بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة و السلام على المبعوث رحمة للعالمين و على آله و أصحابه و التابعين له بأحسان الى يوم الدين ، الذي جعل لنا من كل شرعة و منهاجا ، و أرسل رسوله ليزكينا و يعلمنا الكتاب و الحكمة و أن نقوم بالقسط و العدل.

الحقوق المتنازع فيها هي الحقوق التي رفعت بشأنها دعوى أمام القضاء، أو الحقوق التي يقوم في شأنها نزاع جدي ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد [1] .

اولاً/اهمية موضوع البحث و سبب اختياره:

١-تكمن اهمية الموضوع في أن إعطاء الإنسان الحرية المطلقة فيما يريد أن يقوم به حسب اهوائه و ميوله و رغباته، يؤدي إلى عرقلة سير الحياة، و يسبب في إثارة الفوضى و المشاكل بين مكونات المجتمع البشري، ولهذا نرى إن القانون يتدخل ويقيد من تصرفات الإنسان حتى يحد المشرع من استغلال نفوذ رجال القضاء و المحامين مع الموكلين او مع اصحاب الحقوق المتنازع فيها التي يدخل النظر فيها في اختصاصهم حرم تعاملهم في هذه الحقوق المتنازع فيها وقد وضع القانون أسساً و مبادئ معينة تحكم ما يصدر من الانسان فيعتبرها باطلة .

٢-الحاجة الى وجود دراسة ولو متواضعة، تعني ببيان بيع الحقوق المتنازع فيها ، وخاصة ان هذا الموضوع لم يسبق لأحد من السادة القضاة و أعضاء الادعاء العام ، أن تناوله في دراسته العلمية.

ثانياً/إشكالية البحث:

على الرغم من أن الأصل في العقود حرية الأرادة و أن قاعدة(العقد شريعة المتعاقدين) تسيطر على فضاء التعاقد ، لكن هناك قيود قانونية و أخلاقية تفرضها حماية المصالح العامة و الخاصة، من هذا المنطلق فأن مدار مشكلة هذا البحث المتواضع هي منع الاستغلال لشراء حقوق تحت النزاع من قبل الطامعين و المرابين بأثمان بخسة حيث يأس اصحابها منها أو ضعف أملهم في تحصيلها بسبب ضعف وسائل اثباتها أو إحتياجهم الى المال مع جهلهم قوة حقهم و مدى الأحتمال في تكريسه قضائياً.

[1] د.سعدون العامري ، مذكرات في العقود المسماة، البيع و الايجار،ط١،مطبعة المعارف، بغداد ١٩٦٦، ص١٩٤.

ثالثاً/منهج البحث:

منهجية بحثنا تكون دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ببعض قوانين الدول العربية ، من خلال تحليل النصوص القانونية و مقارنتها،وتعزيزها بالاحكام و القرارات القضائية الصادرة عن القضاء العراقي و الكوردستاني.

رابعاً/خطة البحث و هيكليته:

لاجل بيان الموضوع و تفاصيله سوف نقوم بتقديم خطة البحث مقسمة الى ثلاثة مباحث.

تناولت في المبحث الاول ، ماهية الحق المتنازع فيه و طبيعته القانونية وقسمت هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ،تناولت في المطلب الاول تعريفه لغةً و اصطلاحاً، اما في المطلب الثاني تكلمتم عن الطبيعة القانونية للحق المتنازع فيه و حالاته، و المطلب الثالث خصصيته لتمييز البيع المتنازع فيه عن بعض البيوع المقاربة له .

اما في المبحث الثاني ، فقد تناولت فيه استرداد الحق المتنازع فيه، وقد قسمت هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، تناولت في المطلب الاول بيان ماهية الاسترداد، اما في المطلب الثاني تناولت كيفية الاسترداد و مقابله و المطلب الثالث -آثار الاسترداد و استثناءاته.

وفي المبحث الثالث تناولت بطلان الحقوق المتنازع فيها من خلال ثلاثة مطالب .

في المطلب الاول-الحظر بالنسبة لعمال القضاء عموماً ، اما المطلب الثاني –فقد تناولت فيه حظر تعامل المحامين في الحق المتنازع فيه و المطلب الثالث موقف الفقه الاسلامي من بيع الحقوق المتنازع فيها.

ثم ختمت البحث بأهم الاستنتاجات و المقترحات التي توصلت اليها.

المبحث الأول

ماهية الحق المتنازع فيه و طبيعته القانونية

سنحاول من خلال هذا المبحث توضيح ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها ، لفك الغموض و اللبس الذي يكتنف الموضوع، وهذا لن يتسنى إلا من خلال التعريف و الطبيعة القانونية للحق المتنازع فيه و حالات بيع الحقوق المتنازع عليها ، وسنتطرق في المطلب الاول تعريف الحق المتنازع فيه لغة و اصطلاحاً، ثم نعالج موقف القانون من التعامل مع هذا النوع من الحقوق في مطلبين آخرين.

المطلب الأول

تعريف الحق المتنازع فيه لغة و اصطلاحاً

لكي نبين مفهوم التصرف في الحق المتنازع فيه لابد ان نعرف الحق و التنازع اولاً ومن ثم نتطرق الى تعريف الحق المتنازع فيه وذلك في الفقرتين التاليتين.

أولاً/تعريف الحق لغةً و اصطلاحاً:

الحق لغةً:

الحقّ اسمٌ من أسماء الله تعالى و الثابت بلا شك ، قال تعالى: ﴿**إِنَّهُ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَا أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ**﴾ [1] .

أما الحق اصطلاحاً:

الحق مصلحة يحميها القانون، وهو اما عيني او شخصي او معنوي [2] .

والحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل اخر يحميها القانون [3] .

---

[1] ابراهيم مصطفى و احمد حسن الزيات و حامد عبدالقادر و محمد على النجار ، المعجم الوسيط ، دار احياء التراث، الجزء الاول ، بيروت –لبنان، بدون سنة الطبع ، ص١٨٧.

[2] د.عبدالمجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،الجزء الاول، مصادر الالتـزام، المكتبـة القانونية،بغداد،الطبعـة الرابعة، بدون سنة الطبع،ص٥ .

[3] د.انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعةالجديدة للنشر،الاسكندرية،٢٠٠٥،ص١٨٣.

والتنازع لغة:-

تخاصم ، تصادم، تضارب، نزاع ، صراع، خصومة [1] .

ثانياً/تعريف الحق المتنازع فيه:

لم يرد في القانون تعريف دقيق للحق المتنازع فيه ولكن بعض النصوص القانونية أشارت اليه من خلال بيان شروطه و أركانه ، فمثلاً المادة(٥٩٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل نصت على انه((١- الحق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه الى شخص اخر بمقابل فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات و فوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع.

٢- يعتبر الحق متنازعاً فيه، اذا كان قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي)).

وكذلك فأن الفقه القانوني قد ذكر الحق المتنازع فيه و يمكن تعريفه و توضيحه عن طريق بيان ماهيته.

لايشترط لاعتبار الحق متنازعاً فيه ان ترفع بشانه دعوى امام المحاكم بالفعل ، بل يكفي لاعتباره كذلك ان يقوم بشانه نزاع جدي ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد.

وعبر جانب من الفقهاء بأن البيع الوارد على الحق المتنازع فيه اذا كان محله ادعاء شخصي أو حق عيني ، أو كان موضوع الحق قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي و يشمل الحق المالي و يكون حقا متنازعاً فيه ، و قيام النزاع حول الحقوق الماليه لا يفقده كل قيمته و لايمنع من يدعيه من بيعه فقد يعمد من يدعي بحق ينازعه فيه اخر الى بيع هذا الحق لشخص ثالث، يكون عادة من المضاربين، ليتخلص هو من اجراءات رفع الدعوى وما يتكبده من جهود و نفقات في سبيل اقرار الحق الذي يدعيه[٢] .

---

[1] موريس نخلة و الدكتور روحي البعلبكي و المحامي صلاح مطر ، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٢م، ص٥٧٤.

[٢] د. د.غنى حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج١ عقد البيع ،مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص٣٦٩

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للحق المتنازع فيه و حالاته

يذهب بعض الشراح الى القول: إن بيع الحقوق المتنازع فيها لا يدعو الى الأطمئنان كبيع الحقوق التي لا خلاف فيها، وعن هذا المبدأ الذي أقره القانون يبدو أن بيع الحقوق المتنازع فيها هو مبدئياً بيع صحيح ولكن القانون خصه بشروط و أحكام قطع بها طريق الأستغلال و طريق المضاربة ففي مظنة الأستغلال عد المشرع البيع باطلاً، وفي مظنة المضارب أعطى المدين حق الأسترداد الذي تتحول به ثمرة المضاربة الى مصلحة من هو دون المشتري المضاربة . يفهم من هذا أن الحق إذا لم يكن متنازعاً فيه فبيعه لا غبار عليه، بل يأخذ بيعه أحكامه الأصلية، و الحالة المريبة التي يخصها القانون هنا بأحكام إستثنائية إحتياطية لمنع الأستغلال و المضاربة ، إنما هي في بيع الحقوق المتنازع عليها، و للوقوف على الطبيعة القانونية لهذه الحقوق لابد من تحديد حالات الحق المتنازع فيه و صاحبه و تمييزه عما يقاربه أو يشابهه من أنواع الحقوق و كيفية الأسترداد.

يذكر القانون المدني العراقي حالتين للحق المتنازع فيه، حيث تنص المادة (٢/٥٩٣) على انه ((ويعتبر الحق متنازعاً فيه ، اذا كان قد رفعت به دعوى ، او قام بشأنه نزاع جدي))، فعليه يوصف الحق بأنه متنازع فيه عند قيام الدعوى بشأنه ، او عند قيام نزاع جدي [١] ، وان محكمة الموضوع تخضع في تكييفها لوصف النزاع الى رقابة محكمة التمييز لان التكييف مسألة قانونية [٢] .

والقانون الفرنسي ذهب الى اكثر من ذلك حين حظر على المحامين و موظفي المحاكم شراء الحق المتنازع فيه اذا كان مما لا ينال الا بالخصومة ولو لم ترفع به دعوى [٣] .

ففي الحالة الأولى، اذا رفعت دعوى ، يظل الحق متنازعا فيه، ولو صدر فيها الحكم، مادام لم يصبح الحكم نهائيا بعد، لان الحكم غير النهائي لا يحسم النزاع [٤] ، اما بعد ان يصبح الحكم نهائيا بفوات مدة الطعن، فهنا سيتحدد صاحب الحق، و ينتهي النزاع ، فلا يوصف الحق بعد ذلك ، بانه متنازع فيه ، فيكون احد الطرفين هو صاحب الحق حقيقة، و الطرف الاخر اجنبي تماماً.

---

[١] د.محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، الجزء الاول، البيع و المقايضة، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ١٩٩٥.ص٥٨.

[٢] د.خميس خضير، عقد البيع في القانون المدني ، دار الفكر العربي،بدون سنة طبع، ص٢٨٥.

[٣] سلمان بياتي،القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني ، شركة الطبع و النشر الاهلية ذم م ،١٩٦٢،ص٨٨.

[٤] د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الاول، البيع والايجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني،بغداد، ١٩٧٤ ، ص١٧٩.

وفي الحالة الثانية يرى الفقه القانوني ، ان تقدير جدية النزاع ، امر تستخلصه محكمة الموضوع من ظروف كل قضية ووقائعها[1] ، و يشترط ان يكون النزاع في كلتا الحالتين اعلاه ، في اصل الحق متعلقا بوجوده[2] ، والحق المتنازع فيه، قد يكون حقا شخصيا ، وقد يكون حقا عينيا.

إن حكم التشريع العراقي و المصري يختلف في هذا الصدد عن حكم التشريع الفرنسي، لأن التشريع الفرنسي يشترط لأعتبار الحق متنازعاً فيه، أن تكون الخصومة قائمة بشأنه أمام القضاء بالفعل ، في حين يكتفي المشرع العراقي و المصري لذلك أن يكون هناك نزاع جدي حول الحق (المادة١٧٠٠ مدني فرنسي) [3] ، و يمكن تصور اربعة احتمالات لتحديد صاحب الحق، و كما يلي:-

أولاً: احد الطرفين، بتعيين الطرف الأول أو الطرف الثاني:

اي ان صاحب الحق هو الطرف الأول فقط ، أو الطرف الثاني فقط ، لكن لايمكن الركون الى هذا الاحتمال ،لانه من قبيل الترجيح بلا مرجح، فأثناء النزاع، المفروض ان كفتي الطرفين المتنازعين متساوية، و المحكمة هي التي تحدد المالك الحقيقي، بعد الموازنة بين ادلتهما.

ثانياً:الطرفان معا، على وجه الشيوع :

يعني ان كل طرف مالك لحصة من الاموال ، لكن هذا التصور خلاف فرض مسألتنا، فكل طرف يدعي انه المالك فقط، و الطرف الاخر اجنبي تماما عن الموضوع، فعليه لايمكن قبول هذا الاحتمال ايضا [4] .

ثالثاً:طرف ثالث لم يدخل في النزاع:

ان كون صاحب الحق، ليس من بين الاطراف المتنازعة، حالة ممكنة، لكنها نادرة الوقوع، لان صاحب الحق لا يبقى متفرجا، مع طمع الاخرين و ادعائهم بحقه كذبا، اذ من المفترض ان يحاول الدفاع عن حقه، و الدخول مع الاطراف المتنازعة ، لذا نستبعد هذه الحالة من مجال البحث ، ليقتصر البحث ، على فرضية كون صاحب الحق، من ضمن الاطراف المتنازعة .

---

[1] د. حسن على الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة –عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ،لم يذكر تاريخ الطباعة ، ص٣٣٢، ود.غنى حسون طه ، المصدر السابق ، ص٣٦٩.

[2] د عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع و الايجار في القانون المدني العراقي ،مطبعة الاهالي ، بغداد ، ١٩٥٦ ، ص٢٥٤ .

[3] د.سعيد مبارك و د.طه الملاحويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، دار الحكمة للطباعة و النشر، بغداد،١٩٩٣،ص١٦٠.

[4] محمد على سكيكر و معتز كامل مرسى، شرح القانون المدني –العقود المسماة عقد البيع و عقد المقايضة ، الجزء السادس ، منشأة المعارف،مصر، ٢٠٠٥،ص٤٩٠.

ويؤيد ما أشرنا اليه من استبعاد حالة كون صاحب الحق، من غير الاطراف المتنازعة، نص المادة(١/٥٩٣) من قانون المدني العراقي على انه ((الحق المتنازع فيه، اذا نزل عنه صاحبه الى شخص آخر بمقابل، فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة، اذا هو رد الى المشترى الثمن الحقيقي، الذي دفعه مع المصروفات و فوائد الثمن،بالسعر القانوني من وقت الدفع)).

رابعاً: احد الطرفين بدون تعيين:

وهذا الاحتمال هو الذي قد يمثل الطبيعة القانونية للحق المتنازع فيه، فكل طرف اثناء النزاع، يعد صاحب الحق بأكمله، وهذا التصور ينسجم ايضا مع المادة(١/٥٩٣) السالفة، التي اعطت كلا المتنازعين، على قدم المساواة، فرصة بيع الحق موضوع النزاع.

كما يمكن تقريب هذا الاحتمال بحالة معروفة في علم اصول الفقه الاسلامي، وهي حالة العلم الاجمالي ، والذي يعرف بانه:(العلم بوجود جامع في ضمن طرف من اطراف متعددة، مع الجهل بالطرف الذي يعد الجامع واقعا في ضمنه) [١] .

ففي العلم الاجمالي لدينا علم، لكن لا نعلم محله بالدقة ، فنشك فيه، وهذا يقترب مع حالة الحق المتنازع فيه ، فعادة نحن نعلم ان الحق اما ان يكون للطرف الأول أو للطرف الثاني من المتنازعين ، ولكن نشك في تعيين صاحبه.

و يذهب بعض الشراح الى قول :ان بيع الحقوق المتنازع عليها لا يدعو الى الاطمئنان كبيع الحقوق التي لا خلاف فيها .

ان الذي دفع المشرع العراقي، لاعتبار كل من المتنازعين، صاحب حق حكمي(ظاهرى)، بالرغم من علمه ان صاحب الحق الحقيقي (الواقعي)، احدهما فقط ، هو غموض الموقف في بداية النزاع ،لان بيد كل منهما ادلة يؤيد مدعاه، فلذا من باب العدالة ان يعامل المتنازعين على قدم المساواة ، لكن لفترة مؤقتة، وهي فترة النزاع ، ليتسنى للمحكمة فحص و دراسة ادلتهما، و المفروض ان تكون اقصر ما يمكن، لان فرض المشرع بإعطاء الحق للطرفين المتنازعين، فرض يخالف الواقع، فيمكن ان نعده فرضا اضطراريا.

وقد يكون اتفاق بين شخصين وقد كان الأختلاف على حق يزعمه أحد أطراف الأتفاق و ينكره الطرف الأخر، فيلجأ صاحب الحق المزعوم من بيعه الى ثالث خروجاً من النزاع ليحل هذا الثالث محل البائع في ملاحقة الخصم و اثبات الحق و تحصيله بطريق القضاء [٢] .

---

[١] محمد صنقور علي،المعجم الاصولي ، ج٢ ،مؤسسة التاريخ العربي، بيروت ،٢٠١١،ص٣٣٢.

[٢] د.عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الثانية ، مطبعة العالمية القاهرة ،١٩٦١،ص١٢٥.

تنص المادة(٥٩٥) من القانون المدني العراقي على انه:((لايجوز للحكام ولا للمدعين العامين و نوابهم ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم و مساعديهم، ان يشتروا لا باسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله او بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها)).

كما نص المشرع ايضاً في المادة(٥٩٦)من القانون المدني العراقي على ما يأتي: ((لايجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء كان التعامل باسمائهم او باسماء مستعارة)) .

ان المشتري اذا كان من عمال القضاء و بالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص القانوني فإن البيع يكون باطلاً ، ومن ثم لايكون هناك محل للأسترداد ، اذ لا استرداد في البيع الباطل، فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق و يبطل البيع أصلاً فيرجع الحق إلى صاحبه ، ويكون المدين ملتزما نحوه بكل الدين إذا صفي النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين .

و يخلص مما تقدم ان القانون ينظر بريبة الى بيع الحق المتنازع فيه ، فهو ينطوي على فكرة المضاربة و استغلال الخصومات ، ومن ثم فإن القانون رتب على ذلك حق في الاسترداد يعطيه للمدين، واذا كان المشترى احد عمال القضاء يشتري حقاً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه زاد الجزاء على ماتقدم. المشترون للحقوق المتنازع فيها هم:القضاة و اعضاء الادعاء العام و المحامون وكتبة المحاكم و مساعديه ، وهؤلاء ذكروا صراحة بالنص القانوني و على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليهم .

القضاة المحظور عليهم الشراء هم (القضاة) الذين تولوا وظيفه القضاء ، كقضاة المحاكم الجزائية و محاكم البداءةو محاكم الاستئناف و محكمة التمييز، و يشمل اللفظ ايضاً مستشاري مجلس الشورى و المحاكم الادارية ،كما يشمل ايضا قضاة المحكمة الشرعية .

المطلب الثالث

تمييز بيع الحق المتنازع فيه عن بعض البيوع المقاربة له

بعد ان انتهينا من ضبط مفهوم التصرف في الحق المتنازع فيه ، علينا أن نميز بيع الحق المتنازع عليه عن بعض البيوع الأخرى التي قد تتدخل و تتشابه معه في الكثير من الاحيان و نذكر منها خاصة بيع مللك الغير و بيع المشاع التي تشبه بيع الحقوق المتنازع فيها تارة في احكامه و تارة اخرى في اثاره 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 إلى التمييز بين بيع الحق المتنازع فيه و بيع ملك الغير و تمييزه عن بيع الملك المشاع.

أولاً /التمييز بين بيع الحق المتنازع عليه و بيع ملك الغير:

نظم المشرع العراقي في القانون المدني انواع خاصة من البيوع ومن هذه البيوع (بيع الحقوق المتنازع فيها) والمراد بهذا البيع قيام المدعي بحق متنازع فيه ببيعه الى شخص ثالث قبل تحديد المالك في الحق المتنازع فيه، وفي هذا البيع يعطي القانون للمتنازل ضده حق استرداد المبيع اذا هو رد الى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه وفوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت البيع. والنوع الاخر من البيوع الخاصة يتمثل في (بيع ملك الغير) والذي يعد صورة من تصرفات الفضولي، ويقصد بهذا البيع قيام شخص ببيع شيء معين بالذات مملوك للغير بدون وجه حق أي دون ان يكون البائع وكيلا عن الغير او وليا عليه.

وقد اختلف في طبيعة بيع ملك الغير الا ان المادة(١٣٥) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة (١٩٥١) نصت على انه((١-من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك.

٢- فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر.

٣- واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الاخر قد اداه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.

٤-واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر)).

واعتبره بيعا موقوفا على الإجازة ، فإذا أجاز الغير (المالك) هذا البيع صحيح ونفذ [1] ، واذا لم ينقضه خلال ثلاثة اشهر من تاريخ علمه بصدور العقد من الفضولى تعتبر سكوته اجازة له [2] .

ففي بيع الحق المتنازع عليه لا تكون ملكية الشئ المبيع مفصول فيها بل هي نفسها محل نزاع إما قضائي أو جدي ولكن في بيع ملك الغير تكون 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.

ثانياً/ التمييز بين الحق المتنازع فيه عن بيع المشاع:

نص المشرع العراقي على بيع المشاع في المادة(١٠٦١)فقرة/١ من القانون المدني العراقي- و التي يقابلها نص المادة(٨٢٥)من القانون المدني المصري- والتي تنص على انه(اذا ملك اثنان أو اكثر شيئاً ،فهم شركاء فيه على الشيوع و تحسب الحصص متساوية اذا لم يقم الدليل على غير ذلك). فالملكية الشائعة هي وسط بين الملكية المفرزة و الملكية المشتركة، إذ ان الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال وليست في جزء منه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، والشئ المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة على الملكية المشتركة.

وقد نصت المادة(١٠٦٢ الفقرة/٢) من القانون المدني العراقي ((واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك)).

من خلال هذه الأحكام تبين أنه لا يمكن ممارسة حق الاسترداد إلا في حالة ما اذا تصرف الشريك في الشيوع ببيع حصة مفرزة على حقوق شركائه الأخرين ، وعلى هذا الاساس قضت محكمة تمييز العراق بتأييد الحكم البدائي المرقم(٣٥٨٨-٦٧-١٩٦٨) الصادر من محكمة بداءة بغداد في ١٩٦٨/١٠/١٦ و القضى بان المميزة قد وضحت في دعواها انها قامت بانشاء الابنية في جزء المال الشائع ولم تدع انها استحصلت اذنا من شريكتها مورثة المدعى عليهم او منهم بالبناء فلا اثر لتصرفها هذا تجاءهم ولايلزموا بنفقة ما صرفته خصوصا[3] ، أما في الحالات الأخرى فيكون له حق طلب الابطال لكوننا بصدد بيع ملك الغير ، في حين ان بيع الحقوق المتنازع فيها يشترط فيه حتى نكون بصدد بيع حق متنازع فيه انه لا بد من وجود نزاع ، و الاثر المترتب هو ممارسة رخصة

---

[1] عبدالحسين صباح صيلوان الحسنون، المورد القانوني،بدون اسم المطبعة،٢٠١١، ص٨١

[2] د.سعيد مبارك و د.طه الملاحويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص١٧٨.

[3] رقم القرار(٥٣٨/حقوقية ثانية/٩٧٠)، تاريخ القرار(١٩٧١/٣/٣١)،منشور في مجلة النشرة القضائية العدد الاول ، السنة الثانية، ١٩٧٢م،ص٣٨.

الاسترداد من المتنازل ضده في مواجهة المتنازل له بغض النظر عن الاحكام الخاصة المنوطة بهذه الدعوى بخلاف الاسترداد.

كذلك لو امعنا 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 فيه من جهة وجود نزاع جدي بين المتنازل ضده و البائع ، ولا تكون ملكية الحق المتنازع فيه مفرزة و ثابتة لأي منهما بخلاف الحق المشاع الذي قد يتحمل النزاع بين الشركاء في الشيوع، ولكن الملكية تبقى شائعة بينهم، ومن جهة أخرى فإن الأثر الوارد إما طلب الابطال أو حق الاسترداد بحسب الحالة، فلا تخول للمتنازل ضده سوى حق ممارسة رخصة الاسترداد في مواجهة المتنازل له .

ثالثاً/التمييز بين الحق المتنازع عليه و بيع الوكيل عن الغير لنفسه:

منعت المادة(١/٥٩٢) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة (١٩٥١) بعض الاشخاص من شراء اموال بالنص على انه ((ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين ان يشتروا اموال التفليسة ولا اموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات ان يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها، وليس لواحد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراءه)).

قد يحدث أن يحل شخص محل آخر في إبرام التصرف القانوني ، فيقوم بأبرام العقد نيابة عنه و لمصلحة ما يسمى بالنيابة ، حيث يمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره و أصالةً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كلا المتعاقدين ، فيجمع طرفي العقد في شخصه، فيتولى شخص واحد ابرام تصرف قانوني مع نفسه . وقد أثارت هذه الحالة القانونية جدلاً و نقاشاً في الفقه حول صحتها و بطلانها و طبيعتها القانونية و منعاً لمظنة الأستغلال و الخيانة فقد منع هذا النوع من التصرف و يعتبر قانوناً باطلاً.

يبرم الوكيل ما أنيط به من تصرفات قانونية تارة باسم الموكل وهذه هي الوكالة العادية وهي ما يصطلح عليها بالوكالة النيابية او الوكالة المكشوفة ، وقد يبرم الوكيل ما أنيط به من تصرفات قانونية باسمه الشخصي ، وتترتب آثار التصرف في ذمته ثم ينقلها الى الأصيل ، وتسمى هذه الوكالة بالوكالة غير النيابية وهي وكالة مستترة تتجرد عن النيابة وهذا هو الاسم المستعار [1] .

[1] د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧،الطبعة الثالثة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،٢٠٠٥،ص٥٧٧.

المبحث الثاني

إسترداد الحق المتنازع فيه

للحديث عن إسترداد الحق المتنازع فيه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول لماهية الأسترداد ، أما المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى كيفية الأسترداد و مقابله، أما في المطلب الثالث نذكر آثار الاسترداد و استثناءاته.

المطلب الاول

ماهية الأسترداد

نصت المادة(١/٥٩٣) من القانون المدني العراقي على ان((الحق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه الى شخص اخر بمقابل للمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات و فوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع)).

ويتضح من هذا النص ان المشرع جعل للمدين بالحق المتنازع فيه اي (المتنازل ضده)رخصة التخلص من المطالبة بالدين متى ما رد اليه المشتري (اي المتنازل له) الثمن الذي دفعه هذا الاخير الى المتنازل(اي صاحب الحق او البائع)مع فوائده من وقت الدفع و مصروفات البيع ، و الحق المتنازع فيه قد يكون حقا شخصياً كمبلغ من النقود و يعتبر بيعه في هذه الحالة حوالة الحق ، كما قد يكون حقا عينياً كحق الملكية او حق الارتفاق على عقار [١] ، فاذا كان المبيع حقاً شخصياً متنازعاً فيه فان المدين يجوز له ان يتخلص من هذا الدين بان يحل محل المشتري في شرائه فيصبح دائناً و مديناً لنفسه فينقضي دينه باتحاد الذمة [٢] .

ويذهب الدكتور انور طلبه الى القول بان القانون قد اجاز لخصم البائع في الحق المتنازع فيه ان يسترده من المشتري بدفع الثمن بشرطين:-

الأول/ان يكون الحق المسترد متنازعاً فيه.

الثاني/ان يكون النزول عن الحق بمقابل ، فلا يجوز في المقايضة [٣] ..

---

[١]- د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة ،المصدر السابق ، ص١٩

[٢]د. محمد كاميل مرسي ،العقود المسماة ،شرح البيع و المقايضة ، ١٩٥٣،ص٤٥٥.

[٣]- د . انور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، في العقود المسماة ، عقد البيع ، المجلد الأول ، الطبعة الخامسة،١٩٩٠م ،ص٧٥٧.

في حين يذهب الدكتور (حسن على ذنون)الى القول بان الأسترداد يطبق في المقايضة كما يطبق في البيع اذ ليست المقايضة الا بيعاً وفي هذه الحالة يدفع المدين للمقابل البدل الذي قابض به ان كان من المثليات و قيمته ان كان من الاشياء القيمية [1] .

وكذلك ان المشرع العراقي كان متاثراً في ذلك بالقواعد المقررة في الفقة الاسلامي فقد اعتبر المقايضة نوعا من البيع . فالبيع في رأي علماء الشريعة الاسلامية هو مبادلة مال بمال سواء كان المال نقوداً او أى مال آخر من غير النقود [2] ، واذا كان المقابل الذي تعهد به أحد المتعاقدين مبلغاً من النقود كان العقد بيعاً، اما اذا كان المقابل مالاً آخر غير النقود كان العقد مقايضة [3] .

وان اثر الاسترداد هنا يتمثل في ان الخصومة تنتهي حول الحق المتنازع فيه اذ يفترض ان من استرد الحق المتنازع فيه قد حل محل المشتري و لن يؤثر الاسترداد على العلاقة بين المشتري و البائع .

ويمكن إيضاح هذا الحق بالبنود الرئيسية التالية:

أ-قيام نزاع جدي على الحق المبيع ، أي تكون هناك دعوى قائمة و نزاع حقيقي.

ب- بيع الحق المتنازع فيه بصورة مستقلة و يتناول النزاع أساس الحق.

ج-أن يتقدم خصم البائع بطلب استرداده من المشتري .

د-ويضيف بعض الفقهاء شرطاً رابعاً وهو : يجب ألا يكون للتنازل سبب مشروع مفترض.

وبهذا المعنى اذا توافرت في الحق المباع صفة الحق المتنازع فيه، ثم جرى بيعه كان لمن ينازع البائع أن يسترده من المشتري ، على شرط أن يرد له ما دفعه من ثمن وما تكبده من مصروفات، ويجب أن يتم بيعه الى الغير بصورة مستقله وأن يتقدم خصم البائع بطلب استرداده من المشتري .

---

[1] د . برهام محمد عطاالله ، عقد البيع ،مؤسسة الثقافة الجامعية الاسكندرية، ١٩٨٣، ص ٢٠٣.

[2] انور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٣٠٨

[3] د. عبدالرزاق السنهورى، ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، العقود التي تقع على الملكية – البيع ،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الثالثةالجديدة، بيروت،لبنان، ٢٠٠٠،ص٨٥٦.

المطلب الثاني
كيفية الأسترداد و مقابله

و بعد بيان حق المدين في الاسترداد فلا بد من بيان كيفية الاسترداد و كذلك لابد بيان مقابل الاسترداد.

يتم استرداد الحق المتنازع فيه بأعلان المدين المتنازل ضده عن رغبته في الاسترداد دون حاجة الى شكل خاص ، فاذا كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة امام المحاكم بان يكون الدائن قد رفع الدعوى يطالب فيها المدين بالحق الذي اشتراه فالمدين يعلن ارادته في الاسترداد عن طريق طلب يوجهه الى المشتري في المحكمة .

واذا لم ترفع دعوى بالحق وانما قام في موضوعه نزاع جدي فيكون طلب الاسترداد باعلان المدين عن ارادته بالطرق العادية فاذا لم يسلم المشتري بحق المدين في الاستردادكان لهذا الاخير ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بحصول الاسترداد و صحته [١] .

اذاً ان مباشرة الحق في الاسترداد تكون اما على سبيل التراضي بين المتنازل ضده و بين المتصرف اليه في الحق أو أن يلجأ المتنازل ضده الى القضاء طالباً الحكم له باسترداد الحق المتصرف فيه [٢] ، و طلب الاسترداد يجب ان يقدم بصفة اصلية الى القضاء لا احتياطية لانه اذا قدم بصفة احتياطيه وحكم بثبوت الدين انتفت الحكمة من الاسترداد وهي نفي المنازعات فضلاً عن ان الاسترداد في هذه الحالة يكون واقعاً على حق ثابت وهو مالا يجيزه القانون [٣] .

والاسترداد لايقع بطلب احتياطي الا اذا لم يتقدم المدين بطلب اصلي يتعلق باصل الحق المتنازع فيه ، لكن متى كان المدين قد تقدم من قبل بطلب اصلي يتعلق باصل الحق المتنازع فيه فلا يقع الاسترداد بطلب احتياطي [٤] ، ويكفي توجيه اعلان الرغبة الى المشتري (المتنازل له) لانه هو وحده الخصم في الاسترداد .

وقد اخذت بهذا الرأي محكمة النقض المصرية فقررت ان المادة (٤٦٩)من القانون الجديد لا تخول المدين الحق في استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري الا اذا كان حاصلا بصفة اصلية و يعتبر منازعة في اصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحا على هذا الاساس [٥] .

---

[١] د . برهام محمد عطاالله ، المصدر السابق،ص٢٠٢.

[٢]محمد على سكيكر و معتز كامل مرسى، المصدر السابق، ص ٤٣٦.

[٣]د . سمير عبدالسيد تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف بالاسكندرية ،بدون سنة طبع،ص٣٩٥.

[٤]- د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع و المقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة،١٩٧٩،ص٦١١.

[٥]- د. انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المصدر السابق ،ص١١٥-١١٦.

وقد بينت المادة(٥٩٣) من قانون المدني العراقي ما يجب على المدين رده اذا ما طالب بالاسترداد اذ يلتزم برد الثمن و الفوائد و المصروفات.

فبالنسبة للثمن –فقد قرر المشرع صراحة ان الذي يلتزم به المدين هو الثمن الذي دفعه المشتري للمحيل لا القيمة الاسمية للحق المتنازع فيه، وذلك لان العادة جرت على ان يعمد المحيل و المحال له الى المبالغة في الثمن و الزيادة فيه زيادة صورية بغية حرمان المدين من استعمال حقه في الاسترداد و على المدين ان يقيم الدليل على مقدار الثمن الحقيقي وله ان يلجأ في هذا الى كافة طرق الاثبات [١] ، فالمدين اذاً لا يلتزم الا بدفع الثمن الحقيقي ، واذا كان الحق المتنازع فيه موضوع عقود تنازل متتالية فيلزم المدين باداء الثمن الحقيقي الذي دفعه المتنازل له الاخير واذا كان المتنازل قد منح المتنازل له اجلاً للوفاء بالثمن فللمدين المسترد ان يستفيد من منحه الاجل ولكن للقضاء في هذه الحالة ان يلتزم بتقديم تأمين كاف يضمن سداد الدين .

اما بالنسبة للفوائد – فان المدين يلتزم بها من يوم الدفع اي من اليوم الذي دفع فيه المحال له الثمن الى المحيل بصرف النظر عن تاريخ الحوالة، واذا كان دفع الثمن مؤجلاً الا ان المحال له و المحيل اتفقا على سريان الفوائد من تاريخ ابرام الحوالة فان المدين يلتزم باداء هذه الفوائد حتى لا يتحمل المحال له اية خسارة بسبب استعمال المدين حقه في الاسترداد .

و الفوائد التي يلتزم بها المدين تحسب بالسعر القانوني اي انها ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية [٢] .

اما بالنسبة للمصروفات- فان المدين يلتزم بتعويض المحال له عن كل المصروفات التي تحملها كمصاريف عقد الحوالة و اتعاب المحامي الذي قام بتحرير العقد و رسوم الطوابع و التسجيل و مصاريف اعلان الحوالة على حسب الاحوال ، وقد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى ان المدين غير ملزم بعرض الثمن و المصروفات على المشتري عرضا حقيقيا لان القانون لم يشترط ذلك اولاً و قياساعلى حالة بيع الوفاء ثانياً ولكن الراجح هو انه لا يحل قياس حالة استرداد المدين للحق المتنازع فيه على حالة بيع الوفاء كما فعل اصحاب الرأي الأول لان بيع الوفاء يعتبر بيعا معلقاً على شرط فاسخ ، على حين ان المقصود من منح المدين الحق في الاسترداد لا يتحقق الا اذا دفع المدين الثمن و المصروفات او عرضها حقيقياً . واذا كانت الدعوى قد رفعت على المدين من المتنازل نفسه و عند التنازل تحمل المتنازل له مصاريف هذه الدعوى و يجب على المدين ردها اليه [٣] .

---

[١]- د .حسن على ذنون، المصدر السابق،ص٣٣٥.

[٢]د.عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، العقود التي تقع على الملكية ،المصدر السابق، ص٢١٢.

[٣]د انور سلطان، المبادئ القانونية العامة ،المصدر السابق،ص١١٨.

المطلب الثالث

آثار الاسترداد و استثناءاته

لايعد الاسترداد شراء للحق المتنازع عليه ممن اشتراه و انما ينطوي على مجرد حلول شخصي بمقتضاه يحل المسترد محل البائع في حقوقه والتزاماته، كذلك هناك حالات نص عليها لايجوز فيها استرداد الحقوق المتنازع فيها وعلى هذا لابد من بحث الاثار المترتبة على الاسترداد .

ويترتب على الاسترداد بوجه عام ان يحل المسترد محل المتنازل له في الصفقة التي عقدها هذا مع المتنازل و يكون حلوله بأثر رجعي فيعتبر المسترد متلقياً الحق المتنازل عنه مباشرة.

ويعتبر المسترد منه انه لم يملك هذا الحق في اي وقتٍ من الاوقات ويترتب على ذلك النتائج الاتية:-

اولاً/ العلاقة مابين المشتري (المسترد منه)والمتنازل ضده (المسترد):

يحل الثاني محل الأول بموجب الاسترداد ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازل ضده ، بل ان المشتري يعتبر في العلاقة مابينه و بين المسترد انه لم ينتقل اليه الحق اصلاً وقد انتزعه منه المسترد و يترتب على ذلك ان جميع الحقوق التي يكون المشتري قد رتبها على الحق قبل الاسترداد تسقط و تعتبر كأن لم تكن، فلا تنفذ الرهون التي رتبها المشتري على العقار المتنازع فيه و تسقط الحجوز التي يكون دائن المشتري قد وضعها على العقار المتنازع فيه لانها تعتبر واردة على حق ليس للمشتري [1] .

ثانياً/ العلاقة ما بين المشتري و البائع :

يبقى العقد الذي بين المتنازل و المتنازل له قائماً يحكم العلاقة بينهما ولا اثر للاسترداد. وان حلول المسترد محل المتنازل له انما هو حلول نسبي يقتصر على العلاقة بينهما و على ذلك يبقى المتنازل له ملزماً بدفع الثمن الى المتنازل ان لم يكن قد دفعه ولا يحل المسترد محله في هذا الالتزام لان المتنازل يعتبر اجنبياً عن الاسترداد فلا يحتج به عليه [2] .

---

[1]- د . سعدون العامري ، مذكرات في العقود المسماة، المصدر السابق ، ص١٩٨.

[2]د. خميس خضير، المصدر السابق، ص٢٩٦.

ثالثاً/العلاقة ما بين المسترد و البائع :

الاسترداد لا يعدو ان يكون وسيلة لأبراء ذمة المدين وليس من اثره انشاء علاقة مباشرة بين البائع و المسترد فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالثمن بالدعوى المباشرة و انما يرجع عليه باستعمال دعوى مدنيه اي المشتري المتنازل له ثم ان المسترد لا يعتبر انه تلقى حقاً من المشتري الذي استعمل خيار الاسترداد في مواجهته لان كل ما يترتب على الاسترداد هو ان النزاع قد انحسم ولم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشئ من الحق المتنازع فيه فيكون للاسترداد الاثر الذي للصلح في حسم النزاع [١] .

وان حق المدين في الاسترداد مقيد بالحكمة التي وضع من اجلها وهي محاربة المضاربة وحماية المدين من كيد المضاربين فاذا كانت حوالة الحق المتنازع فيه بعيدة من فكرة المضاربة فقد انتفت الحكمة التي من اجلها اعطي المدين حق الاسترداد و بالتالي امتنع عليه استعمال هذا الحق او يترتب على هذا انه لايجوز للمدين ان يستعمل حقه في الاسترداد في حالات معينة ،حيث نص المشرع العراقي في المادة(٥٩٤) على حالات لايجوز فيها الاسترداد ،و يقابل النص العراقي المادة(٤٧٠)من القانون المدني المصري و المادة(٤٣٨) من القانون السوري و المادة(٤٧٨) من القانون المدني القطري و المادة(٤٥٩) من القانون الليبي [٢] ، وهذه الحالات هي:-

الحالة الأولى :

اذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة اموال بيعت جزافاً بثمن واحد كما في بيع التركة لان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته في هذه الحالة و تنعدم فكرة المضاربة [٣] .

الحالة الثانية:

اذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة او ملاك و باع احدهم نصيبه للاخر ، و الحكمة في ذلك ان الغرض من البيع هنا هو تسهيل قسمة الحق المتنازع فيه لا المضاربة، ويضاف الى ذلك اننا لو ابحنا للمدين استرداد الجزء المبيع من الحق فلن ينتهي ذلك النزاع بينه و بين المشتري بالنسبة للنصيب الاصلي بينه و بين هذا الاخير [٤] .

---

[١] د.حسن على ذنون ، المصدر السابق،ص٣٣٨.

[٢] د . انور طلبة ، المصدر السابق، ص٣٢٠.

[٣] د.نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الاول –البيع ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت، الطبعة الاولى ، ص١٥٥.

[٤] د.عبدالرحمن احمد جمعه الحلالشه، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، عقد البيع، دار وائل للنشر و التوزيع، الاردن، الطبعة الاولى،٢٠٠٥،ص٥٩١.

الحالة الثالثة:

اذا تنازل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاءً لدين مستحق في ذمته لان هذا يعتبر وفاءً بمقابل لا مضاربة على ذلك و هذه الحالة أحد طرق إنهاء الألتزام عن طريق الوفاء بالمقابل فأذا كان البائع دائناً لشخص بدين متنازع عليه بينهما و مديناً لشخص آخر فباع الدين الذي له بالدين الذي عليه لدائنه ففي هذه الحالة ليس لمدين البائع حق الأسترداد للتخلص من المطالبة لقاء دفع الدين الذي سقط عن البائع ، لأن الصفقة بين الدائن البائع و دائنه المشتري هي فكرة الوفاء بمقابل وليست مضاربة [1].

فأن الوفاء بمقابل هو إتفاق الدائن و المدين على أن يوفي المدين للدائن بشي آخر غير محل الألتزام و يقوم المدين بوفاء هذا الشئ فعلاً للدائن.

الحالة الرابعة:

اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً و بيع الحق لحائز العقار لان الحائز لم يبغ شراء الحق المتنازع فيه المضاربة بل تخلص العقار من حق الدائن المرتهن [2] .

وفي هذه الحالة حائز العقار المرهون هو الذي يشتري الدين المضمون بالرهن و الذي قد يكون متنازعاً فيه فهنا لاتكون عملية الشراء إلا وسيلة لتخليص عقاره المثقل بالرهن و ليس بنية المضاربة في الحق المتنازع فيه ، و سبب ذلك إنتفاء فكرة المضاربة في التعامل في الحق المتنازع فيه.

---

[1] المادة(٣٩٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠)لسنة (١٩٥١).

[2] د. انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ،المصدر السابق، ص١٢١-١٢٢.

المبحث الثالث

بطلان الحقوق المتنازع فيها

حتى يحد الشارع من استغلال نفوذ رجال القضاء و المحامين مع الموكلين او مع اصحاب الحقوق المتنازع فيها التي يدخل النظر فيها في اختصاصهم حرم تعاملهم في هذه الحقوق المتنازع فيها.

وقد اورد نصين احدهما خاص بعمال القضاء عموماً بما فيهم المحامين و الاخر خاص بالمحامين على وجه الخصوص . على هذا لابد من بحث الحظر بالنسبة لعمال القضاء عموماً في المطلب الأول من هذا المبحث و كذلك بحث الحظر بالنسبة لتعامل المحامين مع موكليهم في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

الحظر بالنسبة لعمال القضاء عموماً

ان مهمة القضاء هي تحقيق العدالة بين الناس و حماية الحقوق لا الاتجار بها، ولهذا رأى المشرع ان يحرم على اعضاء هذه الهيئة شراء الحقوق المتنازع فيها منعاً لاستغلال النفوذ ولما قد يساور النفوس في حياد هذه الهيئة ونزاهتها [1] .

تنص المادة(٥٩٥)من قانون المدني العراقي على انه ((لايجوز للحكام ولا للمدعين العامين و نوابهم ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم و مساعديهم، ان يشتروا لا باسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله او بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها)).

ولدراسة هذا النص يجب أن نعرض نطاق هذا الحظر، ثم نتعرف بعد ذلك على جزاء الحظر.

---

[1] د.سعد حسين عبد ملحم،ابرام التصرف القانوني بطريق التسخير، بحث منشور في كلية الحقوق/ جامعة النهرين، على الرابط التالي :

.http://www.researchgate.net/publication/٣٣١٠٧٢٠١٦_abram_alqanwny_altskhyr

تاريخ اخر زيارة: ٢٠٢١/٤/٨.

اولاً/ نطاق الحظر:

لنقف على نطاق الحظر يجب أن نحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص، ومن حيث التصرفات و محلها.

١- نطاق الحظر من حيث الاشخاص:

ينصرف هذا الحظر إلى القضاة و أعضاء الادعاء العام و المحامين و كتبة المحاكم و مساعديهم، وهؤلاء الأشخاص قد ذكروا على سبيل الحصر، وبالتالي لايجوز القياس عليهم وذلك لا يمتد إلى الخبراء و المترجمين و الفراشين و الحراس و رجال الشرطة لان حكم المادة هو حكم استثنائي لايجوز القياس عليه، و المهم ان تتوفر الصفة وقت القيام بشراء الحق المتنازع فيه ومعنى ذلك ان يكون النظر في الحق المتنازع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر الشخص اعماله في دائرتها واذا توافرت في الشخص الصفة وقت القيام بالتصرف فلا يهم ان يتم التصرف بأسمه او بأسم مستعار ولا ان يرد التصرف على كل الحق المتنازع فيه او بعضه[١] .

فأذا كسب هذه الصفة بعد الشراء فلا يؤثر ذلك في صحة عقده ، وصفة المنع التي تمنع عامل القضاء من الشراء يجب أن تكون قائمة به وقت الشراء [٢] .

ويذهب الدكتور خميس خضير الى القول(بان المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه اما اذا كان عمال القضاء او المحامي بائعاً للحق المتنازع فيه فالبيع صحيح فلا تقوم اي شبهة في حسن العدالة)[٣] .

٢- نطاق الحظر من حيث التصرفات و محلها:

يقتصر الحظر على البيع دون غيره من التصرفات، كما ان الحظر يمتد ليشمل البيع الذي يجريه هؤلاء الأشخاص بأسمائهم أو بأسماء مستعارة.

لكي يتحقق المنع من الشراء في مواجهة الاشخاص السابق بيانهم يجب أن تثبت لهم صفاتهم المستمدة من وظائفهم وقت الشراء [٤] .

---

[١]- د . برهام محمد عطاالله ،المرجع السابق ، ص٢٠٤-٢٠٥.

[٢] د.محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني ، الجزء السادس ، العقود المسماة، شركة الجلال للطباعة، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٤٤٦.

[٣]د.خميس خضير ، المرجع السابق، ص٣٠١

[٤] د.محمد حسن قاسم، العقود المسماة،دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٨، ص١٠٦.

ثانياً/جزاء الحظر

وجزاء الحظر هو بطلان البيع فلا يكون لعقد البيع اثر فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير وفقاً للقواعد المقررة في البطلان.

البطلان هنا هو البطلان المطلق لأنه يتعلق بالنظام العام [١] ، ولا يجوز الأتفاق على مخالفته البطلان وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لأنشائه، فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة[٢] .

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقتين يجب توافرهما في المعقود عليه، فأن لم تتوافرا لم يوجد العقد، ولم يتكون.

احداهما أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد و مقتضاه .

ثانيهما ان يكون خالياً من كل غرر يؤدي الى تنازع، ويفضي الى خلاف ، أو يفضي الى خدع أحد العاقدين ، بحيث لا يكون بالمعقود عليه على وجه الصحيح ،وقد اتفق الفقهاء على هذين الأصلين [٣] .

وان بيع الحقوق المتنازع عليها الى رجال القضاء ، فيه نوع من الغرر وهي جهالة حالة المبيع من الوجود أو العدم ويعد قماراً ، وأن بيع الحقوق المتنازع فيها يعد نوعاً من بيع دين مؤجل غير مستقر ، حيث اتفق الفقهاء على منعه لأن الأصل في عقد البيع أن يتم تقابض البدلين وأن أكثر صورها منهي عنها لعلة الغرر [٤] .

---

[١] د.نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الاول ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، الطبعة الاولى، بيروت،١٩٩٧، ص١٥١.

[٢] د. عبدالحميد الشورابي و عاطف الشورابي و عمر و الشورابي، البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠،ص٤١٨.

[٣] محمد أبو زهرة ،الملكية و نظرية العقد في الشريعة الأسلامية، دار الفكر العربي –القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٥٤.

[٤] د.محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر – دمشق، ط٢، ٢٠٠١م، ص٣٧٣ ومايليها.

المطلب الثاني

حظر تعامل المحامين في الحق المتنازع فيه

تنص المادة(٥٩٦) على تطبيق خاص لحكم المادة(٥٩٥) من قانون المدني العراقي بأنه ((لايجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء كان التعامل باسمائهم او باسماء مستعارة))، وفي ضوء المادة المذكورة نبين شروط الحظر و جزاء الحظر في الفقرتين التاليتين.

اولاً/ شروط الحظر:

١- أن يكون الحق متنازعاً فيه .

٢- ان يكون المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه.

ولكنها تحرم عليه كل ضروب التعامل في هذا الحق وليس الشراء فحسب فلا يجوز له ان يشتري الحق او ان يقايض عليه ،كما لايجوز له بوجه خاص ان يأخذ جزء من الحق في مقابل اتعابه [١] ، فالمحامون اذن يحظر تعاملهم امام المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها [٢] ، وبما ان المحامي لا يتقيد عمله بمحكمة معينة وانما يختلف باختلاف درجات التقاضي فيمنع عليه شراء اي حقوق متنازع فيها امام اي درجة من درجات المحاكم [٣] .

ثانياً/ جزاء الحظر:

جزاء الحظر هو البطلان المطلق للتصرف الذي اجراه المحامي مع موكله في شأن الحق المتنازع فيه[٤] ، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام لأنه يحول دون استغلال المحامين لنفوذهم لدى موكليهم و إجراء تصرفات في شأن الحق المتنازع فيه ضارة بمصالحهم[٥] .

وعلة الحظر هنا تقوم على اعتبارات من النظام العام اذ يخشى ان يستغل المحامي مركزه و درايته القانونية فيوهم موكله بضعف حقه و يحمله ذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً و يعتبر الحكم بالبطلان في هذه الحالة بسبب الغبن، خروجاً عن القواعد العامة التي تقتضي بانه اذا كان في العقد غبن فاحش فانه يعتبر موقوفاً اذا كان الغبن ناشئاً عن التغرير، اما اذا كان الغبن ناشئاً

---

[١] د.سعدون العامري ، مذكرات في العقود المسماة ، المرجع السابق،ص٢٠٢.

[٢] د.اسماعيل غانم،النظرية العامة للالتزام،المطبعة العالمية القاهرة،١٩٥٦،ص٤٢.

[٣] .سمير عبدالسيد تناغو،المصدر السابق،ص٢٩٨.

[٤] د.عدنان ابراهيم سرحان، شرح احكام العقود المسماة، الجزء الاول، عقد البيع، دار وائل للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٥، ص ٨٣.

[٥] د.محمد حسن قاسم، العقود المسماة، المصدر السابق،ص١٠٩.

عن الاستغلال (استغلال عدم خبرة الموكل)فلا يجوز للمتعاقد المغبون الا ان يطالب برفع الغبن عنه الى حد المعقول اذا كان العقد معاوضة او ينقض العقد، اذا كان تبرعاً و ذلك خلال مدة سنة في تاريخ ابرام العقد [1] .كما لايجوز له بوجه خاص ان يأخذ جزء من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الانفاق على التقاضي .

وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق ابطال اتفاق المحامي مع موكله اذا كان المقصود منه الاشتراك بحصة معينة من حاصل الدعوى، ولكنها تجيز الاتفاق بين الطرفين اذا كان المقصود منه تحديد اجرة المحامي ، فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية(الهيئة العامة) بانه (اذا اتفق المحامي و الموكل على اجرة نسبية من النقود و الاشياء المدعى بها كأجرة محاماة فلا غبار على صحة هذا الاتفاق اذاً المقصود به تعين الاجرة لا الاشتراك في حاصل الدعوى) [2] .

ومن التطبيقات القضائية في اقليم كوردستان-العراق حول التصرف في الحق المتنازع فيه، قضت محكمة بداءة السليمانية/٥ في قرارها المرقم (٤٤٦/ب/٢٠١٨) برد دعوى المدعي الذي ادعى بوجود التنازع على الملك رقم (٣٣/٤٩/ك١/ ملكندي - دباشان)، حيث اكدت المحكمة على ان الحق يعتبر متنازعاً فيه اذا رفعت عليه الدعوى او يدور عليه نزاع جدي عند معاملة البيع و الشراء(٥٩٣مدني).

وبعد ان سلك المدعي طريق الاستئناف و طعن في حكم محكمة البداءة فقد قضت محكمة استئناف السليمانية بنقض القرار الصادر من محكمة بداءة السليمانية بقرارها المرقم (٢٧٦/س/٢٠١٨) المؤرخ في (٢٠١٩/٥/٧) بحجة ان حصة المدعي المستأنف في الملك موضوع الدعوى يعتبر حقاً متنازعاً فيه بين المدعي و شخص اخر يدعى (ر ، ح ، ع) وان المستأنف عليه قام بشراء حصة المستأنف من الملك موضوع الدعوى و يعتبر ذلك بيع الحق بأسم مستعار وفق المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١،حيث لايجوز للمحامي ان يشتري بأسمه او بأسم مستعار ، حقاً متنازعا فيه كما ان المادة (٤١) من قانون المحاماة في اقليم كوردستان-العراق رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، منع المحامي من الاشتراك في المزايدات التي تجري في المحاكم و الدوائر العدلية اذا كان هو وكيلاً لاحد اطراف الخصوم.

ولعدم قناعة المدعى عليه الاول بالحكم المذكور طعن فيه تمييزاً لدى محكمة تمييز اقليم كوردستان طالباً نقض الحكم، حيث قضت محكمة التمييز ب (تصديق الحكم الاستئنافي على اساس

---

[1] د. عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول،مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٥، ص ٣٥٥-٣٥٩.

[2] رقم القرار(١٣٠٧/ح/١٩٥٣)، تاريخ القرار(١٩٩٥٣/٨/١٠)،منشور في مجلة القضاء ،السنة ١٢،العدد ٢،ص٤٥.

انه موافق للقانون و صحيح ، لأن موضوع الدعوى ينصب على طلب ابطال الأجراءات التنفيذية الجارية في الاضبارة التنفيذية المرقمة ١٤٤٠/تنفيذ/٢٠١٥ وابطال قيد الملك المرقم ٤٩/٣٣م /ملكندي دباشان تأسيساً على اشتراك المميزين (ر ،ح ، ع) واستحصلت على حكم في الدعوى المرقمة ٦٠٣/ب/٢٠١٣ يقضي بالزام المميز عليه / المدعي بتأديته له مبلغاً قدره (٥٣٥٦٥٦٨٠٥٠) ثلاثة و خمسون مليون و خمسمائة و ثمانية و ستون الفاً وخمسون ديناراً و المكتسب الدرجة القطعية و تم تنفيذ القرار لدى مديرية التنفيذ و بنتيجة المزايدة الجارية رست المزايدة على المميز/ المدعى عليه الثاني الذي هو شقيق المميز /المدعى عليه الاول و حيث لايجوز للمحامي الاشتراك في المزايدة للأموال التي هم المكلفون ببيعها لا بنفسه ولا بأسم مستعار سواء كان شريكاً له أو اى شخص اخر لأن الشراء يعتبر شراء لنفسه ولكن بأسم مستعار وهذا الشراء محضور عليه قانوناً و بما أن المحكمة سارت في الدعوى باتجاه سليم قانوناً عليه تقرر تصديق القرار المميز ورد الاعتراضات التميزية و تحميل المميزين رسم التمييز و صدر القرار بالاكثرية في ٢٠١٩/٨/٢٩) [١] .

واذا كان المنع الوارد يتعلق بشراء الحقوق المتنازع عليها، الا انه لا شئ يمنع المحامي من ان يقبل هذه الحقوق بطريق الهبة، لأن الواهب لا يتلقى شيئاً من المحامي مقابلاً لما وهب [٢] .

وكذلك نصت المادة(٤١) من قانون المحاماة في اقليم كوردستان-العراق على انه((التعامل مع موكله على أن تكون اتعابه حصة من الحقوق العينية المتنازع فيها)) [٣].

اما في القانون المدني الفرنسي بخلاف القانون العراقي لم يرد فيه نص صريح في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه، اذا كان هو الذي يتولى الدفاع عنه [٤] .

---

[١] رقم القرار(٢٣٨/الهيئة المدنية الاستئنافية)، تاريخ القرار (٢٠١٩/٨/٢٩)، رئاسة محكمة تمييز اقليم كوردستان، الهيئة المدنية الاستئنافية ، غير منشور.

[٢] د.محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة،شرح عقد البيع، دار الثقافة و للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠٠٦، ص١١٧.

[٣] ينظر: المادة(٤١/اولاً/رابعاً) من قانون المحاماة لاقليم كوردستان –العراق، رقم ١٧لسنة١٩٩٩ المعدل.

[٤] د.غني حسون طه، المصدر السابق، ص٣٨٨.

المطلب الثالث

موقف الفقه الأسلامي من بيع الحقوق المتنازع فيها

إن الفقه الأسلامي يتميز عن التشريعات الوضعية بكونه فقهاً نابعاً من الوحي، ألا وهو القران الكريم و سنة النبي (صلى الله عليه وسلم)، وبهذه الميزة استطاع أن تغطي تطورات الحياة و تقلبات العصور و مجاراة مستجدات الحياة و القضايا الجديدة و يضع لها أحكاماً كافية و حلولاً صحيحة.

فاقت الشريعة الاسلامية جميع الشرائع السماوية و القوانين الوضعية في مكافحة الرذائل كالغش و التدليس و الأستغلال و الأضرار دون مبرر من كل ما يقصد به تحقيق مكسب غير مشروع على حساب خسارة الغير، ومن الفضائل في التعامل مع الغير بالصدق و الأمانة و حسن النية و الثقة المتبادلة وفي هذا نزلت آيات كريمة و وردت أحاديث شريفة، فمن الأيات الآمرة بضرورة توافر التراضي الحقيقي في المعاوضات قوله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَٰطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ.....﴾[1] .

و منها قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا.....﴾[2] . وجه الدلالة في الآية الأولى المؤمنون و أريد بهم كافة الناس وذكر الأكل أريد به جميع التجاوزات على حقوق الغير بدون مبرر مشروع، واستعملت صيغة التراضي لأنها للمشاركة فلا يكفي رضاء أحد العاقدين دون الآخر.

وجه الدلالة في الآية الثانية هو من باب ذكر الخاص و أراد العام أي أحل كل عقد يتوافر فيه التعادل و التوازن النسبي بين عوضيه و حرم كل عقد يختل فيه هذا التعادل اختلالاً فادحاً مؤدياً الى حصول أحد العاقدين على مكسب غير مشروع على حساب خسارة العاقد الآخر[3] .

ومن الاحاديث النبوية الشريفة الناهية عن عقود الغرر و الأستغلال و الغبن . أنَّ رَسولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ قالَ: ﴿لا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ، ولَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ علَى بَيْعِ بَعْضٍ، ولَا تَنَاجَشُوا، ولَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ..... ﴾[4] .

وجدير بالذكر لم يرد في الكتب الفقهية القديمة عنوان بأسم "بيع الحقوق المتنازع عليها"، لكن تندرج تحت الاستغلال و الاضرار و الكسب غير مشروع، و رغم وضوح دلالة الآيات القرآنية

---

[1] سورة النساء،الاية٢٩.

[2] سورة البقرة،الاية ٢٧٥.

[3] د.مصطفى الزلمي، نظرية الألتزام برد غير المستحق، ط٢، بغداد، جامعة النهرين، ص٢٤٧.

[4] الأمام مسلم بن الحجاج النيسابورى، صحيح مسلم ، ط٢، ٢٠٠٠م، دار الفيحاء –دمشق، رقم الحديث ١١/٣٨١٥، ص٦٦٠.

و الاحاديث الشريفة على تحريم الأستغلال و الغبن في العقود اختلف فقهاء الشريعة الأسلامية في جزاء الاستغلال و الغبن و مدى أثره على عقود الغرر، فمنهم من ذهب الى أن جميع عقود الغرر الذي يتضمن الأستغلال و الغبن باطلة [١] ، وان موقف المشرع العراقي في المادة(٥٩٥) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) خصوصاً بالنسبة لشراء الحقوق المتنازع عليها من قبل القضاة و نواب الادعاء العام و كتبة المحكمة قريبة من هذا الراي و ربما مستوفاة منه.

ومنهم من أخذ بعكس هذا الأتجاه فقال بصحة و لزوم عقود الأستغلال الا في بعض الحالات الأستثنائية كفقهاء الحنفية ، لأن البيع عندهم مشروع في ذاته و المنهي غيره [٢] ، وفرق الحنفية بين النهي عن التصرف لذاته و بين النهي عنه لوصفه اللازم، و بنوا على هذا الأصل التفريق بين العقد الباطل و العقد الفاسد و استحدثوا عقداً يتمتع بالحالة الوسطية بين العقد الصحيح و العقد الباطل، وقالوا (العقد الباطل هو الذي يكون غير مشروع بأصله ووصفه، و العقد الصحيح ما كان مشروعاً بأصله و وصفه ، و الفاسد ما كان مشروعاً بأصله و غير مشروع لوصفه) [٣] ، وسوف نشير الى نظرة الشريعة الاسلامية لحالتي البطلان و الأسترداد الواردين في القانون المدني العراقي عند تطرقنا اليهما. وبالنظر لوجود مصلحة مرسلة من تقليل المنازعات و استقرار المعاملات فأن التصرف في الحقوق المتنازعة اذا أدت الى الأستغلال و المفسدة فأن منعها أولى على قاعدة ((درء المفاسد أولى من جلب المنافع)).

ومن وجهة نظر تحريم الذرائع التي تفضي و تؤدي الى المحرمات و لأن مبدأ سد الذرائع يحتل حيزاً مهماً في التشريع الاسلامي وقد أمر بالشئ وبما يوصل اليه ، و ينهى عن الشئ و عما يفضي اليه ، و المنع من الذرائع منهج قرأني نبوي يربي المسلم على المسؤولية عن نتائج أفعاله ومن ثم التبصر في العمل و نتائجه ، فأن بيع الحقوق المتنازع عليها منهي عنه لما فيه من الأستغلال و التباعد من القيم الأخلاقيه المنبثقة من مقاصد الشريعة الأسلامية [٤] .

---

[١] ابن حزم، أبوبكر محمد على بن أحمد بن سعيد الأندلسي: المحلى باالاثار، ط١، لبنان-٢٠١٠، ج٧،ص٣٧٧.

[٢] الكاساني ، علاءالدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع، ط٣، دار الكتب العلمية –بيروت،٢٠١٠، ج ٧ ، ص٢١٢.

[٣] د.مصطفى الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط١، شركة االخنساء – بغداد، بدون سنة الطبع، ص٣١١.

[٤] سامي بن ابراهيم السويلم، قواعد الذرائع في المعاملات المالية، ٢٠١٧م، ص٩، المنشور على الانترنت، الموقع (iefpedia.com) اخر زيارة: ٢٠١٢/٣/١٦.

الخاتمه

وفي ختام بحثي هذا توصلت الى النتائج و المقترحات كما هي :

اولاً/ الاستنتاجات:

١-ان الحق يعتبر متنازعاً عليه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي.

٢-ان دعوى الأسترداد تعتبر بمثابة ضمان قانوني أقرته القوانين الوضعية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة .

٣-ان الاسترداد يتم بأعلان المدين إرادته في الاسترداد ورد المشتري الثمن الحقيقي و الفوائد و المصروفات.

٤-ان حق الاسترداد يطلب في أي وقت كان لازال الحق متنازعاً عليه .

٥-ان الحق المتنازع عليه إذا كان قد تنازل عنه صاحبه الى الغير ، أجاز لمن ينازع في هذا الحق أن يسترد من المشتري بشرط دفع الثمن الحقيقي .

٦-أن جزاء منع التصرف في الحقوق المتنازع عليها هو البطلان.

٧-إن الاشخاص الممنوعين من الشراء لايجوز لهم الشراء بأسماء مستعارة أو غير ذلك مما يؤدي الى التحايل على الحقوق أو الممارسات الاجرائية القضائية.

ثانياً/ المقترحات

١-نقترح تعديل نص المادة(٥٩٣) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١ بحيث تضاف اليه عقد المقايضة لأن حق الاسترداد الذي نص عليه القانون يكون في عقد البيع و يكون كذلك في عقد المقايضة ، و ذلك لان عقد المقايضة يتم فيه الاسترداد عن طريق اعادة تقديم البدل الذي تمت المقايضة به و بالتالي فان المقايضة يصح فيها الاسترداد كما يصح في البيع.

٢-اننا ندعو الى ان يكون ما نص المشرع عليه في المادة(٥٩٥) اكثر توسعاً بحيث يشمل الخبراء المتعاملين مع المحكمة لكي لا يحملوا على اعطاء بيانات غير صحيحة او تقلل من قيمة الحق المتنازع فيه لذا فاننا ندعو ان يشملهم النص ايضا لمنع تواطئهم مع احد الاطراف المتنازعة.

قائمة المصادر

✡ القرآن الكريم

اولاً: الكتب الفقهية الأسلامية

١- ابن حزم، أبوبكر محمد على بن أحمد بن سعيد الأندلسي: المحلى باالاثار،ج٧، ط١، لبنان-٢٠١٠.

٢- علاءالدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، الكاساني، بدائع الصنائع،ج٧، ط٣، ٢٠١٠، دار الكتب العلمية –بيروت.

٣- د. عبدالحميد الشورابي و عاطف الشورابي و عمر الشورابي، البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠.

٤- د.مصطفى الزلمي، نظرية الألتزام برد غير المستحق، ط٢، بغداد، جامعة النهرين.

٥- د.مصطفى الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط١، شركة انخساء –بغداد، بدون سنة الطبع.

٦- محمد صنقور علي،المعجم الاصولي ، ج٢ ،مؤسسة التاريخ العربي، بيروت ،٢٠١١.

٧- د.محمد حسن قاسم، العقود المسماة،دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٨.

٨- محمد أبو زهرة ،الملكية و نظرية العقد في الشريعة الأسلامية، دار الفكر العربي –القاهرة، ١٩٧٧.

٩- د.محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة،شرح عقد البيع، دار الثقافة و للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠٠٦.

١٠- د.محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر – دمشق، ط٢، ٢٠٠١.

١١- مسلم بن الحاج النيسابورى ، صحيح مسلم، ط٢، دار الفيحاء –دمشق ،٢٠٠٠ .

ثانياً:الكتب القانونية

١- د.اسماعيل غانم،النظرية العامة للالتزام،المطبعة العالمية القاهرة،١٩٥٦.

٢- انور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، الطبعة الاولى، دار الفكر الاجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٣- د . انور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، في العقود المسماة ، عقد البيع ، المجلد الأول ، الطبعة الخامسة،١٩٩٠م.

٤- د.انور سلطان و د.جلال العدولي، عقد البيع ، دار المعارف بمصر،١٩٦٦.

٥- د.انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعةالجديدة للنشر،الاسكندرية،٢٠٠٥.

٦- د.برهام محمد عطاالله،عقد البيع ،مؤسسة الثقافة الجامعية الاسكندرية، ١٩٨٣.

٧- د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع و المقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة،١٩٧٩.

٨- د. حسن على الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة –عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ١٩٥٤ .

٩- د.خميس خضير، عقد البيع في القانون المدني ، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.

١٠- د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الاول ،البيع والايجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني،بغداد، ١٩٧٤.

١١- د.سعدون العامري ، مذكرات في العقود المسماة، البيع و الايجار،ط١،مطبعة المعارف، بغداد ١٩٦٦.

١٢- د.سعيد مبارك و د.طه الملاحويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، دار الحكمة للطباعة و النشر، بغداد،١٩٩٣.

١٣- سلمان بياتي،القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني ، شركة الطبع و النشر الاهلية ذم م ،١٩٦٢.

١٤- د . سمير عبدالسيد تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف بالاسكندرية ،بدون سنة طبع.

١٥- د عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع و الايجار في القانون المدني العراقي ،مطبعة الاهالي ، بغداد ، ١٩٥٦.

١٦- عبدالحسين صباح صيلوان الحسنون، المورد القانوني،بدون اسم المطبعة،٢٠١١.

١٧- د.عبدالمجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،الجزء الاول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية،بغداد،الطبعة الرابعة، بدون سنة الطبع.
١٨- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧،الطبعة الثالثة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،٢٠٠٥.
١٩- د. عبدالرزاق السنهورى، ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٤، العقود التي تقع على الملكية –البيع ،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الثالثةالجديدة، بيروت،لبنان، ٢٠٠٠.
٢٠- د. عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١ ،مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٥.
٢١- د.عبدالرحمن احمد جمعه الحلالشه، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، عقد البيع، دار وائل للنشر و التوزيع، الاردن، الطبعة الاولى،٢٠٠٥.
٢٢- د.عدنان ابراهيم سرحان، شرح احكام العقود المسماة، الجزء الاول، عقد البيع، دار وائل للنشر و التوزيع، الاردن، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥.
٢٣- د.عبدالمجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،الجزء الاول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية،بغداد،الطبعة الرابعة، بدون سنة الطبع.
٢٤- د.عبدالمنعم البدراوي، اصول القانون المدني المقارن عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الثانية ، مطبعة العالمية القاهرة ،١٩٦١.
٢٥- د.غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، ج١ عقد البيع ،مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠.
٢٦- د.محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، الجزء الاول، البيع و المقايضة، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ١٩٩٥.
٢٧- د.محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني-العقود المسماة عقد البيع و عقد المقايضة، الجزء السادس ، العقود المسماة، شركة الجلال للطباعة، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٨- محمد على سكيكر و معتز كامل مرسى، شرح القانون المدني –العقود المسماة عقد البيع وعقد المقايضة ، الجزء السادس ، منشأة المعارف،مصر، ٢٠٠٥
٢٩- د.نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، الجزء الاول –البيع ، الطبعة الاولى ،دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، ١٩٩٧.

ثالثاً:المعاجم

١- موريس نخلة و الدكتور روحي البعلبكي و المحامي صلاح مطر ، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٢م.

٢- ابراهيم مصطفى و احمد حسن الزيات و حامد عبدالقادر و محمد على النجار، المعجم الوسيط ، دار احياء التراث، الجزء الاول، المكتبة العلمية ،طهران ،بدون سنة الطبع.

رابعاً:الابحاث و المقالات الالكترونية

١- د.سعد حسين عبد ملحم، ابرام التصرف القانوني بطريق التسخير، بحث منشور في كلية الحقوق/ جامعة النهرين، على الرابط التالي :

.ht t p:/ / www.r esear chgat e.net / publ i cat i on/ ٣٣١٠٧٢٠١٦_abr am_a l qanwny_al t skhyr

اخر زيارة:٢٠٢١/٤/٨.

٢- سامي بن ابراهيم السويلم، قواعد الذرائع في المعاملات المالية،٢٠١٧، منشور على الانترنت ، الموقع (i epedi a.com) اخر زيارة(٢٠٢١/٣/١٨).

خامساً: الاحكام و القرارات

١- رقم القرار(٥٣٨/حقوقية ثانية/٩٧٠)، تاريخ القرار(١٩٧١/٣/٣١)،منشور في مجلة النشرة القضائية العدد الاول ، السنة الثانية، ١٩٧٢م،ص٣٨.

٢- رقم القرار(١٣٠٧/ح/١٩٥٣)، تاريخ القرار(١٩٩٥٣/٨/١٠)،منشور في مجلة القضاء ،السنة ١٢،العدد ٢،ص٤٥.

٣- رقم القرار (٤٤٦/ب/٢٠١٨)،تاريخ القرار٢٠١٨/٩/١٧ ،محكمة بداءة السليمانية/٥، غير منشور.

٤- رقم القرار (٢٧٦/س/٢٠١٨)، تأريخ القرار(٢٠١٩/٥/٧)، رئاسة محكمة الاستئناف في السليمانية ، غير منشور.

٥- رقم القرار(٢٣٨/الهيئة المدنية الاستئنافية)، تاريخ القرار (٢٠١٩/٨/٢٩)، رئاسة محكمة تمييز اقليم كوردستان، الهيئة المدنية الاستئنافية، غير منشور.

سادساً: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم٤٠لسنة١٩٥١.

٢- القانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٣- القانون المحاماة في اقليم كوردستان-العراق رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

٤- القانون المدني الفرنسي.

٥- قانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

الفهرست

الموضوع	
المقدمة	١-٢
المبحث الاول: ماهية الحقوق المتنازع فيها و طبيعتها القانونية	**٣-١١**
المطلب الاول: تعريف الحق المتنازع فيه لغةً و اصطلاحاً	٣-٤
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للحق المتنازع فيه و حالاته	٥-٨
المطلب الثالث: تمييز بيع الحق المتنازع فيه عن بعض البيوع الاخرى	٩-١١
المبحث الثاني:إسترداد الحق المتنازع فيه	١٢-١٨
المطلب الاول:ماهية الأسترداد	١٢-١٣
المطلب الثاني:كيفية الأسترداد و مقابله	١٤-١٥
المطلب الثالث: آثار الاسترداد و استثناءاته	١٦-١٨
المبحث الثالث: بطلان الحقوق المتنازع فيها	١٩-٢٦
المطلب الاول: الحظر بالنسبة لعمال القضاء عموماً	١٩-٢١
المطلب الثاني:حظر تعامل المحامين في الحق المتنازع فيه	٢٢-٢٤
المطلب الثالث: موقف الفقه الأسلامي من بيع الحقوق المتنازع فيها	٢٥-٢٦
الخاتمة	٢٧-٢٧
المصادر	٢٨-٣٢