

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم القانون الخاص  
المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## بيع الحقوق المتنازع فيها

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذة:

وافي الحاجة

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالبة:

بن قدور فوزية

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

بوزيد خالد

الأستاذ

مشرفا مقرا

وافي الحاجة

الأستاذة

مناقشا

بوكر رشيدة

الأستاذة

تاريخ المناقشة 2023/06/19

السنة الجامعية: 2023/2022

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" وَيَا قَوْمِ اَوْفُوا بِالْمِيزَانِ وَالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ  
اَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْاَرْضِ مُفْسِدِينَ "

هود 85.

## إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى من أعز و أغلى شخص في حياتي منذ ولادتي ، إلى من أعطاني السند الكبير و بفضل دعواتها طيلة مشواري الدراسي من الابتدائي إلى غاية تخرجي الآن ، إلى من سهرت الليالي في تربيّتي ثم تعليمي إلى أن وصلت إلى ما أنا عليه الآن و لها الفضل الكبير و الشكر الجزيل

ألا و هي أمي الفاضلة

و التي أقول لها دائما شكرا على كل شيء قدمته من أجلي إلى غاية نجاحي إلى من كان دائما يدعمني و يؤازرني هو كذلك في حياتي الدراسية إلى والدي الغالي أطلب من الله أن يبارك لهما و يطيل في عمرهما

إلى عائلتي الصغيرة

إلى كل من أحب، إلى كل من ساندني في إنجاز هذا العمل المتواضع

إلى كل أصدقائي في العمل و الدراسة.

# شكر و عرفان

أفتح هذه المذكرة باسم الله العلي القدير الذي هداني  
بنوره و أعانني على إتمامها وجعل العسير من هذا العمل يسير و أصلي و أسلم على  
المصطفى البشير النذير  
- عليه أفضل الصلاة و أزكى السلام -

أما بعد

مصادقا لقوله تعالى: " لئن شكرتم لأزيدنكم "

إن كان على المرء أن يذكر لذي الفضل فضله فإنني أتوجه بالشكر و العرفان و التقدير  
والامتنان إلى كل أساتذتنا الأجلاء الذين علموني الحرف والكلمة و الجملة و النص ،راجيا  
من المولى سبحانه و تعالى أن يجعل ما غنمته منهم صدقة جارية تضاف إلى صحائف  
حسناتهم .

و اخص بالذكر بالشكر الأستاذة: وافي الحاجة الذي لم تبخل علينا بنصائحها  
وإرشاداتها طيلة مدة انجاز هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى اللجنة التي قبلت مناقشة المذكرة  
وضحوا من ثمين وقتهم لقراءة صفحاتها ،و تقييمها بميزان العارفين القادرين راجين أن  
ينال هذا الجهد تقديرهم ،وان تحض أخطاؤها و هفواتها بتقويمهم وتنويرهم ، وأن  
تشمل نقائصها بعفوهم وصفحهم.

## قائمة المختصرات

### باللغة العربية

ج ر : الجريدة الرسمية

د ب ن : دون بلد نشر

د س ن : دون سنة نشر

د ط : دون طبعة

د ن : دون ناشر

ص : صفحة

ط : طبعة

ع : عدد

ق : قانون

ق م د : قانون مدني جزائري

ق م ف : قانون مدني فرنسي

### باللغة الفرنسية

**Ed : édition**

**N: numéro**

**P : page**

إن من أقدس الحقوق الإنسانية على الإطلاق نظرا للمكانة التي إحتلها في رسالات الشرائع السماوية و مروراً بالأنظمة القانونية الوضعية في مختلف الحضارات البشرية نخص بالذكر و نسلط الضوء على حق الملكية، هذا الأخير الذي يشكل بحق جوهر وحقيقة الإنسان الغالب عليه التعطش لتكوين الثروة و إشباع غريزته المتمحورة أساساً حول حب التملك. و حق الملكية تزداد أهميته كلما كان محله ذا قيمة و إعتبار ، و في هذا الصدد و مما هو متعارف عليه و ثابت بين الناس أن العقار يصنف ضمن أرفع الأموال قيمة التي تشكل محلاً للملكية، و إن للعقار - و نخص بالذكر الأرض - مكانة مرموقة ما بين الناس جعل من الكثير يتهافت عليه بالطرق المشروعة و حتى غير المشروعة و لطالما كانت الأرض سبباً في الخلافات و النزاعات بين العروش و القبائل و لطالما كانت سبباً في نشوب الحروب و النزاعات الحدودية الدامية، و أيضاً الغاية المتوخاة من وراء السياسات الإستعمارية المختلفة الصور المنتهجة خاصة خلال الثورة الصناعية التي ظهرت في أوروبا أواخر القرن 18، لما توصل إليه من أن العقار و خاصة الأرض تعد مصدر صافياً للثروة و هذا ما تسبب في تفاقم و إنتشار النزاعات حول ملكية العقار .

و عليه فلقد أضحى من المحتوم زيادة على الإهتمام بحق الملكية العقارية أن يتم تنظيمه و صياغته في إطار قانوني ثابت و مستقر الأمر الذي أدى بأغلب المشرعين و بالخصوص المشرع الجزائري إلى سن ترسانة تشريعية و إرساء منظومة قانونية الغرض منها ضبط حق الملكية العقارية و تنظيم المعاملات المتعلقة به و العمل على إستقرار الملكية العقارية من خلال محاولة وضع الحلول المنصفة للنزاعات المثارة بشأنها و المنبثقة عنها، و في نفس السياق وضع آليات وسائل جديّة كفيلة بتوفير الحماية اللازمة للملكية العقارية إذا إستدعى الأمر ذلك و في هذا السياق نفرق ما بين نوعين من الإعتداءات التي قد تقع على هذه الملكية ، فإما أن يكون الإعتداء تعرضاً للمالك أو الحائز، و حرمانه من الإنتفاع بحق من حقوقه الواردة على العقار و للمعتدي عليه في هذه الحالة أن يدفع هذا الإعتداء بإحدى

دعوى حماية الملكية التالية : دعوى وفق الأعمال الجديدة في الملكية دعوى منع التعويض في الملكية أو دعوى الإستحقاق و لا شأن للملكية هنا بالحيازة إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية فهذه الدعاوي تحمي حق الملكية و ما تنفرع عنه من حقوق عينية ، و أما الحيازة فهي محمية بدعاوي : إسترداد الحيازة منع التعرض و دعوى وقف الأعمال الجديدة و هي تحمي الحيازة ممن يعتدي عليها لذاتها بصرف النظر عن أساسها و مشروعيتها، و لا شأن لها بموضوع الحق ، و إما أن يكون الإعتداء في صورة تصرف يهدد أساسا النظام العام و الأمن العمومي فتأخذ الحماية في هذه الحالة طابعا جزائيا ، لتشمل حينئذ المحافظة على حقوق المجتمع و الأفراد في آن واحد بواسطة الدعوى العمومية المقترنة غالبا بدعوى مدنية بالتبعية .

و إذا ما أردنا تعريف حق الملكية فإنه سلطة الشخص على شيء معين تمكنه وحده من إستعماله و إستغلاله و التصرف فيه في إطار القانون ، يشكل الإقليم أحد الركائز الأساسية التي تقوم عليها الدولة بمفهومها المعاصر كما أنه الوسط الذي تمارس فيه الدولة سيادتها وترعى فيه رعيته ، لذا كان على لزاما عليها حماية هذا الكيان خارجيا و داخليا و البحث عن السياسات الرشيدة والسبل الكفيلة والتقنيات الحديثة لتسخير هذا العنصر الهام في سبيل تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية المستدامة على المستوى الداخلي احتلال المكانة الرفيعة في وسط المجتمع الدولي .

و بصدد هذا الهدف كان العقار الذي هو الجزء الأساسي من الإقليم الذي يعول عليه في لعب الأدوار الأساسية في هذه التنمية، لذا حباه المشرع الجزائري كغيره من التشريعات بحماية خاصة وعناية مركز من خلال سن ترسانة من القوانين و الأنظمة التوجيهية في إطار تحديد طبيعته و كيفية استغلاله و التصرف فيه .

و أما عن العقار يعرف المشرع الجزائري العقار <sup>(1)</sup> " بأنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف". ونظرا لأهميته في تحقيق النمو والازدهار في المجتمع فإن المنازعات حوله تتعدد وتكثر ، منها مسألة إثبات الملكية العقارية وتنظيمها التي تشكل عائقا

1\_ م 683 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني.

رئيسيا ، وإشكالا عويصا يواجه الجهات المشرفة على تنظيم الملكية العقارية ، وتسوية المنازعات المثارة بشأنها ، وسواء تعلق الأمر بمهام القضاة أثناء فصلهم في المنازعات العقارية المعروضة عليهم ، أو تعلق الأمر بمصالح مسح الأراضي والشهر العقاري .

### أهمية الموضوع:

تكمن الأهمية العلمية لموضوع البحث من خلال النصوص القانونية التي نظمها المشرع الجزائري وسن أحكامها .

كما تظهر الأهمية العملية للموضوع في أن الحقوق المتنازع عليها من أكثر العقود أهمية وشيوعا في التعامل، إذ أن العقار أهم ما يمكن امتلاكه وأخطر ما يمكن التعامل فيه لذلك فرض المشرع الجزائري إجراءات حتى يوفر له الحماية القانونية من كل اعتداء يتعرض له المالك، واستقرار المعاملات التجارية وتحقيق الائتمان بين الأطراف وضمان حقوقهم.

### أسباب اختيار الموضوع:

يستند طرح موضوع البحث إلى مجموعة من الأسباب وتتلخص في أسباب ذاتية وموضوعية. أ - أسباب ذاتية: تتمثل في رغبتنا في مواصلة المسيرة في التخصص الذي اخترناه لأول مرة وهو القانون الخاص بدل من القانون العام، وموضوع بيع الحقوق المتنازع فيها في التشريع الجزائري له صلة بأحد فروع وهو القانون المدني والقانون العقاري، بالإضافة إلى ذلك توافقه مع ميولي ورغباتي.

ب - أسباب موضوعية: تتمثل في محاولة إثراء المكتبة الجامعية بمعلومات عن الموضوع من خلال إدراج جانب لم تدرجه الدراسات السابقة، كما يعتبر هذا الموضوع من المواضيع المهمة في وقتنا الراهن

### المنهج المتبع

لمزيد من التدقيق اقتصرنا دراستنا على **بيع الحقوق المتنازع فيها** ، و حتى يتسنى لنا الإلمام بالموضوع إماما كافيا استعنا على تحليل النصوص القانونية التي تنظم بيع الحقوق العقارية المتنازع فيها أو التي لها علاقة به، وذلك من خلال الاعتماد على المنهج التحليلي



الذي مكننا من تحليل ما تضمنته النصوص القانونية من أحكام إلى جانب المنهج الوصفي الذي ساعدنا على تفسير تلك النصوص القانونية.

ونظرا لخضوع هذه العملية لإجراءات دقيقة تستجيب لقواعد وشروط قانونية محددة، وللتعرف على مختلف هذه النقاط يستدعي الأمر الإجابة على مجموعة من التساؤلات المتعلقة بهذا الإجراء :

### كيف عالج المشرع الجزائري بيع الحقوق المتنازع فيها؟

و تتفرع عن هذه الإشكالية أسئلة فرعية: ما هو موقف المشرع الجزائري من بيع هذه الحقوق ؟ وما هو النظام الذي تبناه المشرع الجزائري ؟ ونظرا لتعدد إجراءات العملية بحد ذاتها، ما هي الحلول القانونية التي وضعها المشرع للاستجابة وحل النزاعات التي قد تنشأ أثناء سيران العملية إلى غاية صدور قرار المحافظ العقاري الذي يدير ويشرف على المحافظة العقارية ومن يتحمل تبعة المسؤولية الناشئة عن هذه النزاعات ؟

### صعوبات الدراسة:

أهم الصعوبات هذه الدراسة هي تشعب هذا الموضوع للحماية المقررة له و غير مكرسة في قانون واحد و هذا التنوع للقوانين المنظمة راجع لتنوع صورها.

يرجع الاشكال في هذه الدراسة إلى المراحل المختلفة التي مرت بها الملكية العقارية والنصوص التي كانت تحكمها، والتي لم تعرف انسجاما وتوصلا، ولا تطبيقا ميدانيا لكثرتها ولعدم تماشيها مع التقاليد والعرف السائدين في المجتمع. ثم استمرار تضارب النصوص بعد الاستقلال، وسرعة تجديدها والذي لا يخدم استقرار الملكية العقارية ولا تطويرها ، لدرجة أنه لا يكاد ينتهي من إجراءات سنها قانون أو مرسوم ، حتى يصدر قانون آخر يسن إجراءات جديدة مغايرة .

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.

## الفصل الأول: ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها

سنحاول من خل هذا الفصل، توضيح ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها، لفك الغموض واللبس الذي يكتنف الموضوع، وهذا لن يتسنى إلا من خلال تعريف وتمييز هذا الأخير عن باقي أنواع البيوع الخاصة الأخرى التي قد تتداخل معه، وعليه سنتطرق لهذا في المبحث الأول، ثم نعالج موقف القانون من التعامل في هذا النوع من الحقوق والجزاء المقرر لذلك في مبحث ثاني.

### 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 ماسيوذي بنا لا محالة للتطرق إلى بعض المبادئ العامة التي تحكم عقد البيع.

### المطلب الأول: تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها

تعتبر الملكية العقارية من أهم المواضيع وأعقدها على الإطلاق ويظهر ذلك من خلال تعدد المراسيم والقوانين والأوامر التي صدرت منذ الاستقلال فقد عرفت م. 02 من ق رقم 25/90 في 18/11/1990 بان الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل من الأرض أو الثروات العقارية غير المبنية ، فالملكية العقارية تحول سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويشغله ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها وهذا ما أكدته المادة 674 ق المدين الجزائري أن الملكية هي حق التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمال تحرمه القوانين و الأنظمة والمقصود بالملكية يجعلنا نتطرق إلى التعريف بماهية العقار.

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

### الفرع الأول: تعريف عقد البيع و العقار

تتمتع العقارات بحكم طبيعته و بما لها من حيز ثابت لنظام قانوني خاص يقتضي إخضاع التصرفات التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها لإجراءات الشهر، و لقد كان نظام الشهر المطبق في الجزائر غير ملائم وهذا ما أدى إلى عدم استقرار المعاملات الاقتصادية بصفة .

### أولا : 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"<sup>1</sup> 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،

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، سنة 1988، الدار الجامعية، ص16.

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 " تملك البائع شيئاً للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع ".

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

### ثانياً : تعريف العقار

لغة: نقف على معنيين لكلمة العقار هما:

\* العقار هو كل ملك ثابت له أصل كالأرض والمنزل ومتاع البيت وخيار كل شيء وجمعه عقارات.

\* العقار الحر هو ما كان خالص الملكية يأتي يدخل سنوي دائم ويسمى ريعاً .

تعريف اصطلاحاً: العقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه ، غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر بدون تلف <sup>2</sup>.

وقد عرفه المشرع الجزائري بأنه: " كل شيء مستقر بحيز ، وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول <sup>3</sup>.

فالعقار إذا هو الشيء الثابت غير القابل للنقل من مكان إلى آخر بدون تلف وهذا خلافاً للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلاً للنقل والحركة ، لذا نجد أن المشرع الجزائري قد ميز

<sup>1</sup> - المجلة القضائية رقم 02 ، لسنة 1994، قسم الوثائق، المحكمة العليا، ص27

<sup>2</sup> أنسية حماموش : الطبيعة القانونية للدفتن العقاري الجزائري، مقال منشور ب كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر - مجلة العلوم الإنسانية عدد50 ديسمبر 2018 ، ص 453

<sup>3</sup> كتيب تقنيات التحقيق العقاري، وحدة التكوين المركزية المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سبتمبر 2007، ص96

في ق. الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>1</sup> بين المنقول والعقار في الباب الخاص . بالاختصاص القضائي.

فأرجع ولاية النظر في القضايا المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية إلى محكمة موطن العقار أما في المواد المنقولة فالمحكمة التي يؤول إليها الاختصاص هي محكمة موطن المدى عليه لأن المنقول ليس له موقع ثابت بحكم طبيعته التي تسمح بنقله من مكان إلى آخر .

العقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه ، غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر بدون تلف ، وكما عرّفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني : (كل شيء مستقر بحيزه ، وثابت فيه ، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول). إذن العقار هو المساحة الأرضية بكل المنشآت والآلات الثابتة الملحقة بها بشكل دائم ، ويعتبر في التشريع الجزائري ملك ثابت خاضع لصاحبه له عليه حق الانتفاع والاستغلال لا يمكن حيازته ، ولا نقل ملكيته إلا برخص شرعية يخولها القانون الجزائري<sup>2</sup>.

ويمكن تحديد مفهوم العقار حسب جوانب متعددة ، وذلك حسب وجهة النظر الدراسية والغرض منها ، ويرجع مفهوم العقار حسب أدبيات مختلفة ، ومراحل متفاوتة من الزمن **فُلغة** يعبر عنه بتلك الخيرات المرتبطة بعمق الأرض ، وما يثبت بها أو اتصل ، أو بأنه الشيء الثابت بطبيعته أو أصله ، وينطق بفتح عينه وقافه ، وجمعه عقارات وفي هذا السياق سوف نتطرق إلى تعريف العقار حسب أصله ، مساحته وموقعه.

#### أ/ حسب أصله الطبيعي :

حسب التقليديين فإنّ مفهوم الأرض هو ذلك الوسط الطبيعي المرتبط بتدخلات الإنسان والمناخ وعوامل طبيعية أخرى حيث لا يمكن فصل الأرض عن هذه العوامل فالكل يؤثر ويتأثر . أما الفكر الحديث فإنّه يؤول إلى أنّ التربة هي عبارة عن موارد طبيعية مستقلة عن مجموعة العوامل البيئية الأخرى ، كالمناخ والموارد الحية وعليه فالعقار يختلف بطبيعة التربة ومكوناتها ، دون إهمال تأثير العوامل المذكورة سالفا والتي تعدّ عوامل جانبية عند دراسة العقار .

<sup>1</sup> القانون 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر ب ج ر ع 51. المعدل و المتمم بالقانون 13/22.

<sup>2</sup> محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجديد ، طبعة 2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص

**ب/ حسب مساحته :**

معظم الاقتصاديين مهما اختلفت آراؤهم يرون أنّ العقار هو إحدى القوى المحركة اقتصاديا ، سواء في المدرسة الغربية أو الشرقية وما يعرف بالعقار هنا ، هو ذلك المصطلح الذي يدل على محدودية هذا المورد وطبيعة النشاطات التي تقوم عليه ، كما أنّ التعريف متعلق بحجم الأراضي وحدودها.

**ج/ حسب موقعه الجغرافي :**

مما لا شك فيه أنّ موقع العقار يختلف من منطقة إلى أخرى ، فيوجد العقار الريفي والحضري وكلاهما يتصف بخاصية الندرة والتي لها علاقة بالموقع الجغرافي<sup>1</sup>.

**2 : أنواع العقارات**

تثبت مختلف الدراسات القائمة حول العقارات ، انه توجد 03 أنواع من العقارات وهذا حسب التشريع الجزائري وهي كالآتي :

**أ : العقارات بطبيعتها**

وهي كل الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى كيانها موقع ثابت غير متنقل ، فالأشياء الثابتة المستقرة على الأرض أو في باطنها عقارات دون النظر إلى مالكتها ، حيث أنّ طبيعة العقار لا تتأثر إن كان مالكتها غير مالك الأرض المقامة عليه مثلا الأبنية التي يقيمها المستأجر بترخيص من المالك على العين المؤجرة).

وعليه فإنّ العقارات بطبيعتها تشمل الأرض وما يلحق بها بشكل دائم من منشآت ومباني وأشجار ، إذن هذا النوع من العقارات يحمل في كيانها موقع الأرض ، وما اتصل بها أي المباني والمنشآت ، سواء كانت على سطح الأرض ، أو تحتها كالأنفاق والآبار.

أما النباتات المتأصلة في الأرض فيشترط فيها أن تمتد جذورها مباشرة في الأرض ، أي متصلة بالأرض اتصالا يحول دون إمكان نقلها<sup>2</sup>.

**ب : العقارات بحسب موضوعاتها**

عرّفها المادة 684 من القانون المدني الجزائري حيث تنص : (يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار).

<sup>1</sup> الطالب بريكسي رفيق رشيد ، إشكالية العقار الاقتصادية وأثرها على التنمية المحلية ، تحت إشراف الدكتور بنوة شعيب ، السنة الجامعية 2005/2006 ، ص 13 إلى 15.

<sup>2</sup> الطالب بريكسي ، المرجع السابق ، ص 118.

فالحقوق العينية الأصلية ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكن والحقوق العينية التبعية ، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز ، إذا كان موضوعها عقارا غير أنها تعتبر منقولا إذا كان موضوعها منقولا.

### ج : العقارات بالتخصيص

يعرّف هذا النوع بأنه : المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمته هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص. وهذا حسب المادة 683 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

وفكرة العقار بالتخصيص هي فكرة وردت في القانون عن طريق الافتراض أو الحيلة القانونية ، توصلنا إلى شمول أحكام العقار على المنقولات التي أعدت لخدمته تأميننا لاستمرار خدمته<sup>1</sup>.

إذن العقارات بالتخصيص هي منقولات ملحقة بالعقار ، وقد يشترط في هذه بصفة توافر مايلي :

- أن يكون لدينا منقول بطبيعته وعقار بطبيعته.
  - أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول ، وفي نفس الوقت أن ترصد هذه المنقولات لخدمة العقار.
  - توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رابطة بين المنقول والعقار.
- ويتضح من خلال التعريفات أن عقد البيع و تعريف العقار 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.

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004 ، ص 08.



## الفرع الثاني: تعريف الحق المتنازع فيه

حتى يتمكن 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 " يعتبر الحق متنازعا فيه، إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري".

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 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".

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" (1)

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".

1 - أنور طلبية، عقد البيع في ضوء قضاء النقض، 1990 دار الفكر العربي ص 318.

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 dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit »<sup>(1)</sup>

و الملاحظ على هذه التعريفات و رغم اختلافها من حيث الصياغة إلا إنها تجتمع على أمر واحد و هو 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 و لكن النزاع لا يمس موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية في الإجراءات، كعدم صحة التكليف بالحضور، عدم توافر الصفة أو الاختصاص فهذه المسائل لا يعتبر معها الحق متنازعا فيه كونها غير متعلقة بأصله<sup>(2)</sup>. ولكن يجب أن يكون النزاع متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالوفاء أو انقضائه بالتقادم<sup>(3)</sup> كأن يرفع المدعي دعوى يتخذ فيها موقف الإنكار للحق.

ويبقى النزاع قائما حول موضوع هذا الحق طالما انه لم يبيث في الدعوى بحكم نهائي، فيضل الحق متنازعا فيه إذا صدر في الدعوى حكم ابتدائي و كان الطعن فيه جائزا بطرق الطعن العادية - المعارضة أو الاستئناف -<sup>(4)</sup>. و منه فإن صفة النزاع تسقط عن الحق

<sup>1</sup>- libéralités , loi du 15 juin 1976, page 1720. DALLOZ code civil français 106<sup>e</sup> édition, successions

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجمعية، ص 225.

<sup>3</sup> - أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص 309.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع و المقايضة، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 197

بعد استنفاد هذه الطرق حتى و لو 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 و ألغي قرار المجلس و أحيل 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، و لكن قد يكون النزاع حول موضوعه و هذا كافي لاعتباره حقا متنازعا فيه، و قد اشترطت أغلب التشريعات أن يكون النزاع جديا حتى ولو لم ترفع بشأن هذا الأخير دعوى أمام ساحة القضاء. و قد ذهب اتجاه من الفقه إلى حد الاعتبار أن الحق لا يكون متنازعا فيه إذا لم يكن في موضوعه نزاع جدي حتى و لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة و اعتبروا أن صعوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا عليه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ<sup>(1)</sup> و لكن ليس مجرد احتمال رفع دعوى في المستقبل بشأن الحق أو احتمال وقوع النزاع و إنما يجب أن يكون النزاع جديا وقت التنازل عن الحق وهذا ما استقر عليه الفقه كون مختلف التشريعات جاءت غامضة و لم تحدد هذه المسألة بصفة واضحة. ومثال ذلك كما لو اغتصب شخص أرض غيره، و قدم صاحب الأرض شكوى أمام الجهات الإدارية و عليه 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<sup>(2)</sup> لاسيما من حيث الأثر و النطاق، و نظرا لكون الحديث عن هذه المميزات سنتطرق إليه لاحقا و بنوع من التفصيل و عليه نكتفي بالإشارة إلى هاتين الميزتين كما يلي:

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 198

2 - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 226.

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 بحدّة و التي 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 و منهم الدكتور: عبد الرزاق أحمد السنهوري، أنور طلبة و خليل أحمد حسن قدامة إلى اعتبار مسألة تكييف الحق إن كان متنازعا فيه أم لا هي مسألة قانونية لا واقعية<sup>(1)</sup> و منه 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، و التي بتوافرها كما سبق الإشارة إليه يعتبر معها الحق متنازعا فيه و بالإضافة إلى رفع دعوى أو وجود نزاع جوهرى حول موضوع الحق أضاف الفقه العلم لدى المشتري وقت شراء الحق المتنازع فيه<sup>(2)</sup>.

1 - خليل أحمد حسن قدامة، نفس المرجع، ص 226.

2 - عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، شرح أحكام القانون المدني المصري، مع الإشارة إلى مشروع قانون المعاملات المدنية و أهم أحكام الفقه الإسلامي و أحدث أحكام النقض، طبعة 1983 دار الفكر العربي، ص 59.

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<sup>(1)</sup>.

كما صدر قرار آخر صدر عن محكمة النقض المصرية و التي اعتبرت فيه أن النزاع يقوم في موضوع الحق إذا تعلق بوجوده، انقضاءه أو مقداره حتى و لو تقدم بدفع موضوعي يرمي إلى رفضه نهائيا كالدفع بالتقادم، قرار بتاريخ 1946/05/07<sup>(2)</sup>.

أما بخصوص إثارة الدفع المتعلق بشراء الحق المتنازع فيه يجب إثارته أمام محكمة الموضوع و لا يمكن إثارته لأول مرة في محكمة النقض<sup>(3)</sup>.

بالرغم من أننا حاولنا من خلال المطلب الأول إعطاء مفهوما لبيع الحقوق المتنازع فيها من خلال تعريفه و تحديد شروطه و كذا 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 و بيع المشاع و هذا 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.

<sup>1</sup> - مجموعة عمر للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية 02، رقم 109 لسنة 1938، الجمعية العمومية، مطابع مذکور وأولاده .

<sup>2</sup> - مجموعة عمر للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية 04، رقم 129 لسنة 1946، الجمعية العمومية، مطابع مذکور وأولاده .

4- أنور طلبية، المرجع السابق، ص 300.

## 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 و تتشابه معه في الكثير من الأحيان و نذكر منها خاصة بيع ملك الغير و بيع المشاع التي قد تشبه بيع الحقوق المتنازع فيها تارة في أحكامه و تارة 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. و عليه سنتطرق في الفرع الأول إلى التمييز بين بيع الحق المتنازع فيه عن بيع ملك الغير و في الفرع الثاني إلى تمييزه عن بيع المشاع.

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

سبق و أن 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 و في هذه الحالة و الحالة 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 و التي يقابلها نص المواد 467-468-469 من القانون المدني المصري<sup>(1)</sup> و التي تنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أم يعلن بيعه.

يعد بيع ملك الغير أهم التصرفات المتعلقة بالملكية، و محاولة إيجاد تعريف له يقتضي حتما تعريف البيع في مركز أول و في مركز ثان تناول تطبيق هذا التصرف. ألا و هو البيع. على محل مملوك للغير.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، عقد البيع، في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة لسنة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ص 186.

و يستشف تعريف عقد البيع من نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي".<sup>1</sup>

وقد عرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري عقد البيع بأنه "عقد ملزم للجانبين فهو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً".<sup>2</sup>

كما عرفه الأستاذ إسماعيل غانم بأنه "عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع بأن ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل التزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي".<sup>3</sup>

ومن خلال ما سبق من تعريفات، يتجلى لنا خصائص عقد البيع بأنه عقد ملزم للجانبين، عقد معاوضة رضائي كأصل عام، ناقل للملكية، وأخيراً فهو عقد يرد على الأشياء.<sup>4</sup>

كما يتضح من خلال ما سبق أن البيع كغيره من العقود الرضائية يتطلب أركاناً لقيامه تتمثل في التراضي بتطابق الإيجاب والقبول، محلاً وسبباً إضافة لشروط صحة هذه الأركان.

المحل في عقد البيع محلان الثمن و المبيع هذا الأخير باعتباره مناط دراستنا، فيشترط فيه ما يشترط في محل الالتزام بوجه عام بأن يكون موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعيين، صالحاً للتعامل فيه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - يقابل هذا النص نص المادة 418 من القانون المدني المصري "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكيته شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي".

<sup>2</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 01، - البيع، ص 21.

<sup>3</sup> - د. محمد حسنين. عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ص 09.

<sup>4</sup> - د. خليل أحمد حسن قدارة. المرجع السابق، ص 11 و 12.

<sup>5</sup> . د. خليل أحمد حسن قدارة. المرجع السابق، ص 76 إلى 86

و يقتضي عقد البيع باعتباره ناقلاً للملكية أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت البيع، قادراً على نقل ملكيته للمشتري، ففاقد الشيء لا يعطيه -كما في الأثر-<sup>1</sup>. لذا فإن نقل ملكية المبيع من البائع للمشتري تكون بمجرد انعقاد العقد صحيحاً بتراضي طرفيه على المحل . المبيع والتمن . إضافة لركني المحل والسبب وما يلحق هذه الأركان من شروط، فإن توافرت هذه الأخيرة انعقد البيع صحيحاً بين طرفيه وصار نافذاً بينهما لكنه لا ينفذ في مواجهة الغير إلا إن كان البائع مالكا للمبيع أو نائباً عن مالكة.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد تعريف بيع ملك الغير، بل نجده قد نظم أحكامه -أسوة بالقانون المدني المصري- في المواد من 397 إلى 399 من القسم الثاني بعنوان أنواع البيوع ضمن الفصل الأول بعنوان عقد البيع من الباب السابع الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية، الكتاب الثاني بعنوان الالتزامات والعقود من الأمر 58/75 الصادر في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.<sup>2</sup>

وفي ظل غياب تعريف لبيع ملك الغير ضمن هذه المواد، استوجب الأمر البحث في الفقه الجزائري والمقارن، فنجد مثلاً الدكتور محمد حسنين الذي انطلق في تعريفه لبيع ملك الغير من القاعدة العامة في القانون المدني الفرنسي الذي يقتضي أن تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع فيكون ثمة تعارض بين طبيعة هذا العقد بوصفه ناقلاً للملكية وكون البائع غير مالك.<sup>3</sup>

في حين عرفه الدكتور خليل أحمد حسن قدارة، انطلاقاً من بيان شروطه التي سنأتي على ذكرها لاحقاً في الفرع الموالي من هذه الدراسة،<sup>4</sup> أما الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري فقد عرفه بكونه "بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه وليس نائباً عن مالكة".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - د. أحمد حسن قدارة. مرجع سابق، ص 209.

<sup>2</sup> - يقابل هذه النصوص نصوص المواد 466، 467، 468، من القانون المدني المصري.

<sup>3</sup> - د. محمد حسنين، مرجع سابق، ص 185.

<sup>4</sup> - د. خليل أحمد حسن قدارة، مرجع سابق، ص من 209 إلى 211.

<sup>5</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 271.



و في كل الأحوال لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري " لا نكون بصدد بيع ملك الغير إذا قمنا ببيع شيء مملوك للغير و معين بالذات و كنا نقصد نقل الملكية في الحال في هذه الحالة و الحالة فقط نكون بصدد بيع ملك الغير<sup>(1)</sup> و على هذا الأساس من خلال تعريف بيع ملك الغير و من خلال استقراء نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري يمكن استنباط شروط بيع ملك الغير.

لا تثار مسألة ملكية البائع للمبيع إلا عندما تتوافر جميع شروط انتقال الملكية بمجرد التعاقد،<sup>2</sup> كون بيع ملك الغير لا يتعلق بشروط الانعقاد وإنما بشروط النفاذ في مواجهة الغير فالبيع ينفذ إن كان البائع مالكا للمبيع أو نائب عن مالكة نيابة قانونية أو اتفاقية.<sup>3</sup> فلكي نكون أمام بيع لملك الغير، لابد من اجتماع شروط انتقال الملكية عامة إضافة إلى شروط أخرى خاصة تقتضيها طبيعة هذا البيع و هي :

1- أن يكون المبيع معينا بالذات: فلا نقصد نقل الملكية في الحال ما لم يكن المبيع

معينا بالذات و عليه يخرج من باب بيع ملك الغير إذا كان المبيع معينا بالنوع لأنه لا يجوز نقل الملكية في الحين ما لم يتم فرزه.

فانتقال الملكية بمجرد انعقاد البيع يقتضي أن يكون المبيع موجودا في هذا الوقت،

فبيع ما سيوجد في المستقبل ليس بيعا لملك الغير بل هو بيع صحيح مرتب لآثاره بين طرفيه وسار في مواجهة الغير وفقاً للأحكام العامة في محل الالتزام المقررة بنص المادة 92 بنصها "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً".

كما يشترط أن يكون المبيع معينا بالذات، والأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي

يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعينها لاحقا، يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء.<sup>4</sup>

1 - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 210.

2- أ. كميح حورية، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، ص 23.

3- د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، ص 93.

4- د. رمضان جمال كامل، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ص 210.

فالأشياء المعينة بالذات إذن تنتقل ملكيتها وقت انعقاد العقد على خلاف من المعين بالنوع الذي تنتقل فيه الملكية وقت الفرز.<sup>1</sup>

2 - أن يكون المبيع مملوكا لشخص غير البائع و المشتري: لأنه إذا كان المبيع مملوكا للبائع كان البيع صحيحا (2) و من آثار بيع ملك الغير بالدرجة الأولى هو الإبطال و ليس البطلان طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري و يكون طلب الإبطال مقرا فقط لصالح المشتري بنص القانون أما البائع فليس له الحق في ذلك و لو كان حسن النية و لا 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 (3).

ويقتضي ذلك ألا يكون المبيع مملوكا للبائع أو نائبه نيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية،<sup>4</sup> لأنه في هذه الحالة إن كان المبيع مملوكا للبائع أو نائبه يكون البيع صحيحا مرتب لجميع آثاره.

ويقع البيع على غير ملك البائع كما لو باع المستأجر الأرض المستأجرة، المودع لديه ما كان لديه مودعاً، بيع الحائز لمال غيره.<sup>5</sup>

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بيع النائب صحيح إن تم وفقا للحدود المرسومة له -في حدود النيابة- لأن تصرفه هذا يكون باسم المالك ولحسابه وهو ما قرره المادة 571 من القانون المدني الجزائري بقولها "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه ينوب شخص شخصاً

<sup>1</sup> - د. خليل أحمد حسين قداد، مرجع سابق، ص 210.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 232-233.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، نفس المرجع، ص 213-214-215.

<sup>4</sup> - د. عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 93.

<sup>5</sup> - د. عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 101.

آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه". و على اعتبار أن البيع ليس من أعمال الإدارة فتجب فيه وكالة خاصة تبعاً لنص المادة 571 من القانون السالف.<sup>1</sup>

أما إن تجاوز النائب حدود نيابته فإن المشرع لم يعتبره بيعاً لملك الغير وإنما اكتفى بتحريمه بنص المادة 1/575 من ذات القانون بقولها "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة".

وفي غياب حكم قانوني حول الجزاء المترتب عن بيع النائب المتجاوز لحدود نيابته يمكن اللجوء لأحكام الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة التي تعتبر هذا البيع موقوفاً على إجازة الأصيل.<sup>2</sup>

كما يستلزم تبعاً لهذا الشرط ألا يكون المبيع مملوكاً للمشتري وإلا وقع البيع باطلاً لاستحالة المحل في العقد،<sup>3</sup> وذلك لتعذر نقل الملكية من البائع للمشتري الذي يملك المبيع فعلاً.

و عليه من خلال هذه الإشارة الموجزة لبيع ملك الغير و أحكامه قد يتبادر إلى أذهاننا أن بيع ملك الغير و بيع الحق المتنازع فيه هما على حد سواء. و من خلال المثال الموالي يتضح معالم التشابه و الاختلاف.

#### مثال:

(أ) باع سيارة إلى (ب) و استلم منه الثمن دون أن يسلم السيارة لهذا الأخير ثم باع نفس السيارة إلى (ج) و سلمه إياها مقابل دفع الثمن. نحن هنا بصدد بيع ملك الغير لأن السيارة منقول معين بالذات تنتقل الملكية للمشتري بمجرد العقد. و عليه عملية بيع السيارة من (أ) إلى (ج) هي بيع ملك الغير، كما أنه قد يخيل لنا أن (ب) قد ينازع (أ) على عدم تسليمه

<sup>1</sup> - وتنص المادة 571 في القانون المدني الجزائري "لابد في وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أما القضاء".

<sup>2</sup> - أ. كميح حورية، مرجع سابق، ص 26.

<sup>3</sup> - د. محمد حسنين، مرجع سابق، ص 188.

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 و من خلال مراجعة شروط الحق المتنازع عليه و بيع ملك الغير يتضح أننا بصدد بيع ملك الغير و ليس 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 و لكن في بيع ملك الغير تكون الملكية ثابتة لأحد الخصوم هذا من جهة، و من 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 و عليه فإن الفرق الجوهرى بين بيع الحقوق المتنازع عليها و بيع 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 و كان البائع يقصد نقل الملكية في الحال.

### 3: ألا يكون البيع موقوفاً أو مؤجلاً

إن نقل الملكية بمجرد التعاقد في المعين بالذات ليس من النظام العام فيجوز التعاقد على خلافه، فالعقد شريعة المتعاقدين و هذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فإن حل الأجل المتفق عليه ولم يكن البائع مالكا فهنا فقط يجوز للمشتري طلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير.<sup>1</sup>

كما لا نكون بصدد بيع لملك الغير إن باع شخص شيئاً معيناً بالذات ملكيته معلقة على شرط واقف أو فاسخ، لأن البائع مالك لماله وإن كانت ملكيته غير باتة، كل ما في الأمر أن هذه الملكية تنتقل للمشتري بهذا الوصف فإن تخلف الشرط الواقف أو تحقق الفاسخ زالت ملكية المشتري وله أن يطلب إبطال البيع باعتبار أن البائع قد باع ما لا يملك إلا إذا

<sup>1</sup> - 1. كميح حورية، مرجع سابق، ص 27.

ثبت أن المشتري قد اشترى مجرد الأمل في الملكية بأن يتحقق الشرط الواقف أو يتخلف الشرط الفاسخ.

#### 4: عدم تقرير حماية قانونية للمشتري

والمقصود بهذا الشرط حماية المشتري المتعامل مع المالك الظاهر وهو حكم تضمنه القضاء والفقهاء في فرنسا اللذين عمدا إلى حماية المشتري من المالك الظاهر وتصرفاته عملا بقاعدة عرفية متوارثة "الغلط الشائع يولد الحق"،<sup>1</sup> وبمقتضى هذه القاعدة أنه إذا ظهر شخص أمام الناس بمظهر المالك فتعامل الناس معه على هذه الصفة وكان معروفا بها فإن تصرفه -ومنه البيع- يكون صحيحاً مرتباً لجميع آثاره والحكمة من ذلك حماية المشتري حسن النية من جهة وضمان استقرار المعاملات من جهة أخرى.

#### 5: أن يكون التصرف بيعاً:

و هذا بمفهوم المادة 351 من القانون المدني الجزائري السالف بيانها، ومن هنا نستبعد التعهد عن الغير من مجال الدراسة كون المتعهد لا يلتزم بنقل الملكية وإنما يلتزم بحمل المالك على بيع شيء ما ، ففي التعهد عن الغير يلتزم المتعهد بأن يجعل المتعاقد يكسب ملكية الشيء عن الغير رأساً فتنتقل إليه أولاً ثم ينقلها هو للمشتري.

كما يستبعد الوعد بالبيع الصادر من غير مالك كون الالتزام المترتب في ذمة الواعد هو التزام بعمل ويتمثل في إبرام عقد نهائي في المستقبل إن أبدى الموعود له رغبته في الشراء، وفي الحالة الأخيرة فقط إبداء الرغبة في الشراء من الموعود له، تطبق أحكام ملك الغير إن لم يملك الواعد المبيع بعد إبداء الرغبة إما قبلها فلا نكون أمام عقد بيع أصلاً وإنما أمام عقد اتفاق غير نهائي ملزم لجانب واحد هو الواعد.<sup>2</sup>

كما نستبعد من هذا الصدد أيضاً عقد المقايضة الواقع على شيء مملوك للغير، ذلك أن المقايضة وإن كانت كالبيع من عقود التمليك بمقابل فإن الفرق الجوهرى بينهما هو في

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 279. و أ. كميح حورية، مرجع سابق، ص 28 و 29.

<sup>2</sup> - د. خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق ن ص من 36 إلى 39.

طبيعة المقابل الذي يكون نقديا في البيع ومال آخر غير النقود في المقايضة<sup>1</sup>، وهو الأمر الذي يستشف من نص المادة 413 من القانون المدني الجزائري بقولها "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل للآخر على سبيل التبادل ملكيته مال غير النقود".

وما تجدر الإشارة إليه أن المادة 415 من ذات القانون قضت بأن "تسري على

المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة...".

وعلى ذلك وإعمالا لهذا الحكم والمسائر لنص المادة 485 من القانون المدني المصري فقد

اتجه بعض الفقهاء المصريين لاعتبار المقايضة في ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة

المتقايض الآخر.<sup>2</sup>

### 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 و التي تنص على : "إذا ملك

اثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، و تعتبر

الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك" فالملكية الشائعة هي وسط بين الملكية

المفرزة و الملكية المشتركة، إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل

المال و ليست في جزء منه. و هذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة. و الشيء

المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه و هذا ما

يميز الملكية الشائعة على الملكية المشتركة<sup>(3)</sup>.

و قد 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 و قابلا للإبطال على باقي حصص شركائه طبقا

<sup>1</sup> - د. محمد حسنين، مرجع سابق، ص 232 و 233.

<sup>2</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 261.

<sup>3</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 198-199.

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 و التي 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 - و يكون لشركائه حق طلبي الاسترداد إذا باع الشريك حصة مفرزة على حقوق شركائه الآخرين بصريح نص المادة 714 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>.

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 و كما سبق و أن وضحنا سابقا أنه يشترط حتى تكون بصدد بيع حق متنازع فيه لا بد من وجود نزاع بمفهوم المادة 400 من القانون المدني الجزائري، و الأثر 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، فلولهة الأولى يظهر بأن المشرع مبذر لكونه قد نظم حالة واحدة بحكمين أولاهما نص المادة 400 و ثانيهما نص المادة 714 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، و لكن 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

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 223-224.

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.

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 و جزاؤه

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 و يتعلق الأمر بشراء الحقوق المتنازع فيها، والثاني خاص و هو نص تطبيقي و عملي أكثر من سابقه، و المتعلق بتعامل المحامين مع موكلهم في الحقوق المتنازع عليها، الأمر الذي تحتم معه اختيار مصطلح التعامل بدلا من الشراء، كون المصطلح الأول أعم من الثاني و لتوضيح الأمر أكثر سنتطرق إلى نطاق الحظر و مجاله (مطلب أول) و ما دام أنه لكل منع جزاء فإننا سنتطرق إلى الجزاء الذي رتبته القانون في حالة التعامل في الحق المتنازع فيه والحكمة المتوخاة منه (مطلب ثاني).



## المطلب الأول: نطاق الحظر و مجاله

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 و أعاونهم من شراء الحقوق المتنازع فيها، و الفرع الثاني: منع تعامل المحامين و المدافعين القضائيين مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها.

## الفرع الأول: منع رجال القضاء و أعاونهم من شراء الحقوق المتنازع فيها.

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

و الظاهر من استقراء هذا النص أن المنع الوارد فيه، يعتبر استثناء من القاعدة العامة، وعليه يجب عدم الإطناب في تفسيره و الحرص على تطبيقه بدقة، وهذا تقريرا للعلة التي وجد لأجلها النص، و ما 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 عددهم المادة 402 من القانون المدني الجزائري، تجدر الإشارة إلى أن هناك نصوص خاصة عالجت الموضوع سيما الأمر

23/96 والمؤرخ في 1996/07/09 و المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي<sup>(1)</sup> و كذا الأمر 02/96 المؤرخ في 10-01-1996 والمتعلق بمهنة محافظ البيع بالمزاد العلني<sup>(2)</sup>.

ولكن بالرغم من وجود هذه النصوص، إلا أننا نأخذها ويتحفظ كون هناك من الفقهاء من يرى أن الفئات المذكورة في المادة 402 قانون المدني الجزائري جاءت على سبيل الحصر<sup>(3)</sup> 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<sup>(4)</sup> وضع تصنيفا للفئات التي يشملها سلك القضاء وهذا ما نصت عليه المادة الثانية منه بقولها:

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.

<sup>1</sup> - مبروك حسين، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الرابعة، 2005، دار هومة ص 183.

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية العدد 03 لسنة 1996، والمتضمن الأمر رقم 02/96 والمتعلق بمهنة محافظ البيع بالمزاد العلني، رقم 02/96.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 235.

<sup>4</sup> - الجريدة الرسمية العدد 57 لسنة 2004، والمتضمن القانون الأساسي للقضاء، رقم 11/04.

- 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<sup>1</sup>). أي كل قاضي عين للفصل في الدعاوى المرفوعة من قبل الأشخاص بمقتضى أمر صادر من السلطة المختصة، وبستوي 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 الدعاوى ومنه لا يطالهم الحظر.

## 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- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 215.

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 الجنايات. أما بخصوص الاختصاص الإقليمي فإن المدافع القضائي ينحصر اختصاصه أمام المحكمة التي يباشر فيها وظيفته فقط، والمقيد اسمه فيها وكانوا يسمون بالوكلاء الشرعيين<sup>(1)</sup>.

### 3-المحامون:

ينظم مهنة المحاماة القانون رقم 91-04 المؤرخ في 08-01-1991 والذي يتضمن 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 يتراعى 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 الصيغة.

### 5-كتاب الضبط:

وقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 231/90 المؤرخ في 28-07-1990 والمعدل في سنة 1998 ومنه جاءت تسمية أمين الضبط بدلا من كاتب الضبط ويندرج تحت هذه الصفة كل

<sup>1</sup> - أحمد خليل حسن قداد، المرجع السابق، ص 236.

كتاب المحكمة مها 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.

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، و لا يجب التوسع فيها. إلا أنه و بالرجوع إلى القوانين الخاصة سيما الأمر 02-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، و المتعلق بتنظيم مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني في المادة 20 منه، فإنها تمنع محافظ البيع بالمزاد العلني من شراء الحقوق المتنازع عليها و المعهود إليه ببيعها، أما النص الثاني يتعلق بالأمر 23-96 و المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي و بالضبط في المادة 19 منه و التي تنص على أنه لا يجوز للوكيل المتصرف القضائي أن يمتلك شيئا من أموال المدنيين.

و بالرجوع إلى التشريعات المقارنة، فإن الفئات التي يخصها الحظر تختلف من تشريع لآخر، رغم أن الهدف من الحظر واحد. و على سبيل المثال لا الحصر نأخذ القانون المصري في المادة 471<sup>(1)</sup> منه و التي تنص على " أنه لا يجوز للقضاة و لا أعضاء النيابة و المحامين و لا لكتابة المحاكم و لا للمحضرين، ...." فأول ما يلاحظ على القانون المصري أنه فرق بين القضاة و أعضاء النيابة في حين أضاف المحضرين و لم يتطرق أيضا إلى الموثقين و هذه هي جل الملاحظات أو الفروق مقارنة بالقانون المدني الجزائري.

أما المادة 1597<sup>(2)</sup> من القانون المدني الفرنسي فإنها تقريبا نفس الملاحظات مع القانون المدني المصري، و لكن ما يلاحظ على قانون الموجبات اللبناني في مادته 380<sup>(3)</sup> و خلافا لمعظم القوانين العربية منها و اللاتينية فإن الحظر يشمل فئات كثيرة وكلاء البيع و

<sup>1</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 321.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 211.

<sup>3</sup> - زهدي يكن، عقد البيع، رئيس غرفة لدى محكمة التمييز، أستاذ القانون المدني بالجامعة اللبنانية، منشورات المكتبة

العصرية، صيدا، بيروت، ص 170.

متولي الإدارة العامة و الموظفين الرسميين بالإضافة إلى الأب و الأم و الوصي و القيم و المشرف القضائي و السماسرة و الخبراء و زوجات الأشخاص المقدم ذكرهم. و لكن رغم الاختلاف في تحديد الفئات إلا أن نطاق تطبيق هذه النصوص كان على أموال معينة ووفق شروط معينة و هذا ما سيأتي بيانه في النقطة الموالية.

### ثانيا : قصر التحريم على شراء أموال معينة :

اقتضت حكمة تشريع هذا النص الاستثنائي قصر التحريم الوارد فيه على شراء نوع من الأموال من طرف الفئات السالفة الذكر و التي نصت عليهم المادة 402 من القانون المدني الجزائري، إذ اشترط المشرع في تطبيق هذا النص شروطا و لعل أهمها أن يكون الحق المشتري متنازعا فيه، إضافة إلى هذا، أن يدخل النزاع المتعلق به في اختصاص المحكمة التي يباشرون اختصاصهم فيها<sup>(1)</sup>، و أن يكون المشتري للحق ذا صفة وقت الشراء<sup>(2)</sup>. وبالرجوع إلى القوانين المقارنة سيما القانون المصري المادة 471 قانون مدني مصري، والمادة 380 قانون الموجبات اللبناني و المادة 1597 قانون مدني فرنسي<sup>(3)</sup> فإنها كرست نفس الشروط رغم الاختلاف الذي سبق الإشارة إليه و المتعلق 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، و الذي يعتبر كذلك وكما سبق بيانه في حالتين: الأولى في حالت رفع دعوى أمام القضاء أو قام بشأنه نزاع جدي و لو لم ترفع به دعوى بعد. كما يشترط في انطباق النص أن تكون المنازعة في الحق بهذا المعنى قائمة وقت البيع و هذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في القرار الصادر بالجلسة

<sup>1</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 61.

<sup>2</sup> - توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، ص 41.

<sup>3</sup> - DALLOZ code civil français 106<sup>e</sup> édition, libéralités , loi du 15 juin 1976, page 1648-

المنعقدة بتاريخ 1934/04/26 في الطعن المسجل تحت رقم 82 سنة 3 ق. إن القانون المدني المصري لما حرم على القضاة و غيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها، يفيد أن يكون الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء و معروفا للمشتري سواء أكان مطروحا على القضاء أو لم يكن قد طرح بعد، إذن لا يكفي لإبطال المبيع أن يكون قابلا للنزاع و محتملا بأن ترفع بشأنه دعوى<sup>(1)</sup>.

وقد أضافت محكمة النقض المصرية شرطا آخر و هو أن تكون المنازعة معروفة للمشتري وقت الشراء<sup>(2)</sup>.

ويستوي في ذلك أن يكون الحق شخصا 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 و هنا 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 و هذا ما يستشف من المادة 402 من القانون المدني الجزائري. بقولها "إذا كان النظر يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها..." و لو كان توزيع العمل داخل المحكمة يجعل القاضي بعيدا كل البعد عن النظر في النزاع<sup>(3)</sup> و في المقابل فقد ذهب الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري إلى القول بأن المحذور شرائه على القاضي يتسع أو يضيق بحسب المحكمة التي يباشر فيها وظيفته و عليه فإن القاضي

<sup>1</sup> - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية من أول إنشائها في سنة 1931 حتى 1955/12/31،

الجمعية العمومية الدائرة المدنية الجزء الأول، (أ- ش) القاهرة ص 368.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 238.

<sup>3</sup> - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 40.

في المحكمة يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك، و لو كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص محكمة أخرى تابعة لنفس المجلس<sup>(1)</sup>، و مثال 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 للاستئناف<sup>(2)</sup>، كما أن مجرد احتمال رفع الاستئناف و لو كان غير مقبول لوروده خارج الآجال القانونية مثلا فإن الشراء لهذه الحقوق محظور بل يجوز أن يتسع النزاع و تضم 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 و المجالس<sup>(3)</sup> هذا حتى و إن كان الحكم غير قابل للطعن فيه بالنقض هذا في ما يتعلق بقضاة الحكم.

أما قضاة النيابة و نظرا لقاعدة التبعية التدريجية و عدم 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 و مساعديهم يعتبرون في حكم من يؤدون وظائفهم في دائرة اختصاص المجلس القضائي التابعين له أما النواب العامون ومساعديهم لدى المجالس القضائية و كذا المحامون العامون لدى المحكمة العليا و

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 215.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الثالث، في العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة سنة 1990، دار الكتاب الحديث، ص 256.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 216.



محافظي الدولة لدى مجلس الدولة فإن المنع يكون عبر كل إقليم الجمهورية فيما يتعلق بهذه الفئة أما الفئة الأولى فإن الحظر يكون على مستوى المجالس التابعة لها.

أما بخصوص المحامين و كونهم غير ملزمين بالمرافعة أمام جهة معينة لكون المحامي غير مقيد باختصاص فإن الحظر و حسب نص المادة 402 من القانون المدني الجزائري جاء على إطلاقه و منه فلا يجوز للمحامي أن يشتري أي حق متنازع فيه عبر كافة محاكم الجمهورية، لأن حكمة النص تقتضي منا التقييد بمضمونه، و كون نص المادة لم يوضح بدقة المقصود بالاختصاص، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد و حسب قانون المحاماة فإن المحامي الذي له أقل من عشر سنوات في المهنة لا يكون معتمدا أمام المحكمة العليا و منه 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، و قد تكون بالنفي لأن المحكمة العليا و حسب ما هو متعارف عليه أنها صاحبة الولاية العامة.

و قد أثارت مسألة الاختصاص بالنسبة للمحامي جدلا فقهيًا كبيرًا فهناك من يرى أن المنع يكون في حالة ما إذا كان المحامي وكيلا عن أحد المتنازعين<sup>(1)</sup> 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<sup>(2)</sup>، في حين ذهب فريق آخر إلى القول أن هذه الآراء يعوزها سند قانوني و منه فإن عموم النص يستفاد منه إطلاق التحريم بالنسبة للمحامين و منه لا يجوز للمحامين شراء حق متنازع فيه عبر كافة التراب الوطني<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 237.

<sup>2</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق ص 66.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 216.

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 و المقيد فيها دون غيرها من المحاكم.

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

أما الصنف الخامس و الأخير و هم الكتاب، فإن الكاتب موظف في محكمة معينة، و منه 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.

و خلاصة 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 و لكن يبقى هذا الشرط نسبي لتقرير الحظر و منه يجب توفر الصفة لدى المشتري للحق المتنازع فيه وقت الشراء و هذا ما سنتطرق إليه في الشرط الثالث.

### 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 و لولا هذه الصفة لما امتنع عليه الشراء.

و التصرف المحظور على عامل القضاء و أعوانه هو الشراء سواء تم باسمه مباشرة أو باسم مستعار، و إن 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 و القرائن<sup>(1)</sup> و قد وضعت بعض القوانين و منها القانون اللبناني قرينة قانونية على أن الشراء باسم الأولاد أو الزوجة هو شراء باسم مستعار، قرار بتاريخ 1924/03/19<sup>(2)</sup>.

و خلاصة يمكن القول أن شراء الحقوق المتنازع فيها له إطار معين و حدود 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. و على أموال معينة كذلك و لكل 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- و أن يكون النزاع معلوما لدى رجل القضاء وقت الشراء.

و لكن يبقى السؤال مطروحا فيما يخص التعامل في الحق المتنازع فيه، لأن المسألة تقتصر على فئة معينة و هي فئة المحامين و هذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الثاني.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 217.

<sup>2</sup> - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، المرجع السابق، ص 381.

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

تنص المادة 403 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يجوز للمحامين و لا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم 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، و لو لم يكن المحامي موكلا في الدفاع عن هذا الحق. أما إذا كان المحامي موكلا للدفاع عن الحق المتنازع فيه، فإن الحظر يصبح أشد، و منه 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 و أضيق من ناحية أخرى، فهي أضيق، لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلا في الحق المتنازع فيه و هو نفس الأمر الذي اشترطه المادة 472 من القانون المدني المصري و المادة 381 قانون الموجبات اللبناني. و هي أوسع، لأنها تقضي بأنه متى كان المحامي و كيلا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه<sup>(1)</sup>، و ليس الشراء فحسب فلا يجوز له أن يشتري الحق، و لا أن يقايض عليه، و لا أن يوهب له، و لا أن يشارك فيه، و لا أن يقترضه و لا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءا من الحق في مقابل أتعابه و لو تولى الإنفاق على التقاضي<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 242.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، شرح أحكام البيع، سنة 1986، الدار الجامعية، ص 356.

كما نصت المادة 82 من القانون رقم 91-05 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة على نفس الحكم بقولها: "يمنع عن المحامين من تلك الحقوق المتنازع فيها، عن طريق التنازل عنها و كذلك أخذ فائدة ما، عن القضايا المعهودة إليهم أو جعل قيمة أتعابهم تبعا للنتائج التي توصلوا إليها".

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 على التقاضي<sup>(1)</sup>. و إذا انتهى النزاع بصور حكم قضائي جاز للمحامي شراء الحق المتنازع فيه.

ومنه نقول أن تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه، و الذي يكون فيه وكيلًا عن أحد الخصوم محرما على الرأي الراجع، و هذا تطبيقا للمبدأ العام الذي يحرم على المحامي شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كان وكيلًا في النزاع أو غير موكل، و أن المادة 403 من القانون المدني الجزائري لم تحدث شيئًا جديدًا في هذا الصدد، و إنما قامت بتخصيص المطلق، و أوردت نصًا خاصًا و صريحًا في التحريم، و هذا عكس التقنين المدني الفرنسي الذي لم يتطرق إلى هذا النص الخاص و لكن بالرجوع إلى الفقه الفرنسي، فإنه يمنع المحامين من التعامل في الحق المتنازع فيه طبقًا للمادة 1597 من القانون المدني الفرنسي، و التي تقابل المادة 402 من القانون المدني الجزائري و المادة 471 من القانون المدني المصري<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمدافع القضائي و نظرًا لتشابه مهامه مع المحامي و لكن بنوع من القضايا فقط، فإن النص يطبق بكل ما ورد فيه و تبقى الشروط المطبقة نفسها.

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 261.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 220.

و نخلص مما تقدم أن القانون، وضع اطر و ميكانيزمات فيما يتعلق بالتعامل في الحقوق المتنازع فيها، و ذلك من خلال اقتصار المنع على فئات معينة وردت على سبيل الحصر وأموال معينة و هذا وفق شروط شخصية و موضوعية، و المنع في القاعدة القانونية يفيد الوجوب و الالتزام، و مخالفته يرتب عليها القانون جزاء سواء كان ماديا أو معنويا، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح السؤال الموالي: ما هو الجزاء الذي رتبته القانون على التعامل في الحقوق المتنازع فيها؟ و فيما تتجلى الحكمة منه؟.

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

### المطلب الثاني: جزاء الحظر وحكمه

سنحاول من خلال هذا المطلب، التطرق إلى الجزاء الذي رتبته القانون على التعامل في الحقوق المتنازع فيها، وهذا في بعض القوانين المقارنة مقارنة في ذلك بالقانون المدني الجزائري، مبرزين الطبيعة القانونية لهذا الجزاء، و الشروط الواجب توافرها لتقريره في الفرع الأول، ثم العلة التي أَرادها 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<sup>(1)</sup>، وهذا ما يبدو صريحا من خلال المادتين 402 و 403 من القانون المدني الجزائري، إذا نصت المادة 402 من نفس القانون على أنه "لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، والمحامين 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 و إلا كان البيع باطلا".

<sup>1</sup> - أحمد خليل حسين قدارة، المرجع السابق، ص 237.

كما نصت المادة 403 من نفس القانون على أنه "لا يجوز للمحامين و لا للدفاعيين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم، 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 و 472 مدني مصري، 439 و 440 مدني سوري، و المواد 378 إلى 381 من قانون الموجبات اللبناني والمادتين 1596 و 1597 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 موكلهم 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<sup>(1)</sup> الأمر الذي أدى إلى انقسام الفقه في فرنسا إلى القائل بالبطلان المطلق لأنه بني على سبب غير جائز قانونا و منهم لوران و جيوار<sup>(2)</sup> في حين ذهب فريق آخر إلى القول بقبالية هذا البيع للإبطال متحججا في ذلك بأن المنع الوارد في المادة 1597 من القانون المدني الفرنسي مبني على سبب غير مشروع وحتتهم في ذلك أنهم لا يرون أن الاتفاق بين المحامي و موكله مثلا على أنه حاصل من فرد إلى فرد على أخذ نصيب بعد كسب الدعوى لقاء أتعابه و ما دفعه في سبيلها من رسوم و نفقات، مقابل ذلك يحتمل أن يكون معسرا و يخشى إن هو استدان و خسر دعواه و تتراكم عليه الديون، إضافة إلى أن الاتفاق حصل من شخص غريب عن القضاء إلى شخص آخر قد لا يستحق النصيب المتفق عليه إن كسب دعواه.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 218، و زهدي يكن، المرجع السابق، ص 179.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 179.

في حين قال البعض أن الاتفاق الحاصل بين الطرفين ليس من قبيل البيع و هذا لفقدانه ركن الثمن و الذي أقل ما يقال عنه أنه عقد إيجاز أو وكالة بأجر ( <sup>1</sup> )، و لكن من الفقهاء الفرنسيين ومنهم بودري والذي يرى أن هذا الاتفاق بيع و يأخذ حكمه و وصفه ومنه نادى بقابليته للبطلان، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 15 ماي 1991. و التي جاء فيه: " أن عقد البيع المبرم بين الشركة المدنية العقارية المالكة و محاميها ليس باطلا و إنما قابلا للإبطال" ( <sup>2</sup> ).

أما النص اللبناني وبالرجوع إلى المواد 378 إلى 381 من قانون الموجبات اللبناني ، فإنها قررت البطلان فيما يتعلق بشراء الحقوق المتنازع فيها من طرف القضاة بطلانا مطلقا و نفس الشيء بالنسبة للمحامين و لكن بعد صدور قانون المحاماة و الذي يجيز للمحامي الاتفاق مع موكله على نصيب في الحق المتنازع فيه على أن لا يتجاوز نسبة 20% منه ( <sup>3</sup> )، أما فيما يخص الفئات الأخرى السالفة الذكر و الواردة 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 و هو 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.

إن تقرير البطلان من طرف أغلبية التشريعات يجب أن يكون وفقا لأطر قانونية ووفق شروط معينة يجب توفرها من أجل تقرير هذا الجزاء و الذي اعتبره 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.

<sup>1</sup> - زهدي يكن، نفس المرجع ، ص 179

<sup>2</sup> - DALLOZ code civil français année 1995-1996 , page 1092.

<sup>3</sup> - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 179.



## أولاً: طبيعة هذا البطلان

مما لا ريب فيه أن البطلان الذي قرره المشرع الجزائري كجزء لمخالفة أحكام المادتين 402 و403 من القانون المدني الجزائري هو البطلان المطلق و ليس 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 ينشئ 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، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة" وفي نفس السياق نصت المادة 82 من القانون 04/91 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة بأنه: " يعد باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق مخالف لذلك".

والبطلان في هذه الحالة مؤسس على مخالفة أحكام النظام العام<sup>(1)</sup>، و هذا 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 كجزء لهذه التعاملات هو بطلان مطلق، و لكن القول به يحتاج إلى توافر شروطه وهذا ما سنتناوله في نقطة موائية.

<sup>1</sup> - حبيب إبراهيم الخليفي الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، سنة 1986، دار النهضة العربية، ص 201

## 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، و لكن حتى يمكن القول بأن التعامل في هذا النوع من الحقوق يقع باطلا يجب أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء<sup>(1)</sup>. فلو لم يقم نزاع جدي، أو لم ترفع بشأنه دعوى وقت الشراء من طرف أحد الأشخاص ممن يطالبهم الحظر فالشراء صحيح، و لو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائما من قبل و أنحسم.

## 2- الصفة المستمدة من وظيفته أو مهنته:

و بعد التأكد من أن الحق متنازعا فيه - و علم المشتري بذلك - تأتي مرحلة أخرى يجب التأكد فيها من توافر الصفة المستمدة من وظيفة الشخص وقت الشراء<sup>(2)</sup>، كأن يكون المشتري للحق قاضيا أو محاميا مثلا. فإذا انعدمت الصفة لدى الشخص وقت الشراء كان هذا التعامل صحيحا و منتجا لجميع آثاره و لكن من ثبتت الصفة في الشخص الذي يجعل المنع منطبقا عليه، أعتبر التعامل باطلا بطلانا مطلقا. و سواء أتم ذلك باسمه شخصيا أو باسم مستعار<sup>(3)</sup>، كما نصت عليه المادة تبين 402 و403 من القانون المدني الجزائري يقولها: " أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار و كان هذا الشراء بحسابه".

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 179.

2 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 253.

3 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 41.

## (3) الاختصاص:

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

## (4) العلم:

وكشرط أخير أضاف الفقه ضرورة توافر العلم لدى المشتري للحق المتنازع فيه أو المتعامل في هذا الحق بالنسبة للمحامين، و العلم يجب أن يكون وقت الشراء و قد 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 أشتري حقا متنازعا فيه، قرار بتاريخ 1924/07/25 (1).

متى توافرت هذه الشروط مجتمعة بطل الشراء أو التعامل في الحق المتنازع فيها بطلانا مطلقا، و لكن 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 و 403 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 موكلهم 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

<sup>1</sup> - مجلة المحاماة رقم 26 سنة 1926، مصر .

المتفق عليه أن الحظر يشمل أيضا المقاضية<sup>(1)</sup> (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 و مشتريا للشيء الذي قايس 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<sup>(2)</sup> (تطبيقا للمادة 286 من القانون المدني الجزائري بقولها: "تسري أحكام البيع، وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين، وبضمان الاستحقاق، و بضمان العيوب الخفية، على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابل الدين، ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء و بالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع و انقضاء التأمينات" فلو أن رجال القضاء اكتسبوا الحق المتنازع فيه من مدينه كمقابل للوفاء بدينه، فإن هذا البيع يقع باطلا. و يصدق نفس الحكم إذا اشترى رجل القضاء الحق المتنازع فيه كبديل في صلح<sup>(3)</sup>). و هذا تطبيقا لنص المادة 459 من القانون المدني بقولها: "الصلح عقد ينهي به الطرفان، نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، و ذلك 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 بصده شبهات أو ظن، و لذلك فإن القانون لم يبطل هذا البيع<sup>(4)</sup>، و أعتبره صحيحا و حكمة هذا الاستثناء أن الذي ينازع في هذا الحق هو رجل القضاء نفسه و هو إذ يشتريه إنما ينهي هذه المنازعة فلا يكون هناك مجال لاحتمال الانحراف في جانبه أو المساس بسمعته.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 218.

<sup>2</sup> - محمد حسين، المرجع السابق، ص 207

<sup>3</sup> - منصور مصطفى منصور، شرح أحكام البيع، الطبعة الخامسة، سنة 1991، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 272.

<sup>4</sup> - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 259.

ومما تقدم نستنتج أن البطلان الذي رتبته القانون على هذا المنع جاء وفق شروط معينة و في مجالات محددة و لكن 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 و بصفة خاصة جميع التعاملات مع موكلهم 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 و إن كان لم يستغل نفوذه فعلا، ففي القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة في حياد القضاء في نزاع يقع اختصاصه، فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام و الآداب، ولهذا كان الجزاء هو البطلان المطلق.

## الفصل الثاني: الآثار المترتبة على بيع الحقوق المتنازع فيها

أقر التشريع المدني الجزائري للشريك في الشيوخ حرية التصرف في حصته الشائعة ، لكنه قيد هذه الحرية بقاعدة هامة و هي عدم الإضرار بسائر الشركاء المالكين معه ، و موازاة مع ذلك و حفاظ على حالة الشيوخ بين الشركاء و تقوية أواصر القرابة فيما بينهم و منعا لدخول الأجانب كمالك جدد بينهم درء للتأثير عليهم، منحهم القانون المدني الجزائري رخصتين يحق لهما بموجبهما استرجاع الحصة الشائعة المتصرف فيها بالبيع من طرف الشريك في الشيوخ ، حتى و لو كان هذا البيع صحيحا قانونا و نافذا، و تتمثل هاتان الرخصتان في حق الشفعة و حق الاسترداد .

و لعل أن الكثير من الدراسات ركزت على حق الشفعة نظرا لكثرة انتشاره في الواقع العملي بوقوع عدة منازعات بشأنه في بيع العقارات الشائعة ، و لم تتطرق كثيرا إلى حق الاسترداد رغم ما له من نفس النتائج التي يصبو إليها حق الشفعة مع بساطة إجراءاته و خطورتها خاصة في العالقة بين أطرافه ، الأمر الذي جعلنا نختار دراسة هذا الموضوع لأهميته. و تكمن أهمية هذا الموضوع فيما يلي:

- مساس حق الاسترداد بحرية التصرف و تأثيره على مبدأ سلطان الإرادة ، بحيث أن استعماله يؤدي إلى إلغاء إرادة المتعاقدين في عقد البيع ، سواء بالنسبة للبائع أو المشتري ، إذ انه يصطدم بحرية الشخص في بيع ما يملك لمن يشاء و في الجانب الآخر يمنع المشتري من شراء ما يشاء ممن يشاء.

- عدم ترتيب المشرع الجزائري لحق الاسترداد مواعيد محددة بحددها الأقصى، الأمر الذي يمكن الشركاء في الشيوخ اللجوء إليه في أي لحظة شاءوا ، و هذا ما يشكل تهديدا دائما للشريك البائع و المشتري الأجنبي.

- عدم تحمل الشركاء في الشيوخ عند استعمال حق الاسترداد لمصاريف كثيرة لبساطة إجراءاته مقارنة مع حق الشفعة التي تستلزم إجراءات معقدة و طويلة و تستلزم مبالغ مالية أكثر.

من خلال ضبط ماهية الحقوق المتنازع فيها و الحظر الوارد على الأشخاص المشار إليهم في المادة 402 و المادة 403 من القانون المدني الجزائري بحيث لا يجوز لهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين شراء أو التعامل في حقوق متنازع فيها، الأمر الذي يدفعنا لدراسة الآثار المترتبة على بيع مثل هذه الحقوق، وعليه سنتطرق إلى أحقية استرداد الحق المتنازع فيه في المبحث الأول ثم في مبحث ثاني نتطرق إلى آثار دعوى 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 و اكتفى فقط بقوله : "إذا تنازل شخص على حق متنازع فيه، للمتنازل ضده أنه يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له و المصاريف الواجبة"، و عليه سنضبط مفهوم دعوى الاسترداد في بادئ الأمر ثم شروط و كفاءات ممارسة هذه الدعوى و نتطرق 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 أولاً ثم نتطرق إلى شروط و كيفية ممارسة هذه الدعوى.

### الفرع الأول: مفهوم دعوى استرداد الحق المتنازع فيه

قبل الخوض في مختلف تعريف حق الاسترداد فإنه يستلزم معرفة أصل حق الاسترداد و تكييفه القانوني وفق ما يلي:

#### أولاً : تأصيل فكرة حق الاسترداد

أخذت مختلف التشريعات العربية فكرة حق الاسترداد من القانون الفرنسي كالقانون المصري و السوري و الليبي، أين أدرجته في قوانينها رغم توفرها على رخصة أخرى و هي حق

الشفعة التي مصدرها الشريعة الإسلامية، و التي لا يعرفها القانون الفرنسي و بذلك أصبح للشريك في الشيوخ في هذه التشريعات رخصتان من اجل استرجاع الحصة الشائعة المباعه .  
اختلفت آراء الفقه حول تأصيل فكرة حق الاسترداد ، فهناك من رأى أن الأصل التاريخي لحق الاسترداد ، هو القانون الفرنسي ذلك انه من الثابت تاريخيا أن القانون الفرنسي هو من اوجد هذه الفكرة، إلا أن هذا الرأي انتقد كون أن حق الاسترداد في القانون الفرنسي كان يشمل عدة أنواع أهمها بيع الوفاء ، استرداد الحقوق المتنازع فيها ، استرداد الوارث للحصة التي يبيعها احد الورثة لأجنبي عن التركة ، استرداد الزوجة للحصة التي يبيعها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه<sup>1</sup>.

و يرى جانب آخر من الفقهاء ، أن مصدر الاسترداد ليس القانون الفرنسي ، و إنما ادخل في القانون الفرنسي لعدم توفره على هذا الحق و عدم توفره كذلك على حق الشفعة<sup>2</sup>.  
و ما يرجح من الآراء حسب رأينا في تأصيل فكرة الاسترداد ، ما جاء في قرار محكمة الاستئناف المصرية الذي قضى بما يلي :

" إن حق استرداد الحصة الشائعة مأخوذ من نص المادة 841 من القانون المدني الفرنسي ، التي أباحت للورثة أن يستردوا الحصة الشائعة ، أو بعضها ، عند تنازل احد الشركاء في التركة بلا تعيين للأجنبي ، و هذا لحكمة أساسها حفظ أسرار التركات و منع الأجنبي من النفاذ إليها ، و جعل الورثة في مأمن من أي دخيل يعكر صفو المحيط العائلي<sup>3</sup> .

### ثانيا : تكييف حق الاسترداد

اختلف الفقهاء في تحديد التكييف القانوني لحق الاسترداد ، فقد رأى البعض منهم أن حق الاسترداد هو نوع من الشفعة لا غير، فهو مثل حق الشفعة تماما و لا فرق بينهما إلا

<sup>1</sup> - جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع و اثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2000، ص 123-125.

<sup>2</sup> - محمد عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2000، ص 146.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن حق الملكية ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، 2011، ص 852.



في بعض الاختلافات الطفيفة ، إلا أن هذا الرأي تعرض لعدة انتقادات أهمها وجود اختلاف حقيقي بين كل من حق الشفعة و حق الاسترداد من حيث المصدر و النطاق ، فالشفعة مصدرها الشريعة الإسلامية ، أما حق الاسترداد فمصدره القانون الفرنسي ، و هناك اختلاف بينهما من حيث النطاق، فنطاق حق الشفعة محصور في العقار فقط على عكس حق الاسترداد الذي يشمل كل المال ، كما أن هناك اختلاف بينهما من حيث الهدف ، فالهدف من الشفعة هو دفع ضرر الشريك المتصرف في حصته الشائعة ، أما الهدف من الاسترداد حفظ أسرار التركات بمنع الأجانب من الوصول إليها<sup>1</sup>.

وعلى اثر الانتقادات السابقة انبرى فريق آخر من الفقه باعتبار أن حق الاسترداد هو مجرد إعادة بيع من المشتري إلى الشريك المسترد ، إلا أن هذا الرأي كذلك لاقى عدة انتقادات ، كون انه يتناقض مع جاء في النصوص القانونية و ما جاء كذلك في القانون المدني الجزائري صراحة بان حق الاسترداد ليس إعادة بيع ، و إنما أكد على إن المسترد يحل محل المشتري و لا يشتري منه و ذلك في جميع الحقوق و الالتزامات ، فحلل المسترد محل المشتري ، يكون بأثر رجعي إلى وقت البيع الأول الذي تم بين البائع الشريك و المشتري الأجنبي ، و عند ممارسة حق الاسترداد ، يصبح البيع الأول هو الساري و النافذ و يختفي بذلك المشتري الأجنبي مطلقا من العملية، و يحل محله الشريك المسترد ، كأن يكون قد باع البائع الشريك حصته للمسترد و لم يكن المشتري الأجنبي موجودا أصلا و هذا هو التكييف الأرجح و الصحيح لحق الاسترداد<sup>2</sup>.

### ثالثا: تعريف حق الاسترداد

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا لحق الاسترداد و إنما اكتفى بالنص على كميّاته و شروطه ، و ترك المجال للفقهاء من اجل إعطاء عدة تعريفات لهذا الحق.

### 1: التعريف الفقهي لحق الاسترداد

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 852 و جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 156.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 863-864.

رأى جانب من الفقه أن الاسترداد هو حق منحه القانون للشريك في الشيوخ بمقتضاه يحل محل المشتري في الحصة الشائعة المباعه ، و ذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوخ محافظة على أسرار الشركة ، بحيث يثبت في المنقول الشائع ، و يكون أيضا في الحصة الشائعة من المجموع من المال و لو اشتمل على عقار<sup>1</sup>.

ويرى جانب آخر من الفقه أن حق الاسترداد هو حق يخول لشخص أن يحل محل آخر فيما اشتراه مقابل دفع الثمن و مصاريف البيع ، و حق الاسترداد إما يكون مقررا بالاتفاق أو بنص القانون<sup>2</sup>.

كما انه قد تم تعريفه بأنه حق الشريك في المنقول الشائع أو مجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي<sup>3</sup>.

## 2 : التعريف القانوني لحق الاسترداد

نظم المشرع الجزائري حق الاسترداد بموجب المادة 721 من القانون المدني، التي تنص : " للشريك المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول ، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي ، و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ، و يتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري ، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ، و إذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته<sup>4</sup>. و لذلك يمكن تعريف حق الاسترداد وفقا لما جاء به القانون المدني الجزائري انه رخصة ، تجيز للشريك في الشيوخ ، أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها للغير، مقابل

<sup>1</sup> - جمال خليل النشار، المرجع نفس المرجع، ص 140.

<sup>2</sup> - عقوني محمد، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع ، مقال بمجلة الدراسات القانونية و السياسية - العدد 07 جانفي 2018 جامعة عمار تليجي بالأغواط- الجزائر 2018 ، ص 05.

<sup>3</sup> - سعد حسين عبد ملحم ، تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع ، مقال بمجلة كلية التراث الجامعة العدد التاسع عشر ، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العراق ، ص 09.

<sup>4</sup> - الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20.

دفع الثمن و مصاريف البيع ، فالمشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوخ ، رخصة أخرى إلى جانب حق الشفعة في مواجهة الشخص الأجنبي في حالة بيع جزء من العقار الشائع ، و تتمثل هذه الرخصة في حق الاسترداد.

#### رابعا :شروط حق الاسترداد

يجب أن تتوافر أربعة شروط لاستعمال حق الاسترداد ، و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

#### 1 : أن يتم البيع من طرف احد الشركاء في الشيوخ

تطبيقا لنص المادة 721 من القانون المدني السالف ذكرها ، فان حق الاسترداد ، لا يكون إلا في حالة البيع ، دون باقي التصرفات الأخرى، سواء كانت تبرعية أو بعوض ، فلا يجوز الاسترداد في هبة الحصاة الشائعة و لا في الوصية أو المقايضة ، و هذا على عكس القانون الفرنسي ، الذي جعل حق الاسترداد في كل عقود المعاوضة<sup>1</sup>. و يرى الفقه انه يجب أن يكون البيع حقيقيا و ليس سوريا ، فقد يكون العقد في ظاهره بيعا إلا أن أطرافه يضمرون تصرفا آخر فقاموا بإبرام هذا البيع بصفة صورية ، و يجب أن تكون هذه الصورية مطلقة ، فذا كان عقد البيع سوريا جاز للشركاء على اعتبار أنهم من الغير التمسك بصورية العقد بكل طرق الإثبات لمنع دخول الأجنبي معهم ،كما يشترط في عقد البيع أن يكون صحيحا من الناحية القانونية غير باطل ، لأنه لو كان باطلا بطلانا مطلقا جاز ألي احد من الشركاء التمسك بالبطلان مما يحول من إتمام البيع ولا يتم معه الاسترداد<sup>2</sup>.

و يشترط في حق الاسترداد كذلك ، أن يكون البيع رضائيا ، فيجب أن يتم عقد البيع بالمساومة الحرة بين طرفيه ،فلا يجوز الأخذ بالاسترداد في حالة البيع الجبري بالمزاد العلني لأنه كان ممكنا للشركاء العلم بالبيع و كان لهم حق الدخول في المزاد و المشاركة فيه و شراء الحصاة الشائعة ، و لا يجوز للشركاء كذلك التمسك بحق الاسترداد أثناء إجراءات

<sup>1</sup> - محمود جمال الدين زكي ، 1978 ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة القاهرة ، مصر ، ص 137.

<sup>2</sup> - همام محمد محمود زهران ، 2007 ، الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،

البيع بالمزاد العلني ذلك أن الإعلان عن البيع بالمزاد العلني لا يعتبر عرضاً ملزماً للشريك بالبيع وإنما هو دعوة للتعاقد فقط ، و قد نصت المادة 721 من القانون المدني على : " للشريك المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول ، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ، و يتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري ، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه"<sup>1</sup>.

و لا يجوز في كل الأحوال للشركاء في الشيوخ أن يتمسكوا بحق الاسترداد قبل إتمام عقد البيع ، فلا يمكنهم ممارسة الاسترداد و الحلول محل من وجه إليه الإيجاب فقط بشراء الحصة الشائعة في العقار و لو كان بإيجاب ملزم ما لم يتم القبول.

## 2: إن يكون البيع واردا على حصة شائعة في عقار

إن من الشروط التي نصت عليها المادة 721 من القانون المدني، لاستعمال حق الاسترداد ، أن يتم البيع من طرف احد الشركاء في الشيوخ لحصته الشائعة ، كلها أو بعضها لشخص أجنبي ، بحيث لا مجال لمباشرة حق الاسترداد إذا ما باع الشريك لجزء مفرز يعادل حصته الشائعة ، فالمشتري لا يكون شريكا لمجرد الشراء، و إنما يبقى حقه موقوفا على نتيجة القسمة ، فإما أن يكون الجزء المباع له هو الجزء الذي وقع في حق الشريك البائع و تثبت حصته آنذاك ، و إما تنتقل حصته إلى حصة أخرى إذا لم تقع بعد القسمة الحصة المباعة له في حق الشريك البائع ، و هنا لا يمكن ممارسة حق الاسترداد ضد هذا المشتري الأجنبي لانعدام الحكمة من الاسترداد و هي منع دخول الأجنبي مع الشركاء<sup>2</sup>.

## 3 : أن يكون البيع لأجنبي عن الشركاء

<sup>1</sup> - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 312.

<sup>2</sup> - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 151.

يجب كشرط ثالث لقيام حق الاسترداد أن يتم بيع الحصة المشاعة لشخص أجنبي من غير الشركاء في الشيوخ حتى تحصل الفائدة من الاسترداد ، و هي الحيلولة دون دخول الأجنبي عن الشركاء فيما يجمعهم من شيوخ ما قد يترتب على ذلك من عرقلة للانتفاع بالعقار الشائع ، و لذلك فان بيع الحصة الشائعة لأحد الشركاء لا يجعل مصلحة الشركاء في الاسترداد قائمة لعدم الإضرار بهم . كما يجب على باقي الشركاء استرداد كل الحصة المباعة ، و لا يكفي استرداد نسبة ما يملكون فقط حتى لا يبقى المشتري الأجنبي شريكا و تنتفي مع ذلك الفائدة من الاسترداد ، كما يكون للشركاء الحق في ممارسة حق الاسترداد ضد شخص أجنبي و لا يمارسونها ضد آخر<sup>1</sup>.

#### 4 : أن يكون المسترد هو احد الشركاء في الشيوخ

لا يقوم حق الاسترداد إلا للشريك في الشيوخ ، و لا يفرق في ذلك بين الشريك الأصلي و الشريك الجديد في الشيوخ الذي آلت إليه الحصة الشائعة بعد أي تصرف من التصرفات ، و سواء كان شريكا أصليا أو عارضا كما لو كان خلفا عاما أو لأحد الشركاء أو خلفا خاصا ، كما لو كان المتصرف إليه من أغلبية الشركاء أو من احد الشركاء و لم يباشر الشركاء اتجاهه حق الاسترداد<sup>2</sup>.

و تطبيقا لأحكام المادة 721 من القانون المدني الجزائري ، فإذا تعدد الشركاء في الشيوخ المستردون ، يكون لهم إن يستردوا حسب نسبة حصتهم في الشيوخ<sup>3</sup>.

#### الفرع الثالث : نطاق حق الاسترداد

إن نطاق حق الاسترداد في القانون الفرنسي جد واسع ، فهو يشمل عدة أنواع أهمها بيع الوفاء ، استرداد الحقوق المتنازع فيها ، استرداد الوارث للحصة التي يبيعها احد الورثة الأجنبي عن التركة ، استرداد الزوجة للحصة التي يبيعها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه ، أما بالنسبة للقانون المصري فانه قيد نطاق حق الاسترداد بالمال المنقول الشائع أو في

<sup>1</sup> - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 147-148.

<sup>2</sup> - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 313.

<sup>3</sup> - محمد عقوني، المرجع السابق ، ص 152-153.

مجموع المال و اشتغال هذا المال على حصة من عقار، و لا يكون في القانون المصري حق الاسترداد ساريا على العقار الشائع المعين بذاته الذي يخضع لحق الشفعة و لا يخضع لحق الاسترداد<sup>1</sup>.

أما القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 721 من القانون المدني السالفة الذكر، فإنه قد جعل حق الاسترداد يرد على بيع الحصة الشائعة في المنقول أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد جعل حق الاسترداد يشمل التركات و غيرها من أسباب الشيوخ، كما فعل التشريع الفرنسي و خلاف المشرع المصري عندما جعل حق الاسترداد يشمل الحصة الشائعة في المنقول و كذا الحصة الشائعة في العقار حتى و لو كان العقار معين بذاته ، على عكس ما ذكره بعض الشراح باعتبار أن المشرع الجزائري هذا حذو المشرع المصري و جعل حق الاسترداد يشمل المنقول أو مجموع المال الشائع بما فيه الحصة الشائعة في العقار ، و لا يشمل العقار وحده دون أن يكون داخل مجموع المال، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المنشور بالمجلة القضائية المجلة القضائية لسنة 1998 الذي نص على : " عن الوجه الوحيد المبني على خرق المادة 721 من القانون المدني : حيث يستنتج من أوراق الملف أن فريق (ع) مالك عن طريق الإرث من المرحوم (ع م) لقطعة فلاحية موجودة بضواحي مغنية و أن (ع ع) احد الورثة باع حقوقه للسيد (ب م) المدعى عليه في الطعن و ذلك بموجب عقد توثيقي بتاريخ 1994/09/25 " .

و قد جاءت وقائع حيثيات قرار المحكمة العليا وفق ما يلي:  
" رفع المدعون في الطعن على المدعى عليه في الطعن دعوى أمام محكمة طالبين استرداد الحصص المباعه من طرف (ع ع) أخيهم ، مؤسسين دعواه على المادة 721 من القانون المدني ، و رفضت المحكمة هذه الدعوى لعدم التأسيس و على اثر استئناف ، اصدر مجلس قضاء تلمسان قرار أيد الحكم المستأنف و هو القرار موضوع الطعن

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 752.

حيث أن المدعيين في الطعن أسسوا طعنهم على خرق المادة 721 من القانون المدني كون أنهم قاموا بكافة الإجراءات المنصوص عليها بالمادة المذكورة أعلاه و أن المجلس يرفض دعواهم ، بدعوى انه من المفروض على المدعيين في الطعن أن يلتزموا بإجراءات الشفعة و أن المجلس قد خرق نص المادة 721 من القانون المدني " .

و كان تأسيس المحكمة العليا لقرارها وفق ما يلي:

" فعلا بالرجوع إلى نص المادة المذكورة أن النص يسمح لكل شريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة .

حيث أن المدعيين في الطعن طلبوا من المحكمة استرداد الحصة المباعة من طرف احد الشركاء السيد (ب) عملا بالمادة 721 قانون مدني ، حيث أن المدعيين إذا مارسوا حقهم في الاسترداد الذي يمارس على العقار الشائع حسب مفهوم نص المادة 721 قانون مدني حيث أن هذه المادة تنص صراحة على أن العقار الشائع يكون محل لحق الاسترداد و إذ باع احد الورثة أجنبي حصته الشائعة في عقار معين فان اخذ باقي الورثة لهذه الحصة من الأجنبي يكون عن طريق حق الاسترداد".

ليصدر المنطوق كالاتي:

" و بالتالي فان مجلس تلمسان لما صرح بان حق بان حق الاسترداد هو غير مقبول و

صرح بان كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يلتزموا بإجراءات الشفعة قد خرق المادة 721 من القانون مما يتعين إبطال و نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup> .

لقد بينا في دراستنا السابقة أنه لا يجوز لعمل 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 و التي يقابلها نص المادة 471 من

القانون المدني المصري و انه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في هذه الحقوق

بأي نوع من أنواع التعامل إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها.

<sup>1</sup> - اشرف فايز للمساوي، الملكية الشائعة ، الطبعة الأولى، القاهرة ، مصر، 2009، ص 176.

و الذي يهمننا الآن هو الأثر الخاص الذي رتبته القانون علة 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 و التي بموجبها يحل محل المشتري في مقابل أن يرد له الثمن و ما تكبده من مصروفات.

و تتضمن رخصة الاسترداد خروجاً على الأصل حرية التصرف ذلك أن المسترد - المتنازل ضده - يحل محل المشتري رغم إرادة هذا الأخير و البائع.

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. و قد أريد بالاسترداد في هذه الحالة تمكين الشركاء من منع دخول أي أجنبي بينهم في الشيوخ، و كذلك الشفعة في جميع صورها طبقاً للمادة 795 من القانون المدني الجزائري ليست غلا رخصة استرداد، فالشفعة يحل الشفيع محل مشتري العقار المشفوع فيه. و المقصود من تقريرها هي دفع لضرر المتوقع للشفيع نتيجة اتصال ملكه بالعقار.

أما استرداد الحق المتنازع فيه قد قصد بتقريره منع المضاربة و حسم المنازعة، إذ يغلب في من يشتري حقا متنازع فيه أن يكون مضاربا و محترفا الشغب أمام ساحة القضاء بدفع ثمن أقل مما يساويه الحق و يكون 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 و التي يقابلها نص المادة 469 من القانون المدني المصري " إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص منه 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 و المصروفات<sup>(1)</sup>.

و بعد ضبط المشرع في نص المادة 400 من القانون المدني الجزائري و حصر مجال الحق المتنازع فيه لما نكون بصدد حق محل نزاع مطروح أمام ساحة القضاء و مازال لم يصدر بشأنه حكم قضائي نهائي، و كذلك الحالة التي نكون بصدد نزاع حول حق غير مطروح على ساحة القضاء و لكنه 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 و هو 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 و التي 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 و باتخاذ إجراءات تسويقية<sup>(2)</sup> معقدة و طويلة غالبا ما تجعل المتنازل ضده يستسلم لمكر و دهاء المتنازل له جراء المماطلة في المحاكم و طول الإجراءات، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل بنص المادة 400 من القانون المدني الجزائري للحد من هذه الظاهرة برسم آليات و ميكانزمات توضح شروط و كفيات ممارسة هذه الدعوى، ووضح الحالات التي تخرج من نطاقها ممارسة حق استرداد الحق المتنازع عليه

<sup>1</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص203، 204.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 170.

محاربا بذلك فكرة المضاربة التي يلجأ إليها عادة المتنازل له. و سنتطرق إلى هذا بنوع من التفصيل في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: إجراءات 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" و عليه 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؟<sup>(1)</sup>.

نظم المشرع الجزائري حق الاسترداد كله بموجب المادة 721 من القانون المدني ، و بالرجوع إلى نص هذه المادة فإنها لم تضع إجراءات مفصلة لتنظيم حق الاسترداد كما فعل المشرع مع إجراءات ممارسة حق الشفعة التي نظمها تنظيما مفصلا ، و على ضوء تلك المادة نتطرق إلى إجراءات ممارسة حق الاسترداد وفق ما يلي:

#### أولا : ميعاد ممارسة حق الاسترداد

يجب أن يكون طلب حق الاسترداد في الفترة التي يكون فيها العقار شائعا أي قبل وقوع عملية القسمة ، ولم يحدد القانون للطرفي عقد البيع مدة محددة لإعلان البيع للشركاء و لم تحدد شروط لذلك ، و في المقابل يكون للشريك في الشيوخ المطالبة بحق الاسترداد خلال ثلاثين يوما تحتسب من تاريخ علمه بالبيع، أو من تاريخ إعلامه بالبيع من طرف الشريك البائع أو من قبل المشتري الأجنبي ، و يتم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات باعتبار الإعلام واقعة مادية تثبت بكل طرق الإثبات<sup>2</sup>.

ولم تشترط المادة 721 من القانون المدني الجزائري كيفية و طريقة الإعلام ، فيكون بذلك للشريك البائع أو المشتري الأجنبي إعلام باقي الشركاء بالبيع بأي طريقة كانت ، و لم يستلزم المشرع من خلال المادة 721 المذكورة الرسمية في الإعلام ، على عكس ما هو

<sup>1</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 204.

<sup>2</sup> - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 314.

مطلوب في حق الشفعة ، و يمكن أن يكون الإعلام شفهيًا أو مكتوبًا ، على أن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع أو المشتري<sup>1</sup>.

و لا يعتبر الإعلام إجراء ضروريا لقيام حق الاسترداد ، ذلك أن علم الشريك في الشيوخ بعملية البيع و ثبوت هذا العلم كاف للمطالبة بحق الاسترداد حتى و لو لم يتم الإعلام ، و يكون ذلك خلال اجل ثلاثين يوما من تاريخ العلم ، و يقع عبء إثبات علم الشريك بالبيع على البائع و المشتري ، و ذلك وفق إتباعه كل طرق الإثبات كون أن مسألة العلم هي واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات ، و بانقضاء مدة ثلاثين يوما المحددة قانونا يسقط حق الاسترداد و يصبح بذلك البيع الأول بات و نافذا<sup>2</sup>.

و يجب أن يكون الإعلان بالبيع متضمنا بيانا بالمبيع و كل شروط البيع و الثمن و ملحقاته و كيفية دفعه ليتمكن الشركاء من تحديد موقفهم من الاسترداد ، و يقصد بالعلم العلم الحقيقي بكل شروط الصفقة و ليس العلم الظني<sup>3</sup>.

و قد جعل المشرع الجزائري ميعاد مباشرة حق الاسترداد من قبل الشركاء بمدة قصيرة حتى لا يبقى مصير المتصرف إليه معلقا طويلا ، و يترتب على تفويت هذه المدة سقوط الحق التمسك برخصة الاسترداد.

### ثانيا : تبليغ التصريح بحق الاسترداد

إن الشريك في الشيوخ ملزم بإعلان رغبته في حق الاسترداد بموجب تصريح طبقا للمادة 721 من القانون المدني ، و لم يحدد المشرع الجزائري إجراءات و كيفية هذا التصريح ، كما انه لم يستلزم فيه الرسمية ، فيستوي أن يكون مكتوبا أو شفاهة . و يجب تبليغ هذا التصريح إلى كل من البائع و المشتري الأجنبي ، و يكون ذلك خلال الميعاد المحدد الذي ذكرناه في الفرع الأول ، كما أن طريقة التبليغ لم تحدد قانونا ، فلذلك قد تكون عن طريق التبليغ الرسمي بموجب محضر قضائي وفقا لما هو منصوص عليه في

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 858-859.

<sup>2</sup> - السيد عبد الوهاب عرفة ، القسمة و استعمال و إدارة المال الشائع، دار الفكر و القانون مصر، 2000، ص 151.

<sup>3</sup> - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، 314.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>1</sup>. كما يمكن تبليغه عن طريق البريد برسالة مضمنة الوصول أو بكل وسيلة أخرى تؤدي إلى علم طرفي العقد ، على أن يكون عبء إثبات التبليغ على عاتق الشريك طالب الاسترداد<sup>2</sup>.

و يجب على الشريك طالب الاسترداد أن يحدد العرض الذي يقدمه و ذلك في التصريح بالاسترداد ، بحيث انه يثبت فيه استعداده لدفع الثمن و المصروفات ، إلا أن القانون المدني الجزائري لم يشترط على الشريك طالب الاسترداد تحديد الثمن و لا قيمة المصاريف على عكس ما هو مفصل في طلب حق الشفعة .

و في الأخير، إذا ما تم التمسك بحق الاسترداد و تم إعلان التصريح بالاسترداد وفق الإجراءات المحددة أعلاه و في الآجال القانونية المذكورة ، يتم تسليم ثمن المبيع و المصروفات إلى المشتري الأجنبي، و يتسلم مقابل ذلك الشريك في الشيوخ الحصة المستردة<sup>3</sup>.

ولم يشترط المشرع الجزائري في مباشرة حق الاسترداد غير الإعلان عن الرغبة في حلول الشريك محل المشتري في عقد البيع و ذلك في جميع الحقوق و الالتزامات ، و استعداده لتعويض المشتري ، و لا يوجد أي التزام على الشريك كما هو الحال في حق الشفعة بإيداع الثمن و تقديم عرض حقيقي<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث : منازعات حق الاسترداد

لا يمنع اتخاذ الإجراءات المذكورة في المطلب الأول من حصول خلافات و منازعات بمناسبة استعمال حق الاسترداد و هذا ما نتطرق إليه في هذا الفرع .

### أولا : القواعد العامة في ممارسة حق الاسترداد و منازعاته

<sup>1</sup> - القانون رقم 08-09، 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المؤرخ في 28/02/2008 ، المعدل و المتمم بالقانون 13/22 .

<sup>2</sup> - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 154.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 860.

<sup>4</sup> - همام محمد محمود زهران، 2007، ص 315.

لم يقرر المشرع دعوى قضائية خاصة بحق الاسترداد ، بل نص على أن حق الاسترداد يتم بمجرد إعلان الرغبة في الاسترداد ، بحيث يحل المسترد محل المشتري مباشرة بعد إتباعه للإجراءات التي تطرقنا إليها .

فإذا رغب الشريك الشيوخ استرداد الحصة المشاعة أعلن رغبته في ذلك، و يتم الاسترداد بقوة القانون دون الحاجة لرفع دعوى قضائية ، ذلك أن ميعاد إعلان الرغبة في الاسترداد المحدد بثلاثين يوماً ليس ميعاد رفع الدعوى و إنما ميعاد بانتهائه يحل المسترد محل المشتري بقوة القانون<sup>1</sup>.

يحل المسترد بعد إعلان الرغبة محل المشتري في كل حقوقه و التزاماته كما هو مقرر في حق الشفعة و بالمقابل يقوم الشريك المسترد بدفع الثمن و المصروفات .

و لذلك فإنه لا يجب على الشريك المسترد رفع دعوى قضائية ضد المشتري يطلب فيها باسترداد الحصة الشائعة من العقار المباعة لوقوع الاسترداد بقوة القانون ، و لذلك فعند عدم اتفاق الشريك المسترد و المشتري على تسليم الحصة المطالب باستردادها ، فإن حدث و أن امتنع المشتري من تمكين الشريك المسترد من حصته المستردة قانوناً كان للشريك رفع دعوى قضائية وفقاً للإجراءات العامة لرفع الدعاوى و ذلك لا لتقرير حق الاسترداد ، و إنما لإلزام المشتري بإرجاع الحصة المستردة قانوناً عن طريق القضاء ، فيكون الحكم آنذاك ليس منشأ لحق الاسترداد و إنما يقضي بحماية حق المسترد في حقه في الاسترداد .

كما أنه قد تحصل منازعات بين المسترد و المشتري حول الثمن و المصاريف ، و هنا يجوز ألي طرف منهما رفع دعوى قضائية كذلك وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها قانوناً ، و يكون للمحكمة سلطة الفصل في الالتزامات الخاصة بين الطرفين ، إما بإلزام المسترد بدفع الثمن و المصاريف إذا رفعت الدعوى من قبل المشتري و كانت مؤسسة و مبررة ، و إما أن تلزم المحكمة البائع أو المشتري بتسليم الحصة المشاعة للشريك طالب الاسترداد ، لثبوت

<sup>1</sup> - سعد حسين عبد ملحم، المرجع السابق ، ص 11.

حق الاسترداد بتوفر كل شروطه و كانت الدعوى مؤسسة إذا رفعت الدعوى من قبل الشريك طالب الاسترداد<sup>1</sup>.

و تبعا لذلك فان حق الاسترداد يتحقق بمجرد إعلان الرغبة في الاسترداد و لا يحتاج لرفع أي دعوى و هذا ما جعل المشرع لا ينص على دعوى الاسترداد و لم يحدد لها إجراءات خاصة كما فعل مع دعوى الشفعة التي حدد لها جملة من الإجراءات و المواعيد<sup>2</sup>.

### ثانيا : شروط ممارسة دعوى الاسترداد

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

**1- أنه يكون الحق المسترد متنازعا فيه:** طبقا لنص المادة 400 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري الأمر الذي تطرقنا إليه بنوع من التفصيل في المطلب الأول، و لا بأس أن نثريه بما استقر عليه القضاء المصري في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية لجلسة 1983/04/07 في الطعن المسجل تحت رقم 82 سنة 7ق. أنه شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا عليها، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليه أن يكون قائما بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء، و أن النزاع فيها منصبا على أصل الحق - le fond de droit - أي متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضي المدة، فكل العراقيل التي تعترض السداد بفعل المدين، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة المدعي، لا يعتبر معها الدين متنازعا عليه، لأنها غير متعلقة بأصله<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 861 و جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 152-153.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 861.

<sup>3</sup> - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، المرجع السابق ص 368.

وليس من الضروري أن تكون هناك دعوى مرفوعة بل يكفي أن يقوم نزاع جدي وتلك مسألة يبت فيها قاضي الموضوع، وقد لا يمس النزاع موضوع الحق بل إجراء شكلياً كبطلان الإعلان أو إذا دفع الحق بدفع موضوعي كالدفع بالتقادم،

ويعتبر الحق متنازعاً فيه ولو صدر حكم ابتدائي في شأنه حتى يصبح نهائياً فلا يجوز حينئذ الاسترداد، أما إذا طعن في هذا الحكم النهائي بطعن غير عادي فيعود الحق متنازعاً فيه ويجوز فيه الاسترداد ويستوي أن يكون الحق شخصياً أو عينياً منقولاً أو عقاراً.

**2- أن يكون النزول على الحق بمقابل :** وفي هذا المنوال يجب أن يكون التصرف

بمقابل نقدي كثن المبيع أو بمقابل آخر كالمثلثات<sup>(1)</sup> و منه يستوجب في التصرف أن يقع بمقابل وبمفهوم المخالفة كل تصرف دون مقابل لا يحتمل فيه فكرة المضاربة و هي العلة التي أسس عليها المشرع الحظر الواقع على بيع الحقوق المتنازع فيها، و من ثم نقل الحق بطريق الهبة لا يرقى إلى فكرة المضاربة بحيث ينتقل الحق للمتنازل له بدون مقابل<sup>(2)</sup>.

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 و هو البيع بحكم أنه يشكل مضاربة صارخة للحق المتنازع فيه. و لكن هل ترقى المقايضة لتكون محلاً لممارسة دعوى الاسترداد ؟.

لقد اختلف الفقه حول هذه المسألة.

### الرأي الأول:

يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري : أنه لا بد أن يكون المقابل نقداً و على هذا الأساس تخرج عنه المقايضة و بالتالي لا يمكن ممارسة دعوى الاسترداد لكون المسترد لا

<sup>1</sup> - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 64.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 228.

يمكنه دفع ثمن البيع الحقيقي بل يقدم له تعويضات و عملا بنص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري لا تشترط أن يكون حتما التنازل عن طريق البيع، بل قد يكون هناك طريق آخر و بمقابل نقدي و من ثم ممارسة دعوى الاسترداد و مثاله وجود حق متنازع فيه بين شخصين و يوفيه للآخر نزولا عن دين بينهما. أو إزاء وقوع صلح بينهما يقدم الأول للثاني مبلغا مقابل تنازله على الحق المتنازع فيه للآخر<sup>(1)</sup>.

و يشترك الدكتور خليل أحمد حسن قداة مع الرأي السابق بحجة أن ظاهر النص ينص على رد الثمن الحقيقي و بالتالي تخرج المقايضة عن ممارسة دعوى الاسترداد<sup>(2)</sup>.

### الرأي الثاني:

يرى الدكتور أحمد حسين نص المادة 01/400 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..." و يلاحظ من جهة أخرى أن النص يقول "تنازل شخص..." و لم يقل إذا "باع الشخص" و عليه يصح الاستيراد آخذا بظاهر النص في المقايضة أيضا بشرط أنه يرد المسترد للمتنازل 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<sup>(3)</sup>.

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

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 200 و 201.

2 - خليل أحمد حسن قداة، نفس المرجع، ص 228 و 229.

3 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 205 و 206.



فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد؛ لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أن يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة؛ أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض، فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق.

ولا يشترط في البيع أن يكون رضائياً و إنما إذا وقع عن الحق المتنازع فيه نتيجة بيع قضائي فإنه يجوز الاسترداد. نظراً لإطلاق عبارة النص.

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

**3- أن يتم التصرف في هذا الحق إلى عالم بالنزاع حوله-المضاربة-:** فيشترط لجواز الاسترداد أن يكون المتصرف إليه-المشتري- عالماً 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 أساساً هو المضاربة الواقعة على الحقوق المتنازع فيها وهذا ما ذهب إليه الدكتور محمد حسين<sup>(1)</sup>. فهو بذلك يسد ذريعة ممارسه حق استرداد الحق المتنازع فيه على أساس فكرة المضاربة و التي لا تكون إلا بالمعلم المسبق للمتصرف إليه.

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

<sup>1</sup> - محمد حسنين، نفس المرجع، ص 204.

و بالنتيجة لا يجوز للمتنازل ضده استرداد هذا الحق معطلا رأيه بالمذكرة الإيضاحية التي تقدم على منع فكرة المضاربة<sup>(1)</sup>.

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<sup>(2)</sup>.

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

و الرأي الذي يستبعد هذا الشرط مكتفيا فقط أن يكون الحق متنازعا فيه و أن يكون بمقابل لا بد 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 و اتخاذ إجراءات تسويقية.

و إن تدخل المشرع بنص المادة 400 من القانون المدني الجزائري و هي منع التعامل في الحقوق المتنازع عليها و إقرار دعوى الاسترداد للمتنازل ضده التي يمارسها في مواجهة المتنازل له الغاية منها هي محاربة فكرة المضاربة التي تتطوي على سوء نية المتصرف إليه. والتي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات من قبل المتنازل ضده و التي يكشف عليها و للوهلة 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

<sup>1</sup> - سمير عبد السيد تناغو، منشأ المعارف، الإسكندرية، ص 205.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، نفس المرجع، ص 204.

له و عليه بغياب سوء النية لهذا الأخير تنفي مصلحة المتنازل ضده في ممارسة حق الاستيراد.

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

إن المادة 400 من القانون المدني الجزائري جاءت بصياغة عامة و من 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 و الانتفاع... الخ<sup>(1)</sup>.

4 - لا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري

فإذا كان النزوع عن الحق من طريق المقايضة، لم يجز الاسترداد؛ لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تجزئ عن المثل،

وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز الاسترداد. مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعي أنه له،

ثم إن هذا الحق نفسه ينازع فيه المدين، فلو أن صاحبي الحق المتنازعين اصطلاحاً فأعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه، فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول،

ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصل على شيء في مقابله. كذلك إذا صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن،

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 229.

و بتمام هذه الشروط يمكن للبائع ممارسة دعوى الاسترداد بكيفيات و طرق 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.

#### أولاً: إعلان المدين إرادته في استرداد الحق:

بتوفر شروط الاسترداد المشار إليها آنفاً يجب على المتنازل ضده أن يعلن رغبته في استرداد الحق المتنازع عليه بأية وسيلة يمكن إثباتها (1) و بالتالي 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 (2).

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 أصلية أمام القضاء فلا يصح طلب الاسترداد بصفة احتياطية ذلك أن الحكمة من تخويل هذه الرخصة

1 - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 25.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 201 و 202.

هي حسم النزاع<sup>(1)</sup>. وما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في هذا السياق في القرار الصادر عنها بتاريخ 1938/07/07 في الطعن لمسجل تحت رقم 82 سنة 7ق أن القانون لا يخول للمدين - المتنازل ضده - الحق غي استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلًا بصفة أصلية و بغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحا على هذا الأساس<sup>(2)</sup>.

و يطلب الاسترداد في أي وقت يكون الحق لا زال متنازعا فيه و تسقط دعوى الاسترداد بمضي 15 سنة من يوم النزول على الحق المتنازع عليه<sup>(3)</sup>. 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 و يوجه هذا الإعلان من المدين - المتنازل ضده -، إلى المشتري و ليس ضد البائع - المتنازل - لأن المشتري هو الشخص الوحيد المعني بذلك<sup>(4)</sup>.

وقد يتنازل المشتري عن الحق المتنازع فيه إلى شخص آخر قبل ممارسة دعوى الاسترداد على المشتري و هنا يرى السنهاوري أن ترفع دعوى الاسترداد ضد المشتري الثاني و الذي سيحصل على مركز المتنازل له بدلا من المشتري الأول<sup>(5)</sup>.

**ثانيا: أن يدفع المسترد للمشتري الثمن الحقيقي و كذلك المصروفات:**

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

1 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 208.

2 - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، المرجع السابق ض 368.

3 - عبد الناصر توفيق العطار، نفس المرجع، ص 25.

4 - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 299.

5 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 203.

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 و المصاريف الواجبة في نص المادة 01/400 من القانون المدني الجزائري؟

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

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

تقابل هذه المادة نص المادة 01/469 من القانون المدني المصري و المادة 1699 من القانون المدني الفرنسي. أن التلخص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا بالوفاء بالثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه للبائع و قد أراد المشرع ذكر لفظ "الحقيقي" لوضع حد للثمن الصوري الذي قد يذكره المتنازل و المتنازل له في عقد البيع<sup>(1)</sup>. فغالبا ما يكون المتنازل له محترف الشغب القضائي أي من الذين يأخذون هذا الحق المتنازع عليه بثمن بخس<sup>(2)</sup>. ويقصدون المضاربة من ورائه و بالتالي حماية المشرع للمتنازل ضده أقر بدفع الثمن الحقيقي دون أن يقتصر في الصياغة على الثمن فقط لسد ذريعة اتفاق المتنازل و المتنازل له بإدراجهما في العقد ثمن خيالي و صوري 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 عائق المتنازل ضده و يكون بكافة طرق الإثبات عملا بالقواعد العامة لكون المتنازل ضده في العلاقة ما بين المتنازل و المتنازل له يعتبر من الغير مما يجعل هذه العلاقة بالنسبة للمتنازل ضده بمثابة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات<sup>(3)</sup>.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 203.

2 - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 24.

3 - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 230.

## 2. مفهوم المصاريف الواجبة:

يدخل في هذا القبيل أتعاب الموثق الذي قام بتحرير عقد التنازل ورسوم التسجيل ورسوم الدمغة ومصاريف إعلان الحوالة<sup>(1)</sup> ورسوم الطوابع وأتعاب المحامي والسمسرة<sup>(2)</sup>. 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 مشتملاته 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<sup>(3)</sup> 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<sup>(4)</sup>.

1 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 397.

2 - خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 230.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق 203

4 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 2008 و 2009.

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.

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 402 و403 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 و 403 من القانون المدني الجزائري؟ قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى أنه بمثابة شراء لحق متنازع منه طبقا لنص المادتين 402 و 403 من القانون المدني الجزائري لأنه إذا كانت المادة 400 من القانون المدني الجزائري أجازته فإن حكمها منسوخا فيما يتعلق بعمال القضاء بحكم المادتين 402 و403 قانون مدني جزائري لخصوصه، ولأن حكم المادة 01/400 قانون مدني جزائري قصد به مراعاة مصلحة المدين في حين أن حكم المادتين 402 و 403 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 و 403 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 أبعده



أن يكون عن فكرة المضاربة ولا محل فيه لأي شبهة وبالنتيجة لا مجال لتحريمه عليه<sup>(1)</sup> ونشير إلى أن محمد حسن ذهب مع هذا الرأي لانتقاء فكرة المضاربة ولا تحاذ العلة<sup>(2)</sup>.

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

### 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 إلا الاسترداد لانتقاء فكرة المضاربة، و سنتطرق لكل حالة منها على حدى.

### الحالة الأولى إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد:

مثال ذلك بيع الشركة 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 الشركة، هنا تنعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات وعليه لا يجوز استرداده وبالتالي إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في الشركة وكان ضمن هذا النصيب دين للشركة 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<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 209

<sup>2</sup> - محمد حسن، المرجع السابق، ص 207 و 208

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 208.

الحالة الثانية 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 الشبوع قد يكون هو الدافع إلى الشراء هنا مما يعارض فكرة  
المضاربة <sup>(1)</sup>، 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 إقسمة 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 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 <sup>(2)</sup>.

**الحالة الثالثة إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاء 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.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 207

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، 208 و 209

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)<sup>(1)</sup>. هنا لا يمكن ل (ب) ممارسة دعوى الاسترداد على (ج).

**الحالة الرابعة: إذا كان الحق المتنازع فيه دينا مترتبا على عقار وبيع العقار لحائز العقار**

أو بعبارة أخرى إذا كان الحق المتنازع فيه يتقل 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<sup>(2)</sup>، فعلة 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 و المضاربة في الحقوق المتنازع عليها، و عليه بانتفاء السبب- وهو المضاربة- تسقط معه دعوى حق الاسترداد. و بالمثال الموالي يتضح المقال.

مثاله أن يكون (أ) صاحباً لأحد العقارات المرهونة وفاء 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 يتقل كاهله<sup>(3)</sup>.

هذه هي الحالات التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني و التي 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 و الشراح لاعتبار التصرفات الواردة

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 233.234

<sup>2</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 207

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قدامة، نفس المرجع، ص 234.

على الحق المتنازع فيه والتي تكون في شكل عقود تبرع تخرج هي الأخرى من مباشرة دعوى الاسترداد. و بما فيها من لم يعلم بالنزاع في وقت التصرف بحجة أنه تنتفي فكرة المضاربة<sup>(1)</sup>.

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 و من جهة أخرى أن نية المشرع في التضييق في زاوية المنع الوارد على ممارسة دعوى الاسترداد ما هي إلا وسيلة لحماية المتنازل ضده و الحد 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 المادة 401 من القانون المدني الجزائري إلا أنها مستبعدة ليس بحكم المادة 401 لكنها بصريح المادة 400 من القانون المدني الجزائري التي تشترط أن يدفع المتنازل ضده للمتنازل له الثمن الحقيقي.

بعد ضبط مفهوم دعوى الاسترداد و التطرق لشروط و كليات استرداد الحق المتنازع فيه و حصر 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.

### 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 و البائع<sup>(2)</sup> من جهة ومن جهة أخرى يقع آثار الاسترداد على محل الحق المتنازع فيه بحسب طبيعة هذا الحق. وعليه سنطرق بنوع

<sup>1</sup> - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص393 و394

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 230.

من التفصيل في المطلب الأول إلى آثار الاسترداد على أطراف العلاقة، و في المطلب الثاني إلى آثار الاسترداد على الحق المتنازع فيه.

### المطلب الأول: آثار 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 مغيبته<sup>(1)</sup>

و بالتالي إذا تم الاسترداد على الوجه الصحيح فإنه ينتج أثره لا محالة، أولاً: في العلاقة ما بين المشتري و المتنازل ضده، ثانياً: في العلاقة ما بين المشتري و البائع، ثالثاً: في العلاقة ما بين المتنازل ضده و البائع.

### الفرع الأول: في العلاقة ما بين المشتري و المتنازل 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<sup>(2)</sup>، ولاحظنا سابقاً أنه قد يتنازل المشتري للحق المتنازع فيه إلى مشتري آخر قبل مباشرة دعوى الاسترداد<sup>(3)</sup>، فهنا يستوجب مباشرة دعوى الاسترداد على المشتري الثاني و ليس المتصرف إليه الأول، مع بقاء العلاقة ما بين المتصرف إليه الأول و الثاني صحيحة ما لم تكن مشوبة.

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 رهناً لأحد الأشخاص على

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 176.

2 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 209.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 177.

العقار أو حق ارتفاق أو انتفاع، فتعتبر هذه الحقوق بعد الاسترداد كأن لم تكن، و إذا كان دائن المشتري قد استصدر حكماً من القضاء بالحجز، فإنه يسقط بمجرد وقوع الاسترداد لأن محل الحجز لم يعد مملوكاً للمشتري<sup>(1)</sup>. 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 غالباً ما يكون محترفاً في مثل هذه التصرفات فليلجأ إلى الصورية.

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

إذن يترتب على الاسترداد حلول المتنازل ضده محل المشتري، فهذا الأخير، في علاقته بالمتنازل ضده، يعتبر أنه لم يملك الحق أصلاً. وإذا كان الحق يؤخذ من المشتري ليعطى للمتنازل ضده،

إلا أن هذا لا يعني أن الثاني خلف للأول. ويترتب على هذا أن جميع الحقوق التي يكون المتنازل له قد رتبها على الحق في الفترة بين والاسترداد، تزول بأثر رجعي، لأن المتنازل له يعتبر أنه لم يكن مالكاً في هذه الفترة.

فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع.

وتسقط الحجز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازل فيه حقاً شخصياً، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمتنازل إليه وبيرر ذلك أن

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 231.

القول ببقاء هذه الحقوق يتنافى مع الغرض من الاسترداد وهو براءة ذمة المسترد إذا كان مدينًا أو خلاص الحق له دون منازعة.

### الفرع الثاني: في العلاقة ما بين المشتري و البائع

تبقى هذه العلاقة قائمة و صحيحة فهي لا تنقض بالاستيراد (1). و يذهب غالب الفقهاء إلى قول ببقاء عقد البيع بين المتنازل و المتنازل له بعد الاسترداد على أساس أن الاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع، ومن ثم لا تتأثر العلاقة بين البائع والمشتري، و ينجر عنه أنه يكون للبائع الحق بمطالبة المشتري بالثمن و الالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات، لان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته، و لا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان بعدما انتزع المسترد الصفة من يد المشتري. إلا إذا كان المشتري يجهل أنه اشترى حقا متنازعا عليه فيكون له الرجوع على البائع بالضمان و التعويض (2). و هذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في لقرار الصادر بتاريخ 1948/01/18 في الطعان المسجلان تحت رقم 111 سنة 16ق و 10 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 لحكم المادة 353 من القانون المدني المصري التي تقضي بأن لا ضمان أصلا على من باع مجرد حق متنازع فيه (3).

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً، فلا ينتقض بالاسترداد، وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع، فلا تتأثر بالاسترداد العالقة ما بين المشتري والبائع.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص177.

2 - خليل أحمد حسن قداة، نفس المرجع السابق، ص 231.

3 - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، المرجع السابق، ص368.

ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات، فإن البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته،

ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان، بعد أن انتزع المسترد الصفة من المشتري، وذلك ما لم يكن المشتري يجهل أنه اشترى حقاً متنازعاً فيه، فإن جهل ذلك يرجع على البائع بالضمان والتعويض.

### الفرع الثالث: في العلاقة ما بين المتنازل ضده و البائع

يذهب الرأي السائد في الفقه الفرنسي أن اثر الاسترداد هذا نسبي فهو قاصر على علاقة المتنازل ضده و المتنازل له فيما بينهما، أما بالنسبة للمتنازل فلا يحتج عليه بحلول المتنازل ضده محل المتنازل له. ويكون للمتنازل أن يطالب المتنازل له بالثمن و كأن الاسترداد لم يحصل أي أن التصرف يظل قائماً في علاقة البائع بالمشتري و يبالغ أصحاب هذا الرأي في منطقتهم، يقولون بأن للبائع أن يطالب المتنازل ضده بالثمن مستعملاً حقوق مدينه أي المشتري بواسطة دعوى غير مباشرة (1) .

و يرى 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 و المسترد، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة و إنما 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. و عليه المسترد لا يعتبر خلفا خاصا للبائع و لا للمشتري لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفا فيه(2).

1 - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 209.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 178.



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 و إمكانية البائع لمباشرة دعوى مباشرة على المسترد<sup>(1)</sup>.

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 و المصاريف الواجبة إلى المتنازل له فهنا يكون المتنازل له دائن للمسترد بالثمن و المصاريف الواجبة و يكون 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 القانون المدني الجزائري ممارسة الدعوى غير المباشرة في مواجهة المسترد للمطالبة بالثمن الحقيقي و المصاريف الواجبة. ولا مجال لممارسة الدعوى المباشرة. لأن الدعوى المباشرة عادة لا تكون إلا بنص و لغياب 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 و قطع الخصومة إذا كان الحق عينيا و عليه الحق المتنازع عليه لا ينتقل من البائع إلى المسترد. والعلة في ذلك أن هذا الحق كان متنازعا فيه من البائع و المسترد، فهنا الاسترداد قد حسم النزاع و بالتالي يسقط حق البائع في مطالبة المسترد بالحق المتنازع فيه، و عليه يصبح أثر الاسترداد كأثر الصلح في حسم النزاع<sup>(2)</sup>.

يرى الدكتور محمد حسنين أنه يجب أن يقاس استرداد الحق المتنازع فيه على استرداد الحصة الشائعة و على 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

<sup>1</sup> - محمد حسنين، نفس المرجع ، ص209.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 232.

الجزائري، والتي تقابلها المادة 01/945 من القانون المدني المصري عن آثار استرداد الحصة الشائعة والشفعة و ليس هناك لأن ينفرد الحق المتنازع فيه بحكم خاص في هذا الشأن<sup>(1)</sup>.

ف رأي محمد حسنين الذي أنزل المسترد في الحق المنازع فيه منزله المسترد في الحصة الشائعة و الشفعة في الحقوق و الواجبات قبل البائع يستحق إعادة نظر سواء في الحقوق والواجبات و النصوص القانونية المنظمة لكل منها فإنه بصراحة المادة 1/721 و المادة 802 و 1/804 من القانون المدني الجزائري فإنه على الشريك المسترد أن يباشر دعواه على كل من البائع و المشتري و نفس الشيء بالنسبة للشفيع التي تلزم بمباشرة هذا الأخير دعواه على كل من البائع و المشتري 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 و الشفعة فيها لألزمناه بما لم ينص عليه القانون، ومن جهة أخرى فإن الخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن 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<sup>(2)</sup>.

وعليه فإن الأثر الجوهري في علاقة البائع بالمسترد هو حق البائع في مباشرة الدعوى غير المباشرة على المسترد إذا لم يفي بالثمن و الحقوق الواجبة للمتنازل له. و أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع للمشتري و أن البائع يسقط حقه في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه لأن الاسترداد يحسم النزاع بين البائع و المسترد حول الحق المتنازع فيه<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 209 و 210.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 178.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، نفس المرجع، ص 232.

قلنا بأن المتنازل ضده يحل محل المشتري، بحيث يصبح وكأنه اشترى مباشرة من المتنازل، فإن العلاقة بين المتنازل ضده والبائع تصير مباشرة. فإذا لم يكن البائع قد استوفى حقه من المشتري، كان على المتنازل ضده أن يدفع له الثمن مباشرة متى تقرر الاسترداد. كما أنه يكون للبائع أن يرجع على المتنازل ضده مباشرة نظراً لاختفاء المشتري من العلاقة بحلول المتنازل ضده محله.

ومع ذلك فإن من الفقهاء من لا يسلم بهذه النتيجة رغم تسليمهم بأن المسترد يحل محل المتنازل له (المشتري). وتمشياً مع فكرة الحلول كذلك،

وقيام العلاقة مباشرة بين المتنازل ضده والبائع يكون هذا الأخير ملزماً قبل المسترد بالضمان. وليس في هذا ما يضر بحقوق البائع.

فإذا كان المشتري لم يدفع له الثمن، فإن له أن يستوفيه مع المبالغ الأخرى من المسترد متى تقرر الاسترداد أما إذا كان الثمن مؤجلاً، فإن المسترد لا يفيد من هذا الأجل الممنوح للمشتري، ما لم يرض البائع المتنازل

و عليه من خلال ما سبق يكون الاسترداد قد أوقع أثره في العلاقة ما بين أطراف العلاقة سواء المشتري و البائع و المتنازل ضده. مع أنه لا معنى لهذا الأثر ما لم يكن الاسترداد قد وقع صحيحاً، 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 و بالتالي 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 حقاً شخصياً

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<sup>(1)</sup>.

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".

و إذا كان الحق المتنازع فيه حقا عينيا مثلا حق ملكية على أحد العقارات. فإن الاسترداد يؤدي إلى قطع النزاع و يخلص للمسترد ملكية العقار دون منازعة من البائع. و يعتبر العقار كأنه لم ينقطع عن أملاك المسترد و بالتالي لا حاجة هنا لتسجيل الاسترداد و في هذا الإطار أورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يلي "... و إذا كان الحق عينيا فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح. "مجموعة الأعمال التحضيرية 02ص205<sup>(2)</sup>.

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. و إذا 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 و تخلص ملكية المتنازل ضده.

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 232

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 178.

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 و المتنازل. و إذا كان الحق المتنازع فيه حق عيني تبقي فإن استرداده من قبل المتنازل ضده يؤدي إلى قطع الخصومة القائمة و يؤدي إلى زوال القيد الوارد على العقار المتنازع عليه.

إن البحث في أي موضوع من مواضيع المادة العقارية يطرح عدة إشكالات أهمها تشعب و تعدد النصوص القانونية التي تحكم هذه المادة، وتوالي التعديلات التي تطرأ على هذه النصوص، لذلك يتعين على الباحث في مثل هذه المواضيع الإنتباه إلى تاريخ سريان هذه القوانين و مواكبة تعديلاتها.

لقد اتضح لنا جليا ان تحديث المحافظة العقارية كان أمرا ضروريا لا مفر منه ، باعتبارها تمثل احدى الآليات الاساسية ، و الضرورية في عملية الحفظ العقاري ، لاسيما مع التحولات العميقة التي فرضتها مرحلة الدخول الى نظام السوق بوتيرة متسارعة ، ادت الى بروز العديد من الثغرات القانونية في العديد من التشريعات خاصة تلك المتعلقة بميدان الحفظ العقاري ، مما جعلها غير قادرة على مواكبة المستجدات على السياحة الاقتصادية والمالية التي عرفتها الجزائر في العشرية الاخيرة ، هذا بغض النظر عن حالات الخرق والتجاوزات للعديد من النصوص القانونية ، ناهيك عن اللجوء الى الحلول الظرفية التي كثيرا ما تكون اثارها وخييمة . وتوصلنا من خلال دراستنا لموضوع بيع الحقوق العقارية المتنازع فيها إلي أن هذا العقد يمر بعدة مراحل تبدأ بعملية إبرامه التي تتطلب، كما رأينا، من جهة توافر الأركان العامة للعقد والتي هي : التراضي، المحل والسبب، وإذا كان ركنا التراضي والسبب يخضعان للقواعد العامة، فإننا نجد المشرع بالنسبة لركن المحل قد أحاط العقار بحماية إضافية بموجب المادة 358 من القانون المدني عندما منح إمكانية إبطال عقد بيع العقار للبائع إذا بيع العقار بثمن يزيد عن الخمس ورفض المشتري تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ومن جهة أخرى ألزم المشرع تحرير هذا العقد في شكل رسمي أمام الموثق وذلك تحت طائلة البطلان كما نصت عليه المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري. بذلك تكون الرسمية ركنا رابعا في البيع العقاري بعدما حسمت المحكمة العليا الجدل الذي كان قائما بشأن هذه المسألة قبل صدور قرار الغرف المجتمعة بتاريخ 18/02/1997.

وتلي عملية إبرام العقد مرحلة لا تقل أهمية عن مرحلة إبرامه نظرا للأثر القانوني الذي ترتبه، وهي مرحلة وعملية إشهار العقد بالمحافظة العقارية، إذ أن عملية الإشهار هي التي تنقل الملكية العقارية في البيع العقاري.

ولكن مادام أن عملية مسح الأراضي لم تغط بعد كامل المساحة الجغرافية لبلدنا فإن فعالية نظام الشهر العيني الذي تبناه المشرع الجزائري تبقى معلقة على عملية المسح التي تستلزم أموالا طائلة نظرا لتقنية العملية وإتساع القطر الجزائري.

إلى جانب ذلك فإن المشرع فرض آليات من أجل حماية المساحات و المواقع المحمية البارزة وهذا بتحديدتها والعمل على تصنيفها و كذا فرض قواعد متميزة تختص بها بموجب أحكام تشريعية خاصة نظرا للإعتبارات التاريخية ، الثقافية ، الحضارية ، البيئية ، الإقتصادية التي تقوم عليها.

### التوصيات

- ومن بين النقاط الرئيسية التي لا بد ان يأخذها المشرع الجزائري في هذا التغيير :
- 1 - ضرورة النهوض بوظيفة المحافظ العقاري و ترقيتها اذ تتطلب منه ان يكون ملم بجميع القوانين و التنظيمات التي تحكم مجال معاملات الافراد ، وتنظم الملكية العقارية مع ضرورة الجمع ما بين الجانب القانوني و الجانب التقني لها حتى يتمكن من اجراء فحص كامل وشامل للوثائق المودعة ، وبالتالي اجراء شهرها .
  - 2 - ضرورة وضع مديرية مسح الأراضي و الحفظ العقاري تحت وصاية وزارة العدل ذلك كون العلاقة ما بين مصالح الحفظ العقاري ووزارة العدل علاقة وثيقة وقوية فرضتها طبيعة العمل .

1. اشرف فايز اللساوي، الملكية الشائعة ، الطبعة الأولى، القاهرة ، مصر، 2009.
2. بركات سعود ، شرح التشريعات العقارية السورية ، التشريعات العقارية العربية، دراسة مقارنة 2006.
3. بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2006.
4. جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع و اثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2000.
5. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر 2003.
6. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر 2004.
7. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
8. رمول خالد، المحافظة العقارية كالية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 2001.
9. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع،
10. السيد عبد الوهاب عرفة ، القسمة و استعمال و إدارة المال الشائع، دار الفكر و القانون مصر ، 2000.
11. عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة ط 2003.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1960.
13. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1960.



14. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء الثامن  
حق الملكية ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ،  
2011.
15. عبد العلي بن محمد العبودي، نظام التحفيظ العقاري، ط الأولى، المركز  
الثقافي العربي، الدار البيضاء، سنة2003
16. علي فيلاي، الإلتزامات ،النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، موفم للنشر  
والتوزيع، الجزائر، 2005 .
17. لحسين بن الشيخ آث ملويا،المنتقي في عقد البيع، الطبعة الثانية،دار  
هومة،الجزائر، 2006.
18. ليلي زروقي، عمر حمدي باشا،المنازعات العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة،  
الجزائر،2006.
19. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى،  
الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2003.
20. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات  
الجامعية، الجزائر 1990.
21. محمد صبري السعدي،النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول،دار  
الهدى،الجزائر 2004.
22. محمد عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، دار  
هومة ،الجزائر، 2000.
23. محمود جمال الدين زكي ،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة القاهرة  
، مصر، 1978 .
24. همام محمد محمود زهران ،الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية ، دار  
الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر،2007

25. يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.

### الرسائل و الأطروحات

1. رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014 .
2. بسكري أنيسة ، تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري مذكرة ماجستير فرع عقاري زراعي , جامعة الجزائر ، 2009،

### المقالات

1. سعد حسين عبد ملحم ، تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع ، مقال بمجلة كلية التراث الجامعة العدد التاسع عشر ، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العراق .
2. عقوني محمد، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع ، مقال بمجلة الدراسات القانونية و السياسية - العدد 07 جانفي 2018 جامعة عمار ثليجي بالأغواط- الجزائر 2018.

### II. النصوص التشريعية

#### القوانين و الأوامر

1. أمر رقم 154/66، مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم. (ملغى).
2. الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005.
3. أمر رقم 74/75، مؤرخ في 12/11/1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
4. قانون رقم 84/11 مؤرخ في 09/06/1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

5. قانون رقم 19/87، مؤرخ في 1987/12/08، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.
6. قانون رقم 25/90، مؤرخ في 1990/11/18، يتضمن التوجيه العقاري.
7. قانون رقم 11/91، مؤرخ في 1991/04/27، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.
8. قانون رقم 02/06، مؤرخ في 2006/02/20، يتعلق بتنظيم مهنة الموثق.
9. قانون رقم 03/06، مؤرخ في 2006/02/20، يتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي.
10. أمر رقم 03/06، مؤرخ في 2006/07/15، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية.
11. قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم بالقانون 13/22 .

### المراسيم

1. مرسوم رقم 62/76، مؤرخ في 1976/03/25، يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، معدل ومتمم.
2. مرسوم رقم 63/76، مؤرخ في 1976/03/25، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل ومتمم.
3. مرسوم تشريعي رقم 03/93، مؤرخ في 1993/03/01، يتعلق بالنشاط العقاري.

### III. المجالات القضائية :

- 1/- العدد 1 و 2 لسنة 1992.
- 2/- العدد 2 لسنة 1994.
- 3/- العدد 1 لسنة 1999.

	آية قرآنية
	إهداء
	شكر
01	مقدمة
06	الفصل الأول: ماهية بيع الحقوق المتنازع فيها
06	المبحث الأول: مفهوم بيع الحقوق المتنازع فيها
06	المطلب الأول: تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها
07	الفرع الأول: تعريف عقد البيع
12	الفرع الثاني: تعريف الحق المتنازع فيه
17	المطلب الثاني: مكانة بيع الحق المتنازع عليه عن بعض البيوع الأخرى
17	الفرع الأول: التمييز بين بيع الحق المتنازع عليه عن بيع ملك الغير
25	الفرع الثاني: تمييز بيع الحق المتنازع فيه عن بيع المشاع
27	المبحث الثاني: الحظر الواقع على التعامل في الحقوق المتنازع فيها و جزاؤه
28	المطلب الأول: نطاق الحظر و مجاله
28	الفرع الأول: منع رجال القضاء و أعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها
39	الفرع الثاني: منع تعامل المحامين والمدافعين القضائيين مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيه
41	المطلب الثاني: جزاء الحظر وحكمه
41	الفرع الأول: جزاء الحظر
48	الفرع الثاني: الحكمة من تقرير البطلان

49	الفصل الثاني: الآثار المترتبة على بيع الحقوق المتنازع فيها
50	المبحث الأول: أحقية استرداد الحق المتنازع فيه
50	المطلب الأول: أحكام ممارسة دعوى الاسترداد
50	الفرع الأول: مفهوم دعوى استرداد الحق المتنازع فيه
63	الفرع الثاني: شروط ممارسة دعوى الاسترداد
76	المطلب الثاني: الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد
79	المبحث الثاني: آثار الاسترداد
80	المطلب الأول: آثار الاسترداد على أطراف العلاقة
81	الفرع الأول: في العلاقة ما بين المشتري و المتنازل ضده
82	الفرع الثاني: في العلاقة ما بين المشتري و البائع
83	الفرع الثالث: في العلاقة ما بين المتنازل ضده و البائع
86	المطلب الثاني: آثار الاسترداد على الحق المتنازع فيه
89	الخاتمة
91	قائمة المراجع
95	الفهرس

**الملخص :** 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 و... ويعتبر النوع الأخير من هذه البيوع النوع الأكثر شيوعا وفي نفس الوقت الأكثر جهلا من طرف المتقاضين .

**الكلمات المفتاحية : بيع ، الحقوق ، عقد**

**Abstract :** The sale contract occupies a very sensitive position in society, since the majority of transactions carried out by individuals within the society revolve around selling. On this basis, the Algerian legislator intervened in the manner of comparative legislation, and the men of jurisprudence to name the contracts contained in the latter, among them: the sale of the property of others, the sale of the communal, the sale of the sick with death, the sale of the estate, the sale of scraps, and the sale of disputed rights and ... and the type is considered The last of these sales is the most common type and at the same time the most ignorant of the litigants.

**Key word :** the sale – rights - contract