمقتضى أمر صادر من السلطة المختصة، ويستوي في ذلك أن يكون قاضي أمام المحكمة أو المجلس أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة ومنه فإن القضاة الذين يمارسون وظائف إدارية والوارد ذكرهم في الفقرة 03 من المادة 02 لا يمكنهم الفصل في الدعاوي ومنه لا يطالهم الحظر.

[1]- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 50.

2. المدافعون القضائيون:

مهنة المدافع القضائي يحكمها الأمر رقم 67-203 المؤرخ في 27-09-1967 والمتعلق بمهنة المدافع القضائي والذي ألغي بموجب الأمر رقم: 75-49 المؤرخ في 17-07-1975 المتعلق بإنهاء توظيف المدافعين القضائيين.[1]

ومهمة المدافع القضائي هي نفسها مهمة المحامي إذ يتولى الدفاع عن حقوق الأطراف إلا أن اختصاصه محدود سواء تعلق الأمر بنوع القضايا، والتي يرخص له بالمرافعة في القضايا المدنية والمخالفات فقط دون الجنح والجنايات. أما بخصوص الاختصاص الإقليمي فإن المدافع القضائي ينحصر اختصاصه أمام المحكمة التي يباشر فيها وظيفته فقط، والمقيد اسمه فيها وكانوا يسمون بالوكلاء الشرعيين. [2]

3. المحامون:

ينظم مهنة المحاماة القانون رقم 07/13 المؤرخ في 29 اكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة . ويقصد بالمحامي كل من كان عضوا في نقابة المحامين، مهمته هي الدفاع عن حقوق الأطراف، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري فإنها جاءت غامضة، على غرار باقي التشريعات إذ أنها لم تفرق ما إذا كان المحامي تحت التمرين أم لا، كما أنها لم تقيده ما إذا كان يترافع أمام محكمة معينة بل أن النص جاء عاما وبالنسبة لكل محامي.

4. الموثقين:

مهنة الموثق منظمة بموجب القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12-06-1988، والمعدل بالقانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006، والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق والمقصود بالموثق أنه ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية، وكذا العقود التي يود الأطراف إعطاءها هذه الصبغة.[3]

- [1] الأمر رقم 49/75، المتعلق بإنهاء مهام المدافعين القضائيين، الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 1975

[2] - الأمر رقم 203/67، المتعلق بمهنة المدافع القضائي، الجريدة الرسمية العدد 81 لسنة 1967

[3] - القانون رقم 27/88،المؤرخ في 12 جوان 1988، والمعدل بالقانون رقم 02/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، والمنضم لمهنة الموثق العدد 14

5. كتاب الضبط:

وقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 231/90 المؤرخ في 28-07-1990 والمعدل في سنة 1998ومنه جاءت تسمية أمين الضبط بدلا من كاتب الضبط ويندرج تحت هده الصفة كل كتاب المحكمة مهما كانت وظيفته أو درجته، بما في ذلك كتاب الجلسات والسكرتارية والشباك والجدولة، أي كل المصالح التابعة للمحكمة أو المجلس أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة.[1]

و كما سبق القول في بداية الأمر أنه وبالرغم من أن نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري، ذكر فئات معينة لا يجوز القياس عليها، ولا يجب التوسع فيها. إلا أنه وبالرجوع إلى القوانين الخاصة سيما الأمر 96-02 المؤرخ في 10 جانفي 1996، والمتعلق بتنظيم مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني في المادة 20 منه، فإنها تمنع محافظ البيع بالمزاد العلني من شراء الحقوق المتنازع عليها والمعهود إليه ببيعها، أما النص الثاني يتعلق بالأمر 96-23 والمتعلق بالوكيل المتصرف القضائي وبالضبط في المادة 19 منه والتي تنص على أنه لا يجوز للوكيل المتصرف القضائي أن يمتلك شيئا من أموال المدنيين.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة، فإن الفئات التي يخصها الحظر تختلف من تشريع لآخر، رغم أن الهدف من الحظر واحد. وعلى سبيل المثال لا الحصر نأخذ القانون المصري في المادة 471[2] منه والتي تنص على " أنه لا يجوز للقضاة ولا أعضاء النيابة والمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين، ...." فأول ما يلاحظ على القانون المصري أنه فرق بين القضاة وأعضاء النيابة في حين أضاف المحضرين ولم يتطرق أيضا إلى الموثقين وهذه هي جل الملاحظات أو الفروق مقارنة بالقانون المدني الجزائري.

أما المادة 1597[3] من القانون المدني الفرنسي فإنها تقريبا نفس الملاحظات مع القانون المدني المصري، ولكن ما يلاحظ على قانون الموجبات اللبناني في مادته 380 وخلافا لمعظم القوانين العربية منها واللاتينية فإن الحظر يشمل فئات كثيرة كوكلاء البيع ومتولي الإدارة العامة والموظفين الرسميين بالإضافة إلى الأب والأم والوصي والقيم والمشرف القضائي والسماسرة والخبراء وزوجات الأشخاص المقدم ذكرهم. ولكن

[1] – المرسوم التنفيذي، رقم 231/90، المؤرخ في 1990/07/28، المطبق على كتاب الضبط.

[2] – مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، من أول إنشائها في سنة 1931 حتى 31 ديسمبر سنة 1955، الجمعية العمومية، الدار المدنية، الجزء الأول(أ-ش)، مطابع مذكور وأولاده بالقاهرة

[3] – القانون المدني الفرنسي

رغم الاختلاف في تحديد الفئات إلا أن نطاق تطبيق هذه النصوص كان على أموال معينة ووفق شروط معينة وهذا ما سيأتي بيانه في النقطة الموالية.

ثانيا : قصر الحظر على شراء أموال معينة:

اقتضت حكمة تشريع هذا النص الاستثنائي قصر التحريم الوارد فيه على شراء نوع من الأموال من طرف الفئات السالفة الذكر والتي نصت عليهم المادة 402 من القانون المدني الجزائري، إذ اشترط المشرع في تطبيق هذا النص شروطا ولعل أهمها أن يكون الحق المشترى متنازعا فيه، إضافة إلى هذا، أن يدخل النزاع المتعلق به في اختصاص المحكمة التي يباشرون اختصاصهم فيها[1]، وأن يكون المشتري للحق ذا صفة وقت الشراء.

وبالرجوع إلى القوانين المقارنة سيما القانون المصري مادة 471 قانون مدني مصري، والمادة 380 قانون الموجبات اللبناني والمادة 1597 قانون مدني فرنسي[2] فإنها كرست نفس الشروط رغم الاختلاف الذي سبق الإشارة إليه والمتعلق بالفئات التي يطالها الحظر، وفيما يأتي سنحاول أن نذكر هذه الشروط كالآتي:

الشرط الأول: أن يكون الحق متنازعا فيه:

ويتعلق هذا الشرط أساسا بالحق المتنازع فيه، والذي يعتبر كذلك وكما سبق بيانه في حالتين: الأولى في حالت رفع دعوى أمام القضاء أو قام بشأنه نزاع جدي ولو لم ترفع به دعوى بعد. كما يشترط في انطباق النص أن تكون المنازعة في الحق بهذا المعنى قائمة وقت البيع وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في القرار الصادر بالجلسة المنعقدة بتاريخ 1934/04/26 في الطعن المسجل تحت رقم 82 سنة 3 ق. إن القانون المدني المصري لما حرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها، يفيد أن يكون الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري سواء أكان مطروحا على القضاء أو لم يكن قد طرح بعد، إذن لا يكفي لإبطال المبيع أن يكون قابلا للنزاع ومحتملا بأن ترفع بشأنه دعوى. [3]

[1] – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 43.

[2] – قانون مدني فرنسي.

[3] – مجموعة عمر للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية 02، رقم 109 لسنة 1938، الجمعية العمومية، مطابع مذكور وأولاده

وقد أضافت محكمة النقض المصرية شرطا آخر وهو أن تكون المنازعة معروفة للمشتري وقت الشراء. [1]

ويستوي في ذلك أن يكون الحق شخصيا أو عينيا أما إذا لم يكن النزاع قد قام وقت البيع أو قام وتم الفصل فيه نهائيا قبل البيع فلا يكون هذا الشرط محققا.

الشرط الثاني الاختصاص:

وهنا حتى يتسنى القول بانصراف الحضر إلى من سبق ذكرهم –الفئات– يجب أن يكون النظر في النزاع على الحق المتنازع فيه مما يدخل في اختصاص الدائرة التي يباشر فيها عمل القضاء وظيفته وهنا يستوجب الأمر شيئا من التفصيل. فالقاضي على مستوى المحكمة لا يجوز له شراء حق متنازع فيه يقع النظر في النزاع داخل اختصاص المحكمة التي يباشر فيها وظيفته وهذا ما يستشف من المادة 402 من القانون المدني الجزائري. بقولها "إذا كان النظر يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها..." ولو كان توزيع العمل داخل المحكمة يجعل القاضي بعيدا كل البعد عن النظر في النزاع[2] وفي المقابل فقد ذهب الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري إلى القول بأن المحظور شرائه على القاضي يتسع أو يضيق بحسب المحكمة التي يباشر فيها وظيفته وعليه فإن القاضي في المحكمة يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك، ولو كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص محكمة أخرى تابعة لنفس المجلس، ومثال ذلك أن يشتري قاضي من محكمة سيدي محمد بالجزائر حقا متنازع فيه يدخل في اختصاص قاضي محكمة باب الواد، لكن لو فرضنا أن القاضي شؤون الأسرة على مستوى محكمة سيدي محمد اشترى حقا متنازعا فيه يعود الاختصاص فيه لنفس المحكمة، فإن هذا الشراء محظور.

أما فيما يتعلق بالمستشارين على مستوى المجالس القضائية فإن الحظر في الشراء لهذه الحقوق يكون عبر كافة المحاكم التابعة لاختصاص المجلس لأن الولاية هنا عامة، حتى ولو كان موضوع النزاع غير قابل

[1] – زهدي يكن، عقد البيع، رئيس غرفة لدى محكمة التمييز، أستاذ القانون المدني بالجامعة اللبنانية، منشورات المكتبة العصرية– صيدا– بيروت، ص 22.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 198.

للاستئناف[1]، كما أن مجرد احتمال رفع الاستئناف ولو كان غير مقبول لوروده خارج الآجال القانونية مثلا فإن الشراء لهذه الحقوق محظور بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية تجعله قابلا للاستئناف. أما مستشارو المحكمة العليا فيمنع عليهم شراء أي حق متنازع فيه، بكل بساطة لأن اختصاصها يمتد إلى جميع المحاكم والمجالس[2] هذا حتى وإن كان الحكم غير قابل للطعن فيه بالنقض هذا في ما يتعلق بقضاة الحكم.

أما قضاة النيابة ونظرا لقاعدة التبعية التدرجية وعدم قابلية النيابة العامة للتجزئة فإن الإشكال الذي يثور في هذا الصدد هو مشكل الاختصاص، الذي يصطدم بالقواعد المميزة أو الخصائص التي ينفردون بها أعضاء النيابة وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء بأن أعضاء النيابة لا سيما وكلاء الجمهورية على مستوى المحاكم ومساعديهم يعتبرون في حكم من يؤدون وظائفهم في دائرة اختصاص المجلس القضائي التابعين له أما النواب العامون ومساعديهم لدى المجالس القضائية وكذا المحامون العامون لدى المحكمة العليا ومحافظي الدولة لدى مجلس الدولة فإن المنع يكون عبر كل إقليم الجمهورية فيما يتعلق بهذه الفئة أما الفئة الأولى فإن الحظر يكون على مستوى المجالس التابعين لها.

أما بخصوص المحامين وكونهم غير ملزمين بالمرافعة أمام جهة معينة لكون المحامي غير مقيد باختصاص فإن الحظر وحسب نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري جاء على إطلاقه ومنه فلا يجوز للمحامي أن يشتري أي حق متنازع فيه عبر كافة محاكم الجمهورية، لأن حكمة النص تقتضي منا التقيد بمضمونه، وكون نص المادة لم يوضح بدقة المقصود بالاختصاص، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد وحسب قانون المحاماة فإن المحامي الذي له أقل من عشر سنوات في المهنة لا يكون معتمدا أمام المحكمة العليا ومنه فهل يجوز للمحامي غير معتمد لدى المحكمة العليا شراء حق متنازع فيه يكون مطروح أمامها؟ الإجابة قد تكون بنعم لأن النظر في النزاع لا يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر أعماله في دائرة اختصاصها، وقد تكون بالنفي لأن المحكمة العليا وحسب ما هو متعارف عليه أنها صاحبة الولاية العامة.

[1] – توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، سنة 1988، المكتبة القانونية للدار الجامعية، مصر، ص 107.

[2] – المجلة القضائية رقم 02، لسنة 1994، قسم الوثائق المحكمة العليا.

و قد أثارت مسألة الاختصاص بالنسبة للمحامي جدلا فقهيا كبيرا فهناك من يرى أن المنع يكون في حالة ما إذا كان المحامي وكيلا عن أحد المتنازعين[1] في حين ذهب رأي آخر إلى قصر المنع على المحاكم التي يترافع فيها المحامي بصفة مستمرة، أو المحكمة التي يباشر فيها عمله فعلا في دائرتها[2]، في حين ذهب فريق آخر إلى القول أن هذه الآراء يعوزها سند قانوني ومنه فإن عموم النص يستفاد منه إطلاق التحريم بالنسبة للمحامين ومنه لا يجوز للمحامين شراء حق متنازع فيه عبر كافة التراب الوطني. [3]

أما المدافع القضائي فيحكم اختصاصه المحدود، فبحكم اختصاصه المحدود في ممارسة مهنته، فإن الحظر في شراء الحق المتنازع فيه يكون بالنسبة له في إطار اختصاص المحكمة التي يمارس فيها مهنته والمقيد فيها دون غيرها من المحاكم.

أما الموثق فاختصاصه محدد كذلك ويكون في دائرة اختصاص المحكمة الواقع فيها مكتبه ومنه فإن الحقوق المتنازع فيها التي تكون في اختصاص هذه المحكمة محظورة عليه شراؤها.

أما الصنف الخامس والأخير وهم الكتاب، فإن الكاتب موظف في محكمة معينة، ومنه فإن الحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة، سواء كانت محكمة أو مجلس أو محكمة عليا أو مجلس الدولة متى كان النزاع في الحق يدخل في دائرة اختصاصه.

وخلاصة القول أنه إذا كان النظر في النزاع المطروح بشأن الحق المتنازع فيه، يدخل في اختصاص الجهة القضائية التي يباشر فيها عامل القضاء أعوانه مهامهم فإن هذه الحقوق يمنع شراؤها ولكن يبقى هذا الشرط نسبي لتقرير الحظر ومنه يجب توفر الصفة لدى المشتري للحق المتنازع فيه وقت الشراء وهذا ما سنتطرق إليه في الشرط الثالث.

[1]- مصطفى مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 87.

[2]- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 57.

[3]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 46

الشرط الثالث: توفر الصفة في المشتري للحق.

يشترط أيضا لقيام الحظر أن تتوفر الصفة التي وردت بالنص في الشخص، وقت شراء الحق المتنازع فيه، فالقاضي مثلا إذا أحيل على التقاعد جاز له شراء الحق المتنازع فيه وهذا لزوال الصفة المطلوبة في نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري لأن صفته كقاضي أو محامي أو كاتب محل اعتبار ولولا هذه الصفة لما امتنع عليه الشراء.

والتصرف المحظور على عامل القضاء وأعوانه هو الشراء سواء تم باسمه مباشرة أو باسم مستعار، وإن كانت مسألة الصفة الشخصية لا تثير أي تساؤل فإن مسألة الاسم المستعار تثير تساؤل كبير في مسألة إثباتها، كأن يشتري باسم زوجته، أو ولده، أو قريبه، أو صديق له. وذهب غالبية الفقهاء إلى القول بأن إثبات الشراء باسم مستعار يكون بجميع الطرق. بما فيها البينة والقرائن[1] وقد وضعت بعض القوانين ومنها القانون اللبناني قرينة قانونية على أن الشراء باسم الأولاد أو الزوجة هو شراء باسم مستعار، قرار بتاريخ 1924/03/19.[2]

وكخلاصة يمكن القول أن شراء الحقوق المتنازع فيها له إطار معين وحدود رسمتها أغلب التشريعات، سواء من حيث الأشخاص المعنيين بالشراء، أو الأموال التي تكون محلا للشراء، إذا اقتصر الحظر على فئات معينة عل سبيل الحصر، لا يمكن القياس عليها. وعلى أموال معينة كذلك ولكل شروطه، سواء تعلق الأمر بالمشتري لهذا الحق أو ما تعلق بموضوع الحق نفسه. فمشتري هذا الحق يجب أن يكون النزاع يدخل في دائرة اختصاص الجهة القضائية التي يمارس فيها وظيفته، بالإضافة إلى توفر الصفة وقت الشراء أما الحق فيجب أن يكون متنازعا فيه – على النحو الذي سبق بيانه– وأن يكون النزاع معلوما لدى رجل القضاء وقت الشراء.

ولكن يبقى السؤال مطروحا فيما يخص التعامل في الحق المتنازع فيه، لأن المسألة تقتصر على فئة معينة وهي فئة المحامين وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الثاني

[1] – توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 60

[2] – زهدي يكن، عقد البيع، رئيس غرفة لدى محكمة التمييز، أستاذ القانون المدني بالجامعة اللبنانية، منشورات المكتبة العصرية– صيدا– بيروت، ص 90

الفرع الثاني: منع تعامل المحامين والمدافعين القضائيين مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها

تنص المادة 403 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم، أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها."

والملاحظ أن هذا النص أضاف حظرا جديدا بالنسبة للمحامين، فهم بحكم المادة 402 من القانون المدني الجزائري السابق دراستها، ممنوعين من الشراء للحقوق المتنازع فيها، ولو لم يكن المحامي موكلا في الدفاع عن هذا الحق. أما إذا كان المحامي موكلا للدفاع عن الحق المتنازع فيه، فإن الحظر يصبح أشد، ومنه فإن المادة 402 من القانون المدني الجزائري كانت وحدها كافية لتحريم شراء المحامي للحق المتنازع فيه، ولو لم يكن وكيلا عن صاحب الحق كما سبق القول. أما المادة 403 من القانون المدني الجزائري فهي أوسع من سابقتها من ناحية وأضيق من ناحية أخرى، فهي أضيق، لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلا في الحق المتنازع فيه وهو نفس الأمر الذي اشترطه المادة 472 من القانون المدني المصري [1]والمادة 381 قانون الموجبات اللبناني. وهي أوسع، لأنها تقضي بأنه متى كان المحامي وكيلا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه[2]، وليس الشراء فحسب فلا يجوز له أن يشتري الحق، ولا أن يقايض عليه، ولا أن يوهب له، ولا أن يشارك فيه، ولا أن يقترضه ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءا من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الإنفاق على التقاضي. [3]

كما نصت المادة 82 من القانون رقم 13-07 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة على نفس الحكم بقولها: "يمنع عن المحامين من تلك الحقوق المتنازع فيها، عن طريق التنازل عنها وكذلك أخذ فائدة ما، عن القضايا المعهودة إليهم أو جعل قيمة أتعابهم تبعا للنتائج التي توصلوا إليها."

-. [1]- د/ محمد حسن قاسم، القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع- التأمين(الضمان)- الايجار دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 108

[2]- د/زهدي يكن، المرجع السابق، ص 54.

[3]- أنور طلبة، المرجع السابق، ص 58.

و يستوي أن يتعامل المحامي باسمه، أو باسم مستعار كزوجته أو أحد أقاربه، ولكن ما يجدر الإشارة إليه أن حظر التعامل على المحامي، لا يمنع من أن يطلب المحامي تقدير أتعابه، أو ما أنفقه عل التقاضي[1] وإذا انتهى النزاع بصدور حكم قضائي جاز للمحامي شراء الحق المتنازع فيه.

ومنه نقول أن تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه، والذي يكون فيه وكيلا عن أحد الخصوم محرما على الرأي الراجع، وهذا تطبيقا للمبدأ العام الذي يحرم عل المحامي شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كان وكيلا في النزاع أو غير موكل، وأن المادة 403 من القانون المدني الجزائري لم تحدث شيئا جديدا في هذا الصدد، وإنما قامت بتخصيص المطلق، وأوردت نصا خاصا وصريحا في التحريم، وهذا عكس التقنين المدني الفرنسي الذي لم يتطرق إلى هذا النص الخاص ولكن بالرجوع إلى الفقه الفرنسي، فإنه يمنع المحامين من التعامل في الحق المتنازع فيه طبقا للمادة 1597 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابل المادة 402 من القانون المدني الجزائري والمادة 471 من القانون المدني المصري. [2]

أما بالنسبة للمدافع القضائي ونظرا لتشابه مهامه مع المحامي ولكن بنوع من القضايا فقط، فإن النص يطبق بكل ما ورد فيه وتبقى الشروط المطبقة نفسها.

ونخلص مما تقدم أن القانون، وضع اطر وميكانيزمات فيما يتعلق بالتعامل في الحقوق المتنازع فيها، وذلك من خلال اقتصار المنع على فئات معينة وردت على سبيل الحصر وأموال معينة وهذا وفق شروط شخصية وموضوعية، والمنع في القاعدة القانونية يفيد الوجوب والالتزام، ومخالفته يرتب عليها القانون جزاء سواء كان ماديا أو معنويا، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح السؤال الموالي: ما هو الجزاء الذي رتبه القانون على التعامل في الحقوق المتنازع فيها؟ وفيما تتجلى الحكمة منه؟.

للإجابة على هذه التساؤلات سنتطرق إليها بنوع من التفصيل في المطلب الثاني.

*+ – عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 48.

[2]– عمر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 49.

المطلب الثاني: جزاء الحظر وحكمه

سنحاول من خلال هذا المطلب، التطرق إلى الجزاء الذي رتبه القانون على التعامل في الحقوق المتنازع فيها، وهذا في بعض القوانين المقارنة مقارنة في ذلك بالقانون المدني الجزائري، مبرزين الطبيعة القانونية لهذا الجزاء، والشروط الواجب توافرها لتقريره في الفرع الأول، ثم العلة التي أرادها المشرع من هذا الجزاء في الفرع الثاني.

الفرع الأول: جزاء الحظر

لقد رتب المشرع الجزائري، جزاء على التعامل في الحقوق المتنازع فيها، تمثل في بطلان هذا التعامل بطلانا مطلقا[1]، وهذا ما يبدو صريحا من خلال المادتين 402 و403 من القانون المدني الجزائري، إذا نصت المادة 402 من نفس القانون على أنه "لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، والمحاميين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة، ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا."

كما نصت المادة 403 من نفس القانون على أنه "لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم، في الحقوق المتنازع فيها، سواء كان التعامل بأسمائهم، أو بأسماء مستعارة، إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها، وإلا كانت المعاملة باطلة."

وتقابل هاتين المادتين في التشريعات المقارنة المواد 471 و472 مدني مصري، 439 و440 مدني سوري، والمواد 378 إلى 381 من قانون الموجبات اللبناني والمادتين 1596 و1597 من القانون المدني الفرنسي. وإن كان النصين المصري والسوري لا يشيران إلى إي إشكال مقارنة بالنص الجزائري من حيث تقرير البطلان سواء تعلق الأمر بالشراء للحقوق المتنازع فيها أو تعامل المحامين في هذه الحقوق مع موكليهم فإن النص الفرنسي جاء على خلاف ذلك، إذا جاء غامضا مقارنة بالنصوص الأخرى لأن المادة 1597 قانون مدني فرنسي تطرقت إلى عدم جواز شراء عامل القضاء للحق المتنازع فيه، دون أن تنص صراحة على بطلان العقد المتعامل به[2] الأمر الذي أدى إلى انقسام الفقه في فرنسا إلى القائل بالبطلان المطلق لأنه بني

[1] – مصطفى مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 95

[2] – مصطفى مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 96

على سبب غير جائز قانونا ومنهم لوران وجيوار[1] في حين ذهب فريق أخر إلى القول بقابلية هذا البيع للإبطال متحججا في ذلك بأن المنع الوارد في المادة 1597 من القانون المدني الفرنسي مبني على سبب غير مشروع وحجتهم في ذلك أنهم لا يرون أن الاتفاق بين المحامي وموكله مثلا على أنه حاصل من فرد إلى فرد على أخذ نصيب بعد كسب الدعوى لقاء أتعابه وما دفعه في سبيلها من رسوم ونفقات، مقابل ذلك يحتمل أن يكون معسرا ويخشى إن هو استدان وخسر دعواه وتتراكم عليه الديون، إضافة إلى أن الاتفاق حصل من شخص غريب عن القضاء إلى شخص آخر قد لا يستحق النصيب المتفق عليه إن كسب دعواه.

في حين قال البعض أن الاتفاق الحاصل بين الطرفين ليس من قبيل البيع وهذا لفقدانه ركن الثمن والذي أقل ما يقال عنه أنه عقد إيجاز أو وكالة بأجر[2]، ولكن من الفقهاء الفرنسيين ومنهم بودري والذي يرى أن هذا الاتفاق بيع ويأخذ حكمه ووصفه ومنه نادى بقابليته للبطلان، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 15 ماي 1991. والتي جاء فيه:" أن عقد البيع المبرم بين الشركة المدنية العقارية المالكة ومحاميها ليس باطلا وإنما قابلا للإبطال".[3]

أما النص اللبناني وبالرجوع إلى المواد 378إلى 381 من قانون الموجبات اللبناني، فإنها قررت البطلان فيما يتعلق بشراء الحقوق المتنازع فيها من طرف القضاة بطلانا مطلقا ونفس الشيء بالنسبة للمحامين ولكن بعد صدور قانون المحاماة والذي يجيز للمحامي الاتفاق مع موكله على نصيب في الحق المتنازع فيه على أن لا يتجاوز نسبة 20% منه[4]، أما فيما يخص الفئات الأخرى السالفة الذكر والواردة* في المادة 378 قانون الموجبات اللبناني فإن التعامل في الحق المتنازع فيه قابل للإبطال، ومنه فلا يجوز لغير من تعود عليه منفعة من تقرير البطلان أن يبطله وهو نفس الحكم الذي ذهبت إليه المادة 1596 من القانون المدني الفرنسي إذا تعلق الأمر بشراء الحقوق المتنازع فيها من طرف وكلاء البيع ومتى كان كذلك فإن هذا النوع من البطلان تلحقه الإجازة.

---

[1]- أنور طلبة، المرجع السابق، ص 70

[2]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 60

[3]- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، شرح لأحكام القانون المدني المصري، مع الإشارة إلى قانون المعاملات المدنية وأهم أحكام الفقه الإسلامي وأحدث أحكام النقض، ص 81.

[4]- زهدي يكن، المرجع السابق، ص 70.

إن تقرير البطلان من طرف أغلبية التشريعات يجب أن يكون وفقا لأطر قانونية ووفق شروط معينة، يجب توفرها من أجل تقرير هذا الجزاء والذي أعتبره فقهاء القانون بمثابة الإعدام، كونه لا ينتج أي أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير وهذا ما سيأتي بيانه لاحقا بعد التطرق إلى الشروط الواجب توفرها للقول ببطلان التعامل في الحق المتنازع فيه، وكذا توضيح الطبيعة القانونية له.

أولا: ما هي طبيعة هذا البطلان؟

مما لا ريب فيه أن البطلان الذي قرره المشرع الجزائري كجزاء لمخالفة أحكام المادتين 402 و403 من القانون المدني الجزائري هو البطلان المطلق وليس البطلان النسبي، والمشرع صريح في هذا الشأن. حيث نصت العبارة الأخيرة من المادة 402 القانون المدني الجزائري – وإلا كان البيع باطلا– كما نصت العبارة الأخيرة من المادة 403 القانون المدني الجزائري –وإلا كانت المعاملة باطلة – ومن ثم لا ينشىء العقد أي نوع من الآثار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير لأن البطلان المطلق عدم، ويجعل العقد كأن لم يكن. ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان طبقا لما نصت عليه المادة 102 من القانون المدني الجزائري بقولها:" إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة"

وفي نفس السياق نصت المادة 82 من القانون 07/13 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة بأنه: " يعد باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق مخالف لذلك."[1]

والبطلان في هذه الحالة مؤسس على مخالفة أحكام النظام العام، وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري بقولها:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا."

وكخلاصة يمكن القول أن البطلان المقرر كجزاء لهذه التعاملات هو بطلان مطلق، ولكن القول به يحتاج إلى توافر شروطه وهذا ما سنتناوله في نقطة موالية.

[1]– القانون رقم 13–07، المتعلق بمهنة المحاماة، المؤرخ في 29 اكتوبر سنة 2013.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها لتقرير البطلان

لقد وضعت كل القوانين التي جعلت من البطلان المطلق كجزاء لمخالفة المنع الوارد على الشراء أو التعامل في الحق المتنازع فيه من طرف الفئات التي سبق ذكرها جملة من الشروط يأتي ذكرها كما يلي:

1. **أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء**

وقد تم تعريف الحق المتنازع فيه في المبحث الأول من هذا الفصل على أنه كل حق ثار حوله نزاع جدي، أو رفعت من أجله دعوى أمام القضاء، ولكن حتى يمكن القول بأن التعامل في هذا النوع من الحقوق يقع باطلا يجب أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء[1]. فلو لم يقم نزاع جدي، أو لم ترفع بشأنه دعوى وقت الشراء من طرف أحد الأشخاص ممن يطالبهم الحظر فالشراء صحيح، ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائما من قبل وأنحسم.

2. **الصفة المستمدة من وظيفته أو مهنته:**

و بعد التأكد من أن الحق متنازعا فيه – وعلم المشتري بذلك – تأتي مرحلة أخرى يجب التأكد فيها من توافر الصفة المستمدة من وظيفة الشخص وقت الشراء[2]، كأن يكون المشتري للحق قاضيا أو محاميا مثلا. فإذا انعدمت الصفة لدى الشخص وقت الشراء كان هذا التعامل صحيحا ومنتجا لجميع آثاره ولكن من ثبتت الصفة في الشخص الذي يجعل المنع منطبقا عليه، أعتبر التعامل باطلا بطلانا مطلقا. وسواء أتم ذلك باسمه شخصيا أو باسم مستعار[3]، كما نصت عليه المادتين 402و403 من القانون المدني الجزائري يقولها:" أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار وكان هذا الشراء بحسابه."

3. **الاختصاص:** وقد تم التطرق إلى هذا العنصر بشيء من التفصيل وللتوضيح نقول أنه يجب أن يكون النزاع في الحق مما يدخل في دائرة اختصاص الجهة القضائية، التي يباشرون فيها مهامهم وهذا حسب نص المادتين 402و 403 من القانون المدني الجزائري.

[1] – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 61.

[2] – عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 78.

[3] – إبراهيم الخليلي، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، سنة 1986، دار النهضة العربية، ص 24

4. العلم:

وكشرط أخير أضاف الفقه ضرورة توافر العلم لدى المشتري للحق المتنازع فيه أو المتعامل في هذا الحق بالنسبة للمحامين، والعلم يجب أن يكون وقت الشراء وقد قضت محكمة الاستئناف المصرية بأنه إذا تبين أن تحويل السند، أن المحامي لم يكن يعلم بأن الحق موضوع نزاع جاز التحويل له ولا يمكن أن ينسب إليه أنه أشترى حقا متنازعا فيه، قرار بتاريخ 1924/07/25. [1]

متى توافرت هذه الشروط مجتمعة بطل الشراء أو التعامل في الحق المتنازع فيها بطلانا مطلقا، ولكن يبقى السؤال مطروحا فيما يخص مجال تقرير البطلان، لاسيما التعاملات التي رتب عليها القانون هذا الجزاء. الأمر الذي سنوضحه من خلال التطرق إلى التصرفات التي رتب عليها القانون البطلان إذا كان محلها حقا متنازعا فيه.

ثالثا: مجال البطلان

حسب ما قررته المادتين 402 و403 من القانون المدني الجزائري فإن أي شراء للحقوق المتنازع فيها يعتبر باطلا سواء تم ذلك باسم رجل القضاء أو باسم مستعار.

و إن كانت مسألة تعامل المحامين مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها لا يثير أي إشكال وهذا نظرا لعمومية النص إذ حصر كل التعاملات في هذا الحق. أما مسألة الشراء فإنها تحتاج إلى نوع من التفصيل إذ أنه وبالرغم من أن النص لا يتكلم إلا عن الشراء فإنه ومن المتفق عليه أن الحظر يشمل أيضا المقاضية[2] تطبيقا لنص المادة 415 من القانون المدني الجزائري بقولها:" تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه". فلو أن رجل القضاء حصل على الحق المتنازع فيه مقابل بدل غير نقدي فإن هذا العقد يكون باطلا كما يسري الحظر على الوفاء بمقابل[3] تطبيقا للمادة 286 من القانون المدني الجزائري بقولها:" تسري أحكام البيع، وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين، وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابل الدين، ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام

[1] – إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 25

[2] – المجلة القضائية رقم 02، لسنة 1994، قسم الوثائق المحكمة العليا

[3] – مصطفى مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 100.

الوفاء وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات" فلو أن رجال القضاء اكتسبوا الحق المتنازع فيه من مدينه كمقابل للوفاء بدينه، فإن هذا البيع يقع باطلا. ويصدق نفس الحكم إذا اشترى رجل القضاء الحق المتنازع فيه كبدل في صلح[1]. وهذا تطبيقا لنص المادة 459 من القانون المدني بقولها:" الصلح عقد ينهي به الطرفان، نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."

أما إذا باع رجل القضاء الحق المتنازع فيه، فإن العقد لا يكون باطلا لأن رجل القضاء إذا باع الحق المتنازع فيه فهنا يقطع صلته به فلا تثور بصدده شبهات أو ظن، ولذلك فإن القانون لم يبطل هذا البيع[2]، وأعتبره صحيحا وحكمة هذا الاستثناء أن الذي ينازع في هذا الحق هو رجل القضاء نفسه وهو إذ يشتريه إنما ينهي هذه المنازعة فلا يكون هناك مجال لاحتمال الانحراف في جانبه أو المساس بسمعته.

ومما تقدم نستنتج أن البطلان الذي رتبه القانون على هذا المنع جاء وفق شروط معينة وفي مجالات محددة ولكن ما هي الحكمة من وراء تقرير هذا البطلان.

الفرع الثاني: الحكمة من تقرير البطلان

إن القانون كما سبق التطرق إليه حظر على بعض الفئات شراء الحقوق المتنازع فيها فقط. في حين حظر على المحامين وبصفة خاصة جميع التعاملات مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها وهذا الحظر يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام، إذ يخشى أن يستغل رجل القضاء مركزه وعلمه فيوهم صاحب الحق لما له من نفوذ حتى وإن كان لم يستغل نفوذه فعلا، ففي القليل قد ألقي بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة في حياد القضاء في نزاع يقع اختصاصه، فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب، ولهذا كان الجزاء هو البطلان المطلق.

[1] – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 64

[2] – أنور سلطان، المرجع السابق، ص 64

الفصل الثاني:

الحماية القانونية لبيع الحقوق المتنازع فيها

تمهيد وتقسيم:

بيع الحقوق المتنازع فيها هي احدى صور البيع التي نظمها المشرع الجزائري ونظم احكامها ضمن القانون المدني حيث اعتبر في الفقرة الثانية من المادة400 منه" ان الحق يكون متنازعا فيه اذا رفعت من اجله دعوى او كان محل نزاع جوهري" وبالتالي فإن البيع يعد واردا على حق متنازع فيه اذا كان محله ادعاء حق شخصي او حق عيني، او كان موضوع الحق المباع قد رفعت به دعوى او قام من شأنه نزاع جدي، فلا يشترط قانونا لكي يعد الحق متنازعا فيه ان يكون قد رفعت في موضوعه دعوى الى القضاء بل يكفي ان يكون بين الطرفين نزاع جدي في موضوعه بحيث لا يكون الحق مسلما به ثابتا، بل يحتاج صاحبه الى اثباته امام القضاء. اما اذا كان الحق ثابتا خاليا من النزاع فلا يعد متنازعا فيه سواء رفعت به دعوى، ام عرقلة المدين على الدائن طريق الوصول بدفاعات لا تثمر سوى التطويل كالدفع بعدم اختصاص المحكمة وتقدير ذلك كله موكول الى السلطة التقديرية للقاضي.

فإذا توافرت في الحق المباع صفة الحق المتنازع فيه، ثم جرى بيعه لمن لم يحظر عليهم الشراء السابقين الذكر في الفصل الاول، كان لمن ينازع البائع ان يسترد الحق المتنازع فيه من مشتريه.

علما أن الحق المتنازع فيه ينقل الحق كما هو متنازع فيه الى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة مصير النزاع في شأن الحق، فإما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف له، وإما الا يثبت فلا ينتقل الى المشتري. فالبائع إذا باع حقا متنازعا فيه لا يضمن للمشتري وجود هذا الحق، وإنما يبيع مجرد ادعاء. ومن ثم يراعى في تقدير ثمن الادعاء أن يكون متناسبا مع قوته، فيكثر أو يقل تبعا لقوة الادعاء او ضعفه، وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق ذاته إذ لابد للمشتري أن يدخل في حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق ما يقابل هذا الاحتمال. لذلك كان المشتري لحق متنازع فيه مضاربا يأمل الكسب، فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه، واجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري لدفع الثمن مع المصروفات والفوائد، أما في الحالات الاستثنائية التي تنتفي فيها فكرة المضاربة، فقد منع القانون حق الاسترداد.[1]

[1]:د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 197.

فنبحث اذن متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه؟ وكيف يكون الاسترداد؟ والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد والاثار التي تترتب على الاسترداد.

و للإجابة على ذلك قسمنا الفصل الى مبحثين

المبحث الاول تحت عنوان: احقية استرداد الحق المتنازع فيه.

المبحث الثاني: آثار الاسترداد.

المبحث الأول : أحقية استرداد الحق المتنازع فيه

باستقراء المادة 400 من القانون المدني الجزائري في أول فقرة لها فهي تشير إلى ممارسة حق استرداد الحق المتنازع فيه دون أن تحدد أحكامه واكتفى فقط بقوله : "إذا تنازل شخص على حق متنازع فيه، للمتنازل ضده أنه يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة"، وعليه سنضبط مفهوم دعوى الاسترداد في بادئ الأمر ثم شروط وكيفيات ممارسة هذه الدعوى ونتطرق إلى الحالات التي تخرج من مباشرة دعوى الاسترداد.

المطلب الأول: أحكام ممارسة دعوى الاسترداد

حتى نتطرق لأحكام ممارسة دعوى استرداد الحق المتنازع فيه لا بد من ضبط مفهوم هذه الدعوى أولا ثم نتطرق إلى شروط وكيفية ممارسة هذه الدعوى.

الفرع الأول: مفهوم دعوى استرداد الحق المتنازع فيه

لقد بينا في دراستنا السابقة أنه لا يجوز لعمال القضاء أو المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها طبقا للمدة 402 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها نص المادة 471 من القانون المدني المصري وانه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في هذه الحقوق بأي نوع من أنواع التعامل إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها.

و الذي يهمنا الآن هو الأثر الخاص الذي رتبه القانون على بيع الحقوق المتنازع فيها عندما يكون هذا البيع قد وقع صحيحا. ذلك الأثر الخاص هو رخصة الاسترداد . Retrait Litigieux التي خولها القانون للطرف الآخر في النزاع والتي بموجبها يحل محل المشتري في مقابل أن يرد له الثمن وما تكبده من مصروفات.

و تتضمن رخصة الاسترداد خروجا على الأصل حرية التصرف ذلك أن المسترد – المتنازل ضده – يحل محل المشتري رغم إرادة هذا الأخير والبائع.

ونجد تطبيقات أخرى لرخصة الاسترداد أوردها المشرع في المادة 721 من القانون المدني التي تخول الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي. وقد أريد بالاسترداد في هذه الحالة تمكين الشركاء من منع دخول أي أجنبي بينهم في الشيوع، وكذلك الشفعة في جميع صورها طبقا للمادة 795 من القانون المدني الجزائري ليست غلا رخصة

استرداد، فبالشفعة يحل الشفيع محل مشتري العقار المشفوع فيه. والمقصود من تقريرها هي دفع لضرر المتوقع للشفيع نتيجة اتصال ملكه بالعقار.

أما استرداد الحق المتنازع فيه قد قصد بتقريره منع المضاربة وحسم المنازعة، إذ يغلب في من يشتري حقا متنازع فيه أن يكون مضاربا ومحترفا الشغب أمام ساحة القضاء بدفع ثمن أقل مما يساويه الحق ويكون الفرق مقابل ما يتحمله من عناء المنازعة فيه، وما قد يتعرض له من احتمال الخسارة، فأراد المشرع أن يفوت عليه الفرصة ويحسم المنازعة بتمكين الطرف الآخر في النزاع من استرداد الحق المتنازع عليه فنصت المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها نص المادة 469 من القانون المدني المصري " إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص منة هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة وقد أضاف النص المصري إلى ما يجب رده فوائد الثمن وقت الدفع فضلا عن الثمن الحقيقي والمصروفات. [1]

و بعد ضبط المشرع في نص المادة 400 من القانون المدني الجزائري وحصر مجال الحق المتنازع فيه لما نكون بصدد حق محل نزاع مطروح أمام ساحة القضاء ومازال لم يصدر بشأنه حكم قضائي نهائي، وكذلك الحالة التي نكون بصدد نزاع حول حق غير مطروح على ساحة القضاء ولكنه جدي في هذين الحالتين فقط أقر المشرع للمتنازل ضده حق استرداد الحق المتنازع فيه من المتنازل له فهي دعوى تستمد قوتها من نص المادة 400 من القانون المدني الجزائري فهي بصراحة النص تخول للمتنازل ضده مباشرة هذه الدعوى ضد المتنازل له لاسترداد الحق المتنازع فيه مقابل تقديم الثمن الحقيقي والمصروفات الواجبة إلى هذا الأخير فتعتبر هذه الدعوى بمثابة ضمان قانوني أقره المشرع لحماية الطرف الضعيف في العلاقة ألا وهو المتنازل ضده لكون جراء الممارسات القضائية التي أثبتت أن المتنازل له في غالب، بل معظم الحالات ما هو إلا شخص يحترف مثل هذه المعاملات الخسيسة والتي يقصد من ورائها المضاربة في شراء هذا الحق المتنازع فيه بأقل ثمن لكونه يستغل الحالة النفسية للمتنازل الذي لا يعلم مصير هذا الحق هل سيؤول له أم لا؟ وعليه يخاطر بشراء هذا الحق المتنازع عليه من هذا الأخير ليدخل بعدها في صراع متعود عليه مع المتنازل ضده وباتخاذ إجراءات تسويفية[2] معقدة وطويلة غالبا ما تجعل المتنازل ضده يستسلم لمكر ودهاء المتنازل

[1] – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 74

[2] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 59.

له جراء المماطلة في المحاكم وطول الإجراءات، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل بنص المادة 400 من القانون المدني الجزائري للحد من هذه الظاهرة برسم آليات وميكانزمات توضح شروط وكيفيات ممارسة هذه الدعوى، ووضح الحالات التي تخرج من نطاقها ممارسة حق استرداد الحق المتنازع عليه محاربا بذلك فكرة المضاربة التي يلجأ إليها عادة المتنازل له.

وسنتطرق إلى هذا بنوع من التفصيل في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: شروط ممارسة دعوى الاسترداد

تنص المادة 400 من القانون المدني الجزائري أنه : "يعتبر الحق المتنازع فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كانت محل نزاع جوهري" وعليه يظهر للوهلة الأولى أنه يجوز ممارسة دعوى الاسترداد فقط إذا كان الحق محل دعوى قضائية أو كان محل نزاع جوهري دون الإشارة إلى طبيعة هذا الحق هل هو عيني أو شخصي؟[1]

كما أن المشرع الجزائري لم يقصد بعبارة صريحة عملية البيع في المادة 400 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري بل أورد عبارة "تنازل" وعليه من خلال هذه الإشكاليات يمكن حصر شروط الحق المسترد كما يلي:

اولا:أن يكون الحق المسترد متنازعا فيه: طبقا لنص المادة 400 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري فإنه: **"**يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري**"**، فليس من الضروري ان تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازعا فيه، ويكفي ان يقوم في شأنه نزاع جدي. وليس من الضروري ان يكون الحق الذي رفعت به دعوى يكون حقا متنازع فيه، فقد لا يمس النزاع في الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية في الاجراءات كعدم صحة الاعلان أو عدم توافر الصفة او نحو ذلك، والحق حتى يكون متنازع فيه يجب ان يقوم النزاع في موضوعه بالذات. وقد ترفع بالحق دعوى تنتهي الى حكم ابتدائي، فما دام الحكم غير نهائي يبقى الحق متنازعا فيه، لا فحسب إذا طعن في الحكم الابتدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف، بل طول المدة التي يظل فيها باب الطعن الاعتيادي مفتوحا ولو لم يطعن في الحكم فعلا.

[1]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 106.

أما إذا كان الحكم نهائيا فقد انحسم النزاع في الحق وأصبح حقا غير متنازعا فيه، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن ان يطعن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس اعادة النظر، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحا، أما اذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بطعن غير اعتيادي، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقا متنازعا فيه، ويجوز فيه الاسترداد. ويجب ان يكون الحق متنازعا فيه كما اسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه الى الغير، فلو بدا الحق متنازعا فيه ثم انحسم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد، ولو كان الحق وقت ان نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك، ويستوي ان يكون الحق المتنازع فيه حقا شخصيا او عينيا، منقولا او عقارا، فلا يوجد ما يمنع من استرداد العقار متنازع فيه باع المدعي حق ادعائه فيه الى أجنبي، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حق المدعي برده له الثمن والمصروفات والفوائد. أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز للعقار، فهناك خلاف في الرأي. فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجيز للمدعي حق الاسترداد، لأن الحكمة متوفرة في حالته كما توافرا في حالة المدعى عليه. ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعي حق الاسترداد، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بإدعائه فلا يوز ان يسترد توقيا لخصومة هو المتسبب فيها.[1]

ثانيا: أن يكون النزول على الحق بمقابل : وفي هذا المنوال يجب أن يكون التصرف بمقابل نقدي كثمن المبيع أو بمقابل آخر كالمثليات[(2)] ومنه يستوجب في التصرف أن يقع بمقابل وبمفهوم المخالفة كل تصرف دون مقابل لا يحتمل فيه فكرة المضاربة وهي العلة التي أسس عليها المشرع الحظر الواقع على بيع الحقوق المتنازع فيها، ومن ثم نقل الحق بطريق الهبة لا يرقى إلى فكرة المضاربة بحيث ينتقل الحق للمتنازل له بدون مقابل. [(3)]

[1]- د/عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 199.
[2]- د/عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 200.
[3]- إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 80

هل يجوز الاسترداد إذا كان المقابل غير الثمن النقدي ؟.

الأصل في المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري "إذا تنازل شخص عن حق منازع فيه..." فعند القراءة الأولى يتبادر إلى ذهننا التنازل بمقابل ثمن نقدي وهو البيع بحكم أنه يشكل مضاربة صارخة للحق المتنازع فيه. ولكن هل ترقى المقايضة لتكون محلا لممارسة دعوى الاسترداد ؟.

لقد اختلف الفقه حول هذه المسألة.

الرأي الأول:

يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري : أنه لا بد أن يكون المقابل نقدا وعلى هذا الأساس تخرج عنه المقايضة وبالتالي لا يمكن ممارسة دعوى الاسترداد لكون المسترد لا يمكنه دفع ثمن البيع الحقيقي بل يقدم له تعويضات وعملا بنص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري لا تشترط أن يكون حتما التنازل عن طريق البيع، بل قد يكون هناك طريق آخر وبمقابل نقدي ومن ثم ممارسة دعوى الاسترداد. مثاله وجود حق متنازع فيه بين شخصين ويوفيه للآخر نزولا عن دين بينهما. أو إزاء وقوع صلح بينهما يقدم الأول للثاني مبلغا مقابل تنازله على الحق المنازع فيه للآخر. [1]

و يشترك الدكتور خليل أحمد حسن قدادة مع الرأي السابق بحجة أن ظاهر النص ينص على رد الثمن الحقيقي وبالتالي تخرج المقايضة عن ممارسة دعوى الاسترداد. [2]

الرأي الثاني:

يرى الدكتور أحمد حسين نص المادة01/400 من القانون المدني الجزائري يحتمل تفسيرين آخذا بظاهر النص فمن جهة تتكلم المادة أن يكون التصرف بيعا بحكم المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري "يرد الثمن الحقيقي..." ويلاحظ من جهة أخرى أن النص يقول "تنازل شخص..." ولم يقل إذا "باع الشخص" وعليه يصح الاستيراد آخذا بظاهر النص في المقايضة أيضا بشرط أنه يرد المسترد للمتنازل

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 200.

[2] – عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 77.

له قيمة المال الذي قايضه به ومن باب أولى مادامت المضاربة تتحقق في كل التصرفات الناقلة للحق بمقابل ومن ثم لا يشترط أن يكون التصرف بيعا. [1]

وما يستخلص من خضم دراسة هذه الآراء فان رأي محمد حسن هو الأقرب للصواب لتماشيه مع إرادة المشرع نصا وروحا، كونه التزم بظاهر النص من جهة، ويحارب المضاربة في الحق المتنازع فيه من جهة أخرى.

ولا يشترط في البيع أن يكون رضائيا وإنما إذا وقع عن الحق المتنازع فيه نتيجة بيع قضائي فانه يجوز الاسترداد. نظرا لإطلاق عبارة النص.

يعتبر هذين الشرطين هما الأصليين في ظل التشريع الجزائري وهما أن يكون الحق المسترد متنازعا فيه وأن يكون بمقابل. وقد ذهب بعض الشراح لإضافة شرط ثالث لإمكانية ممارسة حق استرداد الحق المتنازع فيه من يد المتنازل له.

ثالثا: علم المشتري بالنزاع القائم حول الحق المشترى: أن يتم التصرف في هذا الحق إلى عالم بالنزاع حوله–المضاربة–: فيشترط لجواز الاسترداد أن يكون المتصرف إليه–المشتري– عالما بالنزاع الواقع على الحق. و بمفهوم المخالفة لو لم يكن يعلم بما نسب إليه قصد المضاربة لسقطت أحقية ممارسة دعوى الاسترداد.

في حين فإن المقصود بنص المادة 400 من القانون المدني الجزائري أساسا هو المضاربة الواقعة على الحقوق المتنازع فيها وهذا ما ذهب إليه الدكتور محمد حسين[2]. فهو بذلك يسد ذريعة ممارسه حق استرداد الحق المتنازع فيه على أساس فكرة المضاربة والتي لا تكون إلا بالعلم المسبق للمتصرف إليه.

كما ذهب الدكتور السيد تناغو إلى نفس الفكرة ومؤسسا رأيه في اشتراط أن يكون المتصرف إليه في الحق المتنازع فيه يعلم بالنزاع وقت التصرف لاتحاد العلة لكون المشتري ي هذه الحالة لا يكون مضاربا.

[1]– إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 86

[2]– أنور طلبة، المرجع السابق، ص 79.

وبالنتيجة لا يجوز للمتنازل ضده استرداد هذا الحق معللا رأيه بالمذكرة الإيضاحية التي تقدم على منع فكرة المضاربة. [1]

في حين أن عبد الرزاق أحمد السنهوري أبقى على الشرطين المشار إليهما سابقا مستبعدا بذلك شرط علم المتصرف إليه في الحق المتنازع فيه وقت التصرف. [2]

وعن طريق المفاضلة بين الرأي الذي يشرط عدم علم المشتري وقت التصرف أن الحق متنازع فيه.

و الرأي الذي يستبعد هذا الشرط مكتفيا فقط أن يكون الحق متنازعا فيه وأن يكون بمقابل لابد من ترجيح الكفة لحماية المتنازع ضده لكونه المشرع تدخل أساسا لحماية هذا الأخير من المتنازل له الذي غالبا ما يكون محترفا لمثل هذه العمليات التي يقصد من ورائها المضاربة واتخاذ إجراءات تسويفية.

و إن تدخل المشرع بنص المادة400 من القانون المدني الجزائري وهي منع التعامل في الحقوق المتنازع عليها وإقرار دعوى الاسترداد للمتنازل ضده التي يمارسها في مواجهة المتنازل له الغاية منها هي محاربة فكرة المضاربة التي تنطوي على سوء نية المتصرف إليه. والتي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات من قبل المتنازل ضده والتي يكشف عليها وللوهلة الأولى إذا ما كان الثمن الذي تنازل عليه زهيد فهو غير حقيقي مقارنة بالحق المتنازع عليه.

و عليه لو اعتمدنا على الرأي الأول الذي أضاف شرط علم المتنازل له بأن الحق متنازع عليه وقت التصرف يحمي بذلك كاهل القضاء من العديد من الدعاوى التي لا مصلحة فيها لان المصلحة التي خولها المشرع في نص المادة 400 من القانون المدني الجزائري للمتنازل ضده في مباشرة حق الاسترداد هي محاربة فكرة المضاربة التي عادة ما يلجأ إليها المتنازل له وعليه بغياب سوء النية لهذا الأخير تنفي مصلحة المتنازل ضده في ممارسة حق الاستيراد.

وفي غياب الممارسة القضائية تبقى هذه مجرد آراء تحتمل تارة الصواب وتارة أخرى الخطأ. والى حين صدور الاجتهادات القضائية في مجال بيع الحقوق المتنازع فيها يبقى الفقه يجتهد.

[1] – سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 11.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 197.

إن المادة 400 من القانون المدني الجزائري جاءت بصياغة عامة ومن ثمة يستوي في الحق الذي يراد استرداده أن يكون حقا عينيا أو شخصيا، ولا يقتصر الحق العيني على حق الملكية كما يتجاوز إلى كل الحقوق العينية المتفرعة كحق الارتفاق والانتفاع...الخ. [1]

وبتمام هذه الشروط يمكن للبائع ممارسة دعوى الاسترداد بكيفيات وطرق نتطرق إليها في دراستنا في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: كيفية ممارسة دعوى الاسترداد

من خلال استقراء المادة 400 من القانون المدني الجزائري يتم الاسترداد باجتماع أمرين أولهما هو إعلان المدين إرادته في الاسترداد وثانيهما هو رد المشتري الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات.

أولا: إعلان المدين إرادته في استرداد الحق:

بتوفر شروط الاسترداد المشار إليها آنفا يجب على المتنازل ضده أن يعلن رغبته في استرداد الحق المتنازع عليه بأية وسيلة يمكن إثباتها[2] وبالتالي لا يحتاج الإعلان إلى شكل خاص. فالمتنازل ضده يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدى به الطلبات في الخصومة يوجه الطلب إلى المتنازل له دون المتنازل لكون المتنازل له – مشتري الحق المتنازع عليه- هو الخصم في دعوى الاسترداد. [3]

هناك فرضيتين إما تكون هناك دعوى منظورة أمام ساحة القضاء سواء رفعها المشتري على البائع يطالبه بالحق المتنازع فيه الذي اشتراه هنا يدخل المتنازل ضده بدعوى الاسترداد رافعا إياها ضد المشتري لوحده. أو احتمال أن يعلم المتنازل ضده بعملية بيع المتنازل للمتنازل له المال محل النزاع فهنا يرفع المتنازل ضده دعوى ضد المتنازل له لوحده يقصد من ورائها استرداد الحق المتنازع عليه. كما يجب إعلان الرغبة في الاسترداد قبل أن ينتهي النزاع بصدور حكم نهائي في موضوع الحق كما يجب أن يطلب الاسترداد بصفة

[1] – سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 31.
[2] – سمير عبد السيد تناغو، المرجع نفسه، ص 33.
[3] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 73

أصلية أمام القضاء فلا يصح طلب الاسترداد بصفة احتياطية ذلك أن الحكمة من تخويل هذه الرخصة هي حسم النزاع.[1]

وما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في هذا السياق في القرار الصادر عنها بتاريخ1938/07/07 في الطعن لمسجل تحت رقم 82سنة 7ق أن القانون لا يخول للمدين – المتنازل ضده- الحق غي استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلا بصفة أصلية وبغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحا على هذا الأساس. [2]

ويطلب الاسترداد في أي وقت يكون الحق لا زال متنازعا فيه وتسقط دعوى الاسترداد بمضي 15 سنة من يوم النزول على الحق المتنازع عليه. [3] طبقا لنص المادة 308 من القانون المدني الجزائري. وعليه يستخلص مما سبق أن إعلان المدين عن إرادته في استرداد الحق المتنازع فيه يتم دون حاجة لاستعمال شكل معين كون القانون لم يشترط ذلك ويوجه هذا الإعلان من المدين- المتنازل ضده-، إلى المشتري وليس ضد البائع-المتنازل- لأن المشتري هو الشخص الوحيد المعني بذلك. [4]

وقد يتنازل المشتري عن الحق المتنازع فيه إلى شخص آخر قبل ممارسة دعوى الاسترداد على المشتري وهنا يرى السنهوري أن ترفع دعوى الاسترداد ضد المشتري الثاني والذي سيحصل على مركز المتنازل له بدلا من المشتري الأول. [5]

ثانيا: أن يدفع المسترد للمشتري الثمن الحقيقي وكذلك المصروفات:

تنص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري على انه: " إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه للمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة."

[1]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 78.
[2]- سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 78
[3]- عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 61
[4]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 141.
[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 205.

يستصاغ من هذه الفقرة أن إعلان استرداد الحق المتنازع فيه يكون عديم الأثر ما لم يقوم المتنازل ضده بعرض الثمن الحقيقي بالإضافة إلى المصاريف الواجبة للمتنازل له وعلى هذا الأساس ماذا يقصد بالثمن الحقيقي والمصاريف الواجبة في نص المادة01/400 من القانون المدني الجزائري؟

للإجابة على هذا السؤال سنحدد مفهوم كل واحد منها على النحو التالي:

1. مفهوم الثمن لحقيقي الوارد في نص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري:

تقابل هذه المادة نص المادة 01/469 من القانون المدني المصري والمادة 1699 من القانون المدني الفرنسي. أن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا بالوفاء بالثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه للبائع وقد أراد المشرع ذكر لفظ "الحقيقي" لوضع حد للثمن الصوري الذي قد يذكره المتنازل والمتنازل له في عقد البيع[1].

فغالبا ما يكون المتنازل له من الذين يأخذون هذا الحق المتنازع عليه بثمن بخس[2]. ويقصدون المضاربة من ورائه وبالتالي حماية المشرع للمتنازل ضده أقر بدفع الثمن الحقيقي دون أن يقتصر في الصياغة على الثمن فقط لسد ذريعة اتفاق المتنازل والمتنازل له بإدراجهما في العقد ثمن خيالي وصوري حتى لا يكون الاسترداد باهظ التكاليف على المتنازل ضده مما يجعل هذا الأخير يعدل على الاسترداد مع الإشارة إلى أن عبء إثبات الثمن الحقيقي يكون على عاتق المتنازل ضده ويكون بكافة طرق الإثبات عملا بالقواعد العامة لكون المتنازل ضده في العلاقة ما بين المتنازل والمتنازل له يعتبر من الغير مما يجعل هذه العلاقة بالنسبة للمتنازل ضده بمثابة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات. [3]

[1]- المجلة القضائية رقم 02، لسنة 1994، قسم الوثائق المحكمة العليا

[2]- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 80.

[3]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 144

2. مفهوم المصاريف الواجبة:

يدخل في هذا القبيل أتعاب الموثق الذي قام بتحرير عقد التنازل ورسوم التسجيل ورسوم الدمغة ومصاريف إعلان الحوالة [1] ورسوم الطوابع وأتعاب المحامي والسمسرة. [2]

وعليه طبقا لنص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري على المتنازل ضده أن يدفع بالإضافة إلى الثمن الحقيقي جميع المصاريف الواجبة المشار إليها أعلاه وللإشارة ما دام المشرع قد نص على الثمن الحقيقي بكل مشتملا ته بمعنى إذا كان الثمن الحقيقي مؤجلا أو مقسطا فإن المتنازل ضده يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط. وبحسب عبارة المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري فإن المسترد يجب عليه أن يدفع هذه المبالغ دون أن يوضح ما إن كان عرض الثمن كافي أم أنه لا بد من الدفع الحقيقي.

لقد اختلف الفقهاء في مسألة عرض الثمن أو دفعه فيرى عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه بصراحة المادة 01/369 قانون مدني مصري والتي تقابلها المادة 01/400 قانون مدني جزائري أن الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم الرد أو العرض [3] بمعنى أنه لا ضرر في عرض الثمن فحسب كما ذهب بعض الشراح في مصر للقول أن طلب الاسترداد لا يكون مقبولا إلا إذا تم عرض الثمن عرضا حقيقيا بإذاعة خزانة المحكمة إذ به تتأكد جدية طلب الاسترداد.

غير أن الرأي السائد في الفقه المصري هو عدم لزوم ذلك على أساس النص لم يستلزمه، كما يرى الدكتور محمد حسنين أن الرأي الرامي بإيداع خزانة المحكمة الثمن الحقيقي هو الأرجح بحجة أنه يحسم الموقف. [4]

غير أنه ولغياب قرارات المحكمة العليا الفاصلة في هذا الشأن لا يمكن إلزام المتنازل ضده بإيداع الثمن الحقيقي والمصاريف الواجبة في خزينة المحكمة مما يستوجب ترجيح رأي الدكتور وعبد الرزاق أحمد السنهوري أخذا بظاهر نص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] – المجلة القضائية رقم 02، لسنة 1994، قسم الوثائق المحكمة العليا

[2] – إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 96

[3] – القانون الأساسي للقضاء، رقم 11/04، الجريدة الرسمية العدد 57 لسنة 2004

[4] – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 90

لقد لاحظنا أنه في باب بيع الحقوق المتنازع عليها لعمال القضاء ومن حكمهم مآلها البطلان المطلق الأمر الذي يطرح إشكال هل يجوز استرداد عمال القضاء ما عليهم من حقوق متنازع عليها؟

إن نص المادة 01/400 قانون مدني جزائري تجيز للمتنازل ضده المدين استرداد الحق المتنازع عليه مقابل دفع الثمن الحقيقي والمصروفات الواجبة ولكن إذا كان المتنازل ضده في هذه العلاقة هو أحد عمال القضاء المنصوص عليهم في المادتين 402و403 من القانون المدني الجزائري هل يجوز له الاستناد إلى نص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري لاسترداد الدين من المتنازل له؟ أم يعتبر هذا الاسترداد شراء لحق متنازع فيه؟ فيحرم عليه بالشروط المنصوص عليها في المادة 402 و403 من القانون المدني الجزائري ؟ قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى أنه بمثابة شراء لحق متنازع منه طبقا لنص المادتين 402 و403 من القانون المدني الجزائري لأنه إذا كانت المادة 400 من القانون المدني الجزائري أجازته فإن حكمها منسوخا فيما يتعلق بعمال القضاء بحكم المادتين 402و403 قانون مدني جزائري لخصوصه، ولأن حكم المادة 01/400 قانون مدني جزائري قصد به مراعاة مصلحة المدين في حين أن حكم المادتين 402 و403 قانون مدني جزائري قصدت به المصلحة العامة وهي أولى بالتغليب من المصلحة الخاصة غير أن هذا الرأي مردود عليه لأن الحكمة من الاستثناء الوارد في المادتين 402 و403 قانون مدني جزائري هي منع عمال القضاء ومن حكمهم من المضاربة في الحقوق المتنازع عليها باستعمال نفوذهم أو لمنع تعرضهم للشبهات فيما يتعلق بها وما دام رجل القضاء متنازل ضده فإن هذا أبعد أن يكون عن فكرة المضاربة ولا محل فيه لأي شبهة وبالنتيجة لا مجال لتحريمه عليه[1] ونشير إلى أن محمد حسن ذهب مع هذا الرأي لانتقاء فكرة المضاربة ولا تحاذ العلة. [2]

بعد ضبط أحكام ممارسة دعوى الاسترداد آن الأوان لحصر الحالات التي تخرج من مجال ممارسة هذه الدعوى.

[1] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 98

[2] – إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 103

المطلب الثاني: الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد

لقد نص المشرع الجزائري صراحة في القانون المدني في المادة 401 منه تقابلها نص المادة 470 من القانون المدني المصري وهي حالات استثنائية جاءت على سبيل الحصر وليس المثال وهي (04) أربع حالات لا يجوز فيها الاسترداد لانتقاء فكرة المضاربة، وسنتطرق لكل حالة منها على حدى.

الفرع الاول: إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد:

مثال ذلك بيع التركة فهي مجموعة من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون وعليه لا ننظر هنا إلى عنصر من عناصر بالذات وبالتالي إذا كان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموع التركة، هنا تنعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات وعليه لا يجوز استرداده وبالتالي إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين ينازع فيه المتنازل ضده فهنا المتنازل له أصبح صاحب هذا الحق المتنازع فيه. ولا يستطيع المتنازل ضده أن يسترده منه.[1]

الفرع الثاني: إذا كان الحق المتنازع فيه مشاعا بين ورثة أو شركائه وباع أحدهم نصيبه للآخر:

وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري منع الاسترداد في هذه الحالة بقولها " أن الاشتراك في الميراث أو الشيوع قد يكون هو الدافع إلى الشراء هنا مما يعارض فكرة المضاربة ( )، ناهيك على أن إجازة الاسترداد في هذه الحالة لا تؤدي إلى حسم النزاع بصفة نهائية.

والملاحظ أن شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة بل هو إلا قسمة أو خطوة نحوها. أما إذا كان الشريكان في الحق ينازعهما أجنبي يدعي ملكية الحق معهما وكان الحق ذاته متنازعا فيه مع المدين به ثم ترك الأجنبي عما يدعيه للمشتركين عندها لا يكون ضمن هذا الاستثناء وهنا يجوز للمتنازل

[1] – عبد المنعم بدوي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 75.

ضده أن يباشر دعوى الاسترداد، لاسترداد الحق المتنازع عليه لكون هذا الاستثناء يقتضي أن يبيع أحد الشريكين للآخر نصيبه، لا أن أجنبيا عنهما يكون هو المتصرف.[1]

الفرع الثالث: إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاءا للدين الثابت في ذمته:

وتفترض هذه الحالة، أن المدين له حق في ذمته شخص آخر متنازع فيه بينهما، ثم يتنازل المدين عن هذا الحق لدائنه كوفاء لدينه الذي في ذمته له، في هذه الحالة لا يجوز الاسترداد هذا الحق من قبل المتنازل ضده لأن قبول الدائن المتنازل له بالحق ينفي فكرة المضاربة حيث يقصد من وراء قبوله الوفاء بحقه مما يجعل عملية تنازل المتنازل عن الحق المتنازع فيه للمتنازل له وفاء بمقابل لا مضاربة فيها.

مثاله: كأن يكون (أ) له حق متنازع فيه مع (ب) ، ويكون (أ) في نفس الوقت مدينا ل (ج) فوفاء منه بحق (ج) يتنازل عن حقه المتنازع فيه مع (ب)( ). هنا لا يمكن ل (ب) ممارسة دعوى الاسترداد على (ج).

الفرع الرابع: إذا كان الحق المتنازع فيه دينا مترتبا على عقار وبيع العقار لحائز العقار

أو بعبارة أخرى إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز هذا العقار فحائز العقار المرهون الذي يشتري الدين المضمون بالرهن والذي قد يكون متنازعا فيه فهناك تكون عملية الشراء إلا وسيلة لتخليص عقاره المثقل بالرهن وليس بنية المضاربة في الحق المتنازع فيه[2]، فعله المشرع بوضع هذه الحالة من الحالات الاستثنائية التي تخرج منها ممارسة حق الاسترداد هي انتفاء فكرة المضاربة في التعامل في الحق المتنازع فيه لأن الرخصة التي وضعها المشرع للممارسة دعوى الاسترداد ما هي إلا وسيلة للحد من التعامل والمضاربة في الحقوق المتنازع عليها، وعليه بانتفاء السبب- وهو المضاربة- تسقط معه دعوى حق الاسترداد. وبالمثال الموالي يتضح المقال.

[1] - عبد المنعم بدوي، المرجع السابق، ص 77.

[2] - عبد المنعم بدوي، المرجع السابق، ص 78.

مثاله: أن يكون (أ) صاحبا لأحد العقارات المرهونة وفاءا لدين متنازع فيه ل(ب) على(ج)، فإذا اشترى (أ) الدين من (ب) مثلا، فلا يجوز ل (ج) استرداده لان (أ) لم يقصد المضاربة بل قصد تخليص العقار من الرهن الذي يثقل كاهله.()

هذه هي الحالات التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني والتي تخرج من مجال ممارسة دعوى استرداد الحق المتنازع عليه لانتفاء فكرة المضاربة. مع الإشارة أن هذه الحالات الأربع المشار إليها سابقا جاءت على سبيل الحصر فهي شاذة والشاذ يحفظ ولا يقاس عليه، ومن هذه الزاوية فان ذهاب بعض الفقهاء والشراح لاعتبار التصرفات الواردة على الحق المتنازع فيه والتي تكون في شكل عقود تبرع تخرج هي الأخرى من مباشرة دعوى الاسترداد. وبما فيها من لم يعلم بالنزاع في وقت التصرف بحجة أنه تنتفي فكرة المضاربة[1].

الأمر الذي يجعل هذين الحالتين تخرجان من مجال الحظر الواقع على ممارسة حق الاسترداد بحجة أن الحالات المشار إليها في المادة 401 من القانون المدني الجزائري جاءت على سبيل الحصر من جهة ومن جهة أخرى أن نية المشرع في التضييق في زاوية المنع الوارد على ممارسة دعوى الاسترداد ما هي إلا وسيلة لحماية المتنازل ضده والحد من فكرة المضاربة بحجة أن المتنازل له بحكم الممارسات القضائية ما هو إلا شخص يحترف مثل هذه الممارسات التضليلية مع الإشارة إلى أن المشرع لم ينص على عقود التبرع في نص المادة401من القانون المدني الجزائري إلا أنها مستبعدة ليس بحكم المادة 401 لكنها بصريح المادة400 من القانون المدني الجزائري التي تشترط أن يدفع المتنازل ضده للمتنازل له الثمن الحقيقي.

بعد ضبط مفهوم دعوى الاسترداد والتطرق لشروط وكليفيات استرداد الحق المتنازع فيه وحصر الحالات التي تخرج من مجال ممارسة هذه الدعوى أصبح لزوما دراسة الآثار المترتبة على هذه الدعوى الأمر الذي سنتطرق له بنوع من التفصيل في المبحث الثاني.

[1] – سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 43.

المبحث الثاني: آثار الاسترداد

تقع آثار ممارسة حق الاسترداد وقعا صحيحا في العلاقة ما بين المشتري –المتنازل له– والبائع– المتنازل– وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع[1] من جهة ومن جهة أخرى يقع آثار الاسترداد عل محل الحق المتنازع فيه بحسب طبيعة هذا الحق. وعليه سنطرق بنوع من التفصيل في المطلب الأول إلى آثار الاسترداد على أطراف العلاقة، وفي المطلب الثاني إلى آثار الاسترداد على الحق المتنازع فيه.

المطلب الأول: أثار الاسترداد على أطراف العلاقة

إذا استرد المتنازل ضده الحق المتنازع فيه من المشتري، فإن هذا لا يعني أنه أقر بأن الحق ليس له، وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للخصومة القائمة حتى لا يحسم النزاع في أمر لا تعرف مغبته[2]

وبالتالي إذا تم الاسترداد على الوجه الصحيح فإنه ينتج أثره لا محالة، أولا: في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده، ثانيا: في العلاقة ما بين المشتري والبائع، ثالثا: في العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع.

الفرع الأول: في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده.

يترتب بصفة آلية على الاسترداد حلول المسترد محل المشتري –المتصرف إليه– بأثر رجعي أي من تاريخ التصرف. مع العلم أنه لا يعتبر هذا شراء جديد، وكأنه هو المتصرف إليه من أو مرة، فيكون المشتري في هذه العلاقة وكأنه لم ينتقل إليه الحق على الإطلاق[3]، ولاحظنا سابقا أنه قد يتنازل المشتري للحق المتنازع فيه إلى مشتري آخر قبل مباشرة دعوى الاسترداد [4]، فهنا يستوجب مباشرة دعوى الاسترداد على المشتري الثاني وليس المتصرف إليه الأول، مع بقاء العلاقة ما بين المتصرف إليه الأول والثاني صحيحة ما لم تكن مشوبة.

[1]– عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 101

[2]– توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 32.

[3]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 46

[4]– أنور سلطان، المرجع السابق، ص 178.

و على وجه الخصوص يترتب على استرداد الحق سقوط جميع الحقوق التي يكون المشتري قد رتبها على الحق قبل الاسترداد. كأن يكون المشتري قد رتب رهنا لأحد الأشخاص على العقار أو حق ارتفاق أو انتفاع، فتعتبر هذه الحقوق بعد الاسترداد كأن لم تكن، وإذا كان دائن المشتري قد استصدر حكما من القضاء بالحجز، فإنه يسقط بمجرد وقوع الاسترداد لأن محل الحجز لم يعد مملوكا للمشتري. إذا كانت هذه التصرفات التي قام بها المتصرف إليه في الحق المتنازع فيه لا يعتد بها قبل المتنازل ضده، فما حكم المشتري الذي يقوم بدفع رسوم أكبر بسبب المبالغة في الثمن المصرح به في العقد ؟ لأن المشتري غالبا ما يكون محترفا في مثل هذه التصرفات فليلجأ إلى الصورية.

الجواب على هدا السؤال يكون بالنفي بحجة أن المتنازل ضده ليس مسؤولا بما انجر عن المشتري من رسوم جراء التصريح الكاذب في الثمن عملا بظاهر النص المادة 400 من القانون المدني الجزائري التي تهدف إلى الحد من لجوء المتنازل له إلى الصورية والمضاربة في الحقوق المتنازع فيها.

الفرع الثاني: في العلاقة ما بين المشتري والبائع

تبقى هذه العلاقة قائمة وصحيحة فهي لا تنقض بالاستيراد [1]. ويذهب غالب الفقهاء إلى قول ببقاء عقد البيع بين المتنازل والمتنازل له بعد الاسترداد على أساس أن الاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع، ومن ثم لا تتأثر العلاقة بين البائع والمشتري، وينجر عنه أنه يكون للبائع الحق بمطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات، لان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته، ولا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان بعدما انتزع المسترد الصفقة من يد المشتري. إلا إذا كان المشتري يجهل أنه اشترى حقا متنازعا عليه فيكون له الرجوع على البائع بالضمان والتعويض[2]. وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في لقرار الصادر بتاريخ 1948/01/18 في الطعنان المسجلان تحت رقم 111 سنة 16ق و10 سنة 17 ق. بحيث أنه متى كان الحكم قد اثبت أن المدعي لم يشتر إلا مجرد حق متنازع فيه، فإن قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافق

[1] – عبد المنعم بدوي، المرجع السابق، ص 99.

[2] – المرجع نفسه، ص 100

لحكم المادة 353 من القانون المدني المصري التي تقضي بأن لا ضمان أصلا على من باع مجرد حق متنازع فيه. [1]

الفرع الثالث: في العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع

يذهب الرأي السائد في الفقه الفرنسي أن اثر الاسترداد هذا نسبي فهو قاصر على علاقة المتنازل ضده والمتنازل له فيما بينهما، أما بالنسبة للمتنازل فلا يحتج عليه بحلول المتنازل ضده محل المتنازل له.

ويكون للمتنازل أن يطالب المتنازل له بالثمن وكأن الاسترداد لم يحصل أي أن التصرف يظل قائما في علاقة البائع بالمشتري ويبالغ أصحاب هذا الرأي في منطقهم، يقولون بأن للبائع أن يطالب المتنازل ضده بالثمن مستعملا حقوق مدينه أي المشتري بواسطة دعوى غير مباشرة. [2]

ويرى الأستاذ عبد المنعم البداوي في هذا الصدد أن الاسترداد لا يعدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة المدين. فليس من اثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة وإنما يرجع عليه بدعوى غير مباشرة ثم أن المسترد لا يعتبر انه قد تلقى حقا من المشتري الذي أستعمل خيار الاسترداد في مواجهته لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كنا بصدد حوالة حق أو زوال النزاع الذي ثار حوله الحق العيني محل التنازل. وعليه المسترد لا يعتبر خلفا خاصا للبائع ولا للمشتري لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفا فيه. [3]

و يذهب جانب في الفقه الفرنسي وفقا للتقاليد القانون الفرنسي القديم إلى جواز رجوع البائع على المسترد بالثمن عن طريق دعوى غير مباشرة استعمالا للبائع لحق مدينه المشتري قبل المسترد وإمكانية البائع لمباشرة دعوى مباشرة على المسترد. الأرجح انه لا يجوز للبائع إلا ممارسة دعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة 189 من قانون المدني الجزائري في حالة ما إذا لم يدفع المسترد الثمن الحقيقي والمصاريف الواجبة إلى المتنازل له فهنا يكون المتنازل له دائن للمسترد بالثمن والمصاريف الواجبة ويكون البائع إذا لم يسدد له المتنازل له ثمن الحق المتنازع فيه دائنا لهذا الأخير مما يجعل المسترد في مثابة مدين البائع مما تخوله نص المادة 189 من

[1] – عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 79.

[2] – مجلة المحاماة رقم 26، سنة 1996، مصر

[3] – عبد المنعم بدوي، المرجع السابق، ص 105.

القانون المدني الجزائري ممارسة الدعوى غير المباشرة في مواجهة المسترد للمطالبة بالثمن الحقيقي والمصاريف الواجبة. ولا مجال لممارسة الدعوى المباشرة. لأن الدعوى المباشرة عادة لا تكون إلا بنص ولغياب نص في القانون المدني الجزائري في هذا المجال لا يسمح للبائع بالرجوع على المسترد بواسطة دعوى مباشرة.

كما يترتب على استرداد المدين للحق إنهاء هذا الحق الأخير إذا كان شخصيا وقطع الخصومة إذا كان الحق عينيا وعليه الحق المتنازع عليه لا ينتقل من البائع إلى المسترد. والعلة في ذلك أن هذا الحق كان متنازعا فيه من البائع والمسترد، فهنا الاسترداد قد حسم النزاع وبالتالي يسقط حق البائع في مطالبة المسترد بالحق المتنازع فيه، وعليه يصبح أثر الاسترداد كأثر الصلح في حسم النزاع .[1]

يرى الدكتور محمد حسنين أنه يجب أن يقاس استرداد الحق المتنازع فيه على استرداد الحصة الشائعة وعلى الشفعة. ففي كليهما يحل المسترد أو الشفيع محل المشتري وذلك بصريح النص الوارد في المادة 01/721 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 01/833 من القانوني المدني المصري، و المادة 01/804 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 01/945 من القانون المدني المصري عن آثار استرداد الحصة الشائعة والشفعة وليس هناك لأن ينفرد الحق المتنازع فيه بحكم خاص في هذا الشأن.[2]

فرأي محمد حسنين الذي أنزل المسترد في الحق المنازع فيه منزله المسترد في الحصة الشائعة والشفعة في الحقوق والواجبات قبل البائع يستحق إعادة نظر سواء في الحقوق والوجبات والنصوص القانونية المنظمة لكل منها فإنه بصراحة المادة 1/721 والمادة 802و1/804 من القانون المدني الجزائري فإنه على الشريك المسترد أن يباشر دعواه على كل من البائع والمشتري ونفس الشيء بالنسبة للشفيع التي تلزم بمباشرة هذا الأخير دعواه على كل من البائع والمشتري في حين أنه المادة 400 من القانون المدني الجزائري أن المسترد يباشر دعواه فقط على المشتري دون البائع.

فهنا لو قسنا المسترد في بيع الحقوق المتنازع فيها على المسترد في الحصة الشائعة والشفعة فيها لألزمناه بما لم ينص عليه القانون، ومن جهة أخرى فإن الخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن

[1] – توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 91

[2] – محمد حسنين، المرجع السابق، ص 103

غيره من الحالات الأخرى. أن المسترد هنا مدين بالحق المنازع فيه للبائع، فهو ليس أجنبي عن الحق بعكس الشفيع فهذا الأخير لا يلقى الحق بل ينهيه أو يقطعه بحسب محل الحق المتنازع فيه. [1]

وعليه فإن الأثر الجوهري في علاقة البائع بالمسترد هو حق البائع في مباشرة الدعوى غير المباشرة على المسترد إذا لم يفي بالثمن والحقوق الواجبة للمتنازل له. وأن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع للمشتري وأن البائع يسقط حقه في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه لأن الاسترداد يحسم النزاع بين البائع والمسترد حول الحق المتنازع فيه.

وعليه من خلال ما سبق يكون الاسترداد قد أوقع أثره في العلاقة ما بين أطراف العلاقة سواء المشتري والبائع والمتنازل ضده. مع أنه لا معنى لهذا الأثر ما لم يكن الاسترداد قد وقع صحيحا، ناهيك عن الآثار التي تترتب على الاسترداد بين أطراف العلاقة فإنه ينصب آثار على محل الحق الذي نتطرق إليه بنوع من التفصيل في المطلب الثاني

المطلب الثاني: آثار الاسترداد على الحق المتنازع فيه

إزاء مباشرة المسترد دعواه فإنه يحسم النزاع القائم حول الحق المتنازع فيه وبالتالي يختلف هذا الحسم بحسب موضوع الحق المتنازع فيه سواء حق شخصي أو عيني باستثناء الحالات الأربع المنصوص عليها في المادة 401 من القانون المدني الجزائري التي تخرج هذه الحالات من مجال ممارسة حق الاسترداد. فإذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا فإن الاسترداد ينهيه، إما إذا كان حقا عينيا فإنه يقطع الخصومة. وإذا كان الحق المتنازع فيه حق شخصي مثلا دينا يدعيه البائع في ذمة المسترد فإن الاسترداد لا ينقل الدين إلى المسترد فينقضي باتحاد الذمة. بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد. [2]

فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد ما يلي: "وإذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا فاسترداده يمكن تكييفه على أساس أنه شراء للحق من الدائن ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة."

[1] – مجلة المحاماة رقم 26، سنة 1996، مصر

[2] – عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 109.

وإذا كان الحق المتنازع فيه حقا عينيا مثلا حق ملكية على أحد العقارات. فإن الاسترداد يؤدي إلى قطع النزاع ويخلص للمسترد ملكية العقار دون منازعة من البائع. ويعتبر العقار كأنه لم ينقطع عن أملاك المسترد وبالتالي لا حاجة هنا لتسجيل الاسترداد وفي هذا الإطار أورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يلي "... وإذا كان الحق عينيا فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح".[1]

وبصفة عامة فإنه بمجرد مباشرة دعوى الاسترداد في مواجهة المشتري يؤدي إلى حسم النزاع القائم بخصوص الحق المتنازع فيه فإذا كان محل الحق المتنازع فيه حقا شخصيا يؤدي ممارسة حق الاسترداد إلى إنهاء هذا الحق. وإذا كان حقا عينيا قطع الخصومة فيه. مع الإشارة إلى أنه إذا كان محل الحق المتنازع فيه حقا عينيا مثلا عقار فإن استرداد المتنازل ضده لهذا الحق لا يستلزم تسجيله بحكم أن الاسترداد يؤدي إلى قطع النزاع وتخلص ملكية المتنازل ضده.

وإذا كانت المنازعة تتمحور على نقض، بطلان، فسخ، نقل أو إلغاء لحق عيني عقاري وتطلب شهر العريضة لدى المحافظة العقارية فإنه يؤدي إلى رفع هذا القيد بمجرد استرداد المتنازل ضده للحق المتنازع فيه لكون ممارسة حق الاسترداد لحق عيني يؤدي إلى قطع الخصومة القائمة ما بين المتنازل ضده والمتنازل. وإذا كان الحق المتنازع فيه حق عيني تبعي فإن استرداده من قبل المتنازل ضده يؤدي إلى قطع الخصومة القائمة ويؤدي إلى زوال القيد الوارد على العقار المتنازع عليه.

[1] – مجلة المحاماة رقم 26، سنة 1996، مصر

خاتمة

إن بيع الحقوق المتنازع فيها نوع خاص من انواع البيوع ينفرد بأحكام خاصة تجعله يختلف عن البيوع الاخرى.

وقد عالجه المشرع الجزائري في القانون المدني في القسم الثاني تحت عنوان انواع البيوع وفي مادته 2/400 عرفه على انه:" يعتبر الحق متنازعا فيه اذا رفعت من اجله دعوى او كان محل نزاع جوهري". ويستشف من هذه المادة انه حتى نكون امام حق متنازع فيه يجب ان يكون موضوع الحق محل النزاع مرفوع بشأنه دعوى امام القضاء.

ويبقى النزاع قائما حول موضوع هذا الحق طالما لم يبث في الدعوى بحكم نهائي، بمعنى ان صفة النزاع تسقط عن الحق بعد استنفاذه لطرق الطعن العادية. أو يكون الحق المتنازع فيه محل نزاع جوهري أي وجود نزاع جدي حول موضوع الحق وقت التنازل عنه.

يتميز بيع الحقوق المتنازع فيها بميزتين اثنتين لاسيما من حيث النطاق والاثر، وذلك كون ان بيع الحقوق المتنازع فيها محظورة على فئة معينة من الاشخاص وردت على سبيل الحصر في المادة 402 من القانون المدني الجزائري، وان المدين يجوز له استرداد الحق المتنازع فيه من يد المتنازل له اذا وقع التصرف بمقابل.

كما ان مسألة تكييف الحق المتنازع فيه هي مسألة قانوني لا واقعية، حيث يخضع قاضة الموضوع لرقابة المحكمة العليا لأنه يفصل في كل الوقائع التي طرحت عليه والتي تؤدي الى اعتبار الحق متنازعا فيه او لا. كما ان بيع الحقوق المتنازع فيها قد يختلط في فهمه مع بعض البيوع الاخرى كبيع ملك الغير وبيع المشاع، ففي بيع الحقوق المتنازع فيها لا تكون ملكية الشيء المبيع مفصول فيها بل هي نفسها محل نزاع قضائي او جدي، ولكن في بيع ملك الغير تكون الملكية ثابتة لأحد الخصوم هذا من جهة، ومن جهة اخرى فإن اثر بيع ملك الغير هو البطلان النسبي اما في بيع الحقوق المتنازع فيها فهو ممارسة رخصة الاسترداد، اما في تميز بيع الحق المتنازع فيه عن بيع الحق المشاع فنجد ان لبيع الحقوق المتنازع فيها احكام خاصة تختلف عن بيع المشاع، كون ان بيع الحقوق المتنازع فيها تشترط من جهة وجود نزاع جدي بين المتنازع ضده والبائع ولا تكون ملكية الحق المتنازع فيه مفرزة وثابتة لأي منهما بخلاف الحق الشائع الذي قد يحتمل النزاع بين الشركاء في الشيوع ولكن الملكية تبقى شائعة بينهم ومن جهة أخرى فإن اثر بيع الحق

المشاع يكون الابطال او حق الاسترداد بحسب الحالة اما في بيع الحقوق المتنازع فيها لا تخول للمتنازل ضد سوى حق ممارسة رخصة الاسترداد في مواجهة المتنازل له.

قد منع القانون رجال القضاء واعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها وكذلك لا يجوز للمحامي والمدافعين القضائيين لن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها.

قد يتخذ القاضي او مساعده القضائي او المحامي من جواز هذا البيع طريق لاستغلال نفوذهم فيشترون من المدعين او الموكلين حقوقا تحت النزاع، فالمشرع قد منع عليهم الشراء تفاديا لأي شبهة او ريبة مبعثها النفوذ.

ان التحريم والحظر لم يقتصر على الاشخاص فقط بل اقتصر كذلك على اموال معينة بعد توافر جملة من الشروط فيها لقيام المنع والتي تحتم ان يكون الحق المشترى متنازعا فيه، وان يدخل النزاع المتعلق به في اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها اختصاصهم وأن يكون المشتري للحق ذا صفة وقت الشراء.

اذا حدث التعامل من قبل الفئات المحظور عليها الشراء فإن هذه المعاملة تكون باطلة بطلانا مطلقا. إن هذا البطلان قرر لدرء الشبهة، ولإعتبارات متعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

إذا بيع العقار المتنازع فيه الى غير الاشخاص المحظور عليهم قانونا الشراء فإن لصاحبه الحق في استرداده عن طريق دعوى الاسترداد.

بيع الحقوق المتنازع فيها مبدئيا هو بيع صحيح، ولكن القانون خصه بشروط واحكام قطع بها طريق الاستغلال وطريق المضاربة معا.

- ففي مضنة الاستغلال عده المشرع بيعا باطلا.

- وفي مضنة المضاربة اعطى المدين حق الاسترداد الذي تتحول به ثمرة المضاربة الى مصلحته هو من دون المشتري المضارب.

ان رخصة الاسترداد تحسم النزاع المثار بين المتنازل ضده والمتنازل له. وهي رخصة اقرها المشرع للحد من فكرة المضاربة.

وحتى يستطيع المسترد ممارسة دعوى الاسترداد لابد من توافر جملة من الشروط في الحق المسترد وهي ان يكون الحق المسترد متنازعا فيه، وأن يكون النزول عن الحق بمقابل، كما ذهب بعض الشراح الى اضافة شرط ثالث متمثل في علم المشتري بالنزاع القائم حول الحق المشترى. وتمارس هذه الدعوى بإجماع أمرين اولهما اعلان المدين ارادته في الاسترداد وثانيهما هو رد المشتري الثمن الحقيقي والمصروفات الواجبة.

غير ان هذه الرخصة اورد المشرع عليها بعض الاستثناءات التي نص عليها في المادة 401 من القانون المدني الجزائري وهي:

- اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزافا بثمن واحد.
- إذا كان الحق المتنازع فيه مشاع بين الورثة او شركاء وباع احدهم نصيبه للآخر.
- اذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاء للدين الثابت في ذمته.
- اذا كان الحق المتنازع فيه يكون دينا مترتبا على عقار وبيع الحق لحائز العقار.

ان استرداد الحق المتنازع فيه يرتب اثرا بين اطراف العلاقة الثلاث فتكمن العلاقة بين المشتري والمتنازل ضده في كون ان المسترد يحل محل المشتري بأثر رجعي أي من تاريخ التصرف مع العلم انه لا يعتبر شراء جديد.، والعلاقة بين المشتري والبائع تبقى علاقة صحيحة وقائمة فهي لا تنقضي بالاسترداد، اما العلاقة بين المسترد والبائع فإذا كان الحق شخصي ينهيه وإذا كان عيني يقطع الخصومة.

ولمواجهة بعض المشاكل التي تكتنف هذا النوع من العقود وجب على المشرع الجزائري:

- تشديد الرقابة والضرب بيد من حديد كل من تسول له نفسه التعامل في الحقوق المتنازع فيها قصد المضاربة من أجل حفظ الحقوق.
- ان فكرة بيع الحقوق المتنازع فيها عمليا غير مطبقة فكثير ما يلبس على المتقاضين بينها وبين بيع ملك الغير والملك المشاع.
- بيع العقود المتنازع فيها قد يفتح بابا للتحايل والمضاربة.

- رخصة الاسترداد المقررة للمتنازع ضده غير كافية لضمان حقه.

- عدم تقرير الحماية الجزائية لبيع الحقوق المتنازع فيها.

- المشرع في القانون المدني الجزائري ذكر المدافعين القضائيين بينما وظيفة المدفعين القضائيين غير موجودين حاليا عمليا.

ومن خلال ما تقدمنا به نخلص إلى أن بيع الحق المتنازع فيه نوع خاص من أنواع البيوع ينفرد بأحكام خاصة تجعله يختلف عن صور البيع الأخرى سواء بالنظر إلى أحكامه أو آثاره. والملاحظ أن رخصة الاسترداد تحسم النزاع المثار بين المتنازل ضده والمتنازل من مغبة، في حين أن البطلان الوارد على التعامل في الحقوق المتنازع فيها من قبل الفئة المحظور عليها التعامل في مثل هذه الحقوق ما هو إلا جزاء رتبه المشرع في مواجهة هذه الفئات لدرء الشبهة التي قد تكتنف هذه الأخيرة.

قائمة المراجع:

قائمة المراجع باللغة العربية:

الكتب:

1. إبراهيم الخليلي، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، سنة 1986، دار النهضة العربية.
2. أنور سلطان، شرح أحكام البيع، سنة 1986، الدار الجامعية.
3. أنور طلبة، عقد البيع في ضوء قضاء النقض، التصدي لكافة المنازعات الناشئة عن عقد البيع وحسمها بقضاء محكمة النقض، سنة 1990
4. توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، سنة 1988، المكتبة القانونية للدار الجامعية، مصر.
5. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، (عقد البيع)، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية- بن عكنون- الجزائر.
6. زهدي يكن، عقد البيع، رئيس غرفة لدى محكمة التمييز، أستاذ القانون المدني بالجامعة اللبنانية، منشورات المكتبة العصرية- صيدا- بيروت
7. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع وعقد الكفالة، الطبعة الخامسة، سنة 1998 دار الكتب القانونية، نشأت مصر، لبنان.
8. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الإسكندرية
9. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
10. عبد المنعم بدوي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
11. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، شرح لأحكام القانون المدني المصري، مع الإشارة إلى قانون المعاملات المدنية وأهم أحكام الفقه الإسلامي وأحدث أحكام النقض.
12. عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، سنة 2001، مطبوعات الديوان الوطني لأشغال التربوية، بريكة، باتنة.
13. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة لسنة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية-بن عكنون- الجزائر.

14. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع- التأمين(الضمان)- الايجار(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

15. مصطفى مصطفى منصور، شرح أحكام البيع، الطبعة الخامسة، سنة 1991، ديوان المطبوعات الجامعية.

القوانين:

1. القانون رقم 27/88،المؤرخ في 12 جوان 1988، والمعدل بالقانون رقم 02/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، والمنضم لمهنة الموثق العدد 14.
2. القانون رقم 07/13، المتعلق بمهنة المحاماة، المؤرخ في 29 اكتوبر 2013.
3. القانون الأساسي للقضاء، رقم 11/04، الجريدة الرسمية العدد 57 لسنة 2004.
4. القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.

الأوامر:

1. الأمر رقم 203/67، المتعلق بمهنة المدافع القضائي، الجريدة الرسمية العدد 81 لسنة 1967.
2. الأمر رقم 49/75، المتعلق بإنهاء مهام المدافعين القضائيين، الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 1975
3. الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/05، المؤرخ في 20 جوان 2005.
4. الأمر رقم 02/96، المتعلق بمهنة محافظ العدد 03 لسنة 1996.
5. الأمر رقم23/96، المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الجريدة الرسمية، العدد 43 لسنة 1996.

المراسم:

1. المرسوم التنفيذي، رقم 231/90، المؤرخ في 1990/07/28، المطبق على كتاب الضبط.

المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية رقم 02، لسنة 1994، قسم الوثائق المحكمة العليا.
2. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، من أول إنشائها في سنة 1931 حتى 31 ديسمبر سنة 1955، الجمعية العمومية، الدار المدنية، الجزء الأول(أ-ش)، مطابع مذكور وأولاده بالقاهرة.

3. مجموعة عمر للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية 02، رقم 109 لسنة 1938، الجمعية العمومية، مطابع مذكور وأولاده.
4. مجموعة عمر للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية 04، رقم 129 لسنة 1946، الجمعية العمومية، مطابع مذكور وأولاده.
5. مجلة المحاماة رقم 26، سنة 1996، مصر.

قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

1. Dalloz : code civil, loi du 15 juin 1976, année 1995/1996.
2. Dalloz : code civil, 106 édition successions et libéralités, loi du 23 juin 2006,année 2007.

الفهرس

شكر وتقدير .....

اهداء.....ب

مقدمة.....أ

الفصل الأول:

ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها

تمهيد: 6

المبحث الأول:مفهوم بيع الحقوق المتنازع فيها.....8

المطلب الأول:تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها 8

الفرع الأول: تعريف عقد البيع 8

الفرع الثاني : تعريف الحق المتنازع فيه.....9

اولا: تعريف الحق المتنازع فيه وفقا للقانون المدني الجزائري والقفوانين المقارنة.....9

ثانيا: مميزات الحق المتنازع فيه.....12

ثالثا: مسألة تكييف الحق المتنازع فيه.....12

المطلب الثاني:مكانة بيع الحق المتنازع عليه عن بعض البيوع الأخرى 14

الفرع الأول: التمييز بين بيع الحق المتنازع عليه عن بيع ملك الغير 14

الفرع الثاني: تمييز بيع الحق المتنازع فيه عن بيع المشاع 16

المبحث الثاني:الحظر الواقع على التعامل في الحقوق المتنازع فيها وجزاؤه 19

المطلب الأول:نطاق الحظر ومجاله 19

الفرع الأول: منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها 23

اولا: الاشخاص الممنوعين من الشراء.....23

ثانيا: قصر التحريم على شراء اموال معينة.....24

الفرع الثاني: منع تعامل المحامين والمدافعين القضائيين مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها 29

المطلب الثاني:جزاء الحظر وحكمه.....31

الفرع الأول: جزاء الحظر.....31

اولا: طبيعة البطلان.....33

ثانيا: الشروط الواجب توافرها لتقرير البطلان.....33

ثالثا: مجال البطلان.....35

الفرع الثاني: الحكمة من تقرير البطلان 36

الفصل الثاني:

الحماية القانونية لبيع الحقوق المتنازع فيها

تمهيد: 38

المبحث الأول :أحقية استرداد الحق المتنازع فيه.....40

المطلب الأول :أحكام ممارسة دعوى الاسترداد 40

الفرع الأول : مفهوم دعوى استرداد الحق المتنازع فيه.....40

الفرع الثاني: شروط ممارسة دعوى الاسترداد.....41

اولا: كون الحق المسترد متنازع فيه.....42

ثانيا: النزول عن الحق بمقابل.....43

ثالثا: علم المشتري بالنزاع القائم حول الحق المشترى.....45

الفرع الثالث: كيفية ممارسة دعوة الاسترداد.....46

اولا: اعلان المدين عن ارادته في استراد الحق.....47

ثانيا: دفع المسترد للمشتري الثمن الحقيقي وكذا المصروفات.....48

1- مفهوم الثمن الحقيقي.....49

2- مفهوم المصروفات الواجبة.....47

المطلب الثاني:الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد 53

الفرع الاول: اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت زافا بثمن واحد.....50

الفرع الثاني: اذا كان الحق المتنازع فيه مشاع بين الورثة او شراكاء وباع احدهم نصيه للاخر.51

الفرع الثالث: اذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاء للدين الثابت في ذمته.....51

الفرع الرابع: اذا كان الحق المتنازع فيه دينا مترتبا على عقار وبيع الحق لحائز العقار 51

المبحث الثاني:آثار الاسترداد 53

المطلب الأول:أثار الاسترداد على أطراف العلاقة 55

الفرع الأول: في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده.....55

الفرع الثاني: في العلاقة ما بين المشتري والبائع.....55

الفرع الثالث: في العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع 56

المطلب الثاني:آثار الاسترداد على الحق المتنازع فيه 59

الخاتمة 62

قائمة المراجع: 67

ملخص:

ومن خلال تصفح بعض الأحكام والقرارات الصادرة من المجالس القضائية تبين أنه في العديد منها هي في الأصل بيع حق متنازع فيه إلا أن غياب المعرفة بأحكام بيع الحق المتنازع فيه وآثاره أدى بمعظم بل جل المتقاضين للتمسك تارة ببيع ملك الغير وتارة أخرى بيع المشاع. والملاحظ أن لجوء المشتري لشراء حق متنازع عليه يجهل مصيره لا يكون إلا من شخص يحترف مثل هذه المعاملات الخسيسة فيستغل حينها جهل البائع في أيلولة الحق المتنازع فيه من عدمها، الأمر الذي يجعل المشتري يحصل على الشيء المبيع بأقل ثمن.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني الجزائري، ملك الغير، ملك متنازع عليه، التركة.

Abstract:

And by browsing some of the rulings and decisions issued by the judicial councils, it became clear that in many of them they are originally the sale of a disputed right, but the absence of knowledge of the provisions of the sale of the disputed right and its effects led most, but most of the litigants, to adhere, sometimes to selling the property of others, and at other times to selling the commons. It is noticeable that the buyer resorting to buying a disputed right without knowing its fate can only be from a person who is a professional in such despicable transactions, so he takes advantage of the seller's ignorance to transfer the disputed right or not, which makes the buyer get the thing sold at the lowest price.

Keywords: Algerian civil law, the property of others, a disputed property, the estate