

بيع الحقوق المتنازع فيها دراسة في التشريع العراقي

د. سعد ربيع عبد الجبار
جامعة الانبار/ كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص :

تناولت الدراسة نوعا خاصا من عقود البيع يتحقق اذا تنازع طرفان على وجود او عاندية حق معين و رغب احدهما في بيعه، فهو عقد يرد على حق لا يكون مؤكدا للبايع وينفذ ويرتب اثاره من تاريخ ابرامه لامن تاريخ تاكيد ملكية الحق للبايع، يتميز هذا البيع بما ينتجه من اثار خاصة ينفرد بها وهي نشوء حق استرداد المبيع لطرف النزاع المتنازل ضده جبرا على مشترية بما قام عليه من ثمن ومصروفات، و هذا الحق يقيد انطلاقته بعض النصوص القانونية بينها في الدراسة. وانبسطة خطة البحث على مبحثين خصصنا الاول لتحديد الاطار العام لبيع الحقوق المتنازع فيها في حين خصصنا المبحث الثاني لبيان احكام بيع الحقوق المتنازع فيها . وختمنا الدراسة بخاتمة بينا فيها النتائج المتوصل اليها والتوصيات التي ارتأيناها مناسبة لرفعها الى المشرع العراقي .

The Selling suspected Rights; A Study in Iraqi Legislation

Abstract:

This study has treated a special type of Selling contract. This type of contracts is visualized when two parties disagree about specific rights or disagree about the owned rights, then one of them want to sell them. So, this contract be on uncertain rights of a seller and it will be valid at the time of contraction. A Selling contract has a specific feature ,that is, the right of restoring a property that was given up.

The study was divided into two parts, the first one was about the determination of the general boundaries of selling the suspected rights. While the second part was about the explanation of the indications of suspected rights selling. The study was concluded by results and recommendations.

المقدمة

يحتل عقد البيع مكانة متميزة من بين العقود المسماة عامة والعقود الناقلة للملكية بصورة خاصة، إذ ان نقل ملكية الاشياء من شخص الى اخر ، يمثل جانبا مهما من الجوانب الاقتصادية لاي بلد، و ذلك الامر يتطلب اشتراط ان يكون البائع مالكا للمبيع او في اقل تقدير ان يكون مخولا بالبيع بناء على وكالة او ولاية او وصاية، وبخلافه اذا قام شخص ببيع شيء لا يملكه عدّ تصرفه موقوفا على اجازة مالكة الحقيقي ، الا ان منراه استثناء على هذه القاعدة، هو تصرف الشخص بالبيع في حق قد لا يوجد، وانه ان وجد فعالبا ما يستحق بيد المشتري، وان زيادة احتمالية وجود المبيع او نقصانها مرتبطة بقوة نزاع المتعاقدين على هذا الشيء. وتتجلى أهمية بيع الحقوق المتنازع فيها في معالجة المشرع، وتقنين هذا النوع من البيوع وتقرير صحته على الرغم من بطلان العقد من حيث الاصل، لو انه ابرم على شيء لا يمكن وجوده في المستقبل ، بل وأيضا بطلان العقد اذا ابرم على شيء ممكن الوجود في المستقبل الا ان المتعاقدين قصدا ان يقع البيع على شيء موجود فعلا ، فاذا لم يقصد المتعاقدان ان يتعاقدا على شيء موجودا فعلا، وقت البيع وانما يكون قابلا للوجود في المستقبل فان العقد والصورة هذه عقد صحيح نافذ من تاريخ وجوده استنادا الى المواد (127-130) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 التي تجيز التعامل في الاشياء المستقبلية، وان بيع الاشياء المستقبلية كثير الوقوع في التعامل ، فكثيرا مايقع ان يبيع مزارع محاصيل ارضه قبل نباتها ، او ان يبيع الما قول حقة في الما قوله التي لم ترس عليه بعد ، فهذه عقود واقعة على شيء مستقبلي وهي عقود صحيحة. وتتجسد أهمية الموضوع محل البحث ايضا في نفاذ العقد بحق المتعاقدين والكافة من تاريخ ابرام العقد ، لا من تاريخ تأكيد حق البائع على المبيع لا من تاريخ وجود المبيع .

علما ان القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروب التعامل في شي خاص من المال المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية بنص المادة (2129) من القانون المدني العراقي .

بيد ان القانون قد ميز عقد بيع الحقوق المتنازع فيها بمعالجة قانونية خاصة ، تمثلت بما يترتب على هذا البيع من اثر خاص، و هو حق استرداد طرف النزاع الذي تم التنازل ضده للمبيع من المشتري جبرا عليه ، و كان ذلك دافعا للباحث في تمييز حق الاسترداد عن حق الشفعة الخارج عن نطاق بحثنا لتشابه الحقين من حيث المبدأ .

وتكمن اشكاليات البحث في النقص التشريعي المعالج للموضوع مدار البحث ، وحاجة النصوص القانونية المعالجة الى التعديل، لتكون محققة اكثر للعدالة . لذلك سنتناول هذا الموضوع في مبحثين : نخصص الاول لتحديد الاطار العام لبيع الحقوق المتنازع فيها من بيان تعريفاً مستقلاً لهذا النوع من البيوع وبيان

خصائصه، ونخصص المبحث الثاني لدراسة احكام بيع الحقوق المتنازع عليها ، وذلك من خلال بيان ما يترتب على هذا البيع من اثار قانونية ، ونختم الدراسة بخاتمة نبين فيها النتائج المتوصل اليها والتوصيات التي نرفعها الى المشرع العراقي .

المبحث الأول الإطار العام لبيع الحقوق المتنازع فيها

يلعب الاطار دوره في توضيح ابعاد الشئ الذي يحيط به، لذلك نس تند اليه لمعرفة البعد القانوني لاي موضوع، للوقوف على محددات اطار الحقوق المتنازع فيها سنتناول في هذا المبحث ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها وخصائصها ، و نطاق بيع الحقوق المتنازع فيها من حيث الاشخاص وذلك في ثلاثة مطالب :

المطلب الاول ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها

اوردت المادة (507) من القانون المدني العراقي تعريفاً لعقد البيع بنصها (البيع مبادلة مال بمال) ، يعاب على هذا التعريف بانه لم يكن مانعا لإمكانية شمول التعريف المذكور لمصطلحات اخرى تختلف عن عقد البيع المعني . لذلك تميز القانون المدني المصري عن القانون العراقي في تعريفه لعقد البيع بنص المادة (418) منه على ان عقد البيع (عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شي او حقاً مالياً اخر مقابل ثمن نقدي) 0 اما الحق المتنازع فيه ، فقد نصت اغلب التشريعات على احكام بيع الحقوق المتنازع فيها، الا انها لم تتطرق لوضع تعريفاً خاصاً للحقوق المتنازع فيها، و نصت المادة (2\593) من القانون المدني العراقي¹ على ان " يعتبر الحق متنازعا فيه اذا رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاعا جديا ، " . ويخلص من النص المتقدم ان الحق المتنازع فيه : بأنه الحق الذي يكون موضوعه قد رفعت به دعوى او قام في شأنه نزاع جدي ، فيعد الحق متنازعا فيه في حالتين :

1 - اذا رفعت بشأن الحق دعوى امام القضاء .فالدعوى يجب ان تنصب على موضوع الحق ، وبالتالي لايعد الحق متنازعا فيه اذا كان النزاع لايمس اصل

¹ - يقابل النص المذكور نص المادة (470) من القانون المدني المصري و المادة (438) من القانون المدني السوري.

الحق اي لايتعلق بوجود الحق او مقداره ، او بطريقة التخلص منه كالسداد بفعل المدين، فالدفع بعدم الاختصاص او بعدم وجود صفة للمدعي لا يعد تنازعا بمفهوم الموضوع مدار البحث. ويراعى ان الحق يظل متنازعا فيه ما دامت الدعوى به قائمة ، فاذا انتهت الدعوى بصور حكم نهائي لم يعد الحق متنازعا فيه ، والحكم يعد نهائيا اذا لم يكن قابلا للطعن فيه بطرق الطعن العادية ، حتى ولو كان الحكم قابلا للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية ، فاذا طعن فعلا في الحكم بهذه الطرق عاد للحق صفة المنازعة^٢.

٢- ان يقوم بشأن الحق نزاع جدي ولو لم يصل الامر الى رفع دعوى امام القضاء ، اما احتمال النزاع في الحق فلا يجعله متنازعا فيه ، وتقدير ما اذا كان هناك نزاع جدي من عدمه بشأن الحق امر متروك لمحكمة الموضوع تستخلصه من ظروف كل قضية ووقائعها ، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها ، ولكن محكمة الموضوع تخضع لرقابة محكمة التمييز في تكييفها لوصف النزاع^٣. وبناء على ماتقدم ، يمكننا القول بان عقد بيع الحقوق المتنازع فيها هو عقد بيع بين طرفين لا يكون فيه حق البائع على المبيع مؤكدا ، ولا يلتزم بضمان وجوده للمشتري اذا كان الاخير عالما بان الحق متنازع فيه . لذلك فان عقد بيع الحقوق المتنازع عليها ضرب من ضروب العقود الاحتمالية .

المطلب الثاني

خصائص بيع الحقوق المتنازع فيها

يتميز عقد بيع الحقوق المتنازع فيها بالخصائص الاتية :

اولا : الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود وعلى الرغم من هذا الوصف فهو يجوز بيعه^٤. لذلك يعتبر بيع الحقوق المتنازع عليها من بيوع الغرر . فوجود الحق وثبوته يتوقف على مصير النزاع القائم بشأنه . فالمشتري يشتري مخاطرا ، ويترتب على ذلك انه يجب على البائع اخطار المشتري بكون الحق متنازعا عليه، فان لم يفعل ذلك كان العقد موقوفا على اجازة المشتري على اساس الغلط او التدليس كما لا يكون للمشتري فضلا عن ذلك ، لو علم

^٢ - د. رمضان ابو السعود، شرح احكام القانون المدني، العقود المسماة ، لبنان ، ط 1 ، 2010 ، ص 90.

^٣ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، شرح احكام القانون المدني ، بيروت ، 2000 ، ج4 ، ص 198.

^٤ - د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص 193.

- بشراؤه حق متنازع فيه الرجوع على البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير وضمان الاستحقاق^٥.
- ثانياً:** من خصائص بيع الحقوق المتنازع فيها انه منتج لحق الاسترداد ، وهو حق استثنائي على البيع ويشمل المقايضة الا ان الاسترداد في هذه الحالة يحرم المقايض من الحق الذي اكتسبه دون ان يرد اليه نفس العوض الذي قدمه مقابل لهذا الحق^٦.
- ثالثاً:** تختلف قواعد الضمان في بيع الحقوق المتنازع فيها وحوالته عن القواعد العامة في الضمان ، ففي الحوالة يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة فهو يضمن ان الحق موجود ، اما في حالة الحق المتنازع فيه فلا يضمن المحيل وجود الحق نظرا لطبيعة الحق المحال^٧.
- رابعاً:** يرد بيع الحقوق المتنازع فيها وينفذ سواء كان الحق محل العقد عينيا ام شخصيا^٨.

المطلب الثالث

النطاق القانوني لبيع الحقوق المتنازع فيها من حيث الأشخاص

يتميز بيع الحقوق المتنازع عليها بخاصية اخرى تضاف الى نشوء حق الاسترداد للمدين، و هي انه لا يجوز بيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء كما جاء في المادة (595) من القانون المدني العراقي التي نصها (لا يجوز للحكام و لا للقضاة و لا للمدعين العاميين و نوابهم و لا للمحامين و لا لكتابة المحاكم و مساعدتهم ، ان يشتروا لا باسمائهم و لا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله او بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها). و نصت المادة (596) ايضا على انه (لا يجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء كان التعامل باسمائهم او باسماء مستعارة). و يتجلى من النصين السابقين ان الاشخاص الممنوعين من التعامل في الحقوق المتنازع فيها، هم القضاة في الدرجة الاولى و المدعون العامون و نوابهم و المحامون و كتابة المحاكم و مساعدتهم ، و جدير بالذكر ان هؤلاء مذكورن على سبيل الحصر لا المثل^٩ ، و عليه لا يجوز القياس عليهم و لا يمتد الحظر الى الخبراء و مترجمي المحاكم و وكلاء المحامين

^٥ - د. سعيد عبد السلام ، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني المصري طبقا لآخر التعديلات، القاهرة، ص 318.

^٦ - د. حسن على الذنون ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة، بغداد ، ص 335.

^٧ - د. السنهوري ، مرجع سابق، ص 205 و 206.

^٨ - د. سعيد مبارك و د. طه الملاحيش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، 1992 ، ص 163 ، و كذلك د. رمضان ابو السعود مرجع سابق، ص 93-94.

^٩ - د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص 215.

وكتبتهم و خدم المحاكم و حجابها و فراشيها و الحراس و الشرطة القضائية. وذهب البعض الى التفصيل في ذلك بالقول ان يكون القاضي ممنوع من التعامل في الحقوق المتنازع فيها لو كانت الدعوى مرفوعة امامه، اما اذا كانت الدعوى مرفوعة اما م غيره حسب الاختصاص المكاني للمحاكم ، فلا ضير من شرا ئه ممنوعاً لتلك الحقوق ، اما قاضي محكمة التمييز فانه يكون دائماً ممنوع من التعامل في الحقوق المعنية لانه يختص بالنظر في جميع الدعاوى لاحتمال تقديم تمييز الدعوى امامه¹¹.

و قد اكد قانون المحاماة رقم 173 لسنة 1965 على منع المحامي من التعامل في تلك الحقوق و ذلك في نص المادة (41) التي تقضي ب (يحظر على المحامي اولاً : اعادة اسمه . ثانياً : شراء كل او بعض الحقوق المتنازع عليها في القضايا التي هو وكيل فيها.....).

و على الرغم مما تقدم ، فانه يجوز لاي ممن ذكروا ان يستردوا الحق المتنازع فيه لو كان احدهم هو المدين في الحق المتنازع فيه ، و باع الدائن الحق الى شخص اخر ، و لا يحتج على المشتري بانه تعامل بما هو محذور عليه لانه لم يشتر الحق ، و انما استرده و بهذا الاسترداد يكون قد ابرء ذمته و لم يكن قاصدا المضاربة¹¹.

و تكمن العلة في منع عمال القضاء من استغلال خبراتهم و درايتهم بالقانون ، و ذلك بايهام البائع (طرف النزاع) بضعف مركزه في الدعوى للوصول بذلك الى اتفاق يكون فيه الموكل مغبوناً¹².

و اذا كان الامر كذلك فاننا نتفق و الراي القائل: بوجود ان يمنع المشرع العراقي عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها ، سواء كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم فيها ام لا ، و ذلك لابعاد عمال القضاء عن موطن ألسببه و استغلال النفوذ¹³. و عليه لا يمكننا التفرقة بين القاضي الذي ينظر النزاع و الذي لا ينظره و قاضي التمييز في المنع بالتعامل في هذه الحقوق. و السؤال الذي يطرح نفسه هو ما الحكم القانوني للعقد الذي يبرمه عمال القضاء على الحق المتنازع فيه رغم هذا المنع؟

¹¹ - د. انور طلبية ، المطول في شرح القانون المدني ، القاهرة ، 2006 ، ص 740. و كذلك د. سعيد مبارك و د.

ظه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق ص 168-169.

¹¹ - د. السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 213.

¹² - د. سعدون العامري ، الوجيز في العقود المسماة (عقدا البيع و الايجار) ، بغداد ، 1974 ، ص 185. و د.

السنهوري ، مرجع سابق ، ص 212.

¹³ - د. سعدون العامري ، المرجع نفسه ، ص 184.

اتجه اغلب فقهاء القانون الى بطلان هذا العقد¹⁴، و في اعطاء اساسا قانونيا لهذا البطلان ذهب البعض الى انه مخالف للنظام العام و الاداب العامة ، و ذهب اخرون الى ان اساسه هو عدم مشروعية السبب، و ذهب فريق ثالث الى ان اساس البطلان هو نص القانون¹⁵.

الا اننا نعتقد بان الحكم القانوني للعقد المعني انه صحيح غير نافذ (موقوف) على اجازة البائع ، فهو يجيزه اذا لم يلحقه غبن بذلك استنادا للمادة (121) من القانون المدني، و اذا كان قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه ان يرفع الغبن الى الحد المعقول خلال سنة من وقت العقد ، و له ان ينقض العقد اذا كان تبرعا، كل ذلك استنادا الى المادة (125) من القانون المدني. و لا يمكن القبول ببطلان العقد ، لانه قام بقيام اركانه من رضا و محل و سبب لذلك فهو عقد صحيح و اذا لحق الغبن الفاحش بالبائع فانه يكون سببا بوقف نفاذه.

المبحث الثاني

احكام بيع الحقوق المتنازع فيها

اذا وقع بيع الحق المتنازع فيه فان له اثارا عامة و اخرى خاصة ، فبالنسبة للآثار العامة ، نقصد بها تلك الآثار التي تترتب على أي عقد بيع يبرم ، و ذلك من التزام المشتري بدفع الثمن و التسلم ، و التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري وتسليمه المبيع للاخير، و التزامه ايضا بضمان العيب الخفي . الا ان البائع لا يكون ملتزما بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير و ضمان الاستحقاق للمشتري اذا ما تعرض له¹⁶ ، لان المشتري عالم بانه يقدم على شراء حق متنازع عليه (حق قد لا يكون البائع مالك للمبيع) او انه عالم بقدمه على شراء شئ سوف يستحق بيده، و ذلك بثبوت حق الاسترداد لغير البائع في استرداده من المشتري، عندئذ يسقط ضمان التعرض و الاستحقاق من ذمة البائع بعلم المشتري هذا.

اما الآثار الخاصة فانها آثار يتميز بها بيع الحق المتنازع فيه دون غيره ، وهي نشوء حق الاسترداد للطرف المتنازل ضده ، و لاهمية هذا الحق سنتناوله في مطلبين نخصص الاول للمبحث في نشوء حق الاسترداد و الثاني نخصصه للمبحث في موانع نشوء حق الاسترداد .

¹⁴ - د. انور طلبية ، المرجع السابق ، ص 739، و د. السنهوري ، المرجع السابق ، ص 214 ، و د. سعيد مبارك د. طه الملاحويش و د. صاحب الفتاوي ، المرجع السابق، ص 166.

¹⁵ - ينظر في عرض هذه الاراء د. الذنون ، مرجع سابق ، ص 347.

¹⁶ - د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص 206.

المطلب الاول نشوء حق الاسترداد

اذا باع طرف النزاع الاول حقه المتنازع عليه ، فثمة ما يفهم بانه راغب في انهاء النزاع، و يبيع الحق بقيمة ادنى من قيمته في السوق يثبت رغبته هذه. و حتى لا يقع طرف النزاع الثاني (المتنازل ضده) ضحية هذا التصرف و لابعاد الضرر عنه ، اعطاه المشرع الحق (لحظة تصرف الطرف الاول) في استرداد المبيع من مشتريه باعتباره الاجدر بتملك الحق. لذلك سنتناول في هذا المطلب ماهية حق الاسترداد و تمييزه عن حق الشفعة واخيرا الاثار القانونية التي يترتبها في حال نشوئ.

أولاً: ماهية حق الاسترداد:

نصت المادة (593) من القانون المدني على انه (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 مصروفات الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع).

و ذهب راي الى تعريف حق الاسترداد بانه : وسيلة لبراء ذمة المدين من الدين المتنازع فيه او كف النزاع عن الحق ، فهو وسيلة وضعت لصالح المتنازل ضده يقصد منه استبعاد المتنازل اليه و انهاء النزاع و تطهير الحق من شائبة النزاع^{١٧}. و ذهب راي اخر الى ان الاسترداد (شذوذ عن القوة الملزمة للعقد بفرض استبدال الشريك في التعاقد في شخص مكتسب الملكية)^{١٨}.

و نرى ان حق الاسترداد هو: حلول المتنازل ضده (المدين) محل المتنازل له فيما اشتراه مقابل دفعه له ثمن المبيع و مصاريف البيع، و يؤدي هذا الحل بدوره الى انقضاء الالتزام لاتحاد ذمة المدين و الدائن في شخص واحد بعد هذا الحل. ويستطيع المتنازل ضده استرداد الحق المتنازل به سواء كان حقا عينيا ام شخصيا ، فاذا كان حقا شخصيا فانه يتخلص من الدين عن طريق رده للمحال له الثمن ، اما اذا كان حقا عينيا فيجوز استرداده هو الاخر ، فمثلا فيما يتعلق باسترداد حق الملكية المتنازع فيه قد يحدث ان يتنازع شخصان على ملكية منقول و يكون الاخير في حيازة اقدمهم، فاذا قام الاول ببيع حق ادعائه فيه الى اجنبي ، فانه يجوز للمدعى عليه و هو الحائز ان يسترد الحق المدعى به برد الثمن و المصروفات لهذا الاجنبي ، و العكس صحيح لو تم البيع من جانب الحائز.

^{١٧} - د. رمضان ابو السعود ، مرجع سابق، ص 97.

^{١٨} - جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني الفرنسي ، العقود الرئيسية الخاصة ، اشراف جاك كستان ، ترجمة منصور القاضي ، ج1، ط2 ، 2009 ، لبنان، ص 114.

الا ان التساؤل الذي يطرح نفسه هو: في أي العقود ينشأ حق الاسترداد خاصة بعد ان جاء نص المادة (593) بمصطلح التنازل و الذي هو مصطلح عام يشمل كل تصرف قانوني ينقل الملكية سواء كان بمقابل ام بدونه ؟
 اتجه اغلب الفقهاء الى القول بنشوء حق الاسترداد اذا تم التنازل بعوض و بغض النظر عن كونه عقد بيع او مقايضة او ما يضرارعهما من العقود الناقلة للملكية بمقابل ، و ذلك مستندا الى ما اتفقوا عليه من حكمة نشوء حق الاسترداد ، و هي الضرب على يد المرابين و المضاربين حتى لا يستغلوا اطراف النزاع او ان يبتزروهم^{١٩} ، لذلك يفهم من قبول الشخص شراؤه حقا متنازعا فيه انه مضارب لو تم التنازل اليه بعوض . و لا يكون كذلك اذا كان التنازل بدون عوض و بالتالي فان نية المضاربة منتفية لديه افتراضا ، الامر الذي يؤدي بدوره الى عدم نشوء حق الاسترداد.

و نرى ضرورة نشوء حق الاسترداد سواء تم التنازل بعوض او بدونه ، و لا يمكننا القبول بالاستناد الى فكرة المضاربة فقط في انشاء حق الاسترداد ، و انما لا بد من الاخذ بعين الاعتبار ان التنازل سيغير طرف النزاع حتى و ان تم بدون عوض و ذلك يكون مدعاة الى نشوء حق الاسترداد ، بمواجهة المتنازل اليه الذي قد يكون طرفا قويا على العكس من المتنازل ، بالاضافة الى ان التنازل بدون عوض قد يكون صوريا حتى يضر ذلك بالمتنازل ضده.
 و تجدر الاشارة الى بيان ما يلتزم المتنازل ضده برده الى المتنازل اليه (المشتري لو اخذ التنازل صورة عقد البيع) ، و الذي هو الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري بالاضافة الى ما تحمله من مصروفات ، و ما يطالب به من فوائد قانونية . و هذا الامر واضح من نص المادة (593).

و في تقديرنا نرى ان يلتزم صاحب حق الاسترداد برد ثمن الحق مقدرا بسعره في السوق ، و هو خاليا من النزاع لا الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري. و بذلك نحقق اكثر من غاية في حكم واحد ، فبالنسبة للبائع يكون قد استطاع التصرف في الحق المتنازع فيه بحرية، و بالنسبة للمشتري فانه يكون قد حقق هامشا من الربح ، و هو الفرق بين الثمن الذي اشترى به الحق المتنازع فيه الذي غالبا ما يكون ثمنه ادنى مما يقدر سعره خاليا من النزاع ، و بين الثمن الذي سوف يسترد المتنازل ضده الحق به و هو ثمن الحق بقيمته خاليا من النزاع ، و اخيرا بالنسبة للمتنازل ضده الذي استعمل حق الاسترداد فانه يكون قد حصل على الحق الذي كان النزاع قائما فيها ، و تتجلى هذه الغاية بوضوح لو كان النزاع على شئ له قيمة معنوية كبيرة عند المتنازل ضده . و نبرر راينا المتواضع بان قبول الشخص الاجنبي شراء الحق

^{١٩} - د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص 200 و د. رمضان ابو السعود ، مرجع سابق ، ص 92 و د. الذنون ، مرجع سابق ، ص 337 و د. سعيد مبارك و د. طه الملاويش و د. صاحب الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص 164.

المتنازع عليه هو قصد تحقيق الربح و نحن نلزمه بربح محدد اذا الزمناه القبول بثمان الحق الذي اشتراه مقدرا بسعره في السوق ، و هو خالٍ من النزاع و بالتالي لا يستطيع استغلال المتنازل ضده ، و ذلك نسنده الى اساس جواز بيع الحق المتنازع فيه حتى يكون مشتري هذا الحق جزءا من حل المشكل (لانه سوف ينشأ حق الاسترداد الذي يؤدي الى انقضاء الالتزام كما قدمنا) و ليس جعله جزءاً من المشكل ذاته ، و اذا قلنا برد الثمن الحقيقي الذي دفعه فسوف لا يكون هناك دافع لاي شخص في الاقبال على شراء حق متنازع فيه.

و اخيرا يقع طلب الاسترداد باعلان المتنازل ضده رغبته في الاسترداد و لا يشترط شكلا خاص لهذا الاعلان ، و لكن يشترط على المتنازل ضده تقديم طلب يوجهه الى المشتري في المحكمة اذا كانت هناك دعوى مرفوعة في الحق المتنازع فيه امام القضاء^{٢٠}.

ثانيا: تمييز حق الاسترداد عن حق الشفعة:

عرفت المادة (1128) من القانون المدني الشفعة بانها (حق تملك العقار المبيع و لو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن و النفقات المعادة) ، فالشفعة في هذا المفهوم يقترب كثيرا من حق الاسترداد في اخذ المبيع من مشتريه جبرا عليه الا ان هناك فروقاً جوهرية بين الحقين نوردها بالاتي :

1- ينحصر نطاق حق الشفعة في العقار وتحديدًا بالعقار المعد للسكنى لو كان دارا او شقة سكنية مملوك او مملوكة على الشيوع^{٢١}. اما حق الاسترداد فان نطاقه الارحب يكمن في المنقول، اما العقار فمن النادر ان ينشأ فيه حق الاسترداد^{٢٢}، لعدم امكانية تصور النزاع على العقار في داخل العراق ، لان المشرع العراقي عد تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري ركنا في التصرف الذي يرد على العقار ، و على الرغم من ذلك نص المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 في المادة 33 منه على انه: (اذا تبين وجود نزاع على حدود العقار عند اجراء الكشف الاصولي لغرض تنظيم خارطته فيتبع ما يلي:

أ - اذا كان احد المتنازعين يستند الى سجل ذي حدود ثابتة يدخل فيها القسم المتنازع عليه و لم يكن العقار المجاور مسجلا او كان مسجلا و حدوده في

^{٢٠} - د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص 202.

^{٢١} - ينظر نص المادة (1129) من القانون المدني المعدلة بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 978 في تاريخ 1978 / 7 / 24.

^{٢٢} - J-P. Levy, cours d'histoire des institutions privées, la propriété, biens, cours du droit, 1972, p. 313.

- السجل غير ثابتة ، يعتبر القسم المتنازع عليه عائدا للعقار الثابت الحدود ، و للطرف الثاني مراجعة المحاكم المختصة .
- ب - إذا كانت سجلات العقارات المتنازع على حدودها غير ثابتة الحدود ، او كانت ثابتة الحدود و كان سجل كل منها يحتوي على القسم المتنازع عليه ، فتوضع اشارة خاصة على خرائط العقارات تفيد اعتبار هذا القسم منازعا فيه ، حتى يتقرر مصيره رضاء او قضاء.) و يخلص من هذا النص انه من الممكن ان يحصل نزاع على عقار بالقدر الذي أشير إليه و هو التنازع على حدود العقار لا على ملكيته من حيث الاصل كما في المنقول.
- 2- يختلف الحقان من حيث الحكمة من تشريعهما ، فالحكمة من تقرير حق الشفعة هي وسيلة لتقليل الشركاء في المال الشائع و التخلص من ضرر الشركة^{٢٣} ، اما حق الاسترداد فشرع لغرض الحد من اطلاق يد المضاربين و المرابين ، وبالتالي يحافظ ذلك على المتنازل ضده من تعرضه للضرر.
- 3- لا يعد صاحب حق الاسترداد (المتنازل ضده) اجنبي عن الحق ، بخلاف الشفيع الذي يعد اجنبيا عن العين المشفوعة^{٢٤} .
- 4- يختلف الحقان من حيث الاثر المترتب على كل منهما (سنبحث اثر الاسترداد بتفصيل اكثر في ثالثا)، فان ما يترتب على حق الشفعة هو تملك العين المشفوعة، اما اهم ما يترتب على حق الاسترداد فهو حسم النزاع و ابراء ذمة المدين^{٢٥} .

ثالثا: اثار حق الاسترداد:

إذا استرد التنازل ضده الحق التنازع فيه من المشتري ، فان هذا لا يعني انه اقر بان الحق ليس له، لان ما عناه بالاسترداد انه قصد وضع حد للخصومة القائمة حتى ينحسم النزاع . و اذا تم الاسترداد على الوجه الصحيح فانه يرتب العلاقات الاتية:

- 1- العلاقة بين المشتري و المسترد (المتنازل له و التنازل ضده).
 يحل المسترد محل المشتري في الحق المسترد ، و لا يعتبر الاسترداد شراء جديدا للحق من البائع ، بل ان البيع الصادر للمشتري يعتبر كان لم يكن ويترتب على ذلك ان المشتري يعتبر كانه لم يتلق هذا الحق من البائع ، و بالتالي تعتبر جميع الحقوق و الالتزامات التي رتبها على الحق قبل الاسترداد غير سارية في مواجهة المسترد لورودها على حق مملوك للغير.

٢٣ - د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية و التبعية ، ج1 ، بغداد ، ص 177.

٢٤ - د. طارق عبد الرؤوف صالح ، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي و حق الملكية ، ط القاهرة، 2008، ص 344.

٢٥ - د. السنهوري ، مرجع سابق ، 206.

- 2- العلاقة بين البائع و المشتري (المتنازل و المتنازل له)^{٢٦} .
تبقى هذه العلاقة كما هي فالاسترداد لم يوجه الا الى المشتري ، و بالتالي يظل المشتري ملتزما بكافة الالتزامات الناشئة عن عقد البيع قبل البائع ، فيكون للاخير ان يطالبه بالثمن و سائر الالتزامات الاخرى ، ويستطيع المشتري ان يرجع الى البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة عن البيع و يحق له الرجوع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير و ضمان الاستحقاق اذا اثبت عدم علمه بانه اشترى حقا متنازعا عليه.
- 3- العلاقة بين البائع و المسترد (المتنازل و المتنازل ضده).
يعد المسترد مدينا بالحق المتنازع فيه للبائع ، لذلك فان الاسترداد لا ينقل الحق من هذا البائع و انما ينهي النزاع على الحق ، فالحق لا ينتقل إذن من البائع إلى المسترد و انما ينقطع بشانه النزاع و لا يكون من حق البائع ان يطالب المسترد بهذا الحق ، و اذا كان المشتري لم يقم بعد بوفاء الثمن ، فان البائع لا يمكنه ان يطالب المسترد بهذا الثمن مباشرة ، و انما يستطيع ان يقوم بذلك عن طريق استعمال دعوى مدينه المشتري قبل المسترد^{٢٧} .

المطلب الثاني

موانع نشوء حق الاسترداد

- منع القانون نشوء حق الاسترداد في الاحوال التي لا تتوافر فيها نية المضاربة لدى المشتري و ذلك بنص المادتين (593 و 594) و سنبينها بالاتي :
- 1- اذا تم التنازل عن الحق المتنازع فيه للغير بدون عوض ، بينا في محل سابق من هذه الدراسة اشتراط المقابل في التنازل حتى ينشأ حق الاسترداد ، و هذا ما نصت عليه المادة (1/593) . الا اننا نتقاطع و هذا الاستثناء لان ما نراه صائبا ان يثبت حق الاسترداد حتى و لو تم التنازل بدون عوض كما عللناه سابقا .
- 2- نصت الفقرة الاولى من المادة (594) على انه (اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا في امول بيعت جزافا بثمن واحد .) ، كما في بيع الشركة التي تشتمل على عدة اموال (منقولات و عقارات) و تعلقت المنازعة في احد هذه الاموال . و الحكمة من منع الاسترداد في هذه الحالة ان الحق المتنازع عليه يفقد فيه ذاتيته^{٢٨} ، حيث ان هذا النوع من البيوع ينطوي على بيع المجموع من المال بما له من حقوق و ما به من ديون و ذلك دون النظر الى أي عنصر معين بالذات

^{٢٦} - ينظر د. السنهوري ، مرجع سابق ، 204.

^{٢٧} - انظر في هذه العلاقات د. رمضان ابو السعود ، مرجع سابق ، ص 204-206 . و د. سعيد مبارك و د. طه الملاحيش و د. صاحب الفتاوي ، مرجع سابق ، ص 165.

^{٢٨} - د. انور طلبية ، مرجع سابق ، ص 716.

داخل ضمن هذا المجموع ، و بالتالي تنعدم لدى المشتري فكرة المضاربة . و منع الاسترداد في هذه الصورة مشروط بان يكون الثمن الذي بيعت به الصفقة كلها قد حدد لهذا الصفقة بدون النظر الى عناصرها ، اما اذا حدد الثمن على اساس مفردات الصفقة ، فان الحق المتنازع فيه لا يفقد ذاتيته عندئذ ، و يجوز بشانه الاسترداد.

3- نصت الفقرة الثانية من المادة (594) على انه (اذا كان شائعا بين ورثة او ملاك اخرين و باع احدهم نصيبه للاخر) . فاذا فرضنا ان حقا متنازعا فيه يملكه شخصان على الشيوخ ثم باع احد الشريكين نصيبه الى الاخر ، فان الاسترداد لا ينشأ في هذه الحالة لطرف النزاع الثاني^{٢٩} ، و الحكمة من منع الاسترداد في هذه الحالة ان شراء الشريك نصيب شريكه الاخر لا يقصد به غالبا المضاربة، و انما هو قسمة او خطوة نحوها ، و يضاف الى ذلك لو ابيح استرداد الجزء المبيع من الحق فلن ينتهي بذلك النزاع فيه بينه و بين المشتري لبقاء النصيب الاصلي للمشتري متنازعا فيه.

و يلاحظ ان البيع المانع للاسترداد هنا هو البيع الحاصل للشريك في الحق ، اما اذا حصل البيع لاجنبي عندئذ يجوز الاسترداد . و الحال كذلك لو صدر البيع من اجنبي للشركاء في الحق كما لو كان هناك شريكين في حق ينازعهما اجنبي يدعي ملكية الحق معهما ، و كان الحق متنازعا فيه مع المدين به فاذا نزل هذا الاجنبي عن هذا الحق للشريك ان ، جاز للمدين ان يسترد الحق من الشركاء (المتنازل لهم) في هذه الحالة.

4- نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على ان (اذا نزل عنه مدين لدائنه ، و فاء للمدين المستحق في ذمته) . فارادة المدين في هذا الفرض واضحة في استيفاء الدين من مدينه ، فيقبل ان يحل محل مدينه في حق متنازع فيه في ذمة الغير في مقابل ابراء لمدينه . فهذا الدائن لم يقصد المضاربة إذن ، و انما قصد استيفاء حقه و بالتالي لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه ان يتخلص من مطالبة الدائن له باسترداد هذا الحق ، فنحن بصدد و فاء بقابل لا مضاربة على الحق.

و الحال كذلك اذا نزل المدين و فاء لدينه عن حق متنازع فيه ، و لا يكون هذا كافيا لوفاء الدين، فيدفع معه مبلغا معقولا اضافيا من النقود ، لان هذا الفرض انتفتت فكرة المضاربة، فالدائن استوفى دينه بحق متنازعا فيه و يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . اما اذا كانت الزيادة بشكل غير معقول ك أن تكون ضعف او اكثر (تقديرها معقولية الزيادة يعود لقاضي الموضوع) فان هذه الفرضية تكون مكتشفة فيها فكرة المضاربة^{٣٠} .

٢٩ - د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص 208.

٣٠ - السنهوري ، مرجع سابق ، ص 209.

5- نصت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها على انه (اذا كان يشمل عقارا او يبيعت لمن انتقلت اليه ملكية العقار) . فاذا بيع الحق المتنازع فيه الى حائز العقار المرهون في هذا الحق فان الحائز انما اراد يوفي دين الدائن المرتهن و يتخلص من تتبع العين³¹ ، و ذلك في تحريره من الحقوق التي تثقله ، و انه بدلا من ان يلجأ الى اجراءات التحرير المعقدة يعمد الى شراء الحق المتنازع فيه، و يخلص له العقار و لا يستطيع الدائن ان يتتبع العقار تحت يده ، كما لا يستطيع المدين بالدين المتنازع فيه استرداده في هذه الحالة ، فالدافع للحائز في شراء الحق المتنازع فيه ليس المضاربة و انما هو تخليص العقار من الدين و الحيلولة بين الدائن و بين اتخاذ اجراءات التحرير في مواجهته³² . و اخيرا لا بد من الاشارة الى ان هذا المثال السابق يسهل تصوره في القانون المصري لانه لا يعتبر الشكلية الخاصة بالعقار (التسجيل في دائرة التسجيل العقار) ركنا في التصرف و انما يعتبره شرطا فيه ، و هو على العكس في القانون العراقي.

الختاتمة

تضمنت الدراسة معالجة قانونية في التشريع العراقي لعقد بيع اختلف عن غيره في محله و نطاقه، من حيث الاشخاص و كيفية الضمان فيه ، و ميزه اكثر ما رتبه هذا العقد من اثار خاصة لا يحققها سواه و تجسدت اثاره الخاصة بحق استرداد المتنازل ضده الحق المتنازع عليه الذي تم بيعه. و خرجنا من هذه الدراسة بنتائج توصلنا اليها بالمناقشة و التحليل و كانت اساسا استندت اليها التوصيات التي ارتأينا رفعها للجهات التشريعية. و نجلها بالاتي:

اولا: النتائج

- 1- عقد بيع الحقوق المتنازع فيها هو بيع بين طرفين لا يكون فيه حق البائع على المبيع مؤكدا . و قد حذا المشرع العراقي حذوا اغلب التشريعات المقارنة في تقرير نفاذ هذا العقد من لحظة انعقاده. و تميز بيع الحقوق المتنازع فيها بانه من بيوع الغرر و يكون جائزا سواء كان الحق عينيا ام شخصيا.
- 2- ينحصر بيع الحق المتنازع فيه بغير عمال القضاء الذين منعهم القانون من التعامل بهذه الحقوق خشية توجيه درايتهم في القانون و نفوذهم الى غير وجهتها الصحيحة و ذلك من خلال استغلال اطراف النزاع.
- 3- تترتب على بيع الحق المتنازع فيه اثار عامة شأنه في ذلك شان باقي عقود البيع عدا ما يتعلق في الضمان فان البائع لا يضمن التعرض القانوني الذي

³¹ - د. الذنون ، مرجع سابق ، ص 334.

³² - د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق ، ص 100.

- يصدر من غيره و ضمان الاستحقاق استثناء من الاصل ، لان المشتري يعلم بقدمه الى شراء حق سوف يستحق بيده نتيجة استعمال المتنازل ضده لحق الاسترداد، و يكون البائع ضامنا لو اثبت المشتري عدم علمه بان الحق متنازعا فيه . الا ان ما يميز بيع الحق المتنازع فيه عن غيره هو ما يرتبه من اثر خاص متمثل بنشوء حق الاسترداد لطرف النزاع المتنازل ضده، و هذا الحق يكمن في مكنة حلول المتنازل ضده محل المتنازل له فيما اشتراه. و يلتزم بدفع الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري وفقا للنص القانوني . الا اننا نرى بان يلتزم المتنازل ضده بدفع ثمن الحق و هو خالٍ من النزاع فذلك دافع للغير في الاقدام على شراء الحق المتنازع فيه ليحققوا هامشا من الربح و هو الفارق بين الثمن الذي يشتري به و الثمن الذي يدفعه له المتنازل ضده ، و اساس هذا الامر هو ان اقبال الغير لشراء هذا الحق لا يعد اشكالا و انما جزءا من حل النزاع لما يرتبه دخوله هذا من نشوء لحق الاسترداد المؤدي بدوره الى انقضاء الالتزام باتحاد ذمة الدائن و المدين في شخص واحد. و بذلك نتوصل ايضا الى امكانية الغاء الفوائد القانونية التي الزم بها المشرع المتنازل ضده بدفعها لمشتري الحق كتعويض عن استرداد المتنازل ضده جبرا عليه لحق اشتراه.
- 4- يتمثل حق الاسترداد مع حق الشفعة من حيث المبدأ و ذلك في اخذ المبيع جبرا من مشتريه، الا انهما يختلفان في امور جوهرية منها تباين نطاق كل منهما بانحصار حق الشفعة في الدار السكنية و الشقة السكنية المملوكين على الشيوع ، في حين ان حق الاسترداد يتسع نطاقه في المنقول و يرد بشكل ضيق على العقار. و يختلفان من حيث الهدف من وراء الاخذ بهما فلأخذ بحق الشفعة هدفه تملك المشفوع لان الشفعة سبب من اسباب كسب الملكية ، اما الاخذ بحق الاسترداد فهدفه انتهاء النزاع.
- 5- ان استعمال المتنازل ضده لحق الاسترداد لا يعد اقرارا منه بالدين ، و انما وضعه حدا للنزاع و نتيجة ذلك فهو يحل محل المشتري باثر يرجع الى تاريخ عقد البيع و معنى ذلك عدم سريان التصرفات التي اجراها المشتري على الحق للمدة من تاريخ ابرام العقد الى تاريخ استرداد الحق منه. و على الرغم من ذلك لا يستطيع البائع الرجوع مباشرة على المسترد بما له من ثمن في ذمة المشتري و انما يرجع عليه بموجب الدعوى غير المباشرة.

ثانيا: التوصيات

نرفع التوصية الى الجهة التشريعية في العراق بتعديل نص المادة (1/593) وذلك بتقرير حق الاسترداد للمتنازل ضده حتى لو تم التنازل بدون عوض ، لاعتقادنا بان الحكمة من وراء الاسترداد لا تقتصر على تقييد المضاربين والمرابين في استغلال اطراف النزاع ، و انما يجب ان تمتد الى دفع الضرر عن المتنازل ضده

في حال تغيير طرف النزاع، فاذا تم التنازل بدون عوض فلا طريق لنشوء حق الاسترداد لانتفاء نية المضاربة وفقا للنص القانوني الحالي ، الا ان ما تقضي به العدالة هو نشوء حق الاسترداد للمتنازل ضده ، فاذا انتفت نية المضاربة لدى المشتري لا يعني عدم الحاق الضرر بالمتنازل ضده نتيجة تغير طرف النزاع . و نوصي المشرع ايضا بالزام المتنازل ضده بدفع ثمن الحق و هو خالٍ من النزاع لا ان يدفع للمشتري ما دفعه فعلا للأسباب التي ذكرناها في النتائج . و بناء على ما تقدم يستوي نص المادة (1/593) على الصياغة الآتية: (1- الحق المتنازع به اذا نزل عنه صاحبه الى شخص اخر فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المشتري ثمن الحق مقدرًا و هو خالٍ من النزاع مع المصروفات).

المراجع

- 1- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة، بغداد د.
- 2- د. رمضان ابو السعود، شرح احكام القانون المدني، العقود المسماة ، لبنان ، ط1 ، 2010 ، ص90د.
- 3- د. سعدون العامري ، الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع و الايجار، بغداد ، 1974.
- 4- سعيد عبد السلام ، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني المصري طبقا لآخر التعديلات، القاهرة .
- 5- د. سعيد مبارك و د. طه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، 1992.
- 6- د. طارق عبد الرؤوف صالح ، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي و حق الملكية ، ط1 ، القاهرة، 2008.
- 7- عبد الرزاق احمد السنهوري ، شرح احكام القانون المدني ، بيروت ، 2000 ، ج4.
- 8- د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية و التبعية ، ج1 ، بغداد.

المراجع الأجنبية

- 1 - جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني الفرنسي ، العقود الرئيسية الخاصة ، اشراف جاك كستان ، ترجمة منصور القاضي ، ج 1 ، ط 2 ، 2009 ، لبنان.
- 2- J-P. Levy,cours d'histoire des institutions privees,la propriete, biens, cours du droit, 1972.