



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص الكامل

تحت إشراف الأستاذة:

• بلاش ليندة

من إعداد الطالبين:

• بن أحمد كهيبة

• بن عيسى نجاة

لجنة المناقشة:

الأستاذ رئيساً.

الأستاذة: بلاش ليندة مشرفة و مقررة.

الأستاذ ممتحناً.

السنة الجامعية 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

الحمد لله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أهدي ثمرة جهدي إلى العزيزين والغاليين على قلبي والدي الغالي نور دربي "بوعلام" وأمي الحبيبة "صفية" ، أدعو الله أن يحفظهما ويمدهما بالصحة والعافية ، اللذان كانا دعمًا وسندا لي طيلة سنوات مشواري الدراسي.

إلى أخوي العزيزين "مقران" و"حمزة" وأخواتي "زينب" "يسمينة" "ليدية" أسأل الله أن يحفظهم وأن ينير لهم دربهم.

وأخص بالذكر زميلتي وصديقتي "نجاه" ، التي تعاوننا وتقاسمنا هذا العمل من بدايته إلى نهايته ، وهذا بفضل الله عز وجل الذي أسأله أن ينير لها حياتها ، ويجعل السعادة نصيبها.

وإلى أعز الأصدقاء الذين جمعني بهم الاقدار وكانوا صحبة الأخيار "رحماني يسمينة" و"بقة مهدية" ، وإلى كل زملائي وزميلاتي وإلى كل طالب علم نافع.

إهداء

الحمد لله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أهدي عملي هذا إلى أغلى شخصين في حياتي ، إليكما والدي ، إليك أُمي العزيزة نبع الحياة والحنان ، وإليك أبي العزيز سندي ونور دربي ، رعاكم الله لي وحفظكم في صحة وعافية ، إلى أخوتي الثلاث "سعيد" "مجيد" "إسلام" ، وإلى أختي الغالية "إكرام" وإلى عمي الغالي "الطيب" وإلى جدتي الحبيبة التي راعنتني بحبها وحنانها وإلى كل عائلتي الكبيرة أحوال وأعمام.

إليك رفيقة دربي الغالية "كهينة" حفظك الله وأدام عليك نعمة الصحة والسعادة.

إلى كل صديقاتي ، إلى كل شخص عزيز علي في الحياة إلى كل طالب علم نافع ومعرفة منيرة.

نِجَاة

شكر وتقدير

الشكر والحمد لله سبحانه وتعالى على كرم فضله، الذي وفقنا في إنجاز هذه الدراسة

والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد صلى الله عليه وسلم

فإننا بعد ذلك يشرفنا أن نتقدم بخالص الشكر والتقدير والإحترام، وعظيم الإمتنان إلى

الأستاذة بلاش ليندة، المشرفة على هذه المذكرة، على كل ما بذلته من جهد وعلى

ماقدمته من توجيهات وإرشادات قيمة خلال هذه الدراسة.

ومن ثم نتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتنا في كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، الذين تعلمنا على أيديهم طيلة السنوات الماضية.

كذلك نتقدم بجزيل الشكر والتقدير للسادة أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، الذين

شرفونا بقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

كما نشكر كل الذين ساعدونا من قريب ومن بعيد من أجل إنجاز هذه المذكرة.

كهينة/نجاة

قائمة المختصرات

1: باللغة العربية:

ج ر ج ج: جريدة رسمية الجمهورية الجزائرية

ج: جزء

د د ن: دون دار النشر

د س ن: دون سنة النشر

د م ن: دون مكان النشر

ص. ص: من الصفحة إلى الصفحة

ص: صفحة

ط: طبعة

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

...إلخ: إلى آخره

2: باللغة الفرنسية

P : Page

T : Tome

مقدمة

تعتبر الملكية حق من الحقوق الهامة، والضرورية في حياة الأفراد على مر العصور، وكانت الضرورة ملحة لتنظيم هذا الحق لبيان سلطات المالك على أمواله والقيود الواردة على حق الملكية.

يعرف حق الملكية بأنه حق عيني أصلي، فهو سلطة شرعية يقرها القانون لشخص معين على شيء معين، سواء كان مادي أو معنوي، حيث يستأثر المالك على السلطات الثلاث الواردة على حق الملكية من استعمال وإستغلال وتصرف، علما أن مباشرة هذه السلطات يكون في حدود القانون.

يتميز حق الملكية بأنه حق جامع، يخول لصاحبه كل سلطة واردة على الشيء، كما أنه حق مانع يقتصر على المالك وحده الذي يجوز له أن يستأثر بحق الملكية وجميع مزايا ملكه دون مشاركة من أحد ودون إذن من أحد، ومن خصائص حق الملكية أنه حق دائم لا يسقط بعدم الإستعمال فلا يرد عليه التقادم المسقط، مهما إمتد الوقت دون إستعمال المالك لملكه فإن الملكية لا تزول عنه.

تثبت الملكية للشخص الواحد في الصورة العادية لها بما يعرف بالملكية الفردية، فتتخصر بمالك واحد، إلا أن الملكية قد تأخذ صورة أخرى حين تتزاحم على الشيء الواحد حقوق أكثر من مالك واحد فتسمى الملكية الشائعة.

يقصد بالشيوع الحالة القانونية التي تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني، فهو لا يقتصر على الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى، كما لو أوصى شخص بحق الإنتفاع لعدة أشخاص، إذ يكون حق الإنتفاع حينئذ مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا، فتقع الملكية الشائعة على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق الشريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، وحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم المال ذاته.

ولا يقتصر الشيوع على الملكية التامة بل يمتد إلى الملكية الناقصة في صورها المختلفة، من إنقاع، وإستعمال، وسكن، وإرتفاق، وتتنطبق على هذا الشيوع نفس الأحكام التي وضعها المشرع بالنسبة للشيوع في الملكية التامة، كلما كانت لا تتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها.

ينشأ الشيوع من أي سبب منشئ للملكية، فقد يكون السبب تصرف قانوني أو واقعة مادية، يتمثل التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة فيصح كلا منهما أن يكون مصدر للشيوع، ففي حالة العقد يكون الأشخاص شركاء على الشيوع إذا ما تعاقد جميعهم على شراء شيء معين مثلا، وتكون الإرادة المنفردة مصدرا للشيوع كما في حالة الوصية والهبة فقد يحدث أن يهب الشخص أو يوصي الموصي بالشيء الموصى به لأكثر من شخص، ومن صور الإرادة المنفردة كذلك الجعالة والوعد بالجائزة. أما بالنسبة للواقعة المادية تتمثل في واقعة الحيازة والوفاة، تتمثل واقعة الحيازة في أن يقوم أكثر من شخص بحيازة مشتركة لمال بقصد تملكه للمدة القانونية المحددة يصبح هؤلاء ملاك على الشيوع، وأكثر أسباب الشيوع إنتشارا في الحياة العملية هو الميراث، فبعد وفاة الشخص تنتقل أمواله إلى ورثته، فتصبح تركة شائعة بين الورثة لفترة من الزمن، فقد تطول أو تقصر وهذا لبقائهم على هذا الوضع فلا يقسمون التركة أجزاء مفرزة بينهم حتى وفاتهم فيحل محلهم ورثتهم وهكذا أجيالا متعاقبة، يتزايد فيها عدد الملاكوتقل حصة كل منهم.

أصبحت الملكية الشائعة كثيرة الإنتشار في الحياة العملية علما أنها ليست بالنظام المفيد من الناحية الاقتصادية وغير مرغوب فيها، ذلك نظرا للصعوبات الناشئة عن تعدد الملاك، الذي من شأنه أن يجعل إستغلال هذا الشيء أكثر تعقيدا، مما لو إنفرد بملكيته شخص واحد إذ كثيرا ما تختلف وجهات النظر لدى الملاك في كيفية الإستغلال، مما يؤدي لصعوبات قد تصل لحد التهديد بتعطيل إستغلال الشيء، ولهذا فلا بد من تنظيم الملكية الشائعة على نحو يقلل بقدر الإمكان

منالصعوبات التي تنشأ عن تعدد أصحاب الحق الواحد،¹ لذا فإن نظام الملكية الشائعة بحد ذاته نظام مؤقت ينتهي في وقت من الأوقات سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة.

لم يتعرض القانون المدني الفرنسي القديم للشيوع إذ إقتصر على إجراءات القسمة فقط بإعتباره وضع مؤقت غير مرغوب فيه دون أن يقوم بتنظيم الملكية الشائعة في حد ذاتها، ويرجع ذلك إلى التصور الفردي للحقوق بصفة عامة وللملكية بصفة خاصة، غير أن التطبيق العملي لهذا التصور لم يلبث أن كشف عن قصوره فقد بدا من العسير في أغلب الحالات إتفاق الشركاء جميعا بشأن مباشرة سلطات الملكية مما يترتب عليه تعطيل الإستفادة من المال الشائع، لهذا قامت التشريعات الحديثة وعلى رأسها التشريع الجزائري بتنظيم حالة الشيوع متبنية في ذلك تصورا جديدا قائما على أن الملكية وظيفة إجتماعية وأن سلطات الملكية يجب ممارستها في ضوء هذه الوظيفة فعنت بتنظيم الملكية الشائعة تنظيما يكفل حسن تسيير المال الشائع.

يأخذ الشيوع نوعان، شيوع إختياري، وشيوع إجباري، فالأول هو القابلية للقسمة بمعنى أن الخروج منه أو البقاء فيه يتوقف على إرادة المالكين، فلكل واحد منهم في حالة عدم وجود إتفاق أن يطلب إفراز نصيبه، فيصبح مالكا ملكية مفرزة عن طريق القسمة، والنوع الثاني وهو الشيوع الإجباري هو الشيوع الذي لا يجوز لأي من الشركاء طلب القسمة فيه، في حين أن طلب القسمة حق ثابت لكل شريك على الشيوع العادي وإمتناع القسمة في الشيوع الإجباري يقصد منه المحافظة على الغرض الذي أعد له المال الشائع.

كثيرا ما يظهر مصطلح الملكية المشتركة الذي يختلف عن الملكية الشائعة، من حيث أن الأولى ملكية جماعية من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيبه بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا أو يطلق عليه اسم *propriété collective* فهي ملكية

¹ -محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص.107.

واحدة لكل الشركاء مجتمعين، أما الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المشتركة من حيث أنها لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادة الأفراد أي باتفاقهم في حين أن الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ على رغم الشركاء كما هي الحال بالنسبة للأموال المورثة مثلا، ومتى قدم كل شريك في الملكية المشتركة نصيبه فقد حقه العيني لينتقل إلى الجماعة ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في إستغلال الشيء وفي الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنها ولا يعود للشريك الحق العيني إلا بعد قسمة الأموال نتيجة تصفية الشركة،² بالإضافة إلى أن حق المالك في الملكية المشتركة يتحدد بحصة محددة على عكس المالك في الشيوع فهو يملك حصة شائعة غير محددة.

يتطلب لتنظيم الملكية الشائعة القيام بأعمال الإدارة، بحيث يعود الحق في القيام بإدارة المال الشائع أصلا إلى الشركاء مجتمعين فإذا إتفقوا جميعا على تنظيم معين لإدارة المال المشترك كان هذا التنظيم هو الواجب إتباعه سواءا تعلق الأمر بأعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة ومن الجائز أن يتفقوا صراحة على شخص معين ينوب عنهم في الإدارة سواء كان واحد منهم أو من الغير، أو قد يكون هذا الاتفاق ضمنيا يستخلص من الظروف كما لو قام أحد الشركاء بأعمال الإدارة من دون إعتراض الباقيين، ولكن في حال تعذر إجماع الشركاء على إدارة الشيء الشائع أي إذا إتفقوا جميعا على ذلك فتخضع الإدارة لقواعد خاصة نص عليها القانون.

ترتب الملكية الشائعة حقا للشركاء في الإنتفاع به، والتصرف فيه، شأنه في ذلك شأن الملكية المفترزة، ولكن مادام حق الشريك يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين، وهؤلاء يمتد حقهم إلى نصيب الشريك، فإنه يتعذر عليه الإنتفاع بالشيء لوحده.

إختلف الفقهاء في طبيعة حق الشريك، فذهب البعض إلى أنه مجرد حق شخصي وليس حقا عيني، ويذهب آخرون إلى أن الملكية الشائعة ملكية جماعية أو مشتركة، بالتالي يعتبر

²- صدور محمد، الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007،

الشريك مجرد دائن بحق شخصي... وذهب رأي ثالث إلى إعتبار حق الشريك المشتاع حقا عينيا من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية الأخرى، والرأي السائد هو أن حق الشريك في الشيوغ هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، فهو يشتمل على جميع عناصر حق الملكية³.

إعترف القانون المدني الجزائري بحق كل شريك من الشركاء على الشيوغ بالتصرف في المال الشائع، فقد خول كل السلطات القانونية لممارسة هذا الحق، إلا أنه لم يترك هذا الحق مطلقا بل جعله مقيد لحماية الحقوق المرتبطة بالشركاء وحصصهم في المال الشائع وهذه القيود منصوص عليها قانونا حتى يبعد الضرر عن الشركاء، كثيرا ما يقوم الشركاء أو أحدهم بالتصرف في المال الشائع قصد الإستفادة منه، دون العلم بكافة أحكام هذا التصرف مما يؤدي إلى كثرة النزاعات المطروحة على مستوى القضاء، وما يعيننا في هذا المقام هو الملكية بنوعها المنقول والعقار، دون تخصيص الدراسة لنوع واحد من المال، ولعل ما دفعنا لإختيار موضوع تصرف الشركاء في الملكية الشائعة، جملة من الأسباب منها ما هو ذاتي وما هو موضوعي، ففيما يتعلق بالأسباب الذاتية فإنها تتمثل في :

-حب البحث والرغبة في دراسة وتحليل الموضوع الذي جاء تماشيا مع ميولاتنا الشخصية.

-الإهتمام بالمواضيع المتعلقة بالملكية وخاصة بالملكية الشائعة.

-السعي لتوفير مرجع علمي في المستوى، يمكن للطالب والباحث في هذا المجال الإستعانة به.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية التي تتمثل في:

³-مخازني فايذة، تصرف الشريك في المال الشائع:(دراسة مقارنة)، مذكرة نيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص. 3.

-إهتمام المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى بالملكية بوجه عام وبالملكية الشائعة بوجه خاص مما يتطلب علينا عرض هذه الأحكام الخاصة بالتصرف، لنستظهر مدى قدرة المشرع الجزائري على مسايرة تطور الأحكام وما أغفل عنه.

-كثرة النزاعات المتعلقة حول التصرف في الملكية الشائعة أمام القضاء، وتزايد التساؤلات لدى الشركاء على الشيوخ حول هذه التصرفات في مدى جوازها وما أحكامها، علما أن هذه النزاعات تؤدي وتؤثر بشكل سلبي على العلاقات بين الأشخاص.

إنطلاقا من الأسباب التي تم ذكرها، وكذا ما يحدث في الواقع وفي المجتمع من كثرة التصرفات التي يقوم بها الشركاء في المال الشائع، سنقوم بمحاولة رفع اللبس عن الأحكام المتعلقة بهذه التصرفات منطلقين من إشكالية حكم تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة، وأهم القيود الواردة عليها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ولبلوغ الهدف من معالجة هذا الموضوع ثم الإستعانة بالمنهج التحليلي لمختلف النصوص القانونية، وكذا المنهج الوصفي في عرضنا لمختلف جزئيات الموضوع، وقد إعتدنا في ذلك تقسيما ثنائيا، فيكون موضوع تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة يتمحور حول، حكم تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة(الفصل الأول)، وأهم القيود الواردة على تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة(الفصل الثاني).

ونتهي موضوع البحث بخاتمة متضمنة لأهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها.

الفصل الأول
حكم تصرفات
الشركاء في
الملكية
الشائعة

الفصل الأول

حكم تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة

ينطوي حق الملكية بوجه عام على سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا لا يضر بالغير وهذا حسب ما أورده المشرع الجزائري، في نص المادة 674 من التقنين المدني التي نصت على أن: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أنلا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"⁴.

تتقسم التصرفات الواردة على حق الملكية إلى نوعان، تصرف مادي وتصرف قانوني، فللمالك أن يتصرف في الشيء الذي يرد عليه حقه بكافة أنواع التصرفات المادية، فله أن يغير من مادة الشيء أو أن يعدمها. وسلطة المالك من هذه الناحية لا تثبت لغيره، لذلك تعتبر أهم خاصية تميز حق الملكية عن الكثير من الحقوق العينية، وإذا كان للمالك وحده الحق في التصرف المادي في الشيء فإن ذلك يكون مقيدا بشرط عدم الإضرار بحق الغير. إضافة إلى حق المالك في التصرف المادي في الشيء الذي يرد عليه حقه، فله أيضا إجراء كافة التصرفات القانونية عليه، سواء أدى هذا التصرف القانوني إلى زوال حقه كليا أو تقييده.

تتعلق الأحكام السابقة في حالة الملكية التامة للشخص، أما في حالة الملكية الشائعة حيث يتعدد الملاك على الشيء الواحد، فإنه لا يعد المال الشائع مملوكا كله ملكية تامة للشريك، وإذا كانت الملكية الخالصة لشخص واحد ترد عليها قيود، فإن هذه القيود تأخذ أحكاما خاصة في مجال الملكية الشائعة حيث لا يعد المال الشائع مملوك كله ملكية تامة، وعليه فتصرفات الشركاء تكون بأحكام خاصة، وهذا ما سنتم دراسته خلال حكم تصرفات أحد الشركاء

⁴ - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 1975/09/30، معدل ومتمم.

في الملكية الشائعة (المبحث الأول)، وكذا حكم التصرف الجماعي للشركاء في الملكية الشائعة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حكم تصرفاتأحد الشركاء في الملكية الشائعة

نص المشرع الجزائري في المادة 714 ق م ج: "كل شريك في الشيوغ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"⁵.

يتضح من خلال ما سبق أنه يجوز للشريك التصرف منفردا في حصته إما أن ينصب هذا التصرف على حصته الشائعة، أو على حصته مفرزة(المطلب الأول)، كما قد يتصرف في المال الشائع كله (المطلب الثاني).

⁵-أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

المطلب الأول

حكم تصرف أحد الشركاء في حصته

قضت المحكمة العليا على أنه: " من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون....."⁶.

قد ينتج عن تصرف الشريك منفرداً في حصته وضعاً خاصاً مشوباً بمجموعة من الصعوبات والإشكالات، ويثير كثيراً من النزاعات خاصة وأنه وضع مؤقت يؤول بالضرورة إلى القسمة والإفراز، فحصة أحد الشركاء ليست حصة عادية يسهل التصرف فيها، وذلك لوجود شركاء آخرين يتمتعون بنفس الحقوق على نفس المحل مما يجعل التساؤل قائماً حول حكم التصرفات التي قد يقوم بها أحد الشركاء في حصته، التي قد تأخذ صورتين، فإما أن يكون تصرفه منصباً على حصته الشائعة (الفرع الأول) ، أو يكون في حصته مفرزة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

حكم تصرف أحد الشركاء في حصته الشائعة

يحق للشريك في الشيوخ أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرفات القانونية ذلك أن ملكية الحصة الشائعة هي ملكية تامة⁷. يعتبر تصرف الشريك في حصته الشائعة

⁶ - قرار المحكمة العليا، رقم 63765، مؤرخ في 1990/10/29، الصادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، عدد 4، 1992، ص. ص. 28-30.

⁷ - مختاري سهيلة، حاج أحسن سمية، حقوق والتزامات الشريك في العقار الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 2014، ص. 24.

صحيحاً نافذاً في مواجهة باقي شركائه، سواء كانت هذه التصرفات ناقلة للملكية أو مرتبة لحق عيني.

يتصرف الشريك في حصته الشائعة كيفما شاء دون إذن من باقي شركائه بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوقهم⁸، إذ يجوز أن يصدر التصرف إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعاً، كما يجوز أن يصدر إلى أجنبي عن الشركاء، وفي حالة التصرف إلى أجنبي يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المتصرف بها في المنقول.

يجوز لكل شريك على الشيوع، أن ينقل كل حصته الشائعة أو بعضها للغير بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوصية، ويكون تصرفه صحيحاً لأنه يتصرف في حقه، كما يجوز له أيضاً أن يرتب عليها حقاً عينياً كحق الإنتفاع⁹ بإعتباره حق عيني أصلي، وكذا بالنسبة للحقوق العينية التبعية. فموضوع تصرف الشريك في الملكية الشائعة يدفعنا للبحث في حكم التصرفات الناقلة للملكية (أولاً)، وحكم التصرفات المرتبة لحق عيني (ثانياً).

أولاً: حكم تصرفات الشريك الناقلة للملكية

يقصد بالتصرفات الناقلة للملكية تلك التي تنقل المال من ملكية شخص ما إلى ملكية شخص آخر، فيجوز للشريك في الشيوع التصرف في حصته الشائعة تصرفاً ناقلاً للملكية، فقد يكون تصرفاً بعوض أو بمقابل، كما قد يكون تصرفاً بدون عوض أو تبرع دون مقابل، فما حكم تصرف الشريك في مثل هذه التصرفات إذا قام بمباشرتها على حصته الشائعة من المال الشائع؟

⁸ - هذا ما أكدته أيضاً المحكمة العليا في القرار رقم 161833، مؤرخ في 1998/09/30، منشور في الإجتهد القضائي للفرقة العقارية، الجزء الثاني، لسنة 2004، ص. 195، والذي جاء فيه "يجوز للشريك في الشيوع التصرف في حصته شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء".

⁹ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية: (الملكية والحقوق المتفرعة عنها-أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007، ص. 121.

1: التصرفات الصادرة من أحد الشركاء بعوض

يدخل ضمن التصرفات بعوض، البيع والمقايضة، فقد أجاز القانون للشريك على الشروع التصرف في حصته الشائعة بيعا أو أن يقوم بالمقايضة، سواء كان المتصرف إليه أجنبيا عن الشركاء أو كان واحدا منهم.

أ: بيع الشريك حصته الشائعة

عرف المشرع الجزائري البيع في نص المادة 351 ق م ج على أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"¹⁰.

لم يورد المشرع أي نص قانوني خاص ببيع الحصة الشائعة، غير أنه لم يشترط في بيع الحصة الشائعة إلا ما يشترط في العقود بصفة عامة، مع مراعاة الإجراءات الشكلية ولا يوجد في ذلك ما يتعارض مع طبيعة الشروع، لذا تسري عليه أحكام المادة 714 ق م ج سالفه الذكر. يعتبر تصرف الشريك في حصته الشائعة عن طريق البيع تصرفا صحيحا، سواء كان عقارا أو منقولا، قابلا للقسمة أم لا¹¹، سواء كان التصرف الصادر منه لشريك أو لأجنبي، أو إنصب على جزء من حصته أو عليها كلها.

يكون تصرف الشريك في حصته الشائعة نافذا في مواجهة شركائه دون الحاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم به ما دام يتصرف في حدود حصته ونصيبه، شرط عدم الإضرار بحقوقهم¹²، وهذا وأكدت عليه الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في قرارها رقم

¹⁰ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

¹¹ - يقصد بما يقبل القسمة، ما يبقى منتفعا بالحصص المقسومة فيه بعد قسمتها وإفرازها نفس الإنتفاع، ويقصد بما لا يقبل القسمة مالا يصير منتفعا بأجزائه بعد قسمته أصلا، وفيما يخص مالا يقبل القسمة فيمكن بيعه بالمزاد العلني حسب ما تقرر في المادة 786 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

¹² - SOPHIE SCHILLER, *Droit des biens*, 3em édition, Cours Dalloz, Paris, 2007, P. 264.

186043 الذي جاء فيه أنه: " يجب لأحد الشركاء على الشيوع التصرف في منابه المفرز شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء". واستندت المحكمة في قرارها على جملة من الأسباب أهمها: " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه في صفحته الثالثة يتضح أن قضاة المجلس أكدوا أنه طالما ان المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه دون فرزه طالما أنه لم يلحق أي ضرر بمناب شركائه وهو مالم تثبت في قضية الحال، وعليه قرروا إلغاء الحكم المستأنف وقضوا من جديد برفع الدعوى لعدم التأسيس.

وحيث أنه يتبين مما سبق أن القرار المطعون فيه مغلل تعليلا كافيا وله أساس قانوني على خلاف ما جاء في هذا الوجه الذي يجب رفضه¹³.

يظهر من خلال ما ذكر في إجتهد المحكمة العليا يظهر أنها اكدت على المبدأ القانوني الذي نص عليه المشرع في المادة 714 ق م ج، بإقرار حق الشريك في الشيوع التصرف في حصته الشائعة شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء.

فإذا تصرف الشريك في أكثر من نصيبه ألزم إدخال باقي الشركاء لإجازة بيع القدر الزائد عن نصيبه في حالة عدم اعتراضهم¹⁴.

يلاحظ أنه في حالة تصرف الشريك في حدود حصته إلى الغير وقام المتصرف إليه أو المشتري بتسجيل عقد شراء الحصة الشائعة إنتقلت إليه حصة الشريك البائع المشاعة وأصبح شريكا في الشيوع بقدر الحصة المتصرف فيها¹⁵. وفي هذا الصدد فإن المعاملات العقارية

¹³ - قرار المحكمة العليا، رقم 186043، مؤرخ بتاريخ 1999/03/24، صادر عن الغرفة العقارية، المجلة القضائية، عدد 4، 2000، ص. 195.

¹⁴ - مخازني فايضة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص. 17.

¹⁵ - عرفه عبد الوهاب، الوجيز في إستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب: (دعوى القسمة)، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2005، ص. 53.

تقضي ضرورة إجراء القيد إلى جانب الرسمية بإعتبارها ركنا لتكريس قيمة الحق تجاه الغير وقد نصت المادة 793 ق م ج على أنه: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"¹⁶. كما تنص المادة 16 من الأمر رقم 74-75، المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على أنه: "إن العقود الإرادية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"¹⁷.

يشارك هاذان النصين في اعتبارهما القيد شرطا لنقل الملكية في العقارات والحقوق العينية الأخرى بصرف النظر عن نوع التصرف، لقد جعل المشرع الجزائري الرسمية أساسا لوجود التصرف القانوني، مثلما هو الأمر بالنسبة للعقود الناقلة للملكية العقارية أو أي حق عيني آخر، فإن تخلف أحد الشروط المستوجبة قانونا في تحرير المحرر الرسمي تؤدي فعلا إلى جعل التصرف منعدم و بالتالي يصبح كأنه لم يكن، وبما أن عقد البيع يؤدي إلى نقل الملكية من البائع إلى المشتري فإن العقد لا ينقل الملكية وإنما يتأخر هذا الأثر إلى أن يتم إتخاذ إجراءات التسجيل والشهر¹⁸.

ب: مقايضة الشريك ل حصته الشائعة

عرف المشرع الجزائري المقايضة من خلال المادة 413 ق م ج، على أنها عقد يبرم بين طرفين يلزم أحدهما بنقل الملكية على سبيل التبادل بغير النقود للطرف الآخر. يظهر الإختلاف

¹⁶ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

¹⁷ - أمر رقم 75-74، مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، عدد 92، صادر في 18 نوفمبر 1975.

¹⁸ - رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص. 64.

الموجود بين عقد البيع وعقد المعاوضة أو ما يسمى بعقد المبادلة، من حيث أن الأول يقوم على أساس النقود، بينما الثاني يكون على أساس تبادل ملكية مال بغير النقود¹⁹.

جاء في نص المادة 415 ق م ج على أنه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح له طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايس عليه"²⁰.

بموجب الإحالة الواردة في هذه المادة، فإن ما يسري على عقد البيع يسري على المقايضة لكن بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، لذلك تكون المقايضة بالحصة الشائعة صحيحة نافذة في حق باقي الشركاء طالما لم يلحق بهم ضرر. وبما أن الشكلية المطلوبة في عقد البيع هي الكتابة الرسمية فإن عقد المقايضة في هذه الحالة يخضع بدوره للكتابة الرسمية، بالتالي وجوب إثباته بعقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية²¹ عملا بنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري والتي تنص على أنه: "يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"²².

تأسيسا على ما سبق نستنتج بأنه يجوز للشريك على الشروع أن يقوم بمقايضة حصته الشائعة ويطبق في ذلك أحكام البيع.

2: التصرفات الصادرة من أحد الشركاء بغير عوض

يمكن للشريك إلى جانب التصرفات التي تكون بعوض، أن يقوم بتصرفات أخرى تكون بغير عوض عن طريق التبرع، مثل الهبة والوصية والوقف.

¹⁹ - راجع المادة 413 ق م ج: "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية غير النقود".

²⁰ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

²¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، 2013، ص. 43.

²² - قانون رقم 90-25، مؤرخ في 18/11/1990، متضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر ج ج، عدد 49، صادر 1990/11/20، معدل ومتمم.

أ: هبة الشريك حصته الشائعة

الهبّة عبارة عن تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتبرع المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل، وتدخل ضمن مجموعة عقود التبرع، تبرم بين شخصين يسمى الواهب الذي يتبرع بماله إلى شخص آخر يسمى الموهوب له، قد يكون محل الهبة حق عيني كملكية عقار أو منقول أو حق إنتفاع أو إستعمال أو إرتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المنقولة عن حق الملكية، كما قد يكون موضوع الهبة حق شخصي وهو إعطاء شيء ك مبلغ من النقود²³.

نصت المادة 206 ق أ ج على أنه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيّزة"²⁴، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة.²⁵

تأسيسا على هذه المادة يتضح أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول، وربط المشرع الجزائري صحة الهبة بتمام الحيّزة، مما يفتح المجال لتقييد حرية الشريك في هذه الحصة الشائعة في الحالات التي تتحقق فيها الحيّزة فقط، غير أن المشرع قد تدارك الوضع من خلال نص المادة 208 ق أ ج²⁶، ليستغني عن الحيّزة بالإجراءات الإدارية والتوثيق في بعض الحالات ومنها إذا كان الموهوب مشاعا، وهذا ما يعتبر بمثابة جواز ضمني لهبة الحصة الشائعة، وهو ما ينسجم مع أحكام المادة 714 ق م ج، في هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا رقم 121664

²³ - زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود: (عقد الهبة)، ج 8، د د ن، بيروت، د س ن، ص 22.

²⁴ - أسقط المشرع الجزائري حرف الباء، في الإشارة إلى الحيّزة وكان من الأصح أن تكون العبارة "وتتم بالحيّزة".

²⁵ - أمر رقم 94-11، مؤرخ في 09/06/1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج، عدد 24، صادر في 19/06/1984، معدل ومتمم.

²⁶ - المادة 208 ق أ ج: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيّزة".

الذي جاء فيه: " حيث أن قانون الأسرة لم يحدد للحيازة مدة معينة، وأن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما قضاوا بصحة هبة العقار كليا باعتبار أن الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محل الهبة وبالتالي فلا مجال لتطبيق المادة 208 من قانون الأسرة"²⁷.

عليه فإنه، تجوز هبة المال الشائع سواء أمكن قسمته أو لم يمكن ذلك، لأن عدم قسمته لا يمنع بيعه فكذلك لا يمنع هبته"²⁸.

ب: وصية الشريك بحصته الشائعة

الوصية حسب ما جاء في نص المادة 184 ق أ ج هي: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"²⁹.

يتضح من خلال مضمون المادة أن المشرع الجزائري لا يشترط في الوصية أي شرط يتعارض مع الشيع، بل أنه اعتبرها كالميراث، كذلك الوصية طالما لم تتجاوز الثلث، وإلا كانت موقوفة على إجازة الورثة³⁰، وهذا ما يتم إستخلاصه من خلال المادة 185 ق أ ج التي تنص على أنه: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة"³¹.

علما أن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريق الوصية لا يجب شهرها في البطاقات العقارية حسب القانون الجزائري وذلك لعدم إمكان إستخلاص عكس هذا المعنى من النصوص سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بالشهر العقاري، ولكن

²⁷- قرار المحكمة العليا، رقم 121664، المؤرخ في 1995/06/07، المنشور في المجلة القضائية، عدد 01، ص 111.

²⁸- عمرو محمد يوسف، الميراث والهبة: (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 255.

²⁹- أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

³⁰- مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص 29.

³¹- أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

من الضروري أن يتدخل المشرع بنص خاص يوجب فيه شهر الوصية مادام أن المصلحة وأصول التعامل يتطلبان ذلك³²، في هذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قرار رقم 665688 الذي جاء فيه: "تصح الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق، شهر الوصية واجب لنقل الملكية بعد الوفاة"³³.

لهذا فلا يوجد في أحكام الوصية ما يتعارض مع المادة 714 ق م ج، فيجوز للشريك على الشيوع أن يوصي بحصته الشائعة كلها أو جزء منها.

ج: وقف الشريك حصته الشائعة

عرف المشرع الجزائري الوقف في نص المادة 213 ق أ ج: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق."³⁴

ليكون بهذا وقف الحصة الشائعة صحيحا وضع المشرع شروط نص عليها في المادة 216 ق أ ج، بحيث تتمثل هذه الشروط في أن يكون المال المحبوس مملوكا للواقف معيناً وكذلك أن يكون المال الموقوف خاليا من النزاع وإن كان مشاعاً³⁵.

جاء موقف المشرع الجزائري صريحا في مسألة وقف المال الشائع، بحيث أجاز هذا التصرف، غير أنه في مقابل ذلك إشتراط قسمة المال الشائع مع إعتبار الوقف صحيحا قبل قسمته المال.

³² - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 49.

³³ - قرار المحكمة العليا، رقم 665688، مؤرخ في 2011/07/14، المنشور في المجلة القضائية، عدد 02، 2011، ص. 172.

³⁴ - أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

³⁵ - المادة 216 ق أ ج: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معيناً، خاليا من النزاع، ولو كان مشاعاً".

لهذا يجيز المشرع وقف المال المشاع من جهة ويشترط من جهة أخرى القسمة والفرز ليكون موقفه فريدا ومتنوعا³⁶، يظهر رأي المشرع الجزائري في إعتبره لوقف المال الشائع صحيحا في المادة 3/11 قانون 10-91 المتعلق بالأوقاف، والتي تنص على: "يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة يتعين القسمة".³⁷ جاءت هذه المادة لتؤكد على جواز وقف المال الشائع سواء كان عقارا أو منقولا ولكن بوضع قيد القسمة مما يعني إفراز نصيب الشركاء ونصيب الموقوف، أما فيما يخص المال الشائع غير قابل للقسمة فإن هذه المسألة لم يتناولها المشرع الجزائري من خلال نص صريح، لكن الجدير بالذكر في هذا الشأن هو أن ورود عبارة "تتعين القسمة" في المادة 11 سألقة الذكر، فهي عبارة تفيد الإلزام وتؤكد على أن المال الشائع غير قابل للقسمة لا يصح وقفه لانعدام إمكانية تطبيق هذه المادة ولاستحالة الإنتفاع بالمال الموقوف³⁸.

ثانيا: حكم تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني

الحق العيني هو إستثناء مباشر لشخص على شيء معين بما يمكنه من ممارسة أعمال وتصرفات معينة بالقدر الذي يتناسب مع مضمون الحق وذلك تحقيقا لمصلحة يقررها القانون، وفي موضوع المال الشائع فإن هناك حقوق عينية يجيز المشرع الجزائري القيام بها، وهناك أخرى لا يمكن للشريك التصرف بها على المال الشائع، إذ أن الحقوق العينية التي قد

³⁶ - الموقف يعتبر فريدا ومتنوع بالنظر إلى المذاهب الفقهية، حيث أن المذهب المالكي لا يجيز وقف المال الشائع قبل القسمة، وكذلك موقف أبو يوسف وغيره ممن لم يشترطوا القبض فقد أجازوا وقف المشاع دون الحاجة للقسمة، لذا فالمشرع قد أخذ برأي وسط بين هذه الآراء المتعارضة. راجع في هذا الشأن: خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية: (الوقف) ج 1، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص. 65-66.

³⁷ - قانون رقم 10-91، مؤرخ في 12 شوال عام 1411، موافق ل 27/04/1991، متعلق بالأوقاف، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 28 ماي 1991، معدل ومتمم.

³⁸ - خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 66.

يتصرف بها الشريك في حصته الشائعة تنقسم لصنفين، حقوق العينية الأصلية (أولاً)، حقوق العينية التبعية (ثانياً).

1: تصرف الشريك في حصته بالحقوق العينية الأصلية

إن أهم الحقوق العينية الأصلية، عدا حق الملكية، هي حق الإنتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر، وبالنظر إلى طبيعة كل من حقي الحكر والارتفاق فإنه يستعصي على الشريك في الشيوع ترتيب حق الحكر على حصته الشائعة، لأن الحكر يستوجب البناء والأغراس، بمعنى إقامة منشآت في أرض مفرزة، هذا بالإضافة إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه على أرض موقوفة، فالأرض الموقوفة كما هو معلوم لا تكون شائعة لأنها ملك الوقف، أما حق الارتفاق فإنه لا يرد على حصة شائعة، ومن ثم فلا يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب على حصته الشائعة حق إرتفاق، لأنه يتطلب قيام صاحب الارتفاق مباشرة بأعمال لا تصح ولا يمكن مباشرتها إلا على عقار مفرز، ويرى بعض الفقهاء أنه يجوز لجميع الشركاء في المال الشائع أن يرتبوا حق إرتفاق ويبقى قائماً مهما كانت نتيجة القسمة³⁹.

أما حق الإنتفاع والذي يعتبر حقاً عينياً يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال شيء مملوك للغير دون التصرف فيه، إذ تظل سلطة التصرف في يد المالك لأنه مازال محتفظاً بملكية الرقبة، وحق الإنتفاع قد يرد على عقار وهذا هو الغالب كما قد يرد على منقول⁴⁰، بخصوص المال الشائع، فإنه يجوز للشريك أن يستعمل الشيء الذي يرد عليه حقه، وأن يستغله ولكن نظراً لأنه لا يملك هذا الشيء وحده فهو يشارك غيره في هذه الملكية ولعدم تحديد حصة مفرزة لكل

³⁹ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)

ج8، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص.854.

⁴⁰ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون: (نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 67.

مالك، فإن مباشرة بعض السلطات كما سبقت الإشارة تكون دائما مقيدة بعدم الإضرار بالآخرين، كما يمكن للشريك في الشيوخ ترتيب حق الإنتفاع على حصته الشائعة في العقار.

يكون للمنتفع الحقوق التي يخولها له الإنتفاع بما يتلائم مع الشيوخ، هذا تأسيسا على أحكام المادة 1/714 ق م ج، التي تخول لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق الإنتفاع على حصته⁴¹، ويكون للمنتفع إستغلال الحصة الشائعة والقيام بإدارتها إدارة معتادة⁴² مع سائر الشركاء في المال الشائع وتسري أحكام الإدارة المعتادة في المال الشائع هنا وإذا إقتضى الأمر شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء أعتد برأي صاحب حق الإنتفاع لا برأي الشريك صاحب الرقبة⁴³، أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة، وكذلك في أعمال التصرف وفي طلب القسمة، يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن في ذلك ولا شأن لصاحب حق الإنتفاع⁴⁴.

يتمتع المنتفع أي صاحب حق الإنتفاع له جميع السلطات والحقوق التي يخولها له حق الإنتفاع من إستعمال وإستغلال وتصرف في الإنتفاع بالبيع أو التنازل أو الرهن في حدود ما

⁴¹ - يعرف حق الإنتفاع بأنه: " حق عيني بمقتضاه يكون للشخص أن يستعمل ملك غيره ويستغله عقارا كان أو منقولا"، والتعريف لا يتعارض مع نص المادة 714 ق م ج، فيجوز للشريك التصرف في حصته الشائعة بترتيب حق الإنتفاع.

⁴² - الإدارة العادية يقصد بها الأعمال التي لا تتطوي على المس بكيان الشيء أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع، كالإيجار وتكون على أساس الأغلبية في الأنصبة، والإدارة الغير العادية يقصد بها الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى تعديل جوهري في الغرض الذي أعد له الشيء الشائع، كالبناء في العقار المعد أصلا للزراعة أو تحويل الشقة السكنية إلى مطعم، وتكون على أساس إجماع الشركاء. راجع في هذا الشأن: **شدرابي جورج**، حق الملكية العقارية: (مع ملحق عن: حق التصرف وحق الإنتفاع)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012، ص. ص. 61، 64، 65، راجع أيضا، **نبيل إبراهيم سعد**، الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها ومصادرها)، منشآت المعارف للنشر، الإسكندرية، 2001، ص. ص. 115-116.

⁴³ - **السنهوري عبد الرزاق أحمد**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 846.

⁴⁴ - **صدر محمد**، الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 24-25.

يخوله حق الإنتفاع، دون المساس بملكية الرقبة التي تبقى قائمة للشريك الأصلي ويتحمل كذلك عبئ الإدارة والصيانة والمحافظة على المال محل الإنتفاع بإعتباره شريكا في الشيوخ قبل إنتهائه.

إذا إنقضى حق الإنتفاع قبل إنقضاء الشيوخ آلت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك، أما إذا بقي حق الإنتفاع قائما بعد إنقضاء الشيوخ فإن قسمت العين الشائعة مثلا ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب الرقبة فإن حق الإنتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الطول العيني.

يحصل أن لا تقع القسمة بطريقة نهائية في الملكية بل تكون مقتصرة على المنفعة فيقتسم الشركاء منفعة المال الشائع، وتسمى هذه القسمة قسمة مهاية فلا تنصب على الملكية إنما تنصب على المنفعة⁴⁵، لذا فإن الاتفاق على قسمة منافع الشيء الشائع هي عملية تنظيمية للإنتفاع بهذا المال سواء عن طريق الانتفاع بالزمان أو المكان، فهناك المهاية الزمانية التي ينتفع فيها كل واحد من الشركاء بالعين المشتركة مدة من الزمن مساوية لمدة إنتفاع صاحبه، كما لو كانت الأرض مشتركة بين إثنين مهاية فيما بينهما على أن يزرعها أحدهما سنة والأخر يزرعها سنة أخرى، وكذلك المهاية المكانية التي يختص فيها كل شريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته في هذا المال متنازلا في الوقت ذاته عن الإنتفاع الأجزاء للشريك الأخر⁴⁶.

⁴⁵- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود: (في الشركات، شركات الملك، وشركات العقد)، ج 14، د د ن، بيروت، 1969، ص. 98.

⁴⁶ -النشار جمال خليل، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص. ص. 91، 108، 105.

2: تصرف الشريك في حصته بالحقوق العينية التبعية

سمح القانون للدائن بالمطالبة بالتأمين لضمان دينه، إما عن طريق الضمان العام أو الضمان الخاص، ففي الضمان العام جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم طبقاً للمادة 188 ق م ج التي تنص على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان"⁴⁷.

في حالة ما إذا كان المال غير كاف للوفاء بالدين يقسم بالتساوي بين المدينين قسمة غرماء، وهذا المبدأ ليس مطلق بل هناك حق الأفضلية بنص قانوني، وهو متعلق بالتأمينات العينية، ورغم ما يقرره هذا الضمان من حماية فإنه ومع ذلك لا يرفع يد المدين عن التصرف في أمواله، وبما أنه لا يحقق للدائن الضمان الكافي لاستفاء حقه لذا قرر المشرع وسائل قانونية وفنية كفيلة لضمان حق الدائن، هذه الوسائل تسمى بالضمان الخاص والذي يعتبر حماية خاصة يحصل عليها الدائن ففي هذا الضمان تأمينات شخصية، والمتمثلة في إلزام شخص آخر مع المدين للوفاء بدينه وأساسها إذا تعدد المدينين وأعسر أحدهم كان له يسار الآخرين ما يضمن له الوفاء بدينه، وكذلك هناك من جهة أخرى التأمينات العينية التي تكون بتخصيص مال معين أو مجموعة من الأموال لضمان الوفاء بحق الدائن الذي يكون له حق تتبع هذا المال في أي يد كان للتنفيذ عليه ويستوفي دينه بالأولية على الدائنين الآخرين، تكون الحقوق العينية تابعة للحق المضمون في صحته وبطلانه ووجوده وإنقضائه ومن هذه التبعية جاءت تسميتها، تنتوع هذه الحقوق المتمثلة في ثلاثة أنواع والمتمثلة في حق الإختصاص حق الإمتياز وحق الرهن⁴⁸، وفي

⁴⁷ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁴⁸ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون: (نظرية الحق)، مرجع سابق، ص. 77.

موضوع المال الشائع يطرح تساؤل في مدى جواز ترتيب هذه الحقوق على الحصة الشائعة من طرف الشريك على الشيوع؟

أ:ترتيب الشريك حق التخصيص على حصته الشائعة

نظم المشرع الجزائري أحكام حق الإختصاص في القانون المدني في المواد 937 إلى 947، ولم يورد له تعريفا وإنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه وأثاره وكيفية إنقضائه، لكن يمكن إستنتاج تعريف لحق الإختصاص من خلال أحكام المواد الواردة في هذا الخصوص فهو حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار⁴⁹ أو أكثر من عقارات المدين بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في إستفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون⁵⁰.

يجوز ترتيب حق التخصيص على الحصة الشائعة، فيحصل دائن صاحب هذه الحصة في العقار على إختصاص بهذه الحصة إذا كان قد إستوفى الشروط المقررة قانونا⁵¹.

عندما يكون الشريك في الشيوع مدينا لشخص آخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، فإنه يمكن لهذا الدائن الحامل للسند القضائي اللجوء للقضاء لإستصدار تخصيص على الحصة الشائعة التي يملكها مدينه ضمانا لدينه، يقدم ذلك الطلب على شكل عريضة إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدونا فيها الحكم وتشمل بالإضافة إلى ذلك البيانات المذكورة في المادة 941 ق م ج، فإذا توفرت الشروط اللازمة يدون رئيس المحكمة ذلك في ذيل العريضة

49 - لا يمكن لحق الإختصاص أن يرد على المنقول، راجع: السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 146.

50 - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية: (الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز، الكفالة)، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007، ص. 81.

51 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 847.

أمر في التخصيص مراعيًا في ذلك مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة في العريضة فيمكن أن تكون الحصة الشائعة محل للتخصيص كلها أو بعضها حسب مقدار الدين⁵²، فيكون أمر الإختصاص واجب التنفيذ بغض النظر عن جميع طرق الطعن⁵³ حسب ما جاء في نص المادة 942 ق م ج، وإذا تقرر حق الإختصاص على الحصة الشائعة على النحو السابق وجب قيده في مكتب الشهر العقاري حتى يمكن من الإحتجاج به على الغير.

ب: ترتيب الشريك حق الإمتياز في حصته الشائعة

عرف المشرع الجزائري حق الإمتياز في المادة 1/982 ق م ج بأنه: "الإمتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته."⁵⁴

إعتبر المشرع الإمتياز أولوية لذلك فجوهر الإمتياز هو الأفضلية التي يهيئها للدائن، هذه الأولوية يقرها القانون وبذلك فقد حدد بأن القانون هو مصدر الإمتياز وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية، وتقرير هذه الأولوية تكون مراعاة لصفة معينة في الدين المضمون ومصدره⁵⁵، إذ يجوز ترتيب حق الإمتياز على الحصة الشائعة إذا قام صاحبها بالبيع ولم يقبض الثمن كله، فيكون له حق الإمتياز على الحصة الشائعة محل البيع، سواء كانت هذه الحصة عبارة عن منقول أو عقار بما يتبقى له من الثمن⁵⁶.

⁵² - عيادوهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص. 18.

⁵³ - غير أنه يجوز للمدين الشريك في الشروع رفع تظلم من الأمر بالتخصيص أمام القاضي الذي أصدره، راجع في هذا الشأن: المواد من 942 إلى 945 ق م ج.

⁵⁴ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁵⁵ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص. 253.

⁵⁶ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 847.

علما أن حقوق الإمتياز لا يشترط فيها القبض أو الحيازة فإنها غير متعارضة مع طبيعة الشيوخ، وبالنظر إلى أن المادة 986 ق م ج تحيل إلى تطبيق أحكام الرهن الرسمي على الإمتياز فإنه يجوز ترتيب حق الإمتياز على الحصة الشائعة.

إذا كان حق الإختصاص يتقرر لفائدة الدائن بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على وجود حكم قضائي واجب التنفيذ، فإن حق الإمتياز لا يتقرر إلا بموجب نص قانوني تتحدد بموجبه مرتبة الدائن صاحب الإمتياز، فحق الإمتياز لا يتقرر إلا بنص قانوني وفي حالة عدم وجود نص لا يوجد إمتياز فلا يتقرر لا بالإرتفاق ولا بالحكم القضائي⁵⁷.

ج: ترتيب الشريك حق الرهن على حصته

الرهن في القانون المدني نوعان، فإما أن يكون رهنا رسميا أو حيازيا، والرهن الذي يقع على مال مملوك على الشيوخ يخضع لأحكام خاصة تميزه عن الرهن الذي يقع في حال المال المفرز، ذلك نظرا لطبيعة المال الشائع كونه مملوك لعدد من الأشخاص، بالتالي فإن هذه الأحكام سوف تختلف عن الأحكام السابقة، فالهدف من الرهن هو حماية حقوق الدائن المرتهن سواء كان رسميا أو حيازيا، بحيث يختلف حكم رهن الحصة الشائعة من طرف الشريك منفردا رهنا رسميا عن حكم رهنها حيازيا⁵⁸.

⁵⁷ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات الشخصية والعينية)، ج 10، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص. 922.

⁵⁸ - لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا إختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015، ص. 91.

* رهن الشريك لحصته الشائعة رهنا رسميا

عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي خلال المادة 882 ق م ج على أنه: "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إستفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان"⁵⁹.

يجوز لكل شريك يملك حصته الشائعة ملكية تامة التصرف فيها على أساس الرهن الرسمي لأن الشريك يتصرف في حدود حصته، ويكون رهنه نافذا في مواجهة سائر الشركاء⁶⁰، وقد أورد المشرع حكما خاصا في المادة 890 ق م ج والتي تهدف إلى حماية الشركاء على الشيوع من الأضرار ببعضهم البعض أثناء حالة الشيوع، وكذا حمايتهم بعد إنتهاء حالة الشيوع بقسمة المال الشائع والتضرر جراء الرهون الصادرة قبل القسمة، إذ أنه في حالة رهن الشريك حصته الشائعة فإن هذا الرهن يكون صحيحا.

تختلف أحكام الرهن الرسمي للحصة الشائعة في العقار الشائع في حالة حلول أجل الوفاء بالدين قبل القسمة عما إذا حل الأجل بعدها، لذا فإنه في حالة حلول أجل الوفاء بالدين قبل القسمة فإنه يحق للدائن المرتهن التنفيذ على بدينه على الحصة الشائعة المرهونة، يتوقع الحجز عليها وبيعها جبرا على صاحبها واستيفاء حقه من ثمنها حسب مرتبة دينه، على أن يحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن ويصبح شريكا مع باقي الشركاء على الشيوع ويشترك فيما بعد القسمة بهذه الصفة في قسمة المال الشائع⁶¹.

⁵⁹ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁶⁰ - عقوني محمد، "رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا"، مجلة المفكر، عدد 10، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن، ص. 524.

⁶¹ - تومي مريم، "رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2014، ص. ص. 241-242.

أما في حالة حلول أجل الدين بعد القسمة أو تم إجراء عملية القسمة فإنها تحمل عدة فرضيات، فقد يقع في نصيب الشريك الراهن بعد القسمة جزء مفرز مساوي للحصة المرهونة فإن حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء بمقتضى فكرة الحلول العيني⁶² أي حق الدائن المرتهن يرد على الجزء المفرز الذي حل محل الحصة الشائعة المرهونة، فإذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقارا آخر غير العقار الذي قام برهنه فيحل هذا العقار محل العقار الأول الذي وقع عليه الرهن.

يتبع الدائن المرتهن إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول ولو لا الحلول العيني لأعتبر العقار الآخر الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لم يسقط رهنه من طرف هذا الشريك، وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار، أما العقار الذي رهنه الشريك فيعتبر أن هذا لم يكن مالكا له من مبدأ الأمر ويكون الرهن غير صادر من غير مالك فيكون قابلا للإبطال⁶³، ولا ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون والإجراءات التي يتبعها الدائن المرتهن في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول تبدأ بأن يأخذ هذا الدائن من القاضي أمرا على عريضة يخول للدائن إجراء قيد جديد خلال تسعين (90) يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة⁶⁴.

⁶² - الحلول العيني يقصد به خروج العقار الشائع المؤمن من ذمة المالك للشريك المؤمن ودخول مال آخر في الذمة نفسها بدلا من العقار الذي خرج فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسري عليه النظام القانوني نفسه الذي كان ساريا على المال القديم مما يؤدي إلى المحافظة على حقوق الدائن صاحب التأمين. راجع في هذا الشأن: أمل شربا، "أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك على عقار شائع"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 29، عدد 03، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2013، ص. 142.

⁶³ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات الشخصية والعينية)، مرجع سابق، ص.ص 329-330. راجع كذلك: عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 20.

⁶⁴ - راجع المادة 890 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

كما قد يقع بعد القسمة كل المال الشائع في نصيب الشريك الراهن فهذه الحالة لا تثير أي إشكال فحق الدائن المرتهن بقي مضمونا لكل المال الشائع، لكن إذا وقع بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن أعيان أخرى غير التي رهنها أو جزء مفرز من العقار غير العقار الذي رهنه، فإن المشرع قرر إنتقال حق الدائن المرتهن على كل ما وقع في نصيب الراهن أي من العقار.

أما إذا كان نصيبه بعد القسمة مبلغ من النقود فالمنطق وحماية الدائن المرتهن يقتضيان أن يستوفي حقه بالأفضلية من تلك النقود رغم إنقضاء حق التتبع⁶⁵، ففي حالة ما اختص الشريك الراهن بمبلغ من النقود بعد القسمة العينية أو إذا تعذرت القسمة عينا فبياع المال الشائع بالمزاد العلني، ويختص الشريك الراهن في مقابل حصته بنصيب من الثمن الذي رسا عليه المزاد، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى المبلغ الذي آل إلى المدين الراهن كمعدل للقسمة العينية أو قسمة التصفية في حالة بيع العقار المرهون بالمزاد ورسا على أحد الشركاء وإختص الشريك بجزء من الثمن، وإذا بيع العقار المرهون كله ورسا المزاد على أجنبي فلا يسري الرهن الصادر من الشريك على الراسي عليه المزاد لأنه بمثابة بيع وتسجيل حكم إيقاع البيع يطهر العين من الرهن التي كانت عليها، ومن ثم فإن الراسي عليه المزاد يتلقى ملكية العقار خالية من كل رهن كان للشريك عليه، ولا يكون للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار لدى الراسي عليه المزاد⁶⁶.

لا يعد عقد الرهن سندا للملكية حتى وإن حلَّ أجل الدين، إذ أن الغاية منه ضمان الدائن إستقاء دينه في حالة رفض أو امتناع المدين تسديد الدين، وفي هذه الحالة يباع العقار المرهون

⁶⁵ -إيديري ليندة، رحمانى حيزية، الرهن الرسمي العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 23.

⁶⁶ -النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص. ص. 109-110.

حتى وإن كان على الشيوخ بالمزاد العلني ويجوز كذلك بعد حلول الدين أو جزء منه الاتفاق على تنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون كطريق للوفاء بدينه⁶⁷.

هذا ما يستنتج من المادة 903 ق م ج التي نصت على أنه: "يكون باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه."⁶⁸

لذا يصح رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا من الشريك على الشيوخ في حدود نصيبه لأن الرهن الرسمي لا يستلزم الحيابة لنفاذه ضد الغير وينفذ في حق باقي الشركاء شأنه شأن بيع الحصة المشاعة⁶⁹.

يستخلص مما سبق، أنه رغم محاولة المشرع في العمل على حماية التصرفات التي تكون على أساس الرهن الواردة على العقار الشائع بعد القسمة، غير أنه لم ينظمها تنظيميا كاملا شاملا لكل الإفتراضات التي تنجر عن القسمة.

فحبذ لو قام المشرع بتنظيم حكم هذه التصرفات في جميع الإحتمالات المذكورة غير أنه لم ينص بهذا الخصوص سوى على المادة 890 ق م ج التي تنظم مصير الرهن الرسمي بعد إجراء القسمة واختصاص الشريك الراهن بأعيان أخرى غير التي رهنها، حيث أقر تطبيق نظرية

⁶⁷ -دلاندة يوسف، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة: (إكتسابها- إثباتها-حمايتها-إدارتها-قسمتها)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، 2016، ص. ص. 81-82.

⁶⁸ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁶⁹-عرفه عبد الوهاب، الوجيز في إستعمال وإدارة المال الشائع، مرجع سابق، ص. ص. 64، 61.

الحلول العيني من خلال حلول الرهن على العقار المختص به الراهن محل حصته الشائعة المرهونة، وحدد الإجراءات المتبعة في هذا الحل وقد جاء بهذا الحكم، على اعتبار أن الغرض من الرهن هو المقابل النقدي للشيء المرهون.

كان على المشرع مثلما عمل على حماية الرهن الرسمي في الحالة المذكورة أن ينص على حلول حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب المدين الراهن أيا كانت طبيعته حتى لا يفقد الدائن المرتهن حقه، لعدم وروده على المنقول أو المبلغ من النقود، وبذلك إعطاء ضمان أكبر لأصحاب الحقوق من أجل التشجيع على الإنتفاع والإستغلال الأحسن للعقار الشائع⁷⁰.

*رهن الشريك لحصته الشائعة رهنا حيازيا

عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في المادة 948 ق م ج التي تنص على أنه: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون."⁷¹

ينعقد الرهن الحيازي بالإيجاب والقبول دون الحاجة للإجراءات الشكلية ولكنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا كان الشيء المرهون بيد الدائن أو الأجنبي الذي إرتضاه المتعاقدان، هذا تأسيسا لما جاء في المادة 961 ق م ج.

في خصوص رهن المال الشائع فإنه يجوز للشريك على الشيوع رهن حصته الشائعة رهنا حيازيا وإن كان ذلك يتطلب موافقة باقي الشركاء في الشيوع لتحقيق الحيازة كشرط لنفاذ الرهن

⁷⁰ - عقوني محمد، "رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا"، مرجع سابق، ص. 530.

⁷¹ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

في مواجهة الغير⁷²، ذلك أنه يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات، إلا أن المشرع الجزائري لم يخص رهن المال الشائع رهنا حيازيا بنص خاص كما فعل في الرهن الرسمي وبالتالي فهو يخضع للقواعد العامة.

يمكن حيازة الحصة الشائعة بصور متعددة، فقد يتفق الشركاء على قسمة العقار الشائع قسمة مهايأة وتمكين الدائن المرتهن من حيازة جزء يعادل قيمة المال المرهون، كذلك قد يتفق الشركاء على وضع المال تحت يد الدائن المرتهن، ومن ثمة فهو يحوز حصته الشائعة بصفته دائنا وبالنسبة لباقي الحصص بأي صفة أخرى (مديرا، مستأجرا، وكيلًا)⁷³.

إستنادا لأحكام المتعلقة بالشيوع وكذا وفقا لما جاء في المادة 714 ق م ج، فإنه إذا تصرف الشريك في حصته الشائعة كلها أو بعضها فيعد هذا التصرف نافذا في حق بقية الشركاء، طالما أنه لا ينطوي على أي مساس بحقوقهم، وعلى إعتبار أن حق الشريك في حصته في المال الشائع هو حق ملكية تامة، إلا أن المشرع الجزائري حوّل للشركاء الآخرين حماية لحقوقهم في حالة تعسف الشريك في إستعمال حقه.

فقد يتصرف الشريك في حصته الشائعة على أساس التصرفات الناقلة للملكية والتي قد تكون بعوض أي بمقابل مثل البيع والمقايضة أو بدون عوض أي عن طريق التبرع كالهبة والوقف، كما له التصرف على أساس التصرفات المرتبة لحقوق عينية إما أصلية كحق الإنتفاع، أو تبعية كحق التخصيص وحق الإمتياز وحق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي، أجاز القانون

⁷² -محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 122.

⁷³ -النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص. 113-114. راجع في هذا الشأن: السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات الشخصية والعينية)، مرجع سابق، ص. 767، راجع كذلك: لنفس المؤلف، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 847.

لشريك في التصرف بحصته الشائعة، كذلك التصرف في حصة مفرزة من المال الشائع لكن بأحكام مختلفة.

الفرع الثاني

حكم تصرف أحد الشركاء في حصته مفرزة

يثير تصرف الشريك في جزء مفرز من المال المملوك على الشيوخ الكثير من الصعوبات، مما يعني عدم إستقرار المعاملات بما يستتبعه من إشكاليات قانونية خاصة إذا انصب تصرف الشريك على منقول لا يخضع لنظام الشهر، إضافة إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يتضمن المساس بحقوق الشركاء الآخرين الذين يملكون فيما قد تصرف شريكهم على الشيوخ، لهذا يعتبر تصرف الشريك في حصة مفرزة خروجاً عن الحدود المرسومة له وهذا الواقع ما أثار الخلاف حول التكييف القانوني لتصرف الشريك في حصة مفرزة حيث ظهر إتجاهين أساسيين، الإتجاه الأول يذهب إلى أن تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع يعتبر تصرف في ملك الغير، أما الإتجاه الثاني فيرى أن تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة وبهذا الإتجاه أخذ المشرع الجزائري⁷⁴.

تنص المادة 714 ق م ج التي نصت على أنه: "... وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"⁷⁵.

⁷⁴ - محمد حسن قاسم، الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية)، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 138-139.

⁷⁵ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

من خلال نص المادة يتضح أنه هناك إختلاف حول حكم تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من المال الشائع قبل وبعد القسمة، ودراستنا لهذه الحالة تتصب حول، حكم تصرف الشريك منفردا في حصة مفرزة قبل القسمة (أولا)، حكم تصرف الشريك منفردا في حصة مفرزة بعد القسمة (ثانيا).

أولا: حكم تصرف أحد الشركاء في حصته مفرزة قبل القسمة

تطرق المشرع الجزائري إلى حالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع من خلال نص المادة 714 ق م ج، وبين حكمها بعد القسمة وسكت عن هذا الحكم قبل القسمة، في حالة قيام الشريك بتصرف ما على الحصة المفرزة في المال الشائع قبل القسمة فإن الحكم يكون مختلفا في حالة علم المتصرف إليه عن حالة جهله، لذا سنبيين حكم التصرف في حالة جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا، وحالة علم المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا.

1: جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا

قد يعتقد المتصرف إليه أن المتصرف يملك الحصة المتصرف فيها ملكية مفرزة ثم يتبين له بعد ذلك أن المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة في المال الشائع. ففي حالة قيام الشريك بتصرف ما على حصة مفرزة قبل القسمة فإن الحكم يكون مختلفا فيما بين أطراف التصرف وحكمه بالنسبة لباقي الشركاء.

أ: حكم التصرف فيما بين الأطراف

يعتبر هذا التصرف صحيحا بين طرفيه وذلك بالنظر إلى طبيعة حق الشريك في الشيوع وإعتباره حق ملكية يرد طول فترة الشيوع على الشيء الشائع جميعه، ولذلك لا يعد هذا التصرف تصرفا في مال الغير بل يعتبر تصرفا صادرا عن مالك، ولهذا فإنه يقع صحيحا في العلاقة بين طرفيه-المتصرف والمتصرف إليه-ويترتب على ذلك أن التصرف لا يكون قابلا للإبطال بمجرد

أن المتصرف شريك على الشيوع وأن محل التصرف جزء مفرز أي أنه ليس للمتصرف إليه طلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير⁷⁶.

إذا كان ممتعا على المتصرف إليه طلب إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير فيبقى له طلب إبطال التصرف على أساس ما قد وقع فيه من غلط جوهري في صفة جوهريّة من صفات المتصرف فيه من صفة المتصرف طبقا للقواعد العامة،⁷⁷ لقد أكد المشرع هذا الحكم بتقريره بمقتضى الفقرة الأخيرة التي وردت في ذيل نص المادة 2/714 ق م ج.

يجوز أن يكون طلب الإبطال للغلط سواء قبل أو بعد القسمة لأن المشتري ليس مجبرا على إنتظار القسمة ونتيجتها ويستطيع المشتري في هذه الحالة إجازة التصرف وهذا حسب المادة 100 ق م ج التي نصت على أنه " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير"⁷⁸.

بذلك يصبح البيع صحيحا غير قابل للإبطال ويكون حكمه حكم البيع الذي صدر لمشتري غير واقع في الغلط أي يعلم أن الجزء المفرز الذي إشتراه مملوك للبائع على الشيوع⁷⁹.

إذن من خلال ما سبق يمكن إستخلاص آثار تصرف الشريك في جزء مفرز بالنسبة لطرفيه بحيث تتمثل هذه الآثار فيما يلي:

⁷⁶ - محمد حسن قاسم، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 138.

⁷⁷ - اسعد فاطمة، " تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في القانون المدني الجزائري "المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 14، عدد02، صادرة عن كلية الحقوق العوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016، ص.ص، 195-196.

⁷⁸ - الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁷⁹ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. ص. 870-871.

- حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف على أساس الغلط: بحيث أكد المشرع الجزائري في المادة 2/714 ق م ج على أن حق المتصرف إليه يكون على أساس الغلط فقط ويستبعد بذلك الرأي الذي يؤسس للإبطال على التصرف في ملك الغير⁸⁰.

- عدم صلاحية التصرف لإعتباره سببا صحيحا للتملك: حيث عرفت المادة 3/728 ق م ج السند بأنه: "السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إشهار السند".⁸¹

لهذا فالسبب الصحيح يستلزم أن يكون التصرف صادرا من غير مالك فيكتسب المتصرف إليه حسن النية ملكية هذا الجزء أو الحق العيني المترتب عليه بمقتضى الحيازة أو التقادم القصير على حسب الأحوال، ولما أعتبر تصرف الشريك في الجزء المفرز تصرف صادرا من مالك فذلك يؤدي إلى إعتبار هذا التصرف سببا غير صحيح يصلح لإكتساب المتصرف إليه حسن النية ملكية الجزء محل التصرف.

- عدم حلول المتصرف إليه شريكا على الشيوع، لهذا فليس له الحق في مشاركة الشركاء في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه، كذا عدم تمتعه بحق طلب القسمة أو الإختصام في الدعوى ولا ممارسة رخصة الشفعة والإسترداد⁸².

⁸⁰ - اسعد فاطمة، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 202.

⁸¹ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁸² - اسعد فاطمة، تصرف الشريك في حصة مفرزة في المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.ص 204، 202.

ب: حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء

الأصل أنه ليس للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان هذا الجزء يعادل أو حتى يقل عن حصته في الشئوع فالشريك وإن كان مالكا إلا أن ملكيته قبل القسمة لا تتحدد بجزء معين من المال الشائع وإنما هي ملكية في جزئيات هذا المال ويشاركه فيها باقي الشركاء ويعد تصرفه هذا إجراء للقسمة من جانبه وحده وهذا أمر غير جائز⁸³.

إذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعد صحيحا فيما بين طرفيه إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء⁸⁴ ويترتب على عدم نفاذه في مواجهتهم عدة آثار أهمها:

- عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف، فالتصرف في جزء مفرز من المال الشائع يكون صحيحا قابلا للإبطال على أساس الغلط، وهذا الحق يكون لطرفيه فقط أما باقي الشركاء لهم حق رفع دعوى عدم نفاذ التصرف فيما يتعلق بحصصهم الشائعة لاعتبارهم ملاكا لها.

- عدم تمتع الشركاء بحق إسترداد الجزء المفرز المتصرف فيه وهذا بحسب ما جاء في نص المادة 721 ق م ج التي تنص: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي..."⁸⁵ وتأسيسا على هذه المادة فإن الاسترداد لا يكون إلا في حالة التصرف في الحصة الشائعة وليست مفرزة.

- حق الشركاء في إقرار التصرف في الجزء المفرز طبقا لأحكام المادة 720 ق م ج، إما بإجماعهم أو بأغليبيتهم التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع تحسب ضمنها حصة الشريك المتصرف فيكون ذلك قبولا منهم فيسري آثار هذا التصرف في حقهم.

⁸³ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 130.

⁸⁴ - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 130-131.

⁸⁵ - الأمر رقم 57-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

-عدم تمتع الشركاء بحق طرد المتصرف إليه من الجزء المتصرف فيه فإذا كان هذا المتصرف إليه حسن النية ويظن أن الجزء المتصرف فيه مملوك له فقط ثم حاز هذا الجزء فله قانونا طبقا لنص المادة 828 ق م ج التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وبالتقدم القصير إذا كان الجزء المفرز عقارا أو أشهر المتصرف إليه سند التصرف⁸⁶.

-يجوز لشركاء رفع دعوى الإستحقاق على المشتري يكون الهدف منها الإعتراف بحقوقهم المشاعة في هذه العين الشائعة وذلك دون حاجة إلى إنتظار القسمة⁸⁷.

2: علم المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا

قد يقدم المتصرف إليه على التعاقد مع متصرف وهو على علم في أن البائع لا يملك المبيع إلا شائعا، ويتوقع أن يكون الجزء المفرز في نصيب البائع عند القسمة، فهنا يجب التمييز بين حكم التصرف فيما بين الأطراف، وحكمه بالنسبة لباقي الشركاء.

أ: حكم التصرف فيما بين الأطراف

باعتبار أن المتصرف إليه عالما بالشروع فإن التصرف يعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز لصدور التصرف عن مالك⁸⁸، في هذه الحالة ليس للمتصرف إليه حق الإبطال على أساس الغلط حتى ولو كان لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف كما أنه ليس له حق الإبطال على أساس أنه بيع لملك الغير لأن الشريك يعتبر قد

⁸⁶ -اسعد فاطمة، "تصرف الشريك في حصة مفرزة في المال الشائع في القانون المدني الجزائري"، مرجع سابق، ص. ص. 207-208.

⁸⁷ -اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري: (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص. 360.

⁸⁸ -لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا إختياريا، مرجع سابق، ص. 97.

تصرف فيما يملك⁸⁹، ذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع فلا يكون قد باع ما لا يملك هذا إلا أن المشتري وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي تصرف فيه يكون قد إرتضى شراء ما سيقع عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة⁹⁰.

كما قد يتم الاتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه أن يكون التصرف معلق على شرط واقف وهو إجراء القسمة، ووقوع الجزء في نصيب المتصرف فإذا تحقق الشرط آل الجزء المبيع إلى البائع نتيجة القسمة وأنتج التصرف أثاره بأثر رجعي، وإن لم يتحقق الشرط أعتبر التصرف كأنه لم يقع⁹¹.

ب: حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء

إن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع مع علم المتصرف إليه بالشيوع له حكم خاص بالنسبة لباقي الشركاء، حيث أنه لا ينفذ في حقهم لأن فيه إعتداء على حقوقهم

⁸⁹ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.164.

⁹⁰ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.873، راجع أيضا: محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.ص.141-142، أنظر عكس ذلك: وأن للمشتري طلب إبطال القسمة على إعتبار أن البيع هو بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين. فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص.ص.129-130.

⁹¹ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.130.

فالأصل أنه ليس للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان هذا الجزء يعادل أو يقل عن حصته في الشيوع فالشريك مالك إلا أن ملكيته قبل القسمة لا تتحدد بجزء معين من المال الشائع وإنما هي ملكية في كل جزئيات هذا المال ويشاركه فيها باقي الشركاء⁹².

يحق لأي شريك في الشيوع فيما يتعلق بحصته الشائعة في الجزء المفرز المتصرف فيه رفع دعوى إستحقاق في حالة انكار المتصرف إليه حقه في الجزء المفرز، وترفع الدعوى على كل طرفي التصرف للمطالبة بإستحقاق هذه الحصة الشائعة⁹³ من الجزء المفرز، لذا فالهدف من هذه الدعوى هو الإعتراف بحقوق الشركاء في هذه العين دون الحاجة لإنتظار نتيجة القسمة⁹⁴.

إن مبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الشركاء غير مطلق ذلك أنه بإمكانهم إقرار التصرف ليصبح نافذاً، اذن يجوز قبل القسمة إقرار الشركاء التصرف الصادر من شريكهم بالبيع وعند ذلك يصبح البيع نافذاً في حقهم وفي حصصهم الشائعة وتخلص ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمتصرف إليه بعد التسجيل فقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمناً⁹⁵.

ثانياً: حكم تصرف أحد الشركاء في حصتها المفرزة بعد القسمة

يتبين من خلال نص المادة 2/714 ق م ج أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع له حكم خاص بعد القسمة، ويكون هذا الحكم مختلف في حالة جهل أو علم المتصرف إليه بأن المتصرف يملك المبيع مفرزاً وكل حالة تحتل فرضين، فإما وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف أو عدم وقوعه في نصيبه ويقع في نصيب أحد الشركاء الآخرين. وهذا ما

⁹² - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.142.

⁹³ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 874.

⁹⁴ - أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.79.

⁹⁵ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.875.

سنبينه فيما يلي: جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا، علم المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا.

1: جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا

إن كان المتصرف إليه يجهل وقت إبرام التصرف أن المتصرف يملك المبيع مفرزا على الشيوع يكون له نتيجتين أو فرضين بعد إجراء عملية قسمة المال الشائع، فإما أن يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف أو يقع في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف.

أ: وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف

لا تثار أي مشكلة إذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، إذ يستقر التصرف نهائيا ويصبح المتصرف إليه مالكا من وقت التصرف إعمالا بالأثر الكاشف للقسمة⁹⁶ والشريك المتصرف لم يعد له بعدها حق في الجزء المبيع⁹⁷. بذلك يمتنع على المتصرف إليه إبطال التصرف ولو كان يجهل وقت التصرف أن المتصرف لا يملك المتصرف فيه مفرزا لتعارض التمسك به مع مقتضيات مبدأ حسن النية⁹⁸، وهذا ما قضت به أحكام المادة 1/85 ق

⁹⁶ - التصرف الكاشف هو الذي يسمح لحق سابق غير فعال بإنتاج كل آثاره، وتعتبر قسمة المال الشائع تصرف كاشف فهي لا تنشأ لكل متقاسم حق جديد لم يكن له من قبل وإنما تكشف عن حقه القائم أصلا منذ الشيوع وبنفس سنده، أنظر: حسن كيره، مدخل إلى القانون: (القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف للنشر، القاهرة، 2000، ص.745. راجع أيضا في نفس الموضوع: محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.167.

⁹⁷ - اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.360.

⁹⁸ - سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مرجع سابق، ص.129.

م ج والتي تنص على أنه: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مايقضي به حسن النية"⁹⁹.

طالما أن المتصرف إليه قبل التعاقد على هذا المحل فلا يوجد مبرر لطلب إبطاله إذ علم بالشيوع فيما بعد إذ لم يتغير أي شيء في العقد يجيز له ذلك، كما أن مبدأ حسن النية واستقرار المعاملات يقتضي ذلك¹⁰⁰.

كذلك الحال إذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم أو تلقى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه لأي سبب كان¹⁰¹.

ب: عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف

يحدث كثيرا وأن تسفر عن قسمة المال الشائع وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير المتصرف، ويقع في نصيب هذا الأخير جزء آخر غير الجزء المتصرف فيه، و قد حسم المشرع هذه المسألة، وذلك من خلال نص المادة 2/714 ق م ج، والتي تقضي بأن ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، هذا حرصا على إستقرار المعاملات وتقاديا الحكم ببطلان التصرف بحيث يؤخذ بمبدأ الحلول العيني، أي أن الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلا، ويعتبر وكأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه وفي المقابل يخلص الجزء المفرز السابق التصرف فيه لمن إختص به بالقسمة¹⁰².

⁹⁹ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

¹⁰⁰ - مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص. 96.

¹⁰¹ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني: (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص.164.

¹⁰² - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.134.

يبقى التصرف قابلاً للإبطال في حالة عدم وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف خلافاً لما توقع، فعند ذلك إذا كان المتصرف إليه لم يجر التصرف، فيستطيع طلب إبطاله للغلط وفقاً للقواعد العامة إذا أراد أن تخلص له ملكية جزء مفرز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية.

يلاحظ أن الحكم الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 2/714 ق م ج، ينصرف إلى الحالة التي يكون قد آل فيها إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع، غير أن هناك حالة أخرى لم يتناولها المشرع وأغفل عنها في هذا النص، وتتعلق بالحالة التي لم يقع فيها في نصيب المتصرف أي جزء من هذا المال الشائع وإنما وقع في نصيبه شيء من مال آخر¹⁰³. فبمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر التصرف كأنه لم يكن على الشيء المتصرف فيه وإنما يرجع إلى النصيب والحصة التي رجعت للمتصرف بعد القسمة ويحق للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف لصدوره عن غير مالك وذلك لعدم علمه أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة،¹⁰⁴ وهذا حسب أحكام المادة 2/714 ق م ج.

تستثنى حالة الرهن الرسمي من الحالات السابقة، وفقاً لأحكام المادة 2/890 ق م جالتي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى العين التي آلت إلى الراهن بطريق القسمة، فإذا لم يقع الجزء المفرز المرهون في نصيب الشريك الراهن بل وقع في نصيبه جزء مفرز آخر من نفس العقار أو من عقار آخر إنتقل الرهن إلى هذا الجزء المفرز الآخر ووجب على الدائن

¹⁰³ - مثال هذه الحالة أن يقوم مثلاً شريك بتصرف في جزء مفرز من قطعة أرض مملوكة على الشيوع وكانت نتيجة القسمة أن إختص بمنزل أو جزء منه فهنا يعتبر التصرف كأنه لم يكن إلا في قطعة الأرض، وإنه كان يملك منذ بدء الشيوع في المنزل ولهذا يعتبر التصرف الذي صدر منه بالنسبة للأرض حكم صادر من غير مالك. راجع في هذا الشأن: محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.145.

¹⁰⁴ - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.145.

المرتتهن إذا أراد الإحتفاظ بمرتبة رهنه¹⁰⁵، وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من عقار فقد الدائن المرتتهن حقه في الرهن ويحتفظ الدائن المرتتهن بحقه في التقدم في حالة وقوع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود¹⁰⁶.

2: علم المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا

هذه الحالة يمكن أن يتحقق فيها أحد الإحتمالين، ذلك أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع، والإحتمال الثاني ألا يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع وإنما يقع في نصيب الشريك الأخر.

أ: وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف

لم يتطرق المشرع الجزائري في أحكام نص المادة إلى 714 ق م ج ولا في أي نص خاص إلى هذه الحالة لوضوح الحكم فيها بحيث يستمر التصرف صحيحا ويستقر نهائيا على ذات محله، فطالما قبل المتصرف إليه بالتعاقد على هذا المحل فلا يوجد مبرر لطلب إبطاله إذا علم بالشيوخ فيما بعد أي بعد القسمة، إذ لم يتغير أي شيء في العقد يجيز له ذلك، كما أن مبدأ حسن النية واستقرار المعاملات يقتضي ذلك¹⁰⁷.

حيث تخلص ملكية الجزء المفرز للمشتري بالتسجيل بعد أن وقعت في نصيب المتصرف، وهذا بفضل الأثر الكاشف للقسمة¹⁰⁸، مما يعني أنه إذا تمت القسمة ووقع الجزء

¹⁰⁵ - إذا إنتقل إلى الراهن بمقتضى القسمة مال آخر فإن هذا المال هو الذي يصبح مثقلا بالرهن بمقتضى فكرة الحلول العيني. راجع في هذا الشأن: تناغو سمير، التأمينات العينية والشخصية: (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الكفالة، قانون التمويل العقاري)، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، 2008، ص. ص. 88-89.

¹⁰⁶ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات العينية والشخصية)، مرجع سابق، ص. 335.

¹⁰⁷ - مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص. 96.

¹⁰⁸ - لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا إختياريا، مرجع سابق، ص. 100.

المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف يكون المتصرف إليه مالكا منذ وقت التصرف، ويخلص الجزء المفرز السابق التصرف فيه لمن اختص به بالقسمة مطهرا من هذا التصرف، وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجردا من السند ويكون لمن إختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري¹⁰⁹.

ب: عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف

تأسيسا على أحكام نص المادة 2/714 ق م ج أنه في حالة عدم وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف أن تصرف الشريك على الشيوع يكون صحيح ونافذ في حق باقي الشركاء إنتفاء الضرر عنهم وأما المتصرف إليه فلا وجه لطلب إبطال التصرف لعلمه بالشيوع وبالتالي ينتقل بعد التسجيل ملكية الجزء المفرز الذي وقع في نصيب المتصرف إلى المتصرف إليه ويحل هذا الجزء المتصرف فيه بالحلول العيني¹¹⁰.

إن تعليل الحكم منطقي ذلك لأن المتصرف إليه أو المشتري يعلم أن الشريك المتصرف لا يملك كل الجزء المفرز الذي باعه أو تصرف فيه ومن ثم يكون قد إرتضى مقدا شراء ما ستؤول إليه حصة المتصرف الشائعة بعد القسمة¹¹¹.

فإذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف أل نصيب الشريك بالحلول العيني للمشتري لكن إذا كان ما آل إليه غير المال الشائع هنا للمشتري حق الفسخ أو الإبطال لصدور تصرف من غير مالك إلا إذا كان التصرف رهنا¹¹²، بحيث أنه إذا لم يقع الجزء المفرز المرهون

¹⁰⁹- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.147.

¹¹⁰- لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا إختياريا، مرجع سابق، ص.101.

¹¹¹- أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه: (ملكية الطبقات، مأمور إتحاد الملاك، ملكية الأسرة، القسمة الإتفاقية، القسمة القضائية، الفرز والتجنيب، الحائط المشترك، الحائط غير المشترك)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص.35.

¹¹²- مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص.96.

في نصيب الشريك الراهن بل وقع في نصيب شريك آخر، وذلك إما في نفس العقار أو من عقار آخر ينتقل الرهن إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب المتصرف ووجب الدائن المرتهن إذا أراد الإحتفاظ بمرتبة رهنه أن يقوم بإجراءات قيد الرهن¹¹³.

المطلب الثاني

حكم تصرف أحد الشركاء في المال الشائع كله

من بين حالات تصرف الشريك في المال الشائع تصرفه في كل الملكية الشائعة، لكن نظرا إلى أحكام نص المادة 714 ق م ج فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذه الحالة بل إقتصر على حالة جواز تصرفه في حصته الشائعة وبيان حكم التصرف المنفرد في حصته، لذا فإنه يتم الإسناد في هذا الفرض إلى القواعد العامة لبيان حكم تصرف أحد الشركاء على هذا النحو، مثل هذه التصرفات تحمل في طبيعتها معنى الإستغلال وتحقيق مصالح شخصية وهو ما يستتبع المضرة بحقوق الشركاء الآخرين خاصة إذا تم التصرف بدون علمهم فيؤدي ذلك حتما إلى إهدار الحقوق وعدم إستقرار في التعامل¹¹⁴.

إذا تصرف الشريك في المال الشائع كله أو في مقدار شائع يزيد عن حصته في هذا المال سواء كان ذلك بالبيع أو الرهن أو بإنشاء حق عيني آخر فإن تصرفه يكون صادرا من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد عن حصته¹¹⁵، حكم هذا التصرف لا يكون نافذا في مواجهة سائر الشركاء بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في المال الشائع ولكن يكون نافذا في حقهم بالنسبة لحصصة الشريك المتصرف، على ذلك يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصصة ويصبح

¹¹³ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات العينية والشخصية)، مرجع سابق، ص.333. راجع أيضا لنفس المؤلف، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، ص.877.

¹¹⁴ - النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق باقي الشركاء، مرجع سابق، ص.205.

¹¹⁵ - فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.177.

شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء¹¹⁶، فيحق لباقي الشركاء إجازة هذا التصرف الصادر من الشريك على الشيوع فينفذ عندئذ في مواجهة الجميع¹¹⁷، إذ أن حكم تصرف الشريك في المال الشائع كله يقتضي التمييز بين ما إذا كان المتصرف إليه يعلم بالشيوع (الفرع الأول)، أو ما إذا كان يجهل وجود الشيوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم تصرف أحد الشركاء في المال الشائع كله في حالة علم المتصرف إليه بالشيوع

إذا كان المتصرف إليه عالما وقت التصرف بأن المتصرف شريكا في ملكية شائعة فإنه لا يستطيع المطالبة بإبطال التصرف على أساس أنه وقع في غلط جوهري في صفة الشيء المتصرف فيه، ذلك لعلمه أن المتصرف شريكا في المال الشائع كان يعتقد أنه ستؤول إليه ملكية المال الشائع كله ومن ثم تنتقل إليه ملكية ذلك المال، إذ يجب التمييز هنا كذلك بين ما إذا تملك الشريك المتصرف كل المال الشائع (أولا)، وبين حالة عدم إمكانية المتصرف كسب ملكية المال الشائع (ثانيا).

أولا: إكتساب المتصرف ملكية المال الشائع كله

إذا تملك الشريك المتصرف كل المال الشائع بمعنى أنه إكتسب ملكية الحصة أو الحصص الشائعة الخاصة بسائر الشركاء بأي سبب من أسباب كسب الملكية، فإنه بذلك يصبح مالكا لكل المال المتصرف فيه، وهي الصورة التي يتحقق فيها الهدف من التصرف وخاصة البيع

¹¹⁶ - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.148.

¹¹⁷ - سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مرجع سابق، ص.128.

فلا يجوز حينئذ للمتصرف إليه طلب فسخ البيع¹¹⁸ إذ تنتقل إليه من المتصرف ملكية كل المال الشائع المتصرف فيه ولا تتفرق عليه الصفقة¹¹⁹.

ثانياً: عدم إكتساب المتصرف ملكية المال الشائع كله

يحدث كثيراً أن لا يتمكن الشريك المتصرف من إكتساب باقي الحصص الشائعة، ففي هذه الحالة يكون للمتصرف إليه الخيار بين أن يبقي على الحصة التي آلت إلى الشريك المتصرف ويقبل بها على أن يدفع ثمنها المقابل فقط، أو يطلب فسخ البيع لأنه لا يرغب في تفريق الصفقة عليه لأن إرادته كانت تتجه لشراء كل المال الشائع، ويستخلص من ذلك انه إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت التصرف أن للمتصرف شركاء في المال الشائع المتصرف فيه ولم يستطع المتصرف من إستخلاص ملكية كل المال الشائع كان للمتصرف إليه طلب فسخ التصرف¹²⁰، وإذا وقع جزء مفرز من المال الشائع المتصرف فيه في نصيب المتصرف عند القسمة كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن و إما طلب فسخ التصرف لتفرق الصفقة عليه¹²¹.

118 - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص.56.

119 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.879.

120 - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص.57.

121 - همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.294.

الفرع الثاني

حكم تصرف أحد الشركاء في المال الشائع كله في حالة جهل المتصرف إليه بالشيوع

إن جهل المتصرف إليه بالشيوع يجوز له طلب إبطال التصرف قبل القسمة للغلط، لأنه لو علم بذلك لما أقدم على إبرام العقد ومن ثم كان له حق المطالبة بإبطال التصرف تأسيساً على الغلط الذي وقع فيه حسب أحكام المادة 81 ق م وما بعدها.

كما يجوز للمتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف فيما يخص الحصة الشائعة للشريك الأخر أو باقي الشركاء غير الحصة العائدة للشريك المتصرف تأسيساً على أن الشريك قام بالتصرف في ملك الغير طبقاً لأحكام المادة 397 ق م ج¹²²، يختلف الأمر هنا عن حالة قيام الشريك بالتصرف في جزء مفرز في المال الشائع والتي لا يكون فيها للمتصرف إليه حق إبطال التصرف على أساس التصرف في ملك الغير ومن خلال نص المادة 397 ق م ج يمكن التمييز بين حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين (أولاً)، وبالنسبة للمالك الحقيقي¹²³ (ثانياً).

أولاً: حكم التصرف في كل المال الشائع بين المتعاقدين في حالة جهل المتصرف إليه

بالشيوع

أقرت المادة 397 ق م ج، لمصلحة المتصرف إليه وحده حق طلب إبطال التصرف إذا كان صادراً من غير مالك، والأمر نفسه لو قام الشريك في الشيوع بالتصرف في كل المال الشائع، فإنه يعتبر تصرفاً صحيحاً في حصة الشريك الأخر، بذلك يكون قد باع فيما يخص هذه الحصة ملك غيره، لأنه طلب الإبطال مقرر لمصلحة المتصرف إليه بنص القانون.

122 - المادة 397 ق م ج: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري."

123 - عيادوهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 53.

يجوز للمتصرف إليه طلب التعويض عما أصابه من ضرر ومن خسارة لحقت به أو كسب قد فاته، ذلك بعد الحكم بإبطال التصرف بشرط أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون وقت البيع عالماً بأن البائع لا يملك المبيع.

ثانياً: حكم التصرف في كل المال الشائع بالنسبة للمالك الحقيقي في حالة جهل

المتصرف إليه الشيوع

إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع أو التصرف سواء أجاز المتصرف إليه أو لم يجزه فإن المالك يعتبر أجنبياً عن التصرف فلا يسري في حقه ويبقى مالكا ولا تنتقل بذلك الملكية، وفي حالة تسليم المبيع فإنه يحق له إسترداده عن طريق دعوى الإستحقاق، أما إذا أقر المالك التصرف فإنه يحدث آثاره وتنتقل الملكية إلى المتصرف إليه¹²⁴.

إذا تصرف الشريك في المال الشائع كله أو في جزء منه يزيد على حصته فيه فإنه ينتج آثار بين الأطراف إما طرفي العقد أو بالنسبة للمالك الحقيقي، فيجوز للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف على أساس الغلط في ملكية الشريك المتصرف إذا كان لا يعلم بأن حق المتصرف قاصر على حصته فيه أما إذا كان يعلم بوجود شركاء آخرين فله الإختيار بين إنتظار نتيجة القسمة حيث يمكن أن يؤول إلى المتصرف الجزء المتصرف فيه وقد يقع المال الشائع كله في نصيب المتصرف هنا يستقر حق المتصرف إليه عليه أو على الجزء محل التصرف، وقد يقع في نصيب المتصرف جزء فقط من المال المتصرف فيه هنا يستقر حق المتصرف إليه على هذا الجزء ولا يسري التصرف فيما عدا ذلك في مواجهة الشركاء، وله طلب التعويض من المتصرف بسبب عدم تنفيذه لإلتزامه، وإما خيار طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض على المتصرف لعدم تنفيذ ما إلتزم به في العقد حسب القواعد العامة¹²⁵.

124 - المرجع نفسه، ص. ص. 54-55.

125 - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 137-138.

المبحث الثاني

حكم التصرف الجماعي للشركاء في الملكية الشائعة

يعتبر حق كل شريك مشتاع هو حق ملكية على الشيء المشاع كله، فيحق له التصرف فيه بالتصرفات المسموحة قانونا بحيث لا يضر بحقوق باقي الشركاء، كما يحق للشركاء التصرف في المال الشائع كذلك¹²⁶، وحسب ما جاء في نص المادة 720 ق م ج التي تنص على أنه: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3/4) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا"¹²⁷.

إستقراء لنص المادة فإن التصرف في المال الشائع إضافة إلى صورة التصرف الفردي فإنه هناك أيضا التصرف الجماعي، الذي يقتضي كأصل عام إجماع الشركاء المشتاعين حيث أن حقوقهم متساوية في جوهرها على هذا الشيء الشائع¹²⁸، ولما كان تطلب الإجماع قد يؤدي إلى مضار إقتصادية، حيث يتعذر عادة الوصول إلى إتفاق جماعي مما قد يآثر على المال الشائع بعدم الإستفادة منه، فلذلك أوجد المشرع نظام يسهل من عملية التصرف في المال الشائع وهو نظام الأغلبية بحيث يتم التصرف فيه بأغلبية معينة من الشركاء في بعض الحالات وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا مع إعطاء الأقلية غير الموافقة والمعارضة على التصرف ضمانات كافية لحماية حقوقها وعدم إهمالها، لذا فإنه قد أورد المشرع حكما خاصا بتصرفات

¹²⁶ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 124.

¹²⁷ - أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

¹²⁸ - FLORENT MASSON, La Propriété Commune, Thèse de Doctorat En Droit Privé, école doctorale de droit de la Sorbonne, Université Panthéon- Sorbonne, Paris, 2016, P. 498.

الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة (المطلب الأول)، وحكما بالنسبة لتصرفات أغلبية الشركاء في الملكية الشائعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حكم تصرف الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة

يتمتع الشركاء بسلطة كبيرة ومطلقة في التصرف في المال الشائع بحيث قد تبقى هذه التصرفات نافذة حتى بعد إنهاء حالة الشيوخ¹²⁹، فيحق لهم مباشرة حق تصرف في المال الشائع مجتمعين، فيقصد بمبدأ الإجماع أن يتفق جميع الشركاء الذين يملكون شيئاً في حالة الشيوخ على التصرف فيه، بحيث يحقق الإجماع مبدأ المساواة بين الشركاء ويحافظ على مصالحهم في المال الشائع، إلا إن هذا المبدأ كثيراً ما يكون مصدراً للنزاعات والخلاف بين الشركاء مما قد يؤدي إلى إنهاء حالة الشيوخ بالقسمة وانفراد كل شريك بنصيبه، ذلك لاختلافهم حول كيفية التعامل بالمال الشائع كون أن كل واحد منهم يحاول فرض رأيه على البقية لتحقيق رغبته ومصالحته الشخصية دون النظر مصلحة الشركاء الآخرين¹³⁰.

باعتبار الشركاء ملاك المال الشائع فقد منح المشرع الجزائري رخصة التصرف فيه مجتمعين إما في كل المال الشائع أو جزء مفرز منه أو حصة شائعة، سواء كان التصرف مادياً بإستهلاك الشيء أو إعدامه أو تصرفاً بالتغيير في الشيء أو بالتعديل فيه، أو تصرفاً قانونياً ويستوي أن يكون هذا التصرف القانوني بنقل ملكية الشيء كله أو جزء منه أو حصة شائعة التي قد يكون إما بعوض يكون فيه مقابلاً كالبيع والمقايضة، وقد يكون بغير عوض

129 - السنجلوي خالد سلطي نواف، تصرف الشريك في الملكية الشائعة: (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013، ص. 49.

130 - M.PANIOL et G.RIPERT : *Traité pratique de droit civil*, 2ème Editions, t. 04, Succession, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1965, p. 670.

يعطي المتصرف دون مقابل على سبيل التبرع مثل الهبة والوصية¹³¹، كما قد يكون تصرف غير ناقل للملكية وذلك عن طريق تقرير حق عيني عليه سواء كان هذا الحق العيني أصلي أو حق عيني تبعي، ونحن ضمن دراستنا يهمننا التصرف القانوني وبما أن الشيوع وضع إستثنائي مؤقت مصيره يؤول للزوال والانقضاء أيا كان سببه¹³² فإن ما يثير التساؤل هو حكم هذه التصرفات الصادرة من الشركاء مجتمعين أي بالإجماع التي قد تكون إما تصرفات ناقلة للملكية (الفرع الأول)، أو تصرفات مرتبة لحق عيني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم التصرفات الناقلة للملكية الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة

يملك الشركاء مجتمعين سلطة التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه أو في حصة شائعة منه وذلك بأي نوع من التصرفات الناقلة للملكية سواء الناقلة للملكية والتي تكون بعوض أي بمقابل (أولا)، أو تصرفات بغير عوض على سبيل التبرع (ثانيا).

أولا: التصرفات الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة بعوض

التصرفات التي تكون بعوض هي تلك التصرفات التي يكون فيها مقابل الشيء الذي يعطيه المتصرف، وكما يحق للشريك المنفرد مباشرة هذه التصرفات على المال الشائع فإنه يحق للشركاء كذلك القيام بها، وقد تكون هذه التصرفات على شكل بيع وهو التصرف الأكثر شيوعا في الحياة العملية، وكذا التصرف عن طريق المقايضة.

¹³¹ - كيره حسن، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص. 769.

¹³² - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 140.

1: البيع الصادر من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة

يعتبر البيع من أهم التصرفات الناقلة للملكية، حيث أن أحكام بيع المال الشائع هي نفسها الأحكام العامة في البيع، فالتصرف الصادر من الشركاء مجتمعين يكون صحيحا وناظدا في حق الجميع، لذا فإنه قد يقع على المال الشائع كله أو جزء مفرز منه أو حصة شائعة.

أ: بيع الشركاء مجتمعين كل المال الشائع

إن تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع بالبيع يترتب عليه خروج المال الشائع من ذمة الشركاء وتنتهي بذلك حالة الشيوخ بينهم، إذ أننا بصدد تصرف صادر من ملاك المال الذين لهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه¹³³، ويكون هذا النوع من البيوع أي بيع المال الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين في حالة إقدامهم على إنهاء حالة الشيوخ وإستحالة قسمة المال الشائع عينا وبذلك يسمى هذا النوع من البيوع ببيع التصفية بحيث يخضع لإجراءات خاصة نظمها قانون إ م إ، و التي تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها العقار الشائع.

ب: بيع الشركاء مجتمعين جزء مفرز من المال الشائع

إن التصرف الصادر من الشركاء مجتمعين ببيع جزء مفرز من المال الشائع، خرج الجزء الذي تم فيه التصرف من الشيوخ واقتصر الشيوخ بين الشركاء على الجزء الباقي، كذا فإن البيع

133 - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.116. راجع في هذا الشأن: عرفه عبد الوهاب،

الوجيز في إستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب، مرجع سابق، ص. 49. أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، مرجع سابق، ص. 27.

الصادر على جزء مفرز يسجل ويترتب عليه نقل ملكية الجزء المبيع مفرزا إلى المشتري ولا يتوقف على إبرام عقد آخر بقسمة العقار أو بإفراز القدر المبيع¹³⁴.

ج: بيع الشركاء مجتمعين حصة شائعة من المال الشائع

يترتب على بيع الشركاء لحصة شائعة من المال الشائع إلى زيادة عدد الشركاء على الشيوع المشتاعين وكذا تعديل حصص الشركاء، فيدخل المتصرف إليه مع الشركاء شريكا بقدر هذه الحصة وليس في ذلك أدنى مشكلة¹³⁵.

غالبا ما يكون التصرف في العقار الشائع غير قابل للقسمة عينا أو أن قسمته تؤدي إلى إنقاص من قيمته لو بيع كاملا فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع في المزاد العلني ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه في العقار الشائع نميز بين فرضين، إما أن يرسوا المزاد على أحد الشركاء فيدفع هذا الأخير الثمن الراسي به المزاد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار، وإما ان يرسوا المزاد العلني على شخص أجنبي يكون ملزم بدفع الثمن كاملا والمصاريف والرسوم التي تترتب على التسجيل والشهر¹³⁶.

2: المقايضة الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة

حسب نص المادة 415 ق م ج التي تنص على أنه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقاضيين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايس عليه"¹³⁷.

134 - أبو سعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 71.

135 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 141.

136 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (عقد البيع)، ج.4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970، ص. 306.

137 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

تأسيسا على نص المادة فإنه ما يسري على أحكام البيع يسري على المقايضة وعليه فإن بإعتبار البيع الصادر من الشركاء مجتمعين في المال الشائع صحيحا وناظرا فإن ذلك يحيلنا إلى الإقرار بصحة وناظرا المقايضة الحاصلة من الشركاء.

ثانيا: التصرفات الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة بغير عوض

قد يقوم الشركاء بالتصرف في المال الشائع تصرفا ناقلا للملكية ويكون بدون مقابل على سبيل التبرع، بحيث أنه تنتقل الملكية من الشركاء إلى المتبرع له، فيصح أن يقوم الشركاء بوقف المال الشائع عقارا كان أو منقولا شريطة تمام القسمة ولا يجوز وقف المشاع فيما لا يقبل القسمة، كما قد يتجسد التصرف بدون عوض على شكل هبة أو وصية، لذا سنتطرق إليها كل على حدة.

1: الوصية الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة

للشريك المنفرد ان يوصي بحصته الشائعة للغير نظرا أن طبيعة الشيوخ لا تتعارض مع الوصية، فالوصية جائزة مادام أنها لم تتجاوز الثلث وإلا كانت موقوفة على إجازة الورثة تطبيقا للقانون، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 185 ق أ ج: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة

ومازاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"¹³⁸.

كما تنص المادة 189 ق أ ج: " لاوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"¹³⁹

¹³⁸ - أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

¹³⁹ - أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

يصح للشركاء على الشيوع أن يوصوا بالمال الشائع بالثلث كل حسب نصيبه وأما ما زاد عن الثلث تتوقف صحته وإجازته¹⁴⁰ على ورثته وبالتالي فإن الوصية في المال الشائع الصادرة من الشركاء مجتمعين صحيحة ونافذة في حق جميع الشركاء.

2: الهبة الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة

يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في المال الشائع كله أو جزء منه بالهبة، فهي من التصرفات الناقلة للملكية التي عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 ق أ ج بنصه: "الهبة تملك لا عوض"¹⁴¹.

تخضع الهبة لأحكام قانون التوثيق من كتابة رسمية وإجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية حتى تحدث أثرها وتنتقل الملكية بها، وقد تكون الهبة صادرة من جميع الشركاء إلى أحدهم من الشركاء أو إلى أجنبي عنهم، وخلافا للهبة العادية بمعنى إذا كان محلها غير مشاع فأنها لا تتم إلا بالحيازة، أما إذا كان محلها مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة¹⁴² بحسب نص المادة 208 ق أ ج التي تنص على ما يلي: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة"¹⁴³.

إذن ومن خلال ما سبق فإنه يجوز للشركاء مجتمعين أي بإتفاقهم جميعا أن يقوموا بالتصرف في المال الشائع بتصرفات ناقلة للملكية سواء كانت بمقابل أو تبرعا، فقد تكون هذه التصرفات بيعا أو مقايضة، كما قد تكون هبة أو وصية، حتى الوقف يمكن أن يقوموا بتقريره

140 - الإجازة هي النزول عن الحق في طلب الإبطال من جانب من شرع الإبطال لمصلحته ذلك أن العقد القابل للإبطال هو تصرف قائم منتج لأثاره إلا أنه مهدد بالنزول فالإجازة تأييد لعقد قائم. راجع في هذا الشأن: البدوي محمد علي، النظرية العامة للإلتزام: (مصادر الإلتزام)، ج.1، ط.2، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993، ص. ص. 144-145.

141 - أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

142 - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 71.

143 - أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

على الملكية الشائعة، وهذا لكونهم مجتمعين يمثلون رأياً واحداً رغم أنه في بعض الأحيان قد يحقق هذا الإجماع مصلحة عامة لهم لكن ليس بمصلحة خاصة لكل شريك، كما يمكن لهم تقرير حقوق عينية على هذا المال الشائع.

الفرع الثاني

حكم ترتيب الشركاء مجتمعين حق عيني على الملكية الشائعة

أجاز القانون للشريك المنفرد في الملكية الشائعة التصرف في المال الشائع بما يحقق الغرض الذي أنشئ لأجله هذا المال، فقد يكون هذا التصرف إلى جانب التصرفات الناقلة للملكية بترتيب حق عيني عليه سواء كان حقاً عينياً أصلياً أو حقاً عينياً تبعياً، وكذلك الحال بالنسبة للشركاء مجتمعين فلم الحق بتقرير هذه الحقوق العينية على المال الشائع كونهم الأكثر تمتعاً بسلطة التصرف في المال الشائع مقارنة بالشريك المنفرد، لذا فإن هذه الحقوق قد تكون حقوق عينية أصلية كحق الإنتفاع أو الإرتفاق (أولاً)، أو حقاً عينياً تبعياً كحق الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي (ثانياً).

أولاً: الحقوق العينية الأصلية المرتبة على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء

الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق التي تكون مستقلة لا تتبع حق آخر أو تستند في وجودها إليه، فهي تخول لصاحبها الحق في إستعمال الشيء واستغلاله بطريقة كاملة¹⁴⁴، من أمثلتها حق الإنتفاع وحق الإرتفاق للشركاء مجتمعين الحق في مباشرة مثل هذه التصرفات في الملكية الشائعة سواء كان التصرف صادر لشريك في الشروع أو لأجنبي، عكس الشريك المنفرد الذي له سلطة تقرير حق إنتفاع فقط دون حق إرتفاق.

144 - كيره حسن، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص.49.

1: ترتيب حق الإنتفاع على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء

يخول حق الإنتفاع بإعتباره حق عيني لصاحبه سلطة إستعمال الشيء مملوك للغير واستغلاله في مقابل المحافظة عليه ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الإنتفاع والذي ينتهي حتما بموت المنتفع، فحق الإنتفاع حق متفرع عن حق الملكية فهو يقتطع من سلطات المالك من سلطة الاستعمال والاستغلال وتمنح لشخص آخر.

بذلك فحق الإنتفاع يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الإفادة من منافع الشيء ودون وساطة من آخر كما يكون له حق الأفضلية والتتبع، وباعتباره يخول لصاحبه سلطتي الإستغلال والإستعمال إلا أن سلطة التصرف يحتفظ بها المالك، لذا يبقى للمالك ملكية الرقبة والتي تخول له سلطة التصرف في الشيء ويكون للمنتفع سلطة إستعمال و الإستغلال فقط لهذا يختلف حق المنتفع عن حق الشريك في الشيوخ الذي تكون له كل سلطات الملكية على الشيء الشائع ولكن في حدود حصته، فيحق للشريك تقرير حق الانتفاع على حصته الشائعة.¹⁴⁵

كما نخلص أنه للشركاء في الشيوخ أن يقرروا بإجماعهم ترتيب حق الإنتفاع على المال الشائع كله لفائدة أحد الشركاء أو لفائدة شخص آخر أجنبي.

في حالة تقريره حق الانتفاع لأحد الشركاء فإنه يكون منتفعا بالمال الشائع كله ومالكا لحصته الشائعة بالنسبة المال المنتفع به وحق الإنتفاع إذا كانوا الشركاء جميعا هم المنتفعون بالمال الشائع ومهما كان السند، أما إذا كان حق الإنتفاع مقررا لفائدة شخص أجنبي الذي إكتسب به هذا الحق فإن الشركاء في الشيوخ يحتفظون بملكية المال الشائع.¹⁴⁶

¹⁴⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 254-255.

¹⁴⁶ - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 76.

2: ترتيب حق الارتفاق على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء

تنص المادة 867 ق م ج على أنه: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال أن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال"¹⁴⁷.

استنادا لنص المادة يمكن تعريف حق الارتفاق بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، والعقار المثقل بالارتفاق أو العقار المرتفق به يسمى العقار الخادم والعقار المرتفق أي المقرر لفائدته الارتفاق يسمى العقار المخدم.

من أمثلة حق الارتفاق حق المرور الذي يوجد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدم غير العقار المرتفق به أو الخادم، حق الارتفاق مقرر لمنفعة عقار معين فمعنى ذلك أن المنفعة التي يحققها منفعة عينية تتعلق بالعقار لا منفعة شخصية تتعلق بمالكة¹⁴⁸.

أقر المشرع الجزائري على أسباب كسب حق الارتفاق في نص المادة 868 ق م ج: "ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا يكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور"¹⁴⁹.

يتضح من نص المادة أن حق الارتفاق قد ينشأ بتصرف قانوني والذي يشمل كل من العقد والوصية، وكذلك التقادم فيعتبر كمصدر لحق الارتفاق فقد اشترط المشرع أن يكون الارتفاق ظاهرا كحق الارتفاق بالمرور¹⁵⁰، كما أضاف المشرع كذلك مصدرا آخر وهو تخصيص

147 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

148 - كيره حسن، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص. 463.

149 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

150 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص. 305-306.

المال الحقيقي في نص المادة 869 ق م ج التي تنص: "يجوز أيضا في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي...".¹⁵¹

تخصيص المالك الحقيقي هو العمل الذي به ينشئ ملك عقارين علاقة تبعية واقعية بينهما من شأنها أن تجعل أحد العقارين يتحمل عبئ استثنائي العقار الآخر كما لو كان هناك ارتفاق رغم عدم وجود هذا الحق قانونا لأن العقارين مملوكين لمالك واحد، لكن إذا تغير هذا الوضع بحيث أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين بسبب من الأسباب مع بقاء علاقة التبعية الواقعية التي كانت قائمة من قبل نشأ حق الارتفاق ويكون مصدره تخصيص المالك الحقيقي.¹⁵²

أما فيما يخص الملكية الشائعة وقابليتها لتقرير حق الارتفاق عليها فإنه يختلف الحكم بين الشريك المنفرد والشركاء مجتمعين، حيث أن الشريك المنفرد لا يمكنه تقرير حق الارتفاق على حصة شائعة لأن الارتفاق يقتضي أعمالا مادية على عقار مفرز¹⁵³، إلا أنه يجوز للشركاء مجتمعين ترتيب هذا الحق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر ويكون نافذا في حقهم جميعا، وبالمقابل يمكن أن يستفيدوا جميعا من حق ارتفاق يرتب لفائدة العقار الشائع كله المملوك لهم من قبل مالك آخر.¹⁵⁴

كما يجوز للشركاء مجتمعين تقرير حق الارتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع ويكون نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة أو بعدها، فلا يمكن الإحتجاج إذا ما وقع الجزء المثقل

151 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

152 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.307.

153 - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص.121.

154 - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 85.

بالإرتفاق في نصيب أحدهم بعد القسمة بل يبقى ذلك الجزء المفرز الذي آل إليه بعد إجراء عملية القسمة مثقلا بحق الإرتفاق مرتب عليه مهما كان نوعه¹⁵⁵.

يخضع حق الإرتفاق لكونه حقا عينيا للإجراءات اللازمة في التصرفات والتي يخضعها القانون لهذه الإجراءات والمتمثلة في الكتابة الرسمية والشكلية المطلوبة والتسجيل والشهر العقاري بالمحافظة العقارية¹⁵⁶، وهذا ما أكده المجلس الأعلى للقضاء في قرار رقم 29501 الذي جاء فيه ما يلي: "إن الطبيعة القانونية المضافة على حق الإرتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق، لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم جواز الإحتجاج به تجاه الغير ومن ثمة كان وجوبا على الأطراف إفراغ الاتفاق المبرم حوله في عقد رسمي وتولي إجراءات إشهارة ليصبح بالتالي التمسك بحصول التصرف ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن"¹⁵⁷.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية المرتبة على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء

للشركاء في الشيوخ أن يجتمعوا على ترتيب أي حق عيني تبعي على العقار الشائع، إذ لهم أن يرهنوا العقار الشائع كله رهنا رسميا أو رهن حيازة، ولن نخوض في تفصيل الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي وسنكتفي بالبحث في حكم أو أثر القسمة إذا ما قرر الشركاء مجتمعين هذا الحق أي الحق العيني التبعي، وسنلخص بالبحث الرهن الرسمي والرهن الحيازي لفائدة الغير، بعبارة أخرى ما هو مصير الرهن المقرر أو المرتب على العقار الشائع لفائدة الغير أو حتى لفائدة أحد الشركاء قبل قسمة العقار الشائع كله أو بعد القسمة أو حتى عند بيعه في حالة إستحالة القسمة العينية؟

155 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. ص. 837-838.

156 - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 85.

157 - قرار المحكمة العليا رقم 29501، مؤرخ في 1983/10/26، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص. 45.

1: ترتيب حق الرهن الرسمي على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء

تنص المادة 886 ق م ج على أنه: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلاً¹⁵⁸.

يتضح من خلال المادة أن من خصائص الرهن الرسمي أنه وارد على عقار، وبالتالي لا يوجد ما يمنع تقرير الرهن الرسمي على عقار مملوك على الشيوع فهو صحيح ونافذ في حق جميع الشركاء قبل وبعد القسمة أو حتى بعد بيعه بالمزاد العلني ويجب أن يكون في شكل رسمي أي في وثيقة رسمية مشهرة.

كما تنص المادة 890 / 1 ق م ج على أنه: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته..."¹⁵⁹.

إستناداً لنص المادة فإنه يتضح بأن الرهن الرسمي الذي يرتبه جميع الملاكين لعقار شائع يكون نافذاً في حقهم جميعاً سواء قبل القسمة أو بعدها حتى بعد بيعه لإستحالة القسمة العينية، فالرهن يكون صحيحاً نافذاً في حقهم قبل القسمة، لأنه صدر منهم جميعاً.

فإذا تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله بعد رهنه إنتقل هذا العقار إلى المتصرف إليه متقلاً بالرهن وما يرتبه من آثار فيكون للدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في

158 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

159 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

يد المتصرف إليه وكذلك التقدم في الحالة التي ينفذ فيها أحد دائني شريك منهم كما أنه ينتقل إلى الورثة مثقلا بالرهن في حالة وفاة الشركاء جميعا أو بعضهم يسري في حق الشركاء وفي حق دائنيهم وفي حق الخلف الخاص والخلف العام¹⁶⁰.

أما بعد القسمة فإنه كثيرا ما يثور تساؤل حول مصير هذه الرهون إذا وقع الجزء المحمل بأي من هذه الحقوق في نصيب أحد الشركاء أو إذا آل كل المال الشائع إلى أحد الشركاء في مقابل مبالغ نقدية يدفعها إلى بقية الشركاء مقابل حصصهم فيه.

لذا فإن التصرف الصادر من جميع الشركاء في كل المال الشائع أو جزء منه يكون صحيحا وبطل نافذا في مواجهة كل الشركاء وخلفائهم أيا كانت نتيجة القسمة، ولا تطبق قاعدة الأثر الرجعي للقسمة في حالة ما إذا كان التصرف صادرا من جميع الشركاء، لأن المقصود منها حماية الشريك من الحقوق والأعباء التي قد يترتبها شريك آخر على الجزء المفرز الواقع بمقتضى القسمة في نصيبه، هذا بالإضافة إلى ان التصرف صادر من جميع الشركاء بما فيهم من آل محل المتصرف إليه¹⁶¹، هذا ما أخذ به المشرع صراحة في نص المادة 1/890 ق م ج.

لكن ما يؤخذ عن هذا الموقف أنه يقوم على مقدمة غير سليمة حيث يصور الرهن الصادر من جميع ملاك العقار على أنه مجموع رهن كل شريك لحصته والواقع أن الرهن، في هذه الحالة قد صدر عن إرادة جماعية لمن تنحصر فيهم كافة الحقوق على الشيء وبالتالي كانت لها ولاية إبرامه وقت صدوره.

¹⁶⁰ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات الشخصية والعينية)، مرجع سابق، ص323.

¹⁶¹ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 117-118.

كما أن الشريك الذي إختص بالعقار في القسمة كان من بين هؤلاء الشركاء الذين أبرموا التصرف، وكان يعلم أو بإمكانه العلم سلفا باحتمال وقوع العقار كله في نصيبه ولذلك يجب أن يظل الرهن نافذا في مواجهة هذا الشريك أيا كانت النتيجة التي تترتب على القسمة فيما بعد¹⁶².

2: ترتيب حق الرهن الحيازي على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء

تنص المادة 948 ق م ج على أنه: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

كذلك المادة 949 ق م ج: "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار".¹⁶³

تأسيسا على هاتين المادتين فإنه يستنتج بأن الرهن الحيازي يرد على منقول وعلى عقار شرط أن يكون قابلا للبيع مستقلا بالمزاد العلني، وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض لأحكام الرهن الحيازي الذي قد يرتبه الشركاء في الشيوع على المال الشائع، في خلاف ما يتعلق بالرهن الرسمي، وطالما لا يوجد نص يحدد أحكام هذا التصرف ولا توجد إحالة صريحة على أحكام الرهن الرسمي فإنه لا مانع من تطبيق أحكام الرهن الرسمي، وهو ما ذهب إليه بعض الفقه فإذا رهن الشركاء مجتمعين المال الشائع رهنا حيازيا فإنه يبقى نافذا وصحيا أيا كانت

¹⁶² - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 142. راجع في هذا الشأن: فرج الصدهديد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 175. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص. 288-289.

¹⁶³ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

نتيجة القسمة أو حتى بعد بيعه عند إستحالة قسمته، بشرط مراعاة أن يكون المال الشائع المرهون رهنا حيازيا قابلا للبيع مستقلا بالمزاد العلني¹⁶⁴.

المطلب الثاني

حكم تصرف أغلبية الشركاء في الملكية الشائعة

تنص المادة 720 على ما يلي: "لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3/4) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا"¹⁶⁵.

إستنادا إلى نص المادة فإنه يتضح أن المشرع الجزائري قد أعطى للشركاء في حال عدم إجماعهم في التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه طريقا آخر وهو نظام الأغلبية والذي يعتبر كإستثناء عن مبدأ الإجماع على إعتبار أن تطلب الإجماع قد يؤدي إلى تعطيل ممارسة سلطات الملكية ولهذا إكتفى بالأغلبية لكن بنسبة محددة، إلا أن هذا لا يعني أن الأغلبية تتحكم في الأقلية وتفرض قرارها عليها لذا فقد حرص على حفظ حقوقها وضمانها عن طريق تمكين القضاء من بسط الرقابة على قرارات الأغلبية.

لقد وفر المشرع حماية لحقوق الأقلية من الشركاء من تعسف الأغلبية وذلك عن طريق إلزام الأغلبية المتصرفة في المال الشائع من إتباع شروط محددة قانونا، لذا ومن خلال ما سبق سندرس هذا المطلب شروط صحة التصرفات الصادرة بأغلبية الشركاء في الملكية الشائعة

¹⁶⁴ - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 88.

¹⁶⁵ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(الفرع الأول)، وضمانات الأقلية المعارضة على تصرف أغلبية الشركاء في الملكية الشائعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط صحة التصرفات الصادرة بأغلبية الشركاء في الملكية الشائعة

نظرا لصعوبة حصول الإجماع للتصرف في المال الشائع فإن المشرع قد أجاز لأغلبية خاصة من الشركاء التصرف في المال الشائع لكنه لم يترك هذه الإجازة مطلقة بل قيدها بشروط استوجب توفرها عند قيام الشركاء بالتصرف في المال الشائع وهذا حسب ما نصت عليه المادة 720 ق م ج: "لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3/4) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية...¹⁶⁶".

هذا ما أكدته أيضا المحكمة العليا في قرارها رقم 92343 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية...¹⁶⁷".

على ما سبق يتضح أن هناك شرطين يجب توفرهما في التصرف الصادر من الشركاء وهما: توفر الأغلبية اللازمة من الشركاء للتصرف في الملكية الشائعة (أولا)، وجود الأسباب القوية للتصرف في الملكية الشائعة (ثانيا).

¹⁶⁶ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

¹⁶⁷ - قرار المحكمة العليا رقم 92343، مؤرخ في 1992/10/28، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، عدد 01، 1994، ص. 38.

أولاً: توفر الأغلبية اللازمة من الشركاء للتصرف في الملكية الشائعة

تنص المادة 720 ق م ج: "لشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3/4) المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه..."¹⁶⁸.

تأسيساً على نص المادة يظهر أن المشرع قد اعطى للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع حق التصرف فيه وهذه الأغلبية التي أقرها النص ليست أغلبية عددية وإنما محددة بنسبة من يملك ثلاثة أرباع على الأقل من المال الشائع أي أغلبية موصوفة، مما يعني أن العدد الذي يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيراً أو قليلاً بل قد يكون شريكاً واحداً، فإذا ملك هذا الأخير وحده التصرف في هذا المال¹⁶⁹، كما يتضح لنا أن المشرع قد اعتمد في تحديد الأغلبية على المعيار الموضوعي وذلك بإقرار نسبة الملك وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي أو شكلي.

إشترط المشرع حتى يمنع من أن يكون هناك تعسف من طرف الأغلبية في استعمال حقها في التصرف في المال الشائع قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع بالإضافة إلى تقريره ضمانات كافية لحقوق الأقلية¹⁷⁰.

ثانياً: وجود الأسباب القوية للتصرف في الملكية الشائعة

يشترط المشرع في المادة 720 ق م ج التي تنص على: "...أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية..."¹⁷¹ بالإضافة إلى توفر الأغلبية قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في المال الشائع لكي يمنع من أن يكون هناك تعسف من طرف الأغلبية نتيجة

168 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

169 - السنهاوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 840.

170 - لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع تصرفاً إختيارياً، مرجع سابق، ص. 74.

171 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

إستعمال حقهم، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشيء الشائع بثمن مرتفع، أو أن يكون إستغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها متعذرا مما يتعين بيعه، أو يكون في حاجة إلى إصلاحات ضرورية لا يتوفر لها التمويل اللازم، مما يجعل الأغلبية تقرر الإقتراض وتقرر في نفس الوقت إنشاء رهن على الشيء لضمان القرض¹⁷²، هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباب كافية وقوية تستدعي التصرف في العين الشائعة تارة بالبيع وطورا بالرهن¹⁷³.

تثير طبيعة الأسباب القوية تساؤل حول خضوعها للسلطة التقديرية للقاضي بمعنى هل تصرفات الأغلبية تخضع لسلطة قاضي الموضوع وبالتالي لا رقابة للمحكمة العليا عليها؟ أم أنها مسألة قانون يمكن لهذه الأخيرة ممارسة الرقابة عليها؟

يمكن القول أن هذه المسألة مسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في وقائع الدعوى وذلك لأن ما يراه القاضي بمحكمة ما سببا قويا قد يراه قاضي آخر سبب غير قوي ولا يسمح للأغلبية بالتصرف في المال الشائع، وعليه فهي مسألة موضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ولا تدخل في تقدير ما إذا كان السبب المعتمد قويا أو ضعيفا¹⁷⁴.

الفرع الثاني

ضمانات الأقلية المعارضة على تصرف أغلبية الشركاء في الملكية الشائعة

أعطى المشرع الجزائري في نص المادة 720 ق م ج للشركاء في حالة عدم إجماعهم التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه، إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك والمتمثلة في توفر الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من المال الشائع، وكذلك الأسباب والدواعي القوية، إلا أنه في

¹⁷² - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 122. راجع كذلك في هذا الشأن: محمد حسن

قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 131.

¹⁷³ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 839.

¹⁷⁴ - لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع تصرفا إختياريا، مرجع سابق، ص. 75.

المقابل وفي نفس المادة قد وفر حماية لحقوق الأقلية من الشركاء، وذلك عن طريق إلزام الاغلبية المتصرفة في المال الشائع بإعلان هذا التصرف إلى الأقلية، بواسطة عقد غير قضائي حتى يكون لها حق الاعتراض على هذا القرار أمام المحكمة المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة 720 ق م ج في أنه: "...الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان..."¹⁷⁵، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار رقم 92343 الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء.

ولما ثبت -من مستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدع عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض"¹⁷⁶.

لذا يجب التطرق إلى طبيعة الإعلان الموجه للأقلية من الشركاء (أولاً)، كذا المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض (ثانياً).

أولاً: طبيعة الإعلان الموجه للأقلية من الشركاء

ألزمت المادة 720 ق م ج الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع (3/4) المال الشائع عند تقرير التصرف فيه كله أو جزء مفرز منه وكانت مستندة إلى أسباب قوية أن تعلن قرارها إلى

175 - أمر رقم 75-58، ينضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

176 - قرار المحكمة العليا رقم 92343، مرجع سابق، ص. 38.

الأقلية، ويكون ذلك بعقد غير قضائي، بحيث نصت على ما يلي: "...على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء..."¹⁷⁷.

فقد أوجب المشرع الجزائري الكتابة في الإعلان ولا يعتد حينها بالإعلان الشفوي ويكون هذا الإعلان عن طريق محضر قضائي أو برسالة مضمونة الوصول¹⁷⁸ وبإستثناء شكلية الكتابة للإعلان، فإن المشرع لم يشترط على الأغلبية أن تذكر فيه بيانات محددة على سبيل الحصر فيكفي عندئذ ذكر قرارها في التصرف دون الحاجة لذكر وتحديد نوع التصرف¹⁷⁹.

يطرح تصرف الأغلبية من الشركاء دون علم الأقلية بذلك يطرح تساؤل في مدى صحة هذه التصرفات، في هذا الصدد أجابت المحكمة العليا في قرارها رقم 62092 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر أن للطرف الذي يمتلك الأغلبية في المال المشاع أن يتصرف في نصيبه مع وجوب إبلاغ بقية الشركاء بعقد غير قضائي فإن القرار الإداري المتضمن بيع محل يشكل جزء مشاع من دون إبلاغ بقية الشركاء بمقرر نقل ملكية يعود مشوبا بعيب خرق القانون ومتى كان كذلك إستوجب إبطال عقد البيع المطعون فيه"¹⁸⁰.

بناء على هذا الإجتهد القضائي فإن أي تصرف من طرف الأغلبية دون أن يكون هناك إعلان لباقي الشركاء يكون هذا التصرف غير صحيح قانونا.

¹⁷⁷ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

¹⁷⁸ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات الشخصية والعينية)، مرجع سابق، ص. 840.

¹⁷⁹ - لبيض بوبكر، التصرف في المال الشائع تصرفا إختياريا، مرجع سابق، ص. 77. راجع كذلك في هذا الشأن: عيادوهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 96.

¹⁸⁰ - قرار المحكمة العليا رقم 62092، مؤرخ في 13/01/1990، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، عدد 01، 1991، ص. 139.

ثانياً: المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض

تنص المادة 720 ق م ج: "... ولم خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً"¹⁸¹.

يستنتج من خلال مضمون هذه المادة أنه بمجرد إعلان الأغلبية قرارها للأقلية فإنه يحق لهؤلاء في حالة مخالفتهم لهذا القرار اللجوء إلى المحكمة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها المال الشائع محل التصرف لرفع الدعوى موضوعها الاعتراض على قرار الأغلبية وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان.

يصبح قرار الأغلبية نهائياً وملزماً فيحققهم في حالة فوات الميعاد دون رجوعهم إلى القضاء، وفي هذه الحالة فإن الحماية الممنوحة للأغلبية تعادل نفس الحماية المكفولة أيضاً للأقلية.

أما إذا لجأ المخالفون أو أحدهم إلى المحكمة واعتراض على قرار الأغلبية خلال الميعاد المذكور والمتمثل في مدة شهرين فيجب على المحكمة أولاً أن تقوم بالنظر فيما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية أم لا، فإن لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية فإنها تنتقل بعد ذلك فيها إذا كان من الممكن قسمة المال الشائع أم لا، فإن لم تكن القسمة ضارة أجرت المحكمة القسمة وبذلك تبقى حالة الشيوخ ولا تعدل المحكمة عن القسمة للنظر فيها إذا كان التصرف واجباً"¹⁸².

¹⁸¹ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

¹⁸² - قريشي فاطمة الزهراء، لحمير نادية، حماية الشريك في الشيوخ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص. 23.

نلخص إذن أن التصرف في المال الشائع قد يصدر إما من أحد الشركاء على حصته الشائعة أو حصة مفرزة من الملكية الشائعة وكذا قد يقوم بالتصرف في كل المال الشائع، وهذه التصرفات تختلف أحكامها باختلاف أنواعها فقد تكون تصرفات ناقلة للملكية مثل البيع والتبرع كالهبة، كما قد تكون تصرفات غير ناقلة للملكية لكنها مرتبة حقوق عينية على الملكية الشائعة سواء كانت حقوق عينية أصلية كحق الإنتفاع أو حقوق عينية تبعية كحق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي أو حق تخصيص أو إمتياز، كذلك يختلف الحكم من التصرفات الواقعة في جزء مفرز قبل أو بعد القسمة بحيث يكون لعلم المتصرف إليه أو جهله أثرا على هذه التصرفات فيما بين الأطراف، إضافة إلى هذا فقد يقوم الشريك بالتصرف في كل المال الشائع.

إلى جانب التصرفات الصادرة من أحد الشركاء فقد يصدر التصرف من جميع الشركاء أو بأغليبتهم وهذا بشتى أنواع التصرفات التي قد يقوم الشريك المنفرد بمباشرتها، قد إعتبر المشرع في التصرفات الجماعية الإجماع كمبدأ لها والأغلبية كإستثناء ولما أعطى للشركاء مجتمعين سلطة واسعة في تصرف في المال الشائع فقد أعطى للأقلية ضمانات لحماية حقوقهم وذلك عن طريق دعوى الإعتراض. لذا فالتصرفات الواردة على الملكية الشائعة ليست مطلقة بل وضع لها المشرع قيود حماية لبقية الشركاء والمتمثلة في دعوى الإستحقاق والإسترداد، وكذا دعوى الشفعة.

الفصل الثاني

القيود

الواردة على

تصرفات

الشركاء في

الملكية

الشائعة

الفصل الثاني

القيود الواردة على تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة

للشريك حق الملكية على الشيء الشائع كله وإن كان محددًا بقدر حصته، وعلى ذلك فإن هذا الشريك قد يتصرف في حصة شائعة أو جزء مفرز منها بعدة تصرفات، لأن الشيوع لا يمنع الشريك من التصرف في ماله بأي نوع من التصرفات سواء بنقل الملكية أو ترتيب حق عيني عليه لكن هذا الحق لا يكون مطلقًا بل مقيد ذلك نظرا لوجود حقوق شركاء آخرين تقابل هذا التصرف في الملكية الشائعة خاصة تلك التصرفات الناقلة للملكية، لأنها قد تؤدي إلى الإضرار بحقوق باقي الشركاء، لذا قرر المشرع الجزائري وضع قيد عدم الإضرار بحقوقهم في نص المادة 714 ق م ج التي تقضي بأنه: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق باقي الشركاء" ¹⁸⁴.

يتضح من خلال المادة أن المشرع الجزائري قد سعى إلى تحقيق التوازن بين حق الشريك بالتصرف في الملكية الشائعة وحقوق باقي الشركاء، ذلك عن طريق جعل طبيعة هذا التصرف مقيد بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، لأن الضرر هو إعتداء على مصلحة مشروعة يحميها القانون والضرر الذي يعتد به هنا هو الضرر المادي الذي فيه مساس بحقوق مالية لباقي الشركاء كحق الملكية وحق الإنتفاع، ومن خلال المادة 714 ق م ج يظهر أن التصرف الذي قد يحدث ضررا محققا بالشركاء هو تصرف أحد الشركاء في حصته الشائعة مما قد يؤدي إلى إدخال أجنبي غير مرغوب فيه بين الشركاء، وللتخلص من هذا الأجنبي والأضرار الناتجة عن تصرف الشريك فقد أوجد المشرع الجزائري آليات ووسائل لرفع الضرر عن حقوق باقي الشركاء والتي تعتبر قيودا على تصرف الشركاء في الملكية الشائعة، وتتمثل هذه القيود في حق الشركاء

184 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

في الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة (المبحث الأول)، وحق الشركاء في الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حق الشركاء في الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

باعتبار أن الشيوع لا يمنع الشركاء من التصرف في مالهم قصد الإنتفاع منه وكذا إستغلاله، فإن الشريك قد يتصرف في حصته الشائعة بتصرفات ناقلة للملكية لشخص آخر يكون أجنبي عن الشركاء مما قد يؤثر على حقوق باقي الشركاء، لذا فإن تصرفات الشريك في حصته الشائعة غير مطلقة بل مقيدة بقيود وضعها المشرع لحماية حقوق باقي الشركاء وأحد هذه القيود حق الإسترداد المنصوص عليه قانوناً فوجود أجنبي بين الشركاء دليل على وجود الضرر ولرفعه فإنه يحق للشركاء إستعمال حق الإسترداد للحصة المبيعة واستبعاد الأجنبي.

يعتبر حق الإسترداد كأثر إستحقاق الغير المال الشائع المتصرف فيه فلا يمكن اللجوء لدعوى الإسترداد إلا إذا سبقتها دعوى إستحقاق، إذ أنهما حق يلجأ إليه عند تصرف لأحد الشركاء في الملكية الشائعة عن طريق تصرف ناقل للملكية وقد يكون لشخص أجنبي عن الشركاء مما قد يستتبع أضراراً بحقوق باقي الشركاء الآخرين، لذا فإن للممارسة دعوى الإستحقاق والإسترداد يقتضي توفر شروط معينة وإتباع إجراءات منصوص عليها قانوناً، وبمباشرة هذه الدعاوى فإن ذلك ينتج آثاره على العلاقات فيما بين الأطراف.

لذا وضمن دراسة هذا المبحث فإنه يستوجب التطرق إليه خلال مطلبين، نبين في الأول المجال المفاهيمي لحق الإسترداد في مجال الملكية الشائعة (المطلب الأول)، آثار وسقوط حق الإسترداد كقيد على تصرف الشركاء في الملكية الشائعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المجال المفاهيمي لحق الإسترداد في مجال الملكية الشائعة

جعل المشرع الجزائري على تصرف أحد الشركاء قيود لحماية حقوق باقي الشركاء من الضرر الذي قد ينتج عن تصرف هذا الشريك، من بينها حق الإسترداد الذي قد يباشره الشركاء لمواجهة الأضرار، لكن الإسترداد يكون تابعا لدعوى إستحقاق والتي تعتبر كسبب لممارسة حق الإسترداد. لذا ونظرا لأهمية حق الإسترداد بالنسبة للشركاء وحماية وصيانة حقوقهم فإن المشرع الجزائري نظمته في نص المادة 721 ق م ج، من حيث مفهومه وكذا إجراءاته. لذا فإنه يجب التطرق إلى حق الإسترداد كأثر لاستحقاق الغير المال الشائع (الفرع الأول)، وإجراءات حق الإسترداد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق الإسترداد كأثر لاستحقاق الغير المال الشائع

حماية لحقوق الشركاء من الضرر الذي قد يمس حقوقهم جراء تصرف أحد الشركاء في المال الشائع فإن المشرع الجزائري لم يغفل عن الموضوع وجعل للشركاء حق رفع دعوى إستحقاق حصصهم الشائعة، والتي تكون سببا لممارسة حق الإسترداد، لذا فإن دراسة هذا الفرع تستلزم دراسة أحكام كل دعوى على حدة على النحو التالي: دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد (أولا)، ممارسة حق الإسترداد كأثر لدعوى الإستحقاق (ثانيا).

أولا: دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حالة الشيوخ

تقتضي دراسة دعوى الإستحقاق معرفة المجال المفاهيمي المرتبط بها، وكذا الإجراءات القانونية التي يستوجب إتباعها لرفع هذه الدعوى بطريقة سليمة بحيث أن هناك أحكام خاصة تتعلق بطرق الإثبات فيها.

1: مضمون دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشروع

يحق للشركاء الاعتراض على التصرف الصادر من الشريك على الشروع لتعلقه بحصصهم الشائعة فيه، فقد منحهم القانون حق رفع دعوى الإستحقاق ضد كل من المتصرف والمتصرف إليه حتى يكون هذا الأخير على علم بما سيقع بعد إجراء عملية القسمة وعاد الجزء المتصرف فيه إلى أحد الشركاء بعد القسمة، لذا فإن دعوى الإستحقاق تثبت للشركاء في حقوقهم الشائعة، بحيث تتضمن شروطاً لا بد من توفرها حتى يتم رفع الدعوى¹⁸⁵.

أ: تعريف دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشروع

دعوى الإستحقاق هي التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء عقاراً كان أو منقولاً فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، إذ أنها لا تطلق إلا على الدعاوى العينية¹⁸⁶ التي يطالب فيها بالملك ولا تطلق على الدعاوى الشخصية التي يطلب فيها المدعي رد الشيء إليه¹⁸⁷، أطراف هذه الدعوى هما المدعي بملكية المال الشائع بمعنى المالك والمدعي عليه وهو الحائز أي الذي يوجد العقار محل الدعوى تحت يده، أما مجالها فهو مطالبة المالك المدعي بحق الملكية التي صارت تحت يد الغير المتمثل في الحائز نتيجة تصرف ما قام به الشريك على الشروع¹⁸⁸.

¹⁸⁵ - ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص. 72.

¹⁸⁶ - لا تطلق دعوى الإستحقاق على الدعاوى العينية التي يطالب فيها المدعي برد الحيازة لا الملك وكذلك لا تطلق على الدعاوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية كحق الإنتفاع مثلاً. راجع في هذا الشأن: السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 592.

¹⁸⁷ - المرجع نفسه، ص. 591-592.

¹⁸⁸ - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 59.

ب: شروط رفع دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيووع

يشترط لرفع دعوى الإستحقاق توافر الشروط العامة لرفع الدعوى المنصوص عليها في القواعد العامة، إذ أنه لا يجوز رفع دعوى من طرف أي شخص إلا إذا توفرت فيه الشروط المتمثلة، في الأهلية والصفة والمصلحة المنصوص عليها في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

*** الأهلية كشرط لرفع دعوى الإستحقاق**

تنص المادة 40 ق م ج على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة." ¹⁸⁹

تعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية تنقسم إلى أهلية أداء وأهلية وجوب، أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الإلتزامات وترتبط أساساً بالشخصية القانونية، تثبت للشخص من ولادته ولا تزول عنه إلا بالموت فقد تكون هذه الأهلية ناقصة مثل أهلية الحمل، كذلك فلا علاقة لها بما يتوفر للشخص من قدرة إرادية فهي تثبت لعديم الإرادة بعكس أهلية الأداء التي ترتبط أساساً بالإرادة، فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به شرعاً والتي تكسبه حقوقاً أو تحمله بالإلتزامات. ¹⁹⁰

يشترط في دعوى الإستحقاق أن يكون المدعي كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وأن يكون بالغ سن الرشد المحدد بسن 19 سنة كاملة ولم يعترضه عارض من عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون والسهف والعتة والغفلة المنصوص عليها في المواد 42 و 43 من ق م ج، فإن

189 - أمر رقم 75-58، ينضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

190 - البدوي محمد علي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص. 85، 86.

عدم توفر الأهلية يؤدي إلى رفض الدعوى وهذا تأسيسا لمل جاء في المادة 64 ق إ م إ التي نصت على أنه: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات شكلا:

1. إنعدام الأهلية للخصوم

2. إنعدام الأهلية أو التفويض كممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.¹⁹¹

يدخل التقاضي ضمن التصرفات التي تدور بين النفع والضرر لأن المتقاضي في الدعوى بصفة عامة وفي دعوى الإستحقاق بصفة خاصة يمكن أن يكسب دعواه أو أن يخسرها فالشريك على الشيوخ لابد أن تكون فيه الاهلية الإجرائية حتى يتمكن من رفع دعوى الإستحقاق، تعتبر الاهلية الإجرائية من النظام العام لذلك يمكن أن تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها وهذا ما جاء في نص المادة 65 ق إ م إ التي نصت على: "يثير القاضي تلقائيا إنعدام الأهلية، ويجوز له أن يثير تلقائيا وانعدام التفويض كممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.¹⁹²

نلاحظ أن المشرع لم يشر إلى الأهلية ضمن المادة 13 ق إ م إ تحت شروط قبول الدعوى بل في القسم الرابع ضمن العنوان في الدفع بالبطلان فهذا الشرط لا يخص شروط الدعوى القضائية فقط بل هو شرط عام يتعين أن يتوفر في الشخص الذي يباشر أي عمل قانوني لذا لم يضعه المشرع في نفس المادة، ففقه المرافعات المدنية لا يعتبر شرط الأهلية شرطا لقبول الدعوى و إنما هو شرط لصحة المطالبة القضائية، فإذا رفع الشريك في الشيوخ دعواه دون أن يكون لديه أهلية التقاضي فيترتب عليه بطلان العمل الإجرائي لأن رفع الدعوى يعتبر عملا قانونيا، وأحسن المشرع حين قام بفصل هذا الشرط وحذفه من مادة الخاص بشرط الدعوى ووضعه في المكان المناسب أي المادة 64 و 65 ق إ م إ.

191 - قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

192 - المرجع نفسه.

*الصفة كشرط لرفع دعوى الإستحقاق

جاء في نص المادة 13 ق إ م إ على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا إنعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"¹⁹³.

المقصود بشرط الصفة هو أن يكون رافع الدعوى صاحب الحق الذي أعتدي عليه وتخص الصفة كذلك المدعي عليه، حيث ترفع الدعوى ضد من قام بهذا الإعتداء مع بعض الإستثناءات، يحق لكل منهما أن يمثله شخص آخر وفقا للطرق القانونية المقررة وهوما يطلق عليه بالصفة العادية أو الإجرائية، كما يمكن أن تكون الصفة تمثيلية إذا كان صاحب الصفة الأصلية لا يستطيع ممارسة الحق في الدعوى ويثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه¹⁹⁴ وفقا لمل جاء في نص المادة 13 ق إ م إ. فيجب أن يكون للشريك على الشروع أثناء مباشرته لدعوى الإستحقاق الصفة لرفع هذه الدعوى وإلا أعتبرت إجراءاته باطلة.

*المصلحة كشرط لرفع دعوى الإستحقاق

كما هو الحال بالنسبة إلى الصفة لا يجب توفر المصلحة كشرط لقبول دعوى الإستحقاق التي رفعها الشريك فقط بل يجب توفرها كشرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن مهما كان الطرف الذي يقدمه، فقد نصت المادة 13 ق إ م إ على شرط المصلحة لرفع الدعوى. والمصلحة المعتد بها هي المصلحة القانونية أي التي لا تخالف النظام العام ولا القانون، ولا يكفي أن تكون

¹⁹³ - قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

¹⁹⁴ - هلال سهام، جودر سهام، وسائل حماية الحق العيني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، د س ن، ص. ص. 8، 9.

المصلحة في دعوى الإستحقاق مشروعة بل يجب ان يتمسك الشريك رافع الدعوى بحقه الذي يحميه القانون وهذا يعني أن الشريك المدعي في دعوى الإستحقاق ينبغي ان يطالب برفع التعرض والإعتداء الواقع على حصته أو حقه الشائع، وأن تكون المصلحة كذلك شخصية ومباشرة حيث يتعين أن يطالب الشريك في دعوى الإستحقاق بحق لفائدته شخصيا فلا يجوز أن يطالب بحق غيره مالم يكن نائبا عن هذا الغير.

الفائدة العملية التي يجنيها الشريك المدعي من وراء دعواه قد تكون مصلحة قائمة موجودة وقت رفع الدعوى وذلك في حال وقوع الإعتداء¹⁹⁵ بالفعل على حصته في المال الشائع، وقد تكون مصلحة محتملة فلمالك الشيء رفع الدعوى إذا كان لديه شك في وقوع الإعتداء.

2: إجراءات رفع دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيوع

لرفع دعوى الإستحقاق لابد من مراعات الإجراءات المنصوص عليها في ق إ م إ لرفع الدعوى، فهناك إجراءات تخص دعوى الإستحقاق الواردة على منقول، وإجراءات أخرى بالنسبة للدعوى الإستحقاق الواردة على عقار.

أ: إجراءات رفع دعوى الإستحقاق الواردة على منقول في الشيوع

ترفع بموجب عريضة إفتتاحية مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها في المادة 14 إلى المادة 17 ق إ م إ، تودع لدى أمانة الضبط المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيؤول الإختصاص لآخر موطن له أما في حالة إختيار الموطن فيؤول إلى الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار¹⁹⁶ وهذا وفقا لنص المادة 37 ق إ م إ التي نصت على أنه: "يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع

195 - هلال سهام، جودر سهام، وسائل حماية الحق العيني، مرجع سابق، ص.9.

196 - المرجع نفسه، ص. 10.

في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، مالم ينص القانون على خلاف ذلك.¹⁹⁷

ب: إجراءات رفع دعوى الإستحقاق الواردة على عقار في الشيووع

ترفع هذه الدعوى بموجب عريضة إفتتاحية مشهورة لدى المحافظة العقارية تودع لدى أمانة ضبط المحكمة التي يتواجد العقار في دائرة إختصاصها¹⁹⁸، القسم العقاري، لأنها دعوى عينية تنصب على الملكية العقارية نجد في هذا الصدد المادة 518 ق إ م إ تنص على: "يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة إختصاصها، مالم ينص القانون على خلاف ذلك".¹⁹⁹

هذا بالنسبة للإختصاص المحلي، أما بالنسبة للإختصاص النوعي تسري عليه القواعد العامة كما هو مقرر في مختلف دعاوى الأخرى والذي يعد من النظام العام، في حالة عدم مراعاته ترفض دعواه سواء بإثارته من طرف أطراف الدعوى أو القاضي من تلقاء نفسه²⁰⁰.

3: طرق الإثبات في دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيووع

يثير موضوع دعوى الإستحقاق إشكالية في مجال إثبات الملكية، حيث يقع على عبئ الإثبات على عاتق المدعي، علما ان حق الملكية هو حق جامع مانع ونافذ في مواجهة الناس

197 - قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

198 - هلال سهام، جودر سهام، وسائل حماية الحق العيني، مرجع سابق، ص.11.

199 - قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

200 - صرادوني رفيقة، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص. 102.

كافة فلا يعرف القانون سندا يثبت الملكية إثباتا مباشرا حاسما على هذا النحو إلا عن طريق السجل العيني إلا أنه هناك حالات أين ينعدم هذا السجل فيتم اللجوء إلى بعض القرائن و الإحتمالات للإثبات والتي ليست دليلا مباشرا حاسما على الملكية إلا أنها توحى بأن الخصم هو المالك.

الإثبات في دعوى الإستحقاق لا ينصب على مصدر نشوء الإلتزام في ذمة الغير إنما يرد على الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر لكسب الملكية أو حق عيني آخر وهي التصرف القانوني ، الشفعة، الميراث...إلخ، وهذه الأسباب لا تثبت إلا بمحرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وفقا لأحكام المادة 29 من قانون التوجيه العقاري التي نصت على أنه: "يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"²⁰¹، ذلك ان إنتقال الملكية ليس له أثر بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا من يوم شهر السند الذي أنشأ حق الملكية، باستثناء نقل الملكية عن طريق الوفاة²⁰²، ولإثبات الملكية هناك طرق يمكن إدراجها ضمن صنفين وطرق إثبات ذات دلالة يقينية، وأخرى ذات دلالة ظنية.

أ: طرق إثبات الملكية ذات دلالة يقينية في دعوى الإستحقاق

يدخل ضمن طرق الإثبات التي تكون قاطعة الدلالة على الملكية وجود الدفتر العقاري بعد عملية المسح، وكذلك وجود محررات رسمية وأخرى عرفية، إضافة لذلك فإنه يتم إعتقاد التقادم المكسب والحيازة القانونية كطرق يقينية لإثبات الملكية في دعوى الإستحقاق.

²⁰¹ - قانون رقم 90-25، المؤرخ في 18-11-1990، يتضمن قانون التوجيه العقاري، معدل ومتمم، ج. ر. ج. ج، عدد 49، 1990.

²⁰² - عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مرجع سابق، ص. 61.

*الدفتر العقاري بعد عملية المسح العام للأراضي

تنقسم الملكية العقارية إلى صنفين فمنها الملكية العامة التي تكون تابعة للدولة، والملكية الخاصة التي يمتلكها الأفراد، ومن أجل تحديد الملكية وتعيين مالكيها استوجب المشرع الجزائري القيام بجملة من الإجراءات ومن بينها معرفة مساحة كل ملكية والتأكد من السندات إلى غير ذلك من الإجراءات، وهذا ما يعرف في التشريع الجزائري بعملية مسح الأراضي العام²⁰³. وقد جاء في نص المادة 19 من الأمر 74-75 المتعلق بالمسح العام على أنه: "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري في الدفتر الذي يشكل سند ملكية"²⁰⁴.

إذ أنه بعد إتمام عملية التحقيق العقاري على العقارات التي لم تخضع لعملية مسح الأراضي العام فإنه من الطبيعي أن يسلم للمعني الدفتر العقاري الذي له قيمة السند الرسمي، إذ أنه يعتبر الناطق الطبيعي للوضعية القانونية الحالية للعقارات.

نظرا للطابع التطهيري لنظام الشهر العيني فإنه لا يمكن لأي شخص أن يدعي خلاف ما يتضمنه الدفتر العقاري من بيانات أو يدعي أي حق عيني عقاري عليه مالم يكن حقه مقيدا بالبطاقة العقارية المنشأة في كل عقار بعد إحداث عملية المسح لأن الغرض منها إعطاء القوة الثبوتية المطلقة للحقوق، وما عليه في هذه الحالة سوى اللجوء للقضاء²⁰⁵، بحيث تنص الفقرة الأولى من المادة 16 من المرسوم التنفيذي 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري علنا أنه: "لا

²⁰³ - قدوش لطفى، حداد نريمان، التحقيق العقاري كآلية لإثبات الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص. 10.

²⁰⁴ - أمر رقم 74-75، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، مرجع سابق.

²⁰⁵ - ضيف أحمد، "الدفتر العقاري كسند لإثبات الملكية العقارية"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، عدد 06، صادر عن كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2009، ص. ص. 230-231.

يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن التقييم النهائي الذي تم بموجب احكام المواد 12-13 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء.²⁰⁶

لذا فإن المشرع قد اعترف صراحة بشأن القيمة القانونية للدفتر العقاري كونه الأداة الوحيدة مستقبلا لإثبات الملكية²⁰⁷، وعليه فإن الدفتر العقاري يعتبر بمثابة حسم للملكية العقارية يستمد روحه من وثائق المسح وبشكل مخالفة هذه القاعدة من طرف المحافظ العقاري خرقا فادحا لأحكام الشهر²⁰⁸.

*المحركات الرسمية المشهورة بالمحافظة العقاري

تقتضي التصرفات العقارية أن يكون بموجب الشكلية المقررة قانونا عن طريق السندات المعدة لضمان الملكية الخاصة فكلها قابلة للإثبات مثل هذه الدعاوى المنصبة على الملكية العقارية.

يمكن الاثبات عن طريق المحركات الرسمية بحيث يقصد بالرسمية اكتساب الشيء الشكل القانوني المطلوب أي إفراغ العقد الذي هو في الأصل رضائي في محرر²⁰⁹ مكتوب صادر عن الجهات الرسمية التي حددها المشرع هذا من أجل حماية هذه الأخيرة من أي نزاع أو إعتداء من طرف الغير إذ أن لهذه الوثائق حجية قوية في الإثبات كما تؤكد المادة 15 وما يليها من أمر

206 - مرسوم رقم 63-76، المؤرخ في 1976/03/25، يتضمن تأسيس السجل العقاري، ج. ر ج ج، عدد 30، صادر في 1976/04/13، معدل ومنتقم.

207 - ضيف أحمد، الدفتر العقاري كسند لإثبات الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 231.

208 - علي خوجة خيرة، مداخلة حول إختصاص القضاء الإداري في إلغاء الدفتر العقاري، جامعة الجلفة، د س ن، ص. 4.

209- هناك لبس في لغة القانون من شأنه الغلط بين التصرف القانوني وأداة إثباته فأطلق لفظ العقد على التصرف ثم أستعمل اللفظ عينه على أداة إثباته فقبل عقد رسمي وعقد عرفي والمقصود منها المحرر الرسمي والمحرر العرفي.

رقم 74-75 على أنه: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في البطاقة العقارية".²¹⁰

وقد أكدت المحكمة العليا أحكام هذه المادة في قرارها رقم 68467 بقولها: " إن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 763 من القانون المدني...".²¹¹

إذ إن المحررات الرسمية يستوجب شهرها حتى تكون ساري المفعول في حق الغير وحتى تكون ذو قوة ثبوتية، لذا فقد نص المشرع على حجية المحررات الرسمية في المواد من 324 مكرر 5 إلى 324 مكرر 7 ق م ج، فقد نصت المادة 324 مكرر 5 أنه: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره...".²¹²

لذا فإن العقد أو المحرر الرسمي يعتبر حجة ودليلا قاطعا على الملكية في دعوى الإستحقاق.

*المحررات العرفية

نظرا للأهمية البالغة التي تتميز بها العقود العرفية في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية وغيرها، وقد أعطى المشرع عناية خاصة لها إلا أنه لم يورد لها تعريفا خاصا، لكن يستنتج من خلال المادة 326 مكرر 2 والتي تنص على العقود غير الرسمية، إذن فإن المحررات

²¹⁰ - أمر رقم 74-75، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، مرجع سابق.

²¹¹ - قرار المحكمة العليا، رقم 68467، المؤرخ في 1990/10/21، المجلة القضائية، عدد 01، 1992، ص. 84.

²¹² - امر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

العرفية هي كل عقد يحرر من طرف الأشخاص المذكورين في نص المادة (الضابط العمومي) أو من طرفهم لكن خارج إطار مهامهم القانونية²¹³.

غالبا ما يقوم الخصوم بإعطاء محررات عرفية تختلف حجيتها من حيث ما إذا كانت ثابتة التاريخ أو غير ثابتة كسند لإثبات الملكية ويختلف الحكم بين ما إذا كانت ثابتة التاريخ قبل أو بعد الفاتح جانفي 1971م.

- محرر عرفي اكتسب تاريخا ثابتا قبل 1971/1/1

جاء في نص المادة 2 من قانون 07-02 على أنه: " يطبق إجراء معاينة حق الملكية على عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليها في الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، مهما كانت طبيعة القانونية.

يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس سنة 1961 والتي لم تعكس الوضعية العقارية الحالية²¹⁴.

يظهر من خلال المادة ان المشرع حاول معالجة نظام الشهر الإختياري الذي كان سائدا في الفترة الإستعمارية أين كانت السندات تفتقر للدقة، وتحديد المشرع تاريخ الفاتح من مارس 1961، لأن من هذا التاريخ تبنى المشرع نظام الشهر الإجباري لذا فإن العقود التي حررت قبل 1 مارس 1961 والتي هي عقود رسمية إلا أنها فقدت حداثتها الحالية، لذلك صدر قانون

²¹³ - بن معمر خوخة، بركو ليلية، العقود العرفية كوسيلة لإثبات الملكية العقارية، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق،

تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص. 14.

²¹⁴ - قانون رقم 07-02، مؤرخ في 9 صفر عام 1428، الموافق ل 2007/02/27، يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة

الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، ج ر ج ج، عدد 15، الصادرة في 2007/02/28.

02-07 من أجل إفراغ تلك السندات في قالب رسمي ولتفعيل وتطهير أكثر للملكية²¹⁵، لكن بمقتضى المرسوم التنفيذي 93-123 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فقد تم بموجبه تمديد فترة 1961/1/1 إلى الفاتح من يناير 1971، وعليه إكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 1971/1/1 صيغتها الرسمية دون الحاجة إلى اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها²¹⁶.

لذا فقد إعترف المشرع بالمحركات العرفية المتعلقة بحق الملكية ذات التاريخ الثابت قبل 1971/1/1 وإعتبرها بمثابة محركات ذات دلالة يقينية على الملكية ويمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير²¹⁷ وهذا حسب ما جاء في نص المادة 89 من المرسوم رقم 63-76 التي تنص: "تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971"²¹⁸.

- محرر عرفي غير ثابت التاريخ أو ثابت التاريخ بعد 1971/1/1

تنص المادة 12 الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على ما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، تحت طائلة البطلان تحرير العقود

²¹⁵ - قدوش لطفي، حداد نريمان، التحقيق العقاري كآلية لإثبات الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص. 28.

²¹⁶ - بن معمر خوخة، بركو ليلية، العقود العرفية كوسيلة لإثبات الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 33.

²¹⁷ - موسوني عبد الرزاق، حماية حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص. 116.

²¹⁸ - مرسوم رقم 63-76، يتضمن تأسيس السجل العقاري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عينية عقارية...في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد²¹⁹.

يفهم من خلال نص المادة أن كافة العقود العرفية ولو كانت ثابتة التاريخ بعد الفاتح يناير 1971 وهو تاريخ سريان قانون التوثيق آنذاك باطلة بطلان مطلق، وبالتالي لا يمكن الإحتجاج بها أمام القضاء وللقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى على أساس أن الرسمية أصبحت شرطا جوهريا وأساسيا بعد تاريخ 1971/1/1 وهي ركن في العقد وليست واردة على أساس الإثبات، وهذا ما يعتبر خروجاً عن مبدأ الرضائية²²⁰ المنصوص عليها في المادة 59 ق م ج.

في حالة قضاء القاضي بحجيتها يأمر بشهرها أمام المحافظة العقارية، ولقد سرت على مختلف العقود عدة تجاوزات وتزويرات وإستحواذ على عدة أراضي تعود للخواص بمجرد تحرير وثائق عرفية غير ثابتة التاريخ هذا من الأسباب التي تفقد العقد العرفي غير ثابت التاريخ حجيته²²¹.

*التقادم المكسب

يعتبر التقادم المكسب طريقة ذات دلالة يقينية لإثبات الملكية فإذا أثبت أنه الحائز هو وسلفه من قبله مدة 15 سنة متوالية دون إنقطاع فقد تملك العقار بالتقادم وبالتالي متى توفرت شروط العقار محل الحيازة والمدة الدنيا المقررة لاكتسابه أمكن القاضي المعروض عليه النزاع القضاء باكتساب العقار بالتقادم سواء جاء ذلك في صورة دعوى قضائية مستقلة أو دفع آثاره

219 - أمر رقم 70-91، مؤرخ في 15/12/1970، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر ج ج، عدد 170، الصادر في 25/12/1970، معدل ومتمم.

220 - رجايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 33.

221 - بن معمرخوخة، بركو ليلية، العقود العرفية كوسيلة لإثبات الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 34.

الحائز للعقار لمدة لا تقل عن 15 سنة شريطة أن يسبق ذلك الحكم وجوب القيام بتحقيق قضائي عملا بالمواد 150 إلى 163 ق م إ على أن يتم في الأخير وبعد صيرورة الحكم القضائي المثبت للملكية عن طريق التقادم إظهاره عن طريق أمين الضبط المحكمة على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا عملا بأحكام المادة 90 من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري²²²، فيعتبر حجة على الكافة وبما فيهم المالك الحقيقي وبذلك يعد التقادم من الأدلة القاطعة على ثبوت الملكية²²³، وفي هذا الشأن جاءت المادة 827 ق م ج لتتص على التقادم المكسب بقولها: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون إنقطاع"²²⁴.

*الحيازة القانونية

يمكن أن تكون الحيازة القانونية الصحيحة قرينة قانونية على الملكية ولكنها قرينة غير قاطعة، فهي دليل على إمتلاك حق الملكية إلى أن يثبت عكس ذلك إذ هي تفرض في الحائز أنه المالك وتنتقل عبئ إثبات الملكية من عاتقه إلى عاتق خصمه وبما أنها دليل قاطع فيجوز للخصم غير الحائز أن يقيم دليل على أنه المالك²²⁵ وهذا ما يظهر خلال المادة 823 ق م ج: "الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك"²²⁶.

222 - رحابية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 98.

223 - الصواف إكرام فالح، الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة، (دراسة مقارنة)، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص. 116.

224 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

225 - موسوني عبد الرزاق، حماية حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 117.

226 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

الحياسة على كل حال طريق للإثبات إذ أنها تفرض في الحائز أنه المالك يمكن إثبات دعوى الإستحقاق بها وتكون دليل ذو حجية قاطعة في مواجهة الغير²²⁷ وأنها دليل على الملكية إلى ان يقوم الدليل العكسي²²⁸.

ب: طرق إثبات الملكية ذات دلالة ظنية في دعوى الإستحقاق

يوجد إلى جانب طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية أو القاطعة طرق إثبات ذات دلالة ظنية فهي قرائن قضائية تثبت إحتتمالات راجحة، ولكنها لا تثبت الملكية على وجه يقيني²²⁹ فلا يشترط فيها التسجيل أو أن تكون ناقلة للملكية بل يصح أن تكون كاشفة عن الملكية لا ناقلة لها.

يستطيع صاحب الحق أن يتمسك بعقد الصلح أو حكم قضائي حتى ولو كان يشير إلى العقار وإلى ملكية صاحبها بطريقة غير مباشرة، فإذا قدم المدعي قرينة تعارض قرينة المدعى عليه وقدر القاضي أن هذه القرينة المقدمة تدحض قرينة المدعى عليه حكم القاضي للمدعى عليه بالملكية ونزع العقار من يد الحائز وسلمه للمدعي، فتقدير قوة وحجية هذا النوع من القرائن متروك لتقدير القاضي²³⁰. بأن تكون قرينة المدعي أقوى من قرينة المدعى عليه فيحكم لصالحه أو أن تكون أضعف منها فيحكم لخصمه المدعى عليه.

يحدث وتتعارض طرق الإثبات عند رفع دعوى الإستحقاق أمام القضاء فقد يكون لكلا طرفي الدعوى سند الملكية وحالات لا يكون لأحد منهما سند ملكية وأحيانا أخرى يكون لأحدهما

227 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 604.

228 - لعشاش محمد، الحماية القانونية للملكية العقارية الخاصة في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم،

تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص. 233.

229 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 605.

230 - موسوني عبد الرزاق، حماية حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 118.

دون الاخر سند الملكية لذا يتعين على القاضي إبراز سلطته التقديرية في تأسيس حكمه بشأن كل حالة.

* وجود سند ملكية عند كلا الطرفين

نميز هذه الحالة فرضين فقد يكون سند التملك للخصمين صادر من شخص واحد فيتمسك المدعي مثلا بسند صادر من شخص معين ويتمسك المدعى عليه الحائز بسند البيع الأخر الصادر من نفس الشخص، وهنا العبرة بالأسبقية في الشهر وقد يكون السندين صادرين من شخصين مختلفين، فيتمسك المدعي مثلا بسند بيع صادر من (أ) في حين المدعى عليه الحائز يتمسك بسند بيع صادر من (ب) وهنا نميز حالتين أيضا إذا كانت حيازة المدعى عليه غير محققة وغير مستوفية لشروطها ففي هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه أن يرجع المدعي عن طريق الحيازة وبالتالي لا تبقى سوى المفاضلة بين سندي الخصمين وذلك حسب السلطة التقديرية للقاضي²³¹، وإذا كانت الحيازة صحيحة تقضي المحكمة لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الإستحقاق²³².

* عدم وجود سند ملكية عند كل من الخصمين

نميز في هذه الحالة فرضين: فإما أن تكون الحيازة قانونية فتكون قرينة على الملكية مادام لم يدحضها سند التملك من المدعى عليه فيقضي لصالحه وترفض دعوى الإستحقاق، وإذا كانت حيازة المدعي أو المدعى عليه غير مستوفية لشروطها فلا تكون الحيازة في هذا الفرض قرينة على الملكية ومن ثمة يفاضل القاضي بين القرائن التي يقدمها الخصمين فإذا قدم كل منهما قرينة الحيازة غير مستوفية لشروطها فالقاضي يختار الأفضل ويقضي لصاحبها فيرفض

²³¹ - أوكيل إيمان، الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود

ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة، 2013، ص. ص. 85-86.

²³² - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 610.

دعوى الإستحقاق أو يقضي بالملكية للمدعي بحسب الأحوال وقد يقوم أحد الخصمين قرينة الحياة غير مستوفية لشروطها أو يقدم الخصم الآخر قرائن أخرى عن العقار المتنازع فيه أو غير ذلك من القرائن ففي هذه الحالات يفاضل القاضي بين القرائن ويقدر الأرجح ويحكم لصاحبها.

* وجود سند تملك عند أحد الخصمين دون الآخر

إذا كان سند الملكية عند المدعي عليه الحائز للعقار قضي لصالحه ورفضت دعوى الإستحقاق وإذا كان سند التملك عند المدعي يحكم القاضي لصالحه بالملكية بشرط أن يكون سند تملك سابق على حياة المدعى عليه هي السابقة فاضل القاضي بين الخصمين تبعا لظروف كل قضية²³³.

ثانيا: ممارسة حق الإسترداد كأثر لدعوى الإستحقاق في حال الشروع

الإسترداد هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء في الشروع للأجنبي، فهو عبارة عن رخصة متاحة لأي شريك من الشركاء في إسترداد الحصة الشائعة المباعة للأجنبي جبرا عن المشتري بحيث يخلف الشريك المسترد المشتري في الحصة الشائعة.²³⁴

تتمثل العلة من تقرير حق الإسترداد في منع دخول الأجنبي بين الشركاء في الشروع، لذا يعتبر الإسترداد حق إستثنائي تقرر لتحقيق غرض معين وجده المشرع جدير بالإعتبار، لذلك فهو لا يثبت إلا بنص.

233 - أوكيل إيمان، الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص. 8 ص. 86-87.

234 - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص. 310.

حق الإسترداد لا يثبت بالنسبة لبيع الحصة الشائعة في المنقول معين فحسب بل يشمل بيع هذه الحصة في مجموع من المال كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة وأموال الشركة بعد حلها والمتجر، وذلك حتى لو اشتمل هذا المجموع على العقار أما إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار معين فإنه لا يجوز الإسترداد، ولا سبيل في هذه الحالة للحلول محل المشتري إلا عن طريق الشفعة،²³⁵ فيثبت حق الإسترداد لكل شريك في الشروع وقت البيع سواء كان شريكا أصليا منذ بدء الشروع أو كان شريكا طارئاً²³⁶ مع وجوب توفر الشروط المنصوص عليها قانوناً حتى يستطيع إستعمال رخصة الإسترداد.

1: نطاق حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

نصت المادة 721 ق م ج على أنه: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار..."²³⁷

يتضح من المادة أن حق الإسترداد لا يرد إلا على منقول شائع قائم بذاته أو مجموعة من المال المنقول ولو اشتمل هذا المجموع على عقار، فالعقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلاً لحق الإسترداد وإنما يكون محل لحق الشفعة التي سنبين أحكامها لاحقاً، ومثال مجموع من المال هو التركة والمتجر، فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة من التركة لأجنبي كان لباقي الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الإسترداد حتى لو كانت التركة تشمل على عقارات مادامت هذه الأخيرة مندمجة في هذا المجموع من المال، ومثال المنقول الشائع أي غير

²³⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 148-149.

²³⁶ - الشريك الطارئ هو من تلقى حصة على الشروع من طرف أحد الشركاء ويكون ذلك بأي سبب من الأسباب كالميراث أو الشراء، أي أنه ليس من الشركاء الأصليين في الشروع.

²³⁷ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

المدمج في مجموع من المال كالسيارات والجواهر وأثاث المنزل، فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة لأجنبي كان لباقي الورثة الحق في الإسترداد.²³⁸

2: شروط حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

منح المشرع الجزائري للشركاء حق الحلول محل المشتري الأجنبي في التصرف وذلك بإعتراضهم على التصرف الصادر من شريكهم وحق الحلول حق ملازم للشيوخ يجنب الشركاء الضرر الذي قد يترتب من إدخال شريك أجنبي بين الشركاء²³⁹ حيث تنص المادة 721 ق م ج على أنه: "للشريك في المنقول الشائع وفي المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته."²⁴⁰

يتضح من خلال النص أن المشرع الجزائري قد وضع شروط يجب توافرها حتى يتمكن الشركاء من إستعمال حق الإسترداد وتتمثل في ستة (6) شروط بحيث تنصب كلها نحو هدف واحد والمتمثل في حفظ وحماية الحقوق المشتركة بين الشركاء في المال الشائع، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي.

²³⁸ -السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.850. راجع كذلك: همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص.311. فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص190.

²³⁹ - قريشي فاطمة الزهراء، لحرر نادية، حماية الشريك في الشيوخ، مرجع سابق، ص.24.

²⁴⁰ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

أ: صدور البيع من أحد الشركاء في الشيووع

تأسيسا على ما جاء في المادة 721 ق م ج حتى يتمكن الشركاء من إستعمال حق الإسترداد فإنه يجب أن يصدر عقد البيع من أحد الشركاء في الشيووع، ولا يقوم مقام البيع أي عقد آخر من عقود التصرف تبرعا كان أو معاوضة فإذ وهب أحد الشركاء حصته الشائعة أو أوصى بها مثلا فلا يجوز هنا إستعمال حق الإسترداد لا في الهبة ولا في الوصية²⁴¹ ذلك أن الشريك إنما وهب أو أوصى بحصته الشائعة لاعتبارات شخصية يتعارض معها إستعمال حق الإسترداد، كذلك إذا قايبض الشريك على حصته الشائعة أو أوفاهها مقابلا لدين عليه أو قدمها حصة في شركة لم يجوز له إستعمال حق الإسترداد، إذ يصعب على الشريك المسترد أن يدفع للأجنبي ما أعطاه هذا في مقابل الحصة الشائعة.

لا يجوز طلب الإسترداد إلا بعد تمام البيع أما إذا كان البيع لا يزال في مرحلته التمهيديّة أي في مرحلة الإيجاب والقبول ولم يتم قبوله ولو كان الإيجاب ملزما²⁴²، لذا فالبيع وحده هو الذي يفتح المجال أمام بقية الشركاء في إسترداد الحصة الشائعة، والغاية في قصر الإسترداد على البيع أن الإسترداد طريق إستثنائي لا ينبغي التوسع فيه، ولا يقاس عليه غيره من التصرفات الناقلة للملكية²⁴³.

ب: ورود البيع على حصة شائعة في المنقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار

نص المادة 721 ق م ج واضح بالنسبة لهذا الشرط، وعلى هذا فإن حق الإسترداد لا يثبت إلا إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من المنقول أو مجموعة من المال المنقول أو العقار، أما إذا كان البيع واردا على جزء مفرز فيذهب غالبية الفقهاء إلى القول بأن البيع في هذه

241 - أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، مرجع سابق، ص.30.

242 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، ص.853.

243 - النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص.143.

الحالة غير نافذ في حق بقية الشركاء، ومن ثمة لا يكون المشتري مالكا على الشيوع معهم، بعكس التصرف في حصته الشائعة لأن البيع الوارد على هذه الحصة هو الذي يحل فيه المشتري محل البائع وبالتالي يصبح شريكا مع باقي الشركاء، ومن ثم يكون لهم الحق في إسترداد الحصة المبيعة، وذلك بإخراجه من الملكية قصد مواجهة الضرر²⁴⁴، لأن الشريك إذا باع كل حصته الشائعة فإن الأجنبي المشتري يحل محله في هذه الحصة شريكا مع الشركاء الآخرين، وهذا ما أراد القانون منعه بتقريره حق الإسترداد حتى لا يقتحم أجنبي حرم الشركاء، أما إذا باع الشريك بعض من حصته الشائعة نصفها أو ربعها مثلا، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الإسترداد إذا يدخل الأجنبي المشتري هنا أيضا شريكا مع نفس شريك البائع ومع سائر الشركاء فإذا كان الشريك البائع قد إرتضاه شريك معه فإن الشركاء الآخرين لم يرتضوه²⁴⁵.

إن حق الإسترداد لا يرد إلا في منقول شائع أو في المجموع من المال المنقول ولو اشتمل هذا المجموع على عقار كالتركة لما تشمله من حقوق عينية عقارية ومنقولة فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة لأجنبي جاز لباقي الورثة أخذ حصة الأجنبي عن طريق حق الإسترداد حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات مادامت داخلة في مجموع المال الشائع وفي هذا الشأنقضت المحكمة العليا في قرارها رقم 179321 والذي جاء فيه: "ولما ثبت في قضية الحال- أن قضاة المجلس قضوا برفض دعوى الإسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم

²⁴⁴ - النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص.146. راجع

كذلك: نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص.149،150.

²⁴⁵ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.856.

يكونون قد خرقوا نص المادة 721 من ق م ج التي تعطي الورثة الحق في الإسترداد ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه²⁴⁶

بالنسبة للعقار الشائع المعين بالذات فلا يمكن إسترداده بل للشريك أن يمارس عليه رخصة الشفعة.

ج: أن يكون الإسترداد قبل قسمة الحصة الشائعة

طبقا لما جاء في نص المادة 721 ق م ج التي تنص على أنه: "للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة..."²⁴⁷

لذا فلا يجوز للشريك أو الشركاء على الشيوخ إستعمال حق إسترداد الحصة أو الحصص المباعة إلى أجنبي بعد القسمة، ذلك لأنه بعد القسمة يمتلك كل شريك حصته مفرزة وحق الإسترداد يقع على الحصة الشائعة حسب ما جاء في نص المادة 721 ق م ج.

د: أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي عن الشركاء

إستنادا لأحكام المادة 721 ق م ج فإنه يجب أن يكون البيع قد صدر لأجنبي عن الشركاء في الشيوخ فلا يجوز الإسترداد إذا كان البيع لأحد الشركاء الموجودين في الشيوخ، لأن البيع حينئذ لن يؤدي إلى دخول أجنبي بين الشركاء، وبذلك تنتفي الحكمة من تقرير الحق في الإسترداد²⁴⁸، لذلك إذا تقدم الشريك أو بعض الشركاء دون البعض الآخر بطلب إسترداد الحصة

²⁴⁶ - قرار المحكمة العليا، رقم 179321، المؤرخ في 1998/03/25، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، عدد 01، 1999، ص.83.

²⁴⁷ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

²⁴⁸ - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 148. راجع كذلك: فرجالصدهعبد المنعم ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.196.

الشائعة المبيعة من أحدهم يجب على المسترد أو المستردون إسترداد كل الحصة المبيعة وليس بعضها و إلا بقي الأجنبي في الشيوخ وانعكس بذلك القصد من الإسترداد وهو استبعاد دخول الأجنبي بين الشركاء، كذلك الحال إذا لم يكن المبيع إلى أجنبي عبارة عن حصة شريك واحد وإنما حصص عدد من الشركاء فحينئذ يجب على المسترد أو المستردين أن يستردوا منه كل الحصص ليؤمنوا عدم دخوله بينهم في الشيوخ²⁴⁹، فلا يكفي إذن أن يسترد الشريك أو الشركاء الحصة أو الحصص الشائعة المبيعة بنسبة ما يملكون في المال الشائع وإلا بقي الأجنبي شريكا معهم لما يتبقى له من الحصة أو الحصص الشائعة التي إشتراها، وهذا يتنافى مع الحكمة من حق الإسترداد²⁵⁰.

ه: أن يكون المسترد هو أحد الشركاء على الشيوخ

إشترط المشرع في نص المادة 721 ق م ج أن يكون المسترد هو أحد الشركاء²⁵¹، لأنهم هم الذين يتضررون من دخول أجنبي بينهم، ولذلك يثبت لهم وحدهم دون غيرهم الحق في الإسترداد، وإذا إشتري أجنبي حصة من حصص شائعة وتقدم لإستردادها عدد من الشركاء فإن كل شريك منهم أن يسترد من الحصة أو الحصص المبيعة بنسبة حصته²⁵² وهذا ما نصت عليه

249 - قريشي فاطمة الزهراء، لحرر نادية، حماية الشريك في الشيوخ، مرجع سابق، ص.28.

250 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.856.

251 - إذا توفي أحد الشركاء قبل أن يستعمل حقه في الإسترداد، انتقل هذا الحق لورثته فيستعملوه في المدة الباقية لمورثهم من المهلة، لذا إذا مارسوا هذا الحق فيعود الشيء للمسترد إليهم بعد دفع الثمن الوارد بالعقد، على ان يمارسوا هذا الحق مجتمعين لا أن يبعثوا الصفقة ولا يشترط إتفاق الجميع على طلب الإسترداد فيكفي طلبه من البعض على أن يستعملوا طلب الإسترداد لجميع الشيء المباع لا إلا جزء منه. راجع في هذا الشأن: زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مرجع سابق، ص.82.

252 - أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه، مرجع سابق، ص.31.

صراحة الفقرة الأخيرة من المادة 721 ق م ج: "وإذ تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته"²⁵³

فإذا كان البيع منقولاً مملوكاً على الشيوع لشخصين بنسبة النصف لكل منهما وباع أحدهما حصته الشائعة إلى أجنبي فلا يجوز للشريك الآخر أن يطلب إسترداد الربع مثلاً²⁵⁴.

و: أن يكون البيع عن طريق التراضي

اشتراط القانون صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك إلى أجنبي عن طريق التراضي أي بالممارسة، وهذا طبقاً لمضمون نص المادة 721 ق م ج، فإن كان البيع قد تم عن طريق المزاد العلني ورسي المزاد على أجنبي فلا يجوز إستعمال حق الإسترداد لأن الشركاء كان في وسعهم أن يدخلوا المزاد وتخلفهم عن ذلك يعتبر بمثابة رضى ضمني منهم بأن يكون الأجنبي شريكاً، والمقصود هو البيع²⁵⁵ بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون سواء كان البيع جبراً أو إختيارياً، وهذه القيود أحاطها المشرع حرصاً على حماية الشركاء فقيده التصرفات إذا جعل حق الإسترداد يرد على المعاوضات التي تتم بالممارسة أي عن طريق التراضي²⁵⁶.

253 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

254 - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 136.

255 - قريشي فاطمة الزهراء، لحمير نادية، حماية الشريك في الشيوع، مرجع سابق، ص. 25.

256 - فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 196. راجع كذلك: محمد حسن قاسم، موجز

الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 136.

الفرع الثاني

إجراءات حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

بالرجوع لنص المادة 721 ق م ج التي تنص: "...وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري..."²⁵⁷

نجد أنه إلى جانب شروط حق الإسترداد فقد تضمنت المادة كذلك مجموعة من الإجراءات التي يجب إتباعها قبل قسمة الملكية الشائعة، وكلها تقوم على أساس التوفيق بين إستقرار المعاملات وحماية الشركاء في الشيوخ من الضرر الذي قد يلحق بهم، لذلك فقد قيد المشرع حق الإسترداد بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع معلقا مدة طويلة، لذا يجب على الشريك الراغب في إجراء الإسترداد إعلان الرغبة في ذلك (أولا)، وأن يقوم برفع دعوى الإسترداد (ثانيا).

أولا: الإعلان عن الرغبة في الإسترداد

لقد حدد القانون ميعاد إعلان الرغبة في الإسترداد بمدة ثلاثين (30) يوما من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلامه به، فإذا إنقضى ميعاد ثلاثين يوما محسوبا من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به ولم يطلب أي من الشركاء الإسترداد فقد سقط الحق فيه وأصبح البيع لأجنبي باتا²⁵⁸، والإعلان أو العلم الذي يبدأ منه ميعاد ثلاثين يوما للإعلان عن الرغبة في الإسترداد هو الإعلان أو العلم الكامل بالصفقة بحيث يتعين أن يكون الإعلان

²⁵⁷ - أمر رقم 75-58، ينضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

²⁵⁸ - أبو سعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 76.

متضمنا بيانا بالمبيع وشروط البيع والتمن وملحقاته وكيفية دفعه بما يمكن الشركاء من تحديد موقفهم من الإسترداد، العلم المقصود هو العلم الحقيقي دون العلم الضني²⁵⁹.

أما إذا لم يحصل إعلان الشركاء بحصول البيع فإن حقهم في طلب الإسترداد لا يسقط إلا بمضي شهر على علمهم بحصول البيع علما حقيقيا ويمكن إثبات هذا العلم بكافة طرق الإثبات بإعتباره واقعة مادية، ويوجه المسترد هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري مبديا فيه رغبته في الإسترداد واستعداده لدفع الثمن الذي عرضه المشتري وكافة المصروفات، لكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا بل ولا أن يودع الثمن خزانة المحكمة بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع أو للمشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع²⁶⁰.

لم يشترط القانون شكلا خاصا لإعلان الشريك رغبته في طلب الإسترداد، إذ أنه لم يستوجب الشكل الرسمي للإعلان، لذلك فيصح أن يتم بأي طريقة من الطرق، فيجوز أن يكون على يد محضر قضائي وهو الأسلوب الأسلم، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول أو غير مصحوب به أو بكتاب غير مسجل بل قد يكون الإعلان شفويا على أن يكون عبئ إثباته على الشريك المسترد²⁶¹.

لقد أحسن المشرع حينما نص على مواعيد محددة لإبداء الرغبة في إستعمال هذا الحق وربطه بميعاد قصير مما يؤدي إلى إستقرار المراكز القانونية، فلو لم يحدد هذه المدة أو أطال فيها فإنه يستتبع المضرة بالمشتري لكونه يظل مهددا بإستعمال هذا الحق لفترة طويلة، لذلك فإن المشرع بهذا التقليل قد حمى كل الأطراف وخاصة الشريك في الملكية الشائعة.

259 - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص.314.

260 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.865.

261 - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.137. راجع أيضا: نبيل إبراهيم سعد،

الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 150.151.

ثانيا: رفع دعوى الإسترداد

متى أعلن المسترد رغبته في الإسترداد فقد يسلم له المشتري بحقه في الإسترداد فيتم الإسترداد بالتراضي، أما إذا رفض المشتري التسليم لشريك بحقه في الإسترداد وجب رفع الأمر إلى القضاء للحكم بثبوت هذا الحق أي الإسترداد عن طريق التقاضي²⁶².

باعتبار أن المشرع الجزائري لم يضع قواعد خاصة لدعوى الإسترداد كما فعل في شأن دعوى الشفعة فإنه يجب إخضاعها لحكم القواعد العامة، لهذا يجوز رفعها في أي وقت قبل تمام قسمة المال الشائع²⁶³ مالم يسقط الحق في رفعها بالتقادم، ولما كان المسترد يحل بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له في حقوق وما عليه من إلتزامات ويعتبر المبيع و كأنه بيع مباشرة من البائع للمشتري فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الإسترداد بالإضافة إلى توجيهها إلى المشتري الذي يريد الحل محل مع الإلتزام بدفع ما أنفقه.

يجب توجيه الإعلان بالرغبة في الإسترداد لكل من البائع والمشتري وهذه الدعوى غير قابلة للتجزئة ويجب إختصاصالبائع والمشتري فيها في كافة مراحل التقاضي بما فيها مرحلة الطعن بالنقض²⁶⁴.

المطلب الثاني

آثار وسقوط حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

الإسترداد لا يخرج عن كونه عملية حلول شخصي وليس إعادة لبيع الحصة الشائعة وفضلا لما له من أثر رجعي، فهو يعتبر كقيد على تصرف أحد الشركاء في حصته الشائعة

262 - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.137.

263 - راجع المادة 721 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

264 - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص.316. راجع كذلك: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.126.

وحماية للشركاء من الضرر الذي قد يلحق بهم جراء تصرف الشريك في آن واحد، ومن ثمة فإنه إذ تم الإسترداد سواء بالتراضي أو بالتقاضي فإنه يترتب عليه نتائج هامة، كما أنه قد يحدث ويسقط هذا الحق بحيث يصبح الأجنبي شريكا مع الشيوع مع باقي الشركاء، لهذا فقد خصصنا هذا المطلب لدراسة الآثار المترتبة عن حق الإسترداد (الفرع الأول)، وكذا حالات سقوط حق الإسترداد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آثار حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

يترتب عن مباشرة الشركاء لحق الإسترداد عدة آثار بحيث تكون بأثر رجعي، وسواء كان إستعمال هذا الحق عن طريق التراضي أو التقاضي، فإنه يحدث نتائج وآثار على العلاقات بين الأطراف الثلاث والمتمثلة في المشتري والبائع وكذا المسترد، لهذا فإنه يجب التفرة في هذا الصدد بين الآثار المترتبة على علاقة المسترد والمشتري (أولا)، وعلاقة المسترد وبائع الحصة الشائعة (ثانيا)، وكذا العلاقة بين البائع والمشتري (ثالثا).

أولا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد والمشتري

لما كان الإسترداد مجرد حلول المسترد محل المشتري بأثر رجعي أي من تاريخ التصرف فإنه يترتب على ذلك إعتباره مشتري الحصة منذ البداية فتمحى رابطة الإستخلاف بينه وبين المشتري لتقوم بينه وبين البائع، ولا يعتبر خلف خاص للثاني²⁶⁵ وهو ما يترتب عليه ما يلي:

. إلتزام المسترد بدفع الثمن

. سقوط الحقوق التي رتبها المشتري على الحصة الشائعة

²⁶⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.152.

. عدم إلتزام المشتري بضمان الإستحقاق للمسترد

1: إلتزام المسترد بدفع الثمن

إذا لم يكن البائع قد أخذ الثمن من المشتري فإن المسترد ملزم بدفعه للبائع²⁶⁶ وإذا كان الثمن مؤجل أو بأقساط فإن المسترد يستفيد من الأجل الممنوح للمشتري إزاء ذلك الثمن²⁶⁷، أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع فإنه يجب على المسترد أن يدفع للمشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه للبائع مع فوائده من يوم دفعه، إضافة على ذلك يدفع المسترد كافة ما دفعه المشتري من نفقات كمصاريف السمسرة وتحرير العقد ورسوم التسجيل وما ساهم به المشتري من نفقات في حفظ المال الشائع أو إدارته وفي مقابل ذلك يكون للمشتري الحق في كل الثمار الذي حصلها المشتري منذ البيع إلى تمام الإسترداد²⁶⁸.

2: سقوط الحقوق التي رتبها المشتري على الحصة الشائعة

إذا كان المسترد منه قد رتب حق الإنتفاع أو حق الرهن على الحصة المباعة فإن الإسترداد يظهر المبيع من هذه الحقوق طبقاً للأثر الرجعي للإسترداد²⁶⁹، ذلك لأن آثار الإسترداد تستند إلى وقت البيع فيصبح المسترد كأنه المشتري الأصلي، ومن هذا فلا يحتج على المشتري بالتصرفات التي أبرمها المشتري في الفترة ما بين البيع وتمام الإسترداد²⁷⁰ وهذا أثر هام

266 - يعلق الإسترداد على شرط واقف هو دفع المسترد الثمن وملحقاته، فإن إمتنع عن الدفع في الميعاد الذي تحدده المحكمة جاز لأي من البائع أو المشتري رفع دعوى على المسترد بإعتبار الإسترداد كأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف وهو دفع الثمن وملحقاته. راجع في هذا الشأن: عرفه عبد الوهاب، الوجيز في استعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب، مرجع سابق، ص. ص. 70، 71.

267 - النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص. 161.

268 - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 151. راجع أيضاً: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 162.

269 - النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص. 162.

270 - فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 199.

يرتبه حق الإسترداد، وتبدوا أهميته في أن التصرفات الصادرة من المشتري قبل الإسترداد لا تعد حجة على المسترد ولو قلنا بخلاف ذلك لضاعت الفائدة والغاية من تقرير حق الإسترداد²⁷¹.

3: عدم إلتزام المشتري بضمان الإستحقاق للمسترد

لا يلتزم المشتري بأي ضمان تجاه المسترد، وإنما لهذا الأخير أن يرجع على البائع بالضمان وفقا لأحكام عقد البيع الذي حل فيه محل المشتري²⁷²، ولا يكون للمسترد الإمتناع عن الوفاء بالثمن للمشتري متمسكا بهذا الضمان وإنما يكون له التمسك بذلك ضد البائع، إذ لم يكن المشتري قد وفاه الثمن ذلك لأن البائع هو الملتزم بالضمان سواء وفي المشتري بالثمن أو لا فإذا إستحقت الحصة الشائعة رجع المسترد على البائع.

ثانيا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد وبائع الحصة الشائعة

تنص المادة 721 ق م ج: "...ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ماأنفقه."²⁷³

ومعنى ذلك أن المسترد يصبح هو المدين بالتزامات المشتري قبل البائع الشريك المتصرف وبذلك يثبت للمسترد كل ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات ويترتب على ذلك ما يلي:

. إلتزام المسترد بأداء الثمن

. إنتقال ملكية الحصة المبيعة من البائع إلى المسترد

271 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.864.

272 - مخازني فايضة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص.72.

273 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

1: إلتزام المسترد بأداء الثمن

إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع فإن المسترد يكون ملتزماً به، وإذا كان الثمن المذكور في العقد هو أكبر من الثمن الحقيقي للحصة المباعة فليس للمسترد أن يدفع إلا الثمن الحقيقي بعد أن يثبت صورية الثمن بكافة طرق الإثبات، بحسب أن المسترد لم يكن طرفاً في العقد، وكما سبق القول إذا كان الثمن مؤجلاً فإن المسترد يستفيد من هذا الأجل، إلا أنه يراعى بأنه يجوز للبائع أن يطالب المسترد بتأمين كاف، فقد يكون البائع قد منح الأجل للمشتري لاعتبارات شخصية²⁷⁴.

2: إنتقال ملكية الحصة المباعة من البائع إلى المسترد

يفرق في هذا الصدد بين إذا ما كان المبيع حصة شائعة في منقول معين بالذات أو إذا ما كان حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار:

. الحالة الأولى: تنتقل الملكية إلى المسترد مباشرة من وقت إنعقاد العقد طبقاً للأثر الرجعي للإسترداد.

. الحالة الثانية: الأثر الرجعي لا يسري في كل الحالات لأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل. فإذا كان المشتري لم يسجل عقد البيع ثم تم الإسترداد فإن الملكية تنتقل إلى المسترد من تاريخ الإسترداد لا البيع، لأنه من غير المعقول الاعتراف للمسترد بحقوق أكثر من تلك التي كانت للمشتري الذي لا تثبت له الملكية إلا بالتسجيل، كما أن هدف الأثر الرجعي للإسترداد هو حماية المسترد من التصرفات التي قد يجريها المشتري إلى حين تمام الإسترداد، لأنه إذا لم يسجل المشتري عقد البيع وقام بأي تصرف على الحصة الشائعة المباعة فإنه يعتبر

274 - النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص.163. راجع

كذلك: السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص.866.

تصرف في ملك الغير ولا يحتج به في مواجهة المسترد لعدم تملكه إلا من تاريخ تسجيل الحكم المكسب للإسترداد²⁷⁵.

إذا كان المشتري قد سجل العقد ثم حكم بالإسترداد فإن المسترد يملك الحصة الشائعة من تاريخ هذا التسجيل بإعتبار أن المشتري لا يملك إلا من هذا الوقت فلا وجه لإعتباره مالكا منذ إبتداء العقد، لكن المسترد يملك الحصة من تاريخ التسجيل لا من تاريخ التأشير على هامش التسجيل بحكم الإسترداد، من هنا فإنه يستفيد بأثر رجعي حماية للمسترد من التصرفات التي يجريها المشتري بإعتباره مالكا من تاريخ تسجيل العقد²⁷⁶.

ثالثا: الآثار المترتبة على العلاقة بين بائع الحصة الشائعة والمشتري

بحلول المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع فإن العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري يحكم عليها بالزوال، وهذا الزوال يكون بأثر رجعي، وبالتالي يكون حكمها كحكم معدوم²⁷⁷ ويترتب على هذا ما يلي:

. زوال كل الحقوق التي كانت للمشتري إتجاه البائع

. زوال كل الإلتزامات التي كانت تشغل ذمة المشتري إتجاه البائع

1: زوال كل الحقوق التي كانت للمشتري إتجاه البائع

بما أن العلاقة بين البائع والمشتري تزول بأثر رجعي، وعلى ذلك تزول كافة الحقوق التي كانت للمشتري تجاه البائع حيث تصبح للمسترد، إذ لا يجوز للمشتري أن يطالب البائع على حق

²⁷⁵ - مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع، مرجع سابق، ص.73.

²⁷⁶ - النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص.164.

²⁷⁷ - لبييض بوبكر، التصرف في المال الشائع شيوعا إختياريا، مرجع سابق، ص. 126. راجع أيضا: صدور محمد، الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.29.

من الحقوق التي كانت قد إكتسبها بسبب عقد البيع سواء كان نقل الملكية أو ضمان الإستحقاق أو أي حق من الحقوق الأخرى²⁷⁸.

2: زوال كل الإلتزامات التي كانت تشغل ذمة المشتري إتجاه البائع

تصبح تلك الإلتزامات شاغلة لذمة المسترد من وقت البيع وعلى ذلك لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن وإنما يطالب المسترد به وعلى أي حال ترجع علاقة المشتري بالبائع إنما كانت عليه قبل البيع، فإذا كان قد حدثت مقاصة بين البائع والمشتري بشأن الثمن أو حدث إتحاد الذمة بين البائع والمشتري زال الإسترداد²⁷⁹.

الفرع الثاني

سقوط حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

يسقط حق الإسترداد في حالات معينة والتي تتمثل في سقوطه عن طريق القسمة (أولاً)، أو تنازل الشركاء عن حق الإسترداد (ثانياً)، فوات الميعاد (ثالثاً).

أولاً: سقوط حق الإسترداد عن طريق القسمة

تنص المادة 721 ق م ج على أنه: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع في المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة..."²⁸⁰

تأسيساً على هذه المادة فإن حق الإسترداد يسقط بمجرد حدوث القسمة ولا يجوز بعدها المطالبة به من طرف المسترد من له الحق في الإسترداد، والمقصود بالقسمة هنا هو أن تقع في

²⁷⁸ - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص. 867.

²⁷⁹ - رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 77. راجع كذلك: أحمد محمود خليل

إدارة المال الشائع والتصرف فيه، مرجع سابق، ص. 32.

²⁸⁰ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

جميع العين المشتركة أو بحصول القسمة في جزء من الأعيان المشتركة دون الأخرى وهنا يلزم أن تكون القسمة نهائية أي قسمة فرز وليس بطريق قسمة مهاية إلا أن المشرع لم يبين نوع القسمة التي يسقط بها حق الإسترداد.

ثانيا: تنازل الشركاء عن حق الإسترداد لم يرد نص على ما يشير إلى سقوط حق الإسترداد بالتنازل عنه من طرف الشركاء إلا أنه قد يتنازل الشركاء المشتاعين عن حق الإسترداد صراحة أو ضمنيا متى صدر من الشريك ما يدل على إقراره بالمشتري شريكا معه أو على رضائه بالبيع الحاصل للأجنبي²⁸¹.

ثالثا: فوات الميعاد

قرر المشرع الجزائري في أحكام المادة 721 ق م ج على ميعاد ثلاثين يوما لإعلان الرغبة من تاريخ العلم أو الإعلام بوقوع البيع الحاصل للأجنبي في طلب إجراء حق الإسترداد، وبمضي هذه المدة دون أن يطلب أحد الشركاء إستعمال هذا الحق، فإنه يسقط الحق في إسترداد في الحصة المبيعة ويصبح تصرف الشريك للأجنبي نافذا وباتا.

المبحث الثاني

حق الشركاء في الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

الشفعة كغيرها من الطرق الأخرى في إكتساب الملكية، عرفت منذ القدم وإستمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية، وتكمن معضلة الشفعة في أنها تمثل قييدا خطيرا على حرية التصرف وحرية التملك وحرية التعاقد، فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي إشتراه ويجد البائع كذلك نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر غير الذي أراد البيعه، وفي الوقت نفسه يكون الشفيع طرفا في عقد لم يناقش بنوده ولا شروطه ولم يشترك في إنعقاده.

²⁸¹ - عرفه عبد الوهاب، الوجيز في إستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب، مرجع سابق، ص.71.

رغم أنّ من أن الأصل الثابت شرعا وقانون أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه إلا أن الشفعة مستثناة من عموم هذا الأصل، وذلك لحكمة سامية أقرها المشرع وهي إزالة الضرر عن الشريك، فقرر الشفعة مثلا بين الشركاء في الشيوع لرفع الضرر عنهم، وبالتالي إذا أراد أحد الشركاء بيع نصيبه كان الشركاء الآخرين أحق به من الأجنبي فيكون لشريك دفع الثمن الذي عرضه الأجنبي على البائع ويحل محله في البيع ليتفادى بذلك ما يخشاه من ضرر قد يصيبه من مشاركة أجنبي له وفي ذات الوقت لن يتضرر البائع لأنه سيحصل على الثمن.

نظرا لخطورة طبيعة الشفعة وكذلك أهميتها التي تتمثل في كونها قيد على التصرف في الملكية الشائعة، فقد كان لها إنعكاس واضح وعميق على أحكامها فأحاط المشرع ممارستها بمجموعة من القيود الموضوعية والإجرائية ونظمها في القانون المدني من المواد 794 إلى 807 ق م ج، ولهذا سيتم تبيان كل من المجال المفاهيمي لحق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة (المطلب الأول)، كذا أثارها وسقوطها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المجال المفاهيمي لحق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

تعتبر الشفعة من الأسباب الأساسية في كسب الملكية العقارية، وكذا إعتبارها حماية للشركاء على الشيوع من الضرر الذي قد يمس بحقوقهم جراء تصرف أحد الشركاء في المال الشائع، فالشفعة وضعت كحماية للشركاء وكقيد للتصرف الذي ينتج عنه ضررا بالنسبة لهم، فإذا بيع عقار مثلا وقام سبب ما يجعل القانون يمنح بموجبه لشخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري فيكون لمن تحقق له السبب إستبعاد المشتري والحلول محله في البيع، فيقال أن له الحق في أخذ العقار بالشفعة بإعتباره حق تملك قسري يمارس بغض النظر عن إرادة المشتري أو المالك الأول وهذا يكون بقوة القانون، وحتى يتم هذا الحل ويكون صحيحا لا بد من توفر شروط معينة وإحترام إجراءات محددة قانونا، لذا فإنه يستوجب معرفة المجال المفاهيمي لحق

الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة (الفرع الأول)، إجراءات حق الشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

نظم المشرع الجزائري الشفعة في القانون المدني من المواد 794 إلى 807، في الفصل الثاني تحت عنوان طرق إكتساب الملكية من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية وسيتم من خلال هذا الفرع بيان كل من تعريف حق الشفعة (أولاً)، ثم حالات تثبت حق الشفعة (ثانياً)، وبعدها شروط حق الشفعة (ثالثاً).

أولاً: تعريف حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

عرف المشرع الجزائري الشفعة من خلال نص المادة 794 ق م ج والتي تنص: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"²⁸².

يتضح من خلال المادة أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية قد إعتبر الشفعة رخصة فهي مجرد خيار أو إرادة، وبالتالي فهي ليست بواجب²⁸³، بحيث أن حق الشفعة لا يحد من حرية حق الشريك في بيع حصته في الملك الشائع لأن هذا الأخير يستطيع أن يبيع

282 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

283 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، ط.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.29.

حصته إلبأجنبي وعلى الشركاء الباقين أن يشتروا الحصة المببعة من الأجنبي بممارستهم حق الشفعة إن ارادوا ذلك²⁸⁴.

وتأسبسا على ما جاء في نص المادة 794 ق م ج فإن حق الشفعة يقتصر على العقارات فقط دون المنقولات²⁸⁵، أي أن الشفعة تتحقق في حالة ما إذا ببع العقار وقام بسبب قانوني يخل لشخص آخر الحلول محل المشتري في الشراء هذا العقار بحيث تكون له أولوية عليه وعلى غيره ممن يريد تملك هذا العقار، ومن هنا يقال أنه أخذ العقار المببوع بالشفعة ويسمى الأخذ بالشفعة الشفيع والمشتري المشفوع منه أما العقار المراد تملكه من طرف هذا الشفيع فيطلق عليه العقار المشفوع فيه والعقار المجاور أو الداخل ضمن أجزاء الشبوع والمتصل بملكية الشفيع يطلق عليه العقار المشفوع به وبسبب العقار الأخير أصبح الشفيع في مركز قانون يعطيه الحق في الأخذ بالشفعة²⁸⁶.

الشفعة إذن تعتبر مصدر من مصادر الحقوق العينية العقارية ولذلك فهي تصلح أن تكون سببا لإكتساب الملكية²⁸⁷.

ثانيا: الأشخاص الذين يثبت لهم حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

إن الشفعة بإعتبارها قيد على حرية التعاقد والتصرف فإن المشرع قد ضيق من مجالها، لذلك فالقانون يحدد من يثبت له حق الشفعة على سبيل الحصر حيث تنص المادة 795

284 - زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مرجع سابق، ص.89.

285 - شدراوي جورج، حق الملكية العقارية، ص.174. راجع كذلك: كامل الخطيب مهدي، الموجز في شرح أحكام الشفعة، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية، د م ن، 2000، ص.4.

286 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.29.

287 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه للنشر، الإسكندرية، 1997، ص.7.

ق م ج على أنه: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

. لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.

. الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

. لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها²⁸⁸.

هؤلاء هم الشفعاء على حسب الترتيب الذي أورده المشرع وهذا الترتيب له أهمية عند المفاضلة بين الشفعاء في حالة تراحمهم²⁸⁹، وما تجدر الإشارة إليه أن الشفعة تثبت لهؤلاء الشفعاء لوجودهم في مركز قانوني معين يعبر في الغالب عن إتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع على نحو معين²⁹⁰.

تأسيسا على نص المادة 795 ق م ج تثبت الشفعة في المرتبة الثانية للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي، ففي حالة تصرف أحد الشركاء في العقار الشائع ببيع حصته لأجنبي كان لباقي الشركاء المشتاعين الحق في أخذ الحصة المبيعة عن طريق الشفعة²⁹¹.

قرر المشرع هذه الحالة لحكمة ظاهرة في هذا المجال وهي السعي إلى إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء ومنعه من الإختلاط بهم لأجل الحد من تعددهم، لأن هذا قد يؤزم الأمور أكثر ويزيد حجم المنازعات العقارية بين الشركاء وهو ما قد يرهق كاهل القضاء بالدعاوى

288 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

289 - راجع المادة 796 من الأمر 75-58، مرجع نفسه.

290 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص. 13.

291 - العربي باشا مريم، خالد ليديّة، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،

تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص. 12.

القضائية، بالإضافة إلى هذا الإعتبار القانوني هناك أيضا إعتبارات إقتصادية أخرى تتجلى من خلال التقليل في الشيوخ وبالتالي التقليل من نفقات وتكاليف العقار²⁹²، كما أنه يمكن أيضا إنهاء الشيوخ عن طريق الشفعة²⁹³، وبالتالي تجميع الملكية في يد شخص واحد وهو ما يساعد على الإدارة الحسنة والإستثمار الأمثل لهذا العقار بما يحقق مردودية إقتصادية أكبر، فإجتماع الحصص الشائعة في يد واحدة يعني عدم تجزئة العقارات إلى قطع صغيرة لبيعها لغير الشريك في الشيوخ الذين بإستعمالهما لحق الشفعة بضمانهما إلى ملاكهما، وبذلك تتحقق الحكمة من تشريع الشفعة ألا وهي دفع الضرر²⁹⁴.

ثالثا: شروط ممارسة حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

بإعتبار الشفعة حق إستثنائي فيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني وهي ألا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، كان لابد من التشدد في شروطها لتحقيق العدل، والشروط المطلوبة في الشفعة نص عليها المشرع في المواد 794 إلى 798 ق م ج فمنها ما يتعلق بالشفيع، ومنها ما يتعلق بالتصرف المشفوع فيه، ومنها ما يتعلق بالمال المشفوع فيه، هذا بالنسبة للشروط العامة للشفعة، أما الشروط الخاصة بالشريك في الشيوخ والذي هو موضوع دراستنا فإن هذه الشروط تدور حول الشريك الذي له الحق في الأخذ بالشفعة والبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بها.

292 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 216.

293 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص. 15.

294 - كامل الخطيب مهدي، الموجز في شرح أحكام الشفعة، مرجع سابق، ص. 3. راجع كذلك: دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 216.

1: الشروط المتعلقة بالشريك الذي له الحق في الشفعة

لتحقق شفعة الشريك على الشيوع لا بد من توفر شروط معينة وهذه الشروط تتمثل فيما يلي: . أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع.

. أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع وقت البيع.

أ: أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع في العقار الذي بيعت حصة منه

يرى في هذا المقام بعض الفقهاء أنه لا يجوز للشريك في الحائط الفاصل بين ملكه والعقار المبيع أن يأخذ بالشفعة بوصفه شريكا لأنه ليس شريكا في العقار المبيع ذاته ولكن يبقى له الحق في الأخذ بالشفعة على أساس الجوار إذا توفرت شروطه²⁹⁵.

نفس الحكم ينطبق على بيع غرفة أو طبقة واحدة من دار مقسمة إلى عدة طبقات أو شقق مملوكة لكل منها ملكية مستقلة لإعتبار ان هذا المالك ليس شريكا في ملكية الطبقة أو الدار المباعة أي ليس شريكا في العقار الذي بيعت حصة منه نفسه²⁹⁶.

كما أنه لا يجوز للشريك في مجرى مشترك معد للري أو فناء مشترك أو في طريق مشترك بين عقارين أن يشفع فيهم بوصفه شريكا لأن حقه الشائع يقتصر عليهم فقط ولكن يجوز لهم طلب الشفعة على أساس الجوار إذا توفرت شروطه²⁹⁷.

295 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص. 15. راجع كذلك: لنفس المؤلف، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 162.

296 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 217.

297 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، ج. 9، ط. 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص. 549.

ب: أن يكون الشفيع شريكا في الشيوخ وقت البيع

نظرا لهذا الشرط فلا يمكن الأخذ بالشفعة لمن إشتري حصة من أحد الشركاء بعقد غير مشهر لدى مصلحة الشهر والسبب في هذا أنه لا يملك أي جزء من العقار الشائع لأنه قبل الشهر لا يعد مالكا²⁹⁸ فالملكية في البيوع العقارية وكذلك كل الحقوق العينية الأخرى في العقار حسب نص المادة 793 ق م ج²⁹⁹ لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا إذا روعيت الإجراءات التي قررها القانون وهي إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر العقاري، ووقت إنتقال الملكية وهو تاريخ الشهر بالمحافظة العقارية وهوماتنص عليه كذلك التشريعات التي تدير مصلحة شهر العقار³⁰⁰.

لا تثبت الشفعة لمن إشتري جزءا مفرزا من أحد الشركاء ولو سجل عقده، لأن هذا العقد غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، وبالتالي لا يعتبر شريكا معهم في الشيوخ.

حتى يخول للشريك في الملكية الشائعة الحق في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وهذا وقت بيع العقار المشفوع فيه مع ضرورة بقاءه مالكا له إلى حين إتمام الأخذ بالشفعة، ولا يؤثر في هذا الحكم الأخير ما يمكن أن ترتبه نتيجة القسمة بعد ذلك مما قد يؤدي في النهاية إلى حرمان هذا الشريك الشفيع من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه.

298 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 221-222.

299 - المادة 793 ق م ج: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق

الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"

300 - من هذه التشريعات الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، لاسيما المواد

14-15-16 منه حيث يعتبر إجراء الشهر إلزاميا بالنسبة للعقود الرسمية المنشئة أو الناقلة. كذلك ما جاء به المرسوم

التنفيذي 76-63، المتعلق بتأسيس سجل العقاري فالشهر إجباري في هذا المرسوم طبقا للمادة 9 منه. يضاف إلى هذا

كذلك ما تضمنه قانون التوجيه العقاري 90-25، في المادة 29 منه.

كذلك لا تثبت الشفعة إذا إنقضى الشيوخ لأي سبب من الأسباب حتى لو تم بعد ذلك بيع جزء من العقار كان يدخل ضمن أجزاء العقار الشائع³⁰¹، بناء على ذلك فالعقار الذي كان شائعاً بين مجموعة من الأشخاص ثم قسم أجزاء مفرزة يختص كل شريك بحصة واضحة المعالم والحدود لا يمكن الأخذ فيه بالشفعة³⁰² لأنه لم يعد لشركاء بعد هذه القسمة مالكين على الشيوخ، بحيث لو باع أحدهم حصة مفرزة إلى شخص أجنبي لا يمكن للشركاء الآخرين أن يأخذوا بها بحجة أنهم شركاء فيه، هذا لأنهم لم يعودوا شركاء على الشيوخ بعد عملية القسمة الرضائية أو القضائية بل أصبحوا جيراناً، فتثبت الشفعة هنا في هذه الحالة على أساس الجوار متى توفرت شروطه³⁰³.

2: الشروط المتعلقة بالبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة

يجب توفر شروط في العقار الشائع المراد الشفعة فيه عند البيع والمتمثلة في:

. أن يكون البيع صادر لأجنبي

. أن يكون البيع وارداً على حصة شائعة

أ: أن يكون البيع صادر لأجنبي

يترتب على هذا الشرط أنه لو باع الشريك حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله فإنه لا يجوز لأي من باقي الشركاء الآخرين طلب الأخذ بالشفعة، وهذا نتيجة عدم تحقق السبب المنطقي والقانون الذي يجيز الأخذ بالشفعة لهذا الشريك في هذه الحالة بإعتبار أن هذا الأخير

301 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، مرجع سابق، ص. 16. راجع كذلك: لنفس المؤلف، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 161.

302 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 223.

303 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، مرجع سابق، ص. 547، 549.

ليس أجنبيا عن الشركاء، وهذا الحكم قد قرر صراحة في نص الفقرة 3 من المادة 795 ق م ج التي تنص: "... للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشتاع إلى أجنبي..."³⁰⁴.

لقد قصد المشرع إجازة الشفعة هنا من أجل منع الأجنبي من الإختلاط بالشركاء وبالتالي الدخول معهم في الشركة حماية لمصالحهم الخاصة فيها، لأن مصلحتهم أولى بالرعاية ويضاف إلى هذا ان المشرع يسعى دائما أن يصبح الملك العقاري في يد مالك واحد أو التقليل قدر الإمكان من الشيوخ، وهذه الحكمة هي نفسها التي من أجلها خول للشريك في المنقول أو المجموع من المال إسترداد الحصة المبيعة للأجنبي من خلال ما قرره المادة 721 ق م ج³⁰⁵.

ب: أن يكون البيع وارد على حصة شائعة

يرتبط هذا الشرط بسابقه إذ أنه في هذه الحالة يكون البيع صحيحا وناظا فيما بين الطرفين وبالنسبة لباقي الشركاء، وبترتب عليه أن يصبح المشتري شريكا معهم دون التوقف على موافقتهم لذلك فتح لهم باب الشفعة لتجنب هذه النتيجة أي دخول الأجنبي بينهم³⁰⁶.

بالنسبة لبيع الحصة المفزة فقد ثار خلاف فقهي حول هذا منقسما إلى إتجاهين أساسيين، الإتجاه الأول يرى أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين متى كان المشتري يعلم بأن الشريك البائع للجزء المفرز يملكه على الشيوخ، إلا أن هذا البيع غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء وعليه لا تجوز الشفعة³⁰⁷ هنا لأي شريك على الشيوخ ضد مشتري، وهذا لأن المشتري كذلك لا يعد شريكا في نظر القانون مع شركاء البائع وبالتالي إنتفت الحكمة من

304 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

305 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 220.

306 - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص. 17.

307 - يجب لجواز الشفعة أن يكون البيع الصادر إلى المشفوع منه قائما وذلك وقت طلب الشفعة. راجع أكثر في هذا

النشأ: مقالني مني، "النظام القانوني للشفعة(دراسة مقارنة في التشريعين المصري واللبناني)"، مجلة المفكر، عدد 12، الصادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن، ص. 548.

تقرير الشفعة لباقي الشركاء عند بيع شريكهم حصته لأجنبي ولهذا قرر أصحاب هذا الإتجاه عدم جواز الأخذ بالشفعة لأي شريك في الشيوخ لهذا الجزء المفرز من العقار الشائع الذي باعه أحد الشركاء للأجنبي، وبالتالي لا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه.

أما الإتجاه الثاني فهو على عكس الأول، يرى أنه يجوز الأخذ بالشفعة من طرف باقي الشركاء الشيوخ عند بيع شريكهم المشتاع حصته المفرزة من العقار الشائع، وهذا مادام أن التصرف الذي أقدم عليه يعتبر في نظر القانون صحيحا فيما بين المتعاقدين، وحتى الشركاء الآخرين لا يمكنهم قانونا الاعتراض على هذا التصرف لأن هذا يدخل ضمن حقوق وصلاحيات الشريك المشتاع³⁰⁸.

طبقا لما تقضي به المادة 1/714 ق م ج، إذ انه يظهر بأن المشرع الجزائري يرجح الرأي الإتجاه الثاني القائلين بجواز الشفعة للشريك المشتاع عند بيع حصته مفرزة لأجنبي من طرف شريك آخر في هذا العقار الشائع ليأخذ نفس حكم بيع الحصة الشائعة طبقا لعموم نص المادة 795 ق م ج حيث تشمل بيع النصيب المفرز والنصيب الشائع معا وكذا لما جاء في نص المادة 714 ق م ج التي تجيز للشريك التصرف في حصته بإعتباره مالكا³⁰⁹.

الفرع الثاني

إجراءات ممارسة حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

إن الإجراءات القانونية المعتمدة من خلال نصوص الشفعة الواردة في القانون المدني تعتبر بمثابة طريق سطره المشرع لفائدة طالب الشفعة متى توفرت فيه أسباب وشروط الأخذ بها

³⁰⁸ - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. ص 225-226.

³⁰⁹ - المرجع نفسه، ص. 226.

سعيًا من خلاله الحصول على حقه،³¹⁰ والحق في الأخذ بالشفعة يثبت إما بالتراضي أو بالتقاضي، ويثبت بالتراضي إذا سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضائه منه فيحل الشفيع محل المشتري، ويكون عليه التزاماته وحقوقه ولكن إذا لم يقبل أن يسلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضائه منه فتؤخذ بالتقاضي³¹¹.

للتقاضي في الشفعة إجراءات ومواعيد محددة نص عليها المشرع من شأنها تحديد نطاق الأخذ بالشفعة من جهة وحسم الأمور بصور تحقق إستقرار التعامل من جهة أخرى بحيث يؤدي التخلف عن القيام بهذه الإجراءات سقوط حق الشفيع في الشفعة³¹² وتتمثل هذه الإجراءات في المراحل التالية: الإنذار الرسمي بوقوع البيع (أولاً)، إعلان الرغبة في الشفعة (ثانياً)، إيداع الثمن والمصاريف (ثالثاً)، رفع دعوى الشفعة (رابعاً).

أولاً: الإنذار الرسمي بوقوع البيع

نص المشرع الجزائري على الإنذار الرسمي في نص المادة 799 ق م ج التي تنص على: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك"³¹³.

يعتبر الإنذار إجراء عن طريق ورقة من أوراق المحضرين يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطان المنصوص عليها في قانون المرافعات، فيقوم البائع أو

³¹⁰ - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 299.

³¹¹ - مهدي كامل الخطيب، الموجز في شرح أحكام الشفعة، مرجع سابق، ص. 7.

³¹² - العربي باشا مريم، خالد ليدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 32.

³¹³ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

المشتري بتوجيهه إلى الشفيع للإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع والزامه باتخاذ باقي إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها في القانون المدني.

1: الهدف من الإنذار الرسمي بوقوع البيع

يترتب على الإنذار قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، ولم يقصد المشرع أن يجعل من هذا الإنذار غرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثاني إذا رد عليه بالقبول، وإنما أراد المشرع أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي كانت تنشأ في موضوع علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الشفعة في حالة إبداء الرغبة خلالها، أما التراضي الذي ينتج أثره في إتمام الشفعة، فهو ذلك الذي يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته في الشفعة³¹⁴.

2: البيانات اللازمة توفرها في الإنذار الرسمي بوقوع البيع

فيجب أن يشتمل الإنذار الرسمي على بيانات محددة قانوناً نص عليها المشرع في المادة 800 ق م ج، وغياب أحد هذه البيانات يؤدي إلى إعتبار الإنذار باطلاً فلا يسري ميعاد ثلاثين يوماً، والهدف من هذه البيانات جعل الشفيع يعلم علماً شاملاً بأركان البيع الجوهرية حتى يقدر مصلحته في طلب الشفعة³¹⁵.

تتمثل البيانات الواجب توفرها في الإنذار الرسمي بوقوع البيع فيما يلي:

- بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً وذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته أي بذكر كل مواصفاته لنفي الجهالة عن العقار المشفوع فيه.

³¹⁴ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.478.

³¹⁵ - راجع المادة 800 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية التي تم بها البيع ويقصد هنا بالمصاريف رسوم التوثيق والتسجيل.

- بيان شروط البيع وهي الشروط التي استلزم القانون بيانها في الإنذار وهي شروط أساسية لا بد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين تقديم طلب الشفعة أو عدم تقديمه³¹⁶.
- بيان إسم كل من البائع والمشتري واللقب والمهنة كذلك الموطن، وهذا حتى يتعين تعييننا كافيا حتى يتمكن من إعلان الرغبة في الشفعة، كذا ذكر أجل ثلاثين يوما لإعلان الرغبة³¹⁷.

إذا كان الإنذار خاليا من أي من هذه البيانات جاز للشفيع التمسك ببطلان الإنذار، لكن لا يمكن التمسك بالبطلان في حالة كان البيان الذي لم يتم ذكره لا يتعلق بالشروط الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها³¹⁸.

3: توجيه الإعلان إلى كل الشفعاء في حال تعددهم

ففي حالة تعدد الشفعاء يجب أن يوجه الإنذار إليهم كلهم ويجب أن يعلن لكل واحد منهم في موطنهم، ويؤدي عدم توجيه الإنذار للشفيع إلى جعل حق هذا الأخير قائما في المطالبة في الشفعة، وهذا ما أكدته الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 64331 الذي جاء فيه: "... من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري

316 - أبركان جهيدة، أيت أعراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص.38.

317 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، مرجع سابق، ص.626.

318 - طلبية أنور، المطول في شرح القانون المدني: (الشفعة-مواعيدها وإجراءاتها-دعوى الشفعة التحيل لإسقاط الشفعة-الحيازة وحمايتها-الحيازة الأحق بالتفضيل-قرينة الحيازة-حسن نية الحائز)، ج. 13، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص.235. راجع كذلك: نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 479-480.

في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن كلمن البائع والمشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما ومن ثم فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون"³¹⁹.

ثم فإنه يبقى للشركاء في الشيوخ حق الأخذ بالشفعة مادام المشتري والبائع لم يوجها لهم الإنذار الرسمي إذ أنه لا يتصور سريان المواعيد القانونية في حق الشفيع، وعليه يحق لهذا الأخير متى علم بوقوع البيع أن يعلن رغبته في الشفعة في أي وقت شاء مادام لم يسقط بالتقادم طبقا للقواعد العامة أي بمضي 15 سنة من تاريخ البيع المشفوع فيه هذا ما نصت عليه المادة 308 ق م ج³²⁰.

ثانيا: إعلان الرغبة في الشفعة

ورد هذا الإجراء ضمن أحكام المادة 799 ق م ج، لذا فمتى أنذر الشفيع بوقوع البيع على الوجه الصحيح، فإنه إذا أراد الأخذ بالشفعة عليه أن يبدي رغبته في ذلك وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من البائع والمشتري، فإذا وجه الإعلان لأحدهما فقط أو وجهه لأحدهما في الميعاد المقرر والأخر بعد الميعاد المقرر كان الإعلان باطلا، ومن ثمة تسقط شفعة الشفيع، ذلك أن كل من البائع والمشتري خصم في دعوى الشفعة إذا أخذت بالتقاضي وطرف فيها إذا تمت بالتراضي.

³¹⁹ - قرار المحكمة العليا 64331، مؤرخ في 1984/04/30، صادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، عدد 02، 1991، ص. 28.

³²⁰ - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 303.

ثبوت حق الشفعة للشفيع يؤدي إلى حله محل المشتري في مواجهة البائع، فيكون له حقوق المشتري قبل البائع وعليه إلتزاماته نحوه، ومن ثم كان هو طرفا في الشفعة والطرف الآخر هو كل من البائع والمشتري³²¹.

إذ يجب على الشفيع إعلان رغبته في إجراء الشفعة إلى كل واحد من الباعين والمشتريين في حالة تعددهم في موطنه أي في محل إقامته المعتادة هذا حسب نص المادة 36 ق م ج، كما إشتراط المشرع أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي وفقا لأحكام المادة 1/801 ق م ج التي تنص: " يجب أن يكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا...".³²²

لذا وتأسيسا على المادة فإنه حتى يكون التصريح بالرغبة صحيحا يجب أن يتوجه إلى الموثق لإفراغ إرادته المنفردة في شكل رسمي وتحرير عقد بذلك وإلا كان باطلا³²³، فيعلن التصريح بالرغبة في الشفعة لكل من البائع والمشتري في شكل رسمي عن طريق محضر قضائي³²⁴.

1: ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة

يختلف ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة بحسب ما إذا وجد الإنذار من عدمه وإذا ما كان هناك عقد البيع مسجلا أو لا، ففي حالة وجود إنذار فإن ميعاد إعلان الشفيع عن رغبته في

321 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، مرجع سابق، ص. 629-628.

322 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

323 - العربي باشا مريم، خالد ليدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 36.

324 - أنظر الملحق المرفق رقم 01.

الشفعة إلى كل من البائع والمشتري هي 30 يوما من تاريخ الإنذار الموجه له وإلا سقط حقه هذا حسب ما جاء في المادة 799 ق م ج، فالعبرة من الإنذار وليس بعلم الشفيع³²⁵.

أكدت المحكمة العليا في قرار لها رقم 34707 على عدم قدرة البائع والمشتري الإحتجاج بعدم العلم بوقوع البيع، لأنه لا يغني عن الإنذار الرسمي ثبوت علم الشفيع بوقوع البيع بأي طريق آخر بحيث جاء في مضمون القرار على أنه: "إذا لم يوجه البائع أو المشتري الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 إلى من يريد الأخذ بالشفعة فإن الميعاد المذكور لا يبدأ، ومن ثم يحق للشفيع أن يعلن رغبته في أي وقت، ذلك أن القانون لا يأخذ بالعلم الواقعي وإنما يعتمد فقط على العلم القانوني..."³²⁶.

أما في حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا غير أن البائع قد سجل عقد البيع فإنه حسب ما جاء في نص المادة 2/807 ق م ج فإنه يستوجب على الشفيع في هذه الحالة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع، وإلا سقط حقه في الشفعة، وهنا المشرع يفترض إفتراضا لا يقبل العكس لأن الشفيع قد علم بالبيع بإعتبار أن مهمة التسجيل هي الإشهار وقد تم، وبما أن هذا العلم يعد إفتراضيا فإن المشرع قد أطل في المدة المحددة للإعلان وهي مدة سنة³²⁷.

أما في حالة عدم إنذار الشفيع وعدم تسجيل البيع فإن الشفعة لا تسقط بمضي مدة 30 يوما من الإنذار لعدم وجوده أصلا ولا بمضي سنة من التسجيل لعدم وجود التسجيل، كذلك فيظل

325 - أركان جهيدة، أيت أعراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 40.

326 - قرار المحكمة العليا رقم 34707، مؤرخ في 1985/06/26، المجلة القضائية، عدد 04، 1990، ص. 61.

327 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 320. راجع كذلك: لابد أسماء، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية: (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري)، مذكرة نيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2016، ص. 64.

حق الشفيع قائما في حالة عدم إثبات أنه تنازل عن حقه في الشفعة إلى غاية مرور 15 سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه.³²⁸

2: تسجيل الرغبة في الشفعة

حسب ما جاء في نص المادة 801 ق م ج فإنه لا يمكن الإحتجاج بإعلان الرغبة في الشفعة في مواجهة الغير إلا إذا كان مسجلا ويتم ذلك أمام مكتب الشهر العقاري التابع لموقع العقار المشفوع فيه، وهذا الإجراء ليس من الإجراءات الضرورية في الشفعة وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان، فليس هناك ميعاد محدد لتسجيل هذا الإعلان فيصح التسجيل في أي وقت كان حتى بعد رفع دعوى الشفعة³²⁹.

ثالثا: إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق

بعد إعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع في الأجل القانوني المحدد له يحق له بعد ذلك أن يواصل ما بقي له من الإجراءات، وأولها إيداع الثمن³³⁰ مع المصاريف لدى الموثق حسب ما جاء في نص المادة 2/801 ق م ج وهذا خلال مدة ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، وبشرط أن يتم قبل رفع دعوى الشفعة حتى لا تسقط الشفعة في حقه، فهذا الإجراء إجراء جوهرى لا بد منه، والهدف من تقريره هو المحافظة على حقوق ذوي المصلحة وضمانا لجدية طلب الشفعة، وحتى يكون هذا الإيداع عاملا من عوامل التقييد التي تحد من

328 - أبركان جهيدة، أيت أعراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 64.

329 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، مرجع سابق، ص. 647.

330 - أنظر الملحق المرفق رقم 02

نطاقها، فيجب إيداع الثمن لدى الموثق في أجل 30 يوما على الأكثر من تاريخ الإعلان عن الرغبة³³¹.

رابعاً: رفع دعوى الشفعة

يعد رفع الدعوى خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة ببعضها البعض إرتباطاً وثيقاً، فحسب ما جاء في نص المادة 802 ق م ج، وكذا المادة 803 ق م ج والتي تنص على: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري"³³².

تتكون أطراف الخصومة في دعوى الشفعة كغيرها من الدعاوى من طرفين أصليين، هما المدعي والمدعى عليه، هما على التوالي الشفيع والبائع مع المشتري يمكن أن يدخل الموثق والمحضر القضائي في الخصام³³³.

تخضع دعوى الشفعة للأحكام المقررة في ق م ج وهذا لعدم نص المشرع الجزائري، فنجد المادة 12 من ق م ج إ توضح بأن رفع دعوى الشفعة يكون بتحرير عريضة إفتتاحية³³⁴ مؤرخة وموقع عليها من المدعي أو وكيله أو محاميه، بالإضافة إلى بيانات أخرى وهذه العريضة لا تخضع للشهر بحيث ترفع في أجل 30 يوماً من تاريخ إعلان الرغبة ولا يجب تجاوزه.

331 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 328-338. راجع أكثر في هذا الشأن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، مرجع سابق، ص. ص. 647-668. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. ص. 493-501.

332 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

333 - هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص. 56.

334 - أنظر الملحق المرفق رقم 02.

بما أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية بحكم أن الشفيع يطالب بمقتضاها الحلول على حق عيني عقاري، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن العقار³³⁵ حسب نص المادة 3 ق إ م إ: "في الدعاوى العقارية... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها"³³⁶.

عليه فإن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعد سندا لملكية لشفيع، فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع.

المطلب الثاني

آثار ممارسة حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة وسقوطها

متى توفر سبب من أسباب الشفعة وتحققت شروطها على النحو الصحيح، جاز للشفيع المطالبة بها وذلك بإتباع إجراءات حددها القانون، فإذا ما قام الشفيع بإتباع جميع الإجراءات في مواعيدها وبالكيفية التي نص عليها القانون، فإن ذلك يترتب آثار على العلاقات القانونية بين الشفيع وأطراف عقد البيع المشفوع فيه واتجاه الغير كذلك (الفرع الأول)، أما إذا أخل الشفيع بأحد هذه الإجراءات سواء من حيث الشكل أو من حيث الموعد فلقد رتب القانون جزاء على ذلك وهو سقوط حق الشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آثار ممارسة حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

يترتب على الأخذ بالشفعة بالتراضي أو بالتقاضي مجموعة من الآثار التي تخص الشفيع والبائع والمشتري، بحيث تولد التزامات جديدة بين الأطراف وكذلك إنتقال في الحقوق، لذا

³³⁵ - أبركان جهيدة، أيت أعراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.

.47

³³⁶ - قانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

فإن الآثار تكون بين الأطراف: بالنسبة للعلاقة بين الشفيع والبائع (أولاً)، العلاقة بينالشفيع والمشتري (ثانياً)، وكذلك العلاقة بين البائع والمشتري (ثالثاً).

أولاً: آثار حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والبائع

إذا ثبت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة وتملك العقار المشفوع فيه بالتراضي أو بالتقاضي تنشأ بين أطراف الشفعة علاقات قانونية متعددة إثر إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفيع، ليحل بعدها الشفيع محل المشتري³³⁷ وهذا حسب ما نصت عليه المادة 804 ق م ج.

فيعتبر الشفيع هو المشتري منذ البداية لذا فإن البائع يلتزم نحو الشفيع بجميع إلتزامات المشتري تتمثل هذها لإلتزامات في نقل ملكية المبيع المشفوع فيه وتسليمه إليه، كما يلتزم تجاهه بضمان التعرض والاستحقاق، إضافة لضمان العيوب الخفية.

أما فيما يخص إلتزامات الشفيع بما أنه يحل محل المشتري وهو الأثر الجوهري لأخذ الشفيع بالشفعة، فإنه يتحمل كل ما كان يلتزم به المشتري وقد حل محله في المبيع بسبب الشفعة إذ يلتزم الشفيع بالمقام الأول بالوفاء بالثمن للبائع كما يلتزم بالمقام الثاني بأن يتسلم العقار المشفوع فيه³³⁸.

ثانياً: آثار حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والمشتري

إن الوضع الغالب في علاقة الشفيع بالمشتري هو قيام الشفيع بتسلم العقار من البائع مع دفع الثمن كله، وهنا يحق للمشتري أن يسترجع الثمن والمصاريف من الشفيع، ويكون على الشفيع التعويض عن المصاريف والنفقات اللازمة والنافعة للمشتري، ويلتزم الشفيع بالتعويض عما أقامه

337 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 357.

338 - العربي باشا مريم، خالد ليدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 61.

المشتري من بناء وغرس كما يلتزم المشتري في المقابل بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع مع رد الثمار الناتجة عن العقار المشفوع فيه أن وجدت³³⁹.

ثالثاً: آثار حق الشفعة في علاقة الشفيع بالغير

لا ينفذ في حق الغير الذين تم التصرف إليهم في العقار المشفوع أو ترتبت لهم عليه حقوق إلا بتسجيل إعلان الرغبة وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 806 ق م ج، بحيث جاء في مضمونها أنه في حالة ترتيب حقوق عينية على العقار المشفوع فيه، فيجب التمييز بين الحقوق العينية المترتبة قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة والتي ترتبت بعد إعلان الرغبة في الشفعة.

1: الحقوق التي ترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

تعتبر آثار الحقوق العينية المقيدة قبل تسجيل إعلان الرغبة والمرتببة للغير، وإن كانت نافذة في حق الشفيع فلو إنتقل العقار إليه وهو مثقل بها فيحق للشفيع مطالبة البائع بما يقابل النقص في قيمة العقار بسبب وجود هذا الحق، لكون الشفيع دفع الثمن للمشتري عندما أخذ العقار دون أن يكون محملاً بشيء، فالحقوق المرتبة قبل تسجيل الشفيع رغبته في الشفعة تكون نافذة في حقه، للمشتري كذلك أن يقوم بنفس التصرفات والحقوق العينية قبل تسجيل إعلان الرغبة فإنها تسري في حق الشفيع والبائع³⁴⁰.

2: الحقوق التي ترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة

إن التصرف في العقار المشفوع فيه أو ترتيب الحقوق عليه بعد شهر إعلان الرغبة وإن كان لا أثر له على حق الشفيع، فإنه يؤثر على حق المشتري في ثمن العقار الذي يسترده بعد ذلك

³³⁹ - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 367.

³⁴⁰ - أبركان جهيدة، أيت أعراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.

عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق، وهذا في حالة إذا دفع الثمن للبائع حيث يباشر الدائنون العاديين أصحاب هذه الحقوق بما لهم من حق أولوية على الدائنين العاديين للتنفيذ على ثمن العقار المشفوع فيه طالما كانت لهم حقوق مستحقة الأداء ويتقدم الدائنون المقيدة حقوقهم في تاريخ سابق على من قيدت ديونهم في تاريخ لاحق وهو ما قضت به المادة 806 ق م ج³⁴¹.

الفرع الثاني

سقوط حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة

باعتبار أن الشفعة تمثل قيد على حرية التصرف والتعاقد ويقصد التضيق من نطاقها قد تشددَ المشرع وحدد أسباب سقوط حق طلب الشفعة في نص المادة 807 ق م ج والتي تنص على أنه: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

. إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولوقبل البيع.

. إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون"³⁴².

يتضح من خلال المادة أن السقوط هو جزء يرد بعد ثبوت الحق في الشفعة لأسباب معينة، لذلك إذا حدث هذا السقوط فإن الشفيع لا يمكنه نهائياً أخذ العقار بالشفعة وعليه يمكن تقسيم مسقطات الشفعة للأسباب الموضوعية (أولاً)، كما قد تكون أسباب إجرائية (ثانياً).

أولاً: الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في الشفعة

تتمثل الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في طلب الشفعة في كل من تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة، وكذا زوال أحد شروط الأخذ بالشفعة.

³⁴¹ - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 385.

³⁴² - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

1: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في المادة 1/807 ق م ج التي نصت على: " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

. إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع... " ³⁴³

يتبين من خلال المادة أن المشرع الجزائري أجاز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة سواء قبل البيع أو بعده، إن النزول عن الحق في الشفعة يعتبر تصرفا قانونيا بإرادة منفردة يؤدي عند حصوله إلى سقوط الحق في الشفعة³⁴⁴، وبالتالي فإن هذا النزول لا ينتج آثاره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه طبقا للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة حسب ما جاء في المادة 61 ق م ج، هذا طالما أن التنازل هنا تعبير عن الإرادة.

قد يكون النزول صريحا أو ضمنيا فالنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة باللفظ أو الكتابة أو إتخاذ موقف لا يدع مجال للشك³⁴⁵، أما التنازل الضمني عن الشفعة فيكون بإتيان الشفيع عملا أو إتخاذه موقفا يدل قطعا أنه تنازل عن حقه كأن يعترف بملكية العقار للمشتري وتبعا معه على هذا الأساس يشتره منه أو يرتنه أو يأخذ عليه حق إختصاص أو يتفق معه على ترتيب إرتفاق بين عقارين ولكن لا يعد من قبيل التنازل الضمني عن الشفعة، رفض الشفيع أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي يطلبه المشتري لإرتفاع هذا الثمن عن الثمن الحقيقي³⁴⁶.

³⁴³ - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

³⁴⁴ - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.389.

³⁴⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص.132.

³⁴⁶ - العربي باشا مريم، خالد ليدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.75.

نظرا لخطورة ما يترتب عن التنازل في إسقاط الحق في الشفعة فينبغي التشدد في إستخلاص التنازل الضمني وإستخلاصه من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع³⁴⁷. إذا كان النزول ضمنيا جاز إثباته بجميع طرق الإثبات، أما إذا كان صريحا خضع في إثباته للقواعد العامة في الإثبات³⁴⁸، كما يجوز للشفيع أن يتنازل عن حق الشفعة بعد طلبها ويظل له الحق في التنازل مادام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم أو بتسليم المشتري بها، فإذا تم الاخذ بها فلا يصح التنازل عنها من الشفيع بعد ذلك، لأنه بصدور الحكم أو بتسليم المشتري يحل نهائيا محل هذا الأخير في عقد البيع³⁴⁹، أما في يخص بشكل هذا النزول فقد يكون إما بإتفاق على مالك العقار وهو البائع أو مع من يرغب في الشراء وهو المشتري³⁵⁰.

2: زوال أحد شروط الشفعة

يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا زال أحد الشروط اللازمة للأخذ بها، كأن يقدم الشفيع على بيع عقاره قبل طلب الشفعة، وبالتالي لا يمكنه الأخذ بها بعد ذلك وهذا الزوال شرط أساسي وهو ملكية الشفيع للعقار المشفوع به لأنه بعد البيع أصبح الشفيع غير مالك له، وبالتالي سقطت الشفعة في حقه أو كأن يكون مالك العقار هنا شريكا في الشفيع يملك حصته شائعة غير مفرزة في الملك الشائع، وبعد حصول البيع المشفوع منه باع لشريكه حصته الشائعة إلى أجنبي فقام الشفيع بعدها ببيع حصته هو الآخر سواء لشركائه أو لأجنبي عنهم حتى لو كان قد أعلن رغبته في الشفعة قبل بيعه لخصته، فإنه لا يمكنه الأخذ بالشفعة بعدها لتخلف أحد شروط الشفعة، وكذلك الحال لو إنتهى وضع الشفيع في هذه الحالة عن طريق عملية قسمة الملك الشائع ليأخذ كل شريك حصته مفرزة بعد أن أعلن الشفيع رغبته في الشفعة وقبل صدور الحكم النهائي في

³⁴⁷ - نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مرجع سابق، ص. 133.

³⁴⁸ - فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 467.

³⁴⁹ - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 394.

³⁵⁰ - المرجع نفسه، ص. 391.

ثبوت الشفعة للشفيع، لأنه بناء على ما سبق أصبح المتقاسم مالكا ملكية مفرزة للنصيب المقسوم له، وبذلك لا يحق له الأخذ بالشفعة بسبب الشركة في الشروع إذا باع متقاسم آخر نصيبه حتى لو لم تكن القسمة قد سجلت، لأنه بالقسمة لم يعد شريكا فالقسمة حجة على المتقاسمين حتى قبل تسجيلها ولأن المبيع في الوضع الجديد شيء مفرز، ولا تكون الشفعة إلا في بيع حصة شائعة³⁵¹.

ثانيا: الأسباب الإجرائية لسقوط حق الشركاء في الشفعة

إضافة إلى الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في طلب الشفعة فإنه توجد كذلك أسباب إجرائية لسقوط هذا الحق والتي لم يشر إليها المشرع الجزائري في نص المادة 807 ق م ج إنما تناولها من خلال عرضه وبيانه للإجراءات الخاصة بالشفعة ما عدا الأجل المنصوص عليه في المادة 807 ق م ج ولهذا سيتم تبيان هذه الشروط وفقا للآتي.

1: عدم إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد قانونا

طبقا للمادة 799 ق م ج التي تنص: "على من يريد الأخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إن إقتضى الأمر ذلك"³⁵².

وفقا للنص فإن حق الشفيع في الشفعة لعدم الإعلان بالرغبة في الأخذ بها في الميعاد المحدد قانونا، فإذا رغب الشفيع في الأخذ بالشفعة عليه أن يحترم إجراءات الشفعة الوارد بيانها

351 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 405. راجع كذلك: محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 670.

352 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

وتقريرها من خلال النصوص المتعلقة بها، وبالتالي فعدم إلتزامه بالإجراءات سيؤدي به في الأخير إلى سقوط حقه في الأخذ بها³⁵³.

كما يتضح كذلك من خلال المادة 799 ق م ج أنه فيما عدا تخلف الشكل الرسمي للإعلان عن الرغبة الذي يترتب عليه البطلان يترتب المشرع سقوط الشفعة على مخالفة أحكام الإعلان الأخرى، فيسقط الحق فيها إذا لم يتم إعلان البائع والمشتري منفردين كانا أو متعددين، أو إذا لم يتم إعلانهما في الميعاد، بحيث أنه إذا وجّه البائع أو المشتري الإنذار إلى الشفيع ولم يظهر هذا الأخير رغبته في الأخذ بها في الميعاد المحدد بثلاثين يوما سقط حقه فيها³⁵⁴.

2: عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد قانونا

يعد عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد قانونا سببا أخرج من الأسباب الإجرائية لسقوط الحق في الشفعة، وهذا ما ورد في المادة 2/801 ق م ج والتي تنص: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة"³⁵⁵.

يستنتج من خلال نص المادة أنه يترتب على عدم إحترام الشفيع لإجراء ومواعيد إيداع الثمن في الميعاد المناسب سقوط حقه في الشفعة، لأن إيداع الثمن والمصاريف تكون من واجب الشفيع وكذلك الحال إذا قام بإيداع الثمن بعد فوات الميعاد أو قام بإيداعه في يد موثق غير الموثق المختص قانونا، ويشترط أيضا لصحة هذا الإيداع أن يكون الثمن حقيقي أي الذي حصل به البيع والمدون في عقد البيع حتى ولو ادعى الشفيع بصورته، وعليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بعد

353 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، ص. ص. 396-397.

354 - العربي باشا مريم، خالد ليديّة، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 77.

355 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

إيداع كل المبلغ السابق، وإذا أثبت الصورية في الثمن فيحكم له بالثمن الحقيقي فقط ويسترد المبلغ الزائد وعلى أن يبدأ سريان ميعاد إيداع الثمن من تاريخ إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الشفعة فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فلا يبدأ سريان المدة إلا من تاريخ الإعلان الأخير³⁵⁶.

3: عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد المحدد قانونا

نصت المادة 802 ق م ج في هذا الشأن بأنه: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل 30 يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط حقه"³⁵⁷

من خلال هذا النص يتضح لنا أن حق الشفيع في الشفعة يسقط لعدم رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة وكذا عدم رفعها في الميعاد القانوني أو رفعها خلال الميعاد لكن مع إختصاص بعض البائعين والمشتريين دون بعض الآخر، لأن دعوى الشفعة لا تقبل إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطراف الشفعة الثلاث وهم البائع والمشتري وكذا الشفيع وإن تعددوا وفي كل مراحل التقاضي³⁵⁸.

4: مضي مدة سنة من تاريخ تسجيل البيع أقر المشرع الجزائري سبب أخرم من أسباب السقوط لحق الشفعة في المادة 2/807 ق م ج والتي تنص: "...إذا مرت سنة من يوم تاريخ تسجيل عقد البيع"³⁵⁹

356 - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.398. راجع كذلك: فرجالصدهعبدالمنعم ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص. 443.

357 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

358 - فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص.451.

359 - أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

لقد رتب المشرع هذا السقوط سعياً لإستقرار المعاملات وحماية للبائع والمشتري بإعتبار التسجيل تصرف يفرض معه علم الشفيع بالبيع رغم عدم إنذاره. للمشتري المشفوع منه أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة متى أثبت ان عقد بيعه قد سجل وأنه مضت مدة سنة على هذا التسجيل.

5: بطلان عقد البيع المشفوع منه

تبطل الشفعة ببطلان البيع الذي ترتب عليه، كما لو إتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع وعملا للقاعدة المعمول بها في القانون والتي مفادها: " ما بني على باطل فهو باطل"³⁶⁰ وبطلان عقد البيع كسبب لسقوط حق الشفعة هو متفرع من شرط أساسي لشرط الشفعة وهو شرط استمرارية قيام حق الشفيع إلى حين ثبوت الشفعة، والبيع المرتب لحق الشفعة بعد الحكم ببطلانه لم يعد له وجود قانوني لأن وجوده هو الذي يفتح الخيار للأخذ بالشفعة، لهذا قرر فقهاء القانون المدني قاعدة مفادها " لا شفعة في بيع باطل بطلانا مطلقا لأنه بيع منعدم"³⁶¹.

6: التقادم المسقط

إذا لم ينذر البائع والمشتري أو أيهما الشفيع رسميا بالأخذ بالشفعة ولم يتم تسجيل عقد البيع فيظل للشفيع الحق في الأخذ في الشفعة حتى يسقط حقه بالتقادم المسقط أي بمرور 15 سنة، بمعنى إذا مرت 15 سنة ولم يطالب الشفيع بحقه في الشفعة فيسقط حقه بالأخذ بها³⁶².

³⁶⁰ - عن العربي باشا مريم، خالد ليديّة، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.78.

³⁶¹ - عن دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 407.

³⁶² - دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 407.

خاتمة

نخلص من خلال دراستنا لموضوع تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة، إلى أنّ الأصل يجوز للشركاء التصرف في المال الشائع، وذلك حسب أحكام المادة 714 ق م ج التي تقضي بأن لكشريك يملك حصته ملكا تاما فله الحق في التصرف فيها واستغلالها بما يرجع عليه بفائدة.

التصرف في الملكية الشائعة قد صادر من أحد الشركاء، بحيث ينصب تصرفه إما على حصته الشائعة وهذا بشتى أنواع التصرفات التي قد تكون ناقلة للملكية أو بترتيب حق عيني على المال محل التصرف، كذلك قد يكون التصرف صادر لصالح أي شخص إما شريكا على الشيوخ أو أجنبي عنهم، كما قد يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع، فيكون تصرفه نافذا بين الطرفين، ففي حال وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف فتنقل الملكية بالحيازة في المنقول وبتمام إجراءات الشهر في العقار، أما في حال عدم وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف إليه، فإنه ينتقل نصيبه إلى الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف، إلا أن الحكم يختلف بالنسبة للفترة قبل القسمة والفترة مابعد إجراء القسمة، فالمرجع الجزائري حدد حكم التصرف بعد القسمة دون ذكر الحكم قبلها، كما قد يصدر التصرف من أحد الشركاء في كل المال الشائع، فقرر المشرع اعتبار هذا التصرف صحيحا وناظرا مرتبا لأثاره بين طرفيه، لكن غير نافذ في حق باقي الشركاء، ولا يرتب آثاره إلا في حدود حصة المتصرف.

قد يصدر التصرف في صورة جماعية، وذلك بإجماع الشركاء أي مجتمعين كلهم وهذا هو المبدأ، ولكن لصعوبة الحصول على هذا الإجماع، فقد أورد المشرع الجزائري إستثناء الأغلبية، بحيث أجاز للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف فيه، بشرط أن تكون لديهم أسباب قوية تستدعي التصرف، ولم يحدّد المشرع الجزائري هذه الأسباب حيث ترك السلطة التقديرية للمحكمة في ذلك، وفي المقابل منح الأقلية من الشركاء ضمانات لحماية حقوقهم فأوجب على الأغلبية الإعلان عن قراراتهم للأقلية، وفي حال المعارضة فيمكن اللجوء للقضاء بدعوى الإعتراض على قرار الأغلبية، إلا أنّه كثيرا ما يحدث أن تنتهك الأغلبية حقوق الأقلية لعدم وجود ضمانات قوية لحماية الأقلية.

وإذا كان الأصل هو جواز التصرف في الملكية الشائعة، إلا أن المشرع الجزائري قد قيد هذا التصرف بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، فقد أعطى للشركاء المتضررين من التصرف الحق في إسترداد المال الشائع المتصرف فيه، وكذا الحق في الشفعة.

قد يقوم أحد الشركاء بالتصرف في المال الشائع، ويكون المتصرف إليه أجنبي عن الشركاء، لذا فبمجرد إدخال هذا الأجنبي بين الشركاء يكون الضرر قد تحقق، لذا قرر المشرع لرفع هذا الضرر وإبعاد الأجنبي الغير مرغوب فيه حق الإسترداد الذي يعتبر كأثر لاستحقاق المال الشائع والذي يخضع لشروط يجب توفرها فيه وكذا إتباع إجراءات حددها القانون فيتم إسترداد المنقول، أقر كذلك المشرع حق الشفعة والذي يعتبر أيضا كقيد على تصرف الشركاء في الملكية الشائعة، وكآلية لرفع الضرر الناتج عنه، وقد نظمها المشرع الجزائري ووضع لها شروط وإجراءات يستوجب إتباعها، فيتم بواسطتها استرجاع العقار.

في حالة عدم إحترام المتضررون للشروط والإجراءات التي نص عليها المشرع الجزائري، فإن حقهم في الإسترداد والشفعة يسقط، ويكون التصرف نافذا وصحيفا في حقهم، أما في حال إتباعهم للأحكام القانونية والمواعيد والإجراءات، ورفعوا الدعاوى في المحاكم المختصة، فإنهم يستردون المال الشائع المتصرف فيه ويحلون محل المتصرف إليه، وبذلك يتم إستبعاد الأجنبي الذي يعتبر ضررا على الشركاء، وهكذا يضمن الشركاء أنفسهم بعدم دخول أي أجنبي بينهم حفاظا على حقوقهم.

يمكن التمييز بين حقي الشفعة والإسترداد كالتالي: إذا كان الشفعة نظام مستمد من الشريعة الإسلامية فإن المشرع الجزائري أخذ أيضا بنظام موازي هو نظام الإسترداد الذي استمده من المشرع الفرنسي وعلى الرغم من أن النظامين يحققان نفس الغرض ألا وهو تمكين المسترد أو الشفيع من الحفاظ على حقوقه واستبعاد الأجنبي أو المتصرف إليه الغير مرغوب فيه، ومن أوجه الإختلاف بين النظامين من حيث المحل، ان الإسترداد يكون في المنقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار طبقا لأحكام المادة 721 ق م ج، أما الشفعة فلا تكون إلا في بيع العقار، أما

من حيث السبب فيقوم الإسترداد على سبب وحيد وهو الشركة في الشروع عند بيع أحد الشركاء حصته الشائعة إلى أجنبي عن الشركاء بينما تتعدد أسباب الشفعة، أما من حيث الإجراءات والمواعيد يختلف الإسترداد عن الشفعة في الإجراءات والمواعيد اختلافا كبيرا فيما يلاحظ أن المشرع قد أولى الشفعة عناية فائقة بإيراده لإجراءات متعددة وفرضه لمواعيد محددة، وهو الأمر الذي يغيب في الإسترداد.

يتضح من خلال دراستنا أنه رغم الأهمية التي أعطاها المشرع لموضوع الملكية الشائعة، إلا أنه قد وقع أحيانا في بعض الثغرات وأحيانا أخرى يظهر وبوضوح القصور الذي مس النصوص القانونية الخاصة بالملكية الشائعة، وبالتصرف فيها بشكل خاص، لذا فإننا نقترح بعض التوصيات التي توصلنا إليها خلال دراسة بعض النصوص والمتمثلة فيما يلي:

1- أعطى المشرع الجزائري في المادة 713 ق م ج مفهوما للملكية الشائعة، فيظهر جليا أنه عرفها باعتبارها فقط حق ملكية، مع أن الشروع قد يكون في باقي الحقوق العينية الأخرى لذلك نوصي بإعادة النظر في المادة وتبني مفهوم واسع للشروع لإزالة الغموض.

2- من خلال دراسة المادة 714 ق م ج وجدنا أنها تتميز ببعض القصور الذي مس حكم الشريك في جزء مفرز قبل القسمة، حيث لم يتطرق المشرع لحكم التصرف في هذه الفترة مما يثير عدة نزاعات، كما أن المادة ليست واضحة بشأن إنتقال الحق المتصرف فيه إذا لم يقع في حق المتصرف بعد القسمة، كذلك فيما يخص الحلول العيني في حالة أين يكون المال الشائع متنوع بين العقارات والمنقولات، وتم التصرف في العقار لكن بعد القسمة ووقع في نصيب المتصرف حصة في منقول، فهل نطبق فكرة الحلول العيني أم لا، لذا نوصي أن يتم إعادة النظر كذلك في المادة وجعلها تشمل كافة الأحكام ورفع اللبس والغموض عنها، وذلك عن طريق التطرق لكافة جوانب تصرف الشريك في المال الشائع سواء في جزء مفرز أو حصته الشائعة أو كل المال الشائع، حيث يظهر نقص كبير في

النصوص القانونية في هذا الخصوص، لذا يجب وضع نصوص خاصة بكل حالة من حالات تصرف الشريك.

3- كذلك رغم محاولة المشرع في العمل على حماية التصرفات التي تكون على أساس الرهن الواردة على العقار الشائع بعد القسمة، غير أنه لم ينظمها تنظيمًا كاملاً شاملاً لكل الإفتراضات التي تنجر عن القسمة، فحبذا لو قام المشرع بتنظيم حكم هذه التصرفات في جميع الإحتمالات المذكورة، غير أنه لم ينص بهذا الخصوص سوى على المادة 890 ق م ج التي تنظم مصير الرهن الرسمي بعد إجراء القسمة واختصاص الشريك الراهن بأعيان أخرى غير التي رهنها، حيث أقر تطبيق نظرية الحلول العيني من خلال حلول الرهن على العقار المختص به الراهن محل حصته الشائعة المرهونة، وحدد الإجراءات المتبعة في هذا الحلول وقد جاء بهذا الحكم، على اعتبار أن الغرض من الرهن هو المقابل النقدي للشيء المرهون. كان على المشرع مثلما عمل على حماية الرهن الرسمي في الحالة المذكورة أن ينص على حلول حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب المدين الراهن أيا كانت طبيعته حتى لا يفقد الدائن المرتهن حقه لعدم وروده على المنقول أو المبلغ من النقود، وبذلك إعطاء ضمان أكبر لأصحاب الحقوق من أجل التشجيع على الإنتفاع والإستغلال الأحسن للعقار الشائع.

4- فيما يخص التصرف الجماعي للشركاء نجد أن المشرع الجزائري ورغم تطرقه لهذه الحالة، إلا أن نظام الأغلبية الذي نص عليه لا يعطي ضمانات كافية للأقلية فقد تنتهك الأغلبية حقوقها وتفرض عليها قراراته، كذلك لم يبين لنا المشرع من خلال هذه المادة الأسباب القوية التي يمكن للأغلبية أن تستند إليها حين تقوم بالتصرف، لذا نقترح إما إعطاء ضمانات أكثر لحماية حقوق الأقلية من تعسف الأغلبية، وكذا ذكر وتحديد الأسباب القوية التي تقوم الأغلبية على أساسها بالتصرف، أو إلغاء نظام الأغلبية كإستثناء والبقاء على صورتي التصرف الفردي والتصرف بإجماع الشركاء دون الأغلبية.

الملاحق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء

محكمة:

رئاسة أمانة الضبط

التصريح بالرغبة في الشفعة

(المواد 799-800-801 ق م ج)

بتاريخ.....من شهر.....عام ألفين وثمانية

بناء على طلب السيدة:.....، بدون مهنة أرملة:.....السكانة ب.....التي أعلنت رغبتها في الأخذ بالشفعة للعقار الآتي بيانه:

قطعة أرض تقع بالمكان المسمى(.....) بحي.....شمال شرق مدينة.....تابعة لاختصاص المحافظة العقارية.....، تحمل أصلا رقم:.....بمخطط التجزئة القديم لبلدية.....، بمجموعة الملكية رقم:.....قسم..... من مخطط مسح الأراضي، بمساحة إجمالية قدرها: هـ.....أر و...س، الحصة رقم:.....

من البائعين أولا وهم:

- 1-.....بنت.....المولودة ب.....في.....، بدون مهنة، السكانة بشارع.....
- 2-.....بن.....المولود ب.....في.....، المهنة:.....، الساكن بشارع.....
- 3-.....بنت.....المولودة ب.....في.....، بدون مهنة، السكانة بشارع.....

ثم إلى المشتري السيد:

.....بن.....المولود ب.....بتاريخ.....، المهنة.....الساكن بحي.....بلدية..... أين تعلن الطالبة رغبتها في الأخذ بالشفعة في العقار المشار إليه أعلاه والمحدد ثمنه بمبلغ:....دج طبقا لعقد البيع المحرر من طرف الموثق الأستاذ.....بتاريخ.....حجم.....رقم.....المشهر بالمحافظة العقارية ب.....تاريخ:.....حجم.....تربيعة.....، الذي بيع للمشتري طبقا لشروط البيع المعروفة ماقدره:../على الشيوخ.

وهو العقار الذي بيع للمشتري بدون توجيه إنذار المطالبة طبقا لأحكام المادة 799 القانون المدني، ومنحها أجل قدره ثلاثون يوما، والتي هي شريكة في الشيوخ مع البائعين، وبثبت لها حق الشفعة طبقا لأحكام المادة 795فقرة 2 من القانون المدني لبيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

الغرفة الوطنية للموثقين

مكتب الأستاذ/.....

موثق بـ.....

الموقع أدناه

إشهاد بإيداع ثمن

يشهد الأستاذ/.....

موثق بـ.....

أن السيد:

المولود:

المهنة:

السكن:

قد أودع مبلغا إجماليا قدره:دج

في حساب الزبائن بالخبزينة العمومية لولاية

رقم.....

يتضمن ثمن البيع والمصاريف رغبة منه في استعمال حق الشفعة التي يخولها له القانون والحلول محل المشتري.

طبقا لأحكام المادة 801 من القانون المدني.

من أجل رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها.

حرر بمكتب التوثيق في:

بناء على طلب المعني بالأمر

توقيع وختم الأستاذ/

يوم .. / .. / ..

محكمة:

قسم:

عريضة افتتاح دعوىلفائدة:

.....بنت.....: بدون مهنة أرملة.....الساكنة بشارع.....بلدية وولاية.....
.....المدعية.....

ضد:

- 1-.....بنت.....، بدون مهنة الساكنة بشارع.....
- 2-.....بن.....، المهنة:..... الساكن ب.....
- 3-.....بنت.....، بدون مهنة الساكنة بشارع.....
.....المدعى عليهم.....

بحضور:.....بن.....المهنة.....الساكن بحي.....بلدية.....
.....مدعى عليه ثان.....

ليطلب للمحكمة الموقرة:

حيث أنه ثمة قطعة أرض تقع بالمكان المسمى(.....) بحي.....شمال شرق
مدينة.....تابعة لإختصاص المحافظة العقارية ب.....، تحمل أصلا رقم:.....بمخطط
التجزئة القديم لبلدية.....، مجموعة الملكية رقم:.....قسم.....من مخطط مسح الأراضي،
بمساحة إجمالية قدرها:.....هـ،...آر و...س،، الحصة رقم:.... والتي هي شريكة في الشيوخ مع
البائعين المدعى عليهم قد بيعت للمدخل في الخصام بمبلغ المحدد ثمنه بمبلغ: ...دج
طبقا لعقد البيع المحرر من طرف الموثق الأستاذ:.....ب.....بتاريخ:../../...حجم ... رقم...
المشهر بالمحافظة العقارية ب.....بتاريخ:../../...حجم..تريعة...، الذي بيع للمشتري طبقا
لشروط البيع المعروفة ما قدره:...../.....على الشيوخ...../.....

حيث أن المدعية إكتشفت مؤخرا بأن تلك الأرض قد بيعت إلى أجنبي وبالتالي
ونظرا لحقها في الشفعة لجأت إلى توجيه إعلان الرغبة في الشفعة مودع كتابة ضبط
المحكمة بتاريخ في ../../...إلى البائع والمشتري وبمبلغ لهما بتاريخ:../../...كما هو ثابت
من محضر التبليغ.

حيث أن باقي شروط الشفعة من إيداع الثمن قد تم كما هو ثابت من وصل خزينة ولاية... المحررة بتاريخ:../../..
وعليه:

حيث الثابت من عقود الملكية المرفقة أن المدعية شريكة على الشيوع مع المدعى عليهم وأخرون في العقار محل النزاع.

حيث أن المدعية تريد أن تثبت حقها في الشفعة وإسترداد القطعة الأرضية محل النزاع التي بيعت للمدعى عليه الثاني.

حيث ان المدعية لها حق الشفعة طبقا لأحكام المادة 795 فقرة 02 من ق م لبيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي من طرف شركائها المدعى عليهم ، وهي مستعدة لتسديد المبلغ المحدد بعقد البيع الوارد أعلاه وبالتالي حلولها محل المشتري في جميع حقوقه وإلتزاماته.

لهذه الأسباب

في الشكل: قبول الدعوى شكلا لإستفائها الأوضاع القانونية.

في الموضوع: التصريح بتأسيس دعوى الشفعة لتوافرها على الشروط القانونية المنصوص عليها بالمواد: 795-799-800-801-802-803 من القانون المدني.

•• نتيجة لذلك القضاء بثبوت حق الشفعة للمدعية.... بنت.... للعقار المتمثل في قطعة أرض تقع بالمكان المسمى (...)(بحي بوشركة.... شمال شرق مدينة..... تابعة لإختصاص المحافظة العقارية ب.....

تحمل أصلا رقم... بمخطط التجزئة القديم لبلدية ... ، مجموعة الملكية رقم:... قسم... من مخطط مسح الأراضي بمساحة إجمالية قدرها:.... هـ ، ... أرو... س ، الحصة رقم:... بما قدره نصيب.../... على الشيوع وحلولها محل المشتري (المدعى عليه الثاني)... في شراء العقار مع إسترداد المدعى عليه الثاني مبلغ البيع الموجود برصيد الموثق... بخزينة ولاية... المحدد ثمنه مبلغ:..... دج ، وذلك طبقا لعقد البيع المحرر من طرف الموثق الأستاذ... ب... بتاريخ:../../.. حجم... رقم... المشهر بالمحافظة العقارية ب... بتاريخ:../../.. حجم... تربية... مع تحميل خاسر الدعوى المصاريف القضائية.

بتحفظ/العارضة

.....

قائمة المراجع

أولا/ باللغة العربية

1: الكتب:

- 1- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 2- أحمد محمود خليل، إدارة المال الشائع والتصرف فيه: (ملكية الطبقات، مأمور إتحاد الملاك، ملكية الأسرة، القسمة الإتفاقية، القسمة القضائية، الفرز والتجنيب، الحائط المشترك، الحائط غير المشترك)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
- 3- البدوي محمد علي، النظرية العامة للإلتزام: (مصادر الإلتزام)، ج 1، ط 2، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993.
- 4- تناغو سمير، التأمينات العينية والشخصية: (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الكفالة، قانون التمويل العقاري)، منشأة المعارف للتوزيع، القاهرة، 2008.
- 5- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، 2013.
- 6- خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية: (الوقف)، ج 1، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 7- دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، 2013.
- 8- دلاندة يوسف، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة: (إكتسابها- إثباتها- حمايتها- إدارتها- قسمتها)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، 2016.

- 9- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود: (عقد الهبة)، ج 8، د د ن، لبنان، د س ن.
- 10- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود: (في الشركات - شركات الملك - وشركات العقد)، ج 14، د د ن، لبنان، 1969.
- 11- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، ج 8، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 12- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (أسباب كسب الملكية)، ج 9، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 13- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (التأمينات الشخصية والعينية)، ج 10، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 14- سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 15- شدراوي جورج، حق الملكية العقارية: (مع ملحق عن: حق التصرف وحق الإنتفاع)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012.
- 16- الصواف إكرام فالح، الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة: (دراسة مقارنة)، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 17- طلبة أنور، المطول في شرح القانون المدني: (الشفعة - مواعيدها وإجراءاتها - دعوى الشفعة التحيل لإسقاط الشفعة - الحيابة وحمايتها - الحيابة الأحق بالتفضيل - قرينة الحيابة - حسن نية الحائز)، ج 13، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- 18- عرفه عبد الوهاب، الوجيز في إستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيب: (دعوى القسمة)، دار المطبوعات الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2005.

- 19- عمرو محمد يوسف، الميراث والهبة: (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 20- فرج الصده عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1978.
- 21- كامل الخطيب مهدي، الموجز في شرح أحكام الشفعة، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية، د م ن، 2000.
- 22- كيره حسن، مدخل إلى القانون: (القانون بوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية - النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف للنشر، القاهرة، 2000.
- 23- محمد حسن قاسم، الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية)، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 24- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية: (الملكية والحقوق المتفرعة عنها. أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 25- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف جلال حزي وشركائه للنشر، الإسكندرية، 1997.
- 26- _____، الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف حزي وشركائه للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 27- _____، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني: (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 28- _____، التأمينات العينية والشخصية: (الرهن الرسمي - حق التخصيص - الرهن الحيازي - حقوق الإمتياز - الكفالة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

29-_____، المدخل إلى القانون: (نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

30-النشار جمال خليل، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق باقي الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.

31-_____، إيجار المال الشائع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

32-همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

2: الأطروحات والمذكرات:

أ- الأطروحات:

1-إسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري: (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

2-رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

3-لعشاش محمد، الحماية القانونية للملكية العقارية الخاصة في الجزائر، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

ب - المذكرات الجامعية:

• مذكرات الماجستير:

- 1- ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع: (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
- 2- صرادوني رفيقة، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 3- عياد وهاب، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.
- 4- لابد أسماء، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية: (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2016.
- 5- لبيض بويكر، التصرف في المال الشائع شيوعاً إختيارياً دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015.
- 6- مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005.
- 7- موسوني عبد الرزاق، حماية حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

• مذكرات الماجستير:

- 1- أبركان جهيدة، أيت أعراب سارة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
- 2- أوكيل إيمان، الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة، 2013.
- 3- إيديري ليندة، رحماني حيزية، الرهن الرسمي العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
- 4- بن معمر خوخة، بركو ليلية، العقود العرفية كوسيلة للإثبات الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.
- 5- العربي باشا مريم، خالد ليدية، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
- 6- قدوش لطفي، حداد نريمان، التحقيق العقاري كآلية للإثبات الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
- 7- قريشي فاطمة الزهراء، لحرر نادية، حماية الشريك في الشروع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

8-مختاري سهيلة، حاج أحسن سمية، حقوق والتزامات الشريك في العقار الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، 2004.

9-هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

10-هلال سهام، جودر سهام، وسائل حماية الحق العيني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

ج - مذكرة المدرسة العليا للقضاء

- صدور محمد، الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007.

3-المقالات

1-اسعد فاطمة، "تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في القانون المدني الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 14، عدد 02، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016، ص. ص. 190-213.

2-أمل شربيا، "أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك على عقار شائع"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 29، عدد 03، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2013، ص. ص. 139-163.

3-تومي مريم، "رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، صادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2014، ص. ص. 237-284.

4-ضيف أحمد، "الدفتري العقاري كسند للإثبات الملكية العقارية"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، عدد 06، صادر عن كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2009، ص. ص. 223-235.

5-عقوني محمد، "رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا"، مجلة المفكر، عدد 10، صادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن ص. ص. 524-531.

6-مقلاتي منى، "النظام القانوني للشفعة: (دراسة مقارنة في التشريعين المصري واللبناني)"، مجلة المفكر، عدد 12، صادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن، ص. ص. 542-562.

4 - مداخلة:

- علي خوجة خيرة، مداخلة حول إختصاص القضاء الإداري في إلغاء الدفتري العقاري، جامعة الجلفة، د س ن.

5 - النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

- 1- أمر رقم 70-91، مؤرخ في 15/12/1970، متضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر ج ج، عدد 170، صادر في 25/12/1970، معدل ومتمم.
- 2- أمر رقم 74-75، مؤرخ في 12/11/1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، عدد 92، صادر في 18/11/1975.
- 3- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09/06/1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج، عدد 24، صادر في 19/06/1984، معدل ومتمم.
- 4- قانون رقم 90-25، مؤرخ في 18/11/1990، متضمن التوجيه العقاري، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 18/11/1990، معدل ومتمم.
- 5- قانون رقم 91-10، مؤرخ في 12 شوال عام 1411، موافق ل 27/04/1991، يتعلق بالأوقاف، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 08/05/1991، معدل ومتمم.
- 6- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 30/09/1995، معدل ومتمم.
- 7- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429، موافق ل 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23/04/2008.

ب- النصوص التنظيمية

- مرسوم تنفيذي، رقم 76-63، مؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، عدد 30، صادر بتاريخ 13/04/1976، معدل ومتمم.

6 - الأحكام والقرارات القضائية

- 1- المحكمة العليا، قرار رقم **29501**، المؤرخ في 26/10/1983، المجلة القضائية، عدد 01، 1989.
- 2- المحكمة العليا، قرار رقم **34707**، المؤرخ في 26/06/1985، المجلة القضائية، عدد 04، 1990.
- 3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم **62092**، المؤرخ في 13/01/1990، المجلة القضائية، عدد 01، 1991.
- 4- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم **64331**، المؤرخ في 30/04/1984، المجلة القضائية، عدد 02، 1991.
- 5- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم **63765**، المؤرخ في 29/10/1990، المجلة القضائية، عدد 04، 1992.
- 6- المحكمة العليا، قرار رقم **68467**، المؤرخ في 21/10/1990، المجلة القضائية، عدد 01، 1992.
- 7- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم **92343**، المؤرخ في 28/10/1992، المجلة القضائية، عدد 01، 1994.
- 8- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم **179321**، المؤرخ في 25/03/1998، المجلة القضائية، عدد 01، 1999.
- 9- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم **186043**، المؤرخ في 24/03/1999، المجلة القضائية، عدد 04، 2000.
- 10- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم **161833**، المؤرخ في 30/09/1998، الإجتهد القضائي، جزء 02، 2004.
- 11- المحكمة العليا، قرار رقم **665688**، المؤرخ في 14/07/2011، المجلة القضائية، عدد 02، 2011.

12- المحكمة العليا، قرار رقم 121664، المؤرخ في 1995/06/07، المجلة القضائية، عدد 01، د س ن.

ثانيا/ باللغة الفرنسية

A/ LES Ouvrages

- 1- **M.PANIOL** et **G. RIPERT**: *Traité pratique de droit civil*, 2ème Édition, t. 04, Succession, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.
- 2- **SOPHIE SCHILLER**, *Droit des biens*, 3em Édition, Cours Dalloz, Paris, 2007.

B/ Mémoire

- 3- **FLORENT MASSON**, *La Propriété Commune*, Thèse de Doctorat En Droit Privé, école doctorale de droit de la Sorbonne, Université Panthéon- Sorbonne, Paris, 2016.

الفهرس

العنوانالصفحة

1مقدمة
7 الفصل الأول: حكم تصرفات الشركات الشركاء في الملكية الشائعة
8 المبحث الأول: حكم تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
9 المطلب الأول: حكم تصرف أحد الشركاء في حصته
9 الفرع الأول: حكم تصرف أحد الشركاء في حصته الشائعة
10 أولاً: حكم تصرفات الشريك الناقلة للملكية
11 1: التصرفات الصادرة من أحد الشركاء بعوض
11 أ: بيع الشريك حصته الشائعة
14 ب: مقايضة الشريك لحصته الشائعة
15 2: التصرفات الصادرة من أحد الشركاء بغير عوض
15 أ: هبة الشريك حصته الشائعة
16 ب: وصية الشريك بحصته الشائعة
17 ج: وقف الشريك لحصته الشائعة
19 ثانياً: حكم تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني
19 1: تصرف الشريك في حصته بالحقوق العينية الأصلية
22 2: تصرف الشريك في حصته بالحقوق العينية التبعية

- أ: ترتيب الشريك حق التخصيص على حصته الشائعة 23
- ب: ترتيب الشريك حق الإمتياز على حصته الشائعة 24
- ج: ترتيب الشريك حق الرهن على حصته الشائعة 25
- الفرع الثاني: حكم تصرف أحد الشركاء في حصته مفرزة 32
- أولا: حكم تصرف أحد الشركاء في حصته مفرزة قبل القسمة 33
- 1: جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا 34
- أ: حكم التصرف فيما بين الأطراف 34
- ب: حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء 36
- 2: علم المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا 38
- أ: حكم التصرف فيما بين الأطراف 38
- ب: حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء 39
- ثانيا: حكم التصرف أحد الشركاء في حصته المفرزة بعد القسمة 40
- 1: جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا 40
- أ: وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف 40
- ب: عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف 42
- 2: علم المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا 43
- أ: وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف 44

- ب: عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف 44
- المطلب الثاني: حكم تصرف أحد الشركاء في المال الشائع كله 45
- الفرع الأول: حكم تصرف أحد الشركاء في المال الشائع كله
- في حالة علم المتصرف إليه بالشيوع 47
- أولاً: إكتساب المتصرف ملكية المال الشائع كله 47
- ثانياً: عدم إكتساب المتصرف ملكية المال الشائع كله 47
- الفرع الثاني: حكم تصرف أحد الشركاء في المال الشائع كله في حالة جهل المتصرف
- إليه بالشيوع 48
- أولاً: حكم التصرف في كل المال الشائع بين المتعاقدين في حالة جهل المتصرف إليه بالشيوع 49
- ثانياً: حكم التصرف في كل المال الشائع بالنسبة للمالك الحقيقي في حالة جهل المتصرف
- إليه بالشيوع 49
- المبحث الثاني: حكم التصرف الجماعي للشركاء في الملكية الشائعة 50
- المطلب الأول: حكم تصرف الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة 51
- الفرع الأول: حكم التصرفات الناقلة للملكية الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة 53
- أولاً: التصرفات الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة بعوض 53
- 1: البيع الصادر من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة 53
- أ: بيع الشركاء مجتمعين كل المال الشائع 53
- ب: بيع الشركاء مجتمعين جزء مفرز من المال الشائع 54

- ج: بيع الشركاء مجتمعين حصة شائعة من المال الشائع 54
- 2: المقايضة الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة..... 55
- ثانيا: التصرفات الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة بغير عوض 55
- 1: الوصية الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة 56
- 2: الهبة الصادرة من الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة..... 56
- الفرع الثاني: حكم ترتيب الشركاء مجتمعين حق عيني على الملكية الشائعة 57
- أولا: الحقوق العينية الأصلية المرتبة على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء 58
- 1: ترتيب حق الإنتفاع على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء..... 58
- 2: ترتيب حق الإرتفاق على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء 59
- ثانيا: الحقوق العينية التبعية المرتبة على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء 62
- 1: ترتيب حق الرهن الرسمي على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء..... 62
- 2: ترتيب حق الرهن الحيازي على الملكية الشائعة بإجماع الشركاء..... 64
- المطلب الثاني: حكم تصرف أغلبية الشركاء في الملكية الشائعة..... 65
- الفرع الأول: شروط صحة التصرفات الصادرة بأغلبية الشركاء في الملكية الشائعة..... 66
- أولا: توفر الأغلبية اللازمة من الشركاء للتصرف في الملكية الشائعة..... 67
- ثانيا: وجود أسباب قوية للتصرف في الملكية الشائعة 68
- الفرع الثاني: ضمانات الأقلية المعارضة على تصرف أغلبية الشركاء في الملكية الشائعة 69

- 70 أولاً: طبيعة الإعلان الموجه للأقلية من الشركاء
- 71 ثانياً: المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض
- 73 الفصل الثاني: القيود الواردة على تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة
- المبحث الأول: حق الشركاء في الإسترداد كقيد على تصرف
- 74 أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 75 المطلب الأول: المجال المفاهيمي لحق الإسترداد في مجال الملكية الشائعة
- 75 الفرع الأول: حق الإسترداد كأثر لاستحقاق الغير المال الشائع
- 75 أولاً: دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حالة الشيوخ
- 76 1: مضمون دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيوخ
- 76 أ: تعريف دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيوخ
- 77 ب: شروط رفع دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيوخ
- 80 2: إجراءات رفع دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيوخ
- 80 أ: إجراءات رفع دعوى الإستحقاق الواردة على المنقول في الشيوخ
- 81 ب: إجراءات رفع دعوى الإستحقاق الواردة على العقار في الشيوخ
- 81 3: طرق الإثبات في دعوى الإستحقاق كسبب لممارسة حق الإسترداد في حال الشيوخ
- 82 أ: طرق إثبات الملكية ذات دلالة يقينية في دعوى الإستحقاق
- 90 ب: طرق إثبات الملكية ذات دلالة ظنية في دعوى الإستحقاق

- 92 ثانيا: ممارسة حق الإسترداد كأثر لدعوى الإستحقاق في حال الشروع
- 93 1: نطاق حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 94 2: شروط حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 95 أ: صدور البيع من أحد الشركاء في الشروع
- 95 ب: ورود البيع على حصة شائعة في المنقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار
- 97 ج: أن يكون الإسترداد قبل قسمة الحصة الشائعة
- 97 د: أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي
- 98 هـ: أن يكون المسترد هو أحد الشركاء على الشروع
- 99 و: أن يكون البيع عن طريق التراضي
- 100 الفرع الثاني: إجراءات حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 100 أولا: إعلان عن الرغبة في الإسترداد
- 102 ثانيا: رفع دعوى الإسترداد
- المطلب الثاني: آثار وسقوط حق الإسترداد كقيد على تصرف
- 102 أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- الفرع الأول: آثار حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد
- 103 الشركاء في الملكية الشائعة
- 103 أولا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد والمشتري

- 1041: إلتزام المسترد بدفع الثمن
- 1042: سقوط الحقوق التي رتبها المشتري على الحصة الشائعة
- 1053: عدم إلتزام المشتري بضمان الإستحقاق للمسترد
- 105ثانيا: الآثار المترتبة على العلاقة بين المسترد وبائع الحصة الشائعة
- 1061: إلتزام المسترد بأداء الثمن
- 1062: إنتقال ملكية الحصة المباعة من البائع إلى المسترد
- 107ثالثا: الآثار المترتبة على العلاقة بين بائع الحصة الشائعة والمشتري
- 1071: زوال كل الحقوق التي كانت للمشتري إتجاه البائع
- 1082: زوال كل إلتزامات التي كانت تشغل ذمة المشتري إتجاه البائع
- 108الفرع الثاني: سقوط حق الإسترداد كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 108أولا: سقوط حق الإسترداد عن طريق القسمة
- 109ثانيا: تنازل الشركاء عن حق الإسترداد
- 109ثالثا: فوات الميعاد
- المبحث الثاني: حق الشركاء في الشفعة كقيد على تصرف**
- 109..... أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- المطلب الأول: المجال المفاهيمي لحق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في
- 110الملكية الشائعة

- 111 الفرع الأول: مفهوم حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 111 أولاً: تعريف حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- ثانياً: الأشخاص الذين تثبت لهم حق الشفعة كقيد على تصرف
- 112 أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 114 ثالثاً: شروط ممارسة حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 115 1: الشروط المتعلقة بالشريك الذي له الحق في الشفعة
- أ: أن يكون الشفيع شريكاً على الشيوع في العقار الذي بيعت حصة منه
- 115 ب: أن يكون الشفيع شريكاً في الشيوع وقت البيع
- 116 2: الشروط المتعلقة بالبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة
- 117 أ: أن يكون البيع صادر لأجنبي
- 117 ب: أن يكون البيع وارد على حصة شائعة
- 118 الفرع الثاني: إجراءات حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة
- 119 أولاً: الإنذار الرسمي بوقوع البيع
- 120 1: الهدف من الإنذار الرسمي بوقوع البيع
- 121 2: البيانات اللازمة توفرها في الإنذار الرسمي بوقوع البيع
- 121 3: توجيه الإعلان إلى كل الشفعاء في حال تعددهم
- 122 ثانياً: إعلان الرغبة في الشفعة
- 123

- 1: ميعاد إعلان الرغبة في الشفعة 124
- 2: تسجيل الرغبة في الشفعة 126
- ثالثا: إيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق 126
- رابعا: رفع دعوى الشفعة 127
- المطلب الثاني: آثار ممارسة حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة وسقوطها 128
- الفرع الأول: آثار ممارسة حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة... 128
- أولا: آثار حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والبائع 129
- ثانيا: آثار حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والمشتري 129
- ثالثا: آثار حق الشفعة في علاقة الشفيع بالغير 130
- 1: الحقوق التي تترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة 130
- 2: الحقوق التي تترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة 130
- الفرع الثاني: سقوط حق الشفعة كقيد على تصرف أحد الشركاء في الملكية الشائعة 131
- أولا: الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في الشفعة 131
- 1: تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة 132
- 2: زوال أحد شروط الشفعة 133
- ثانيا: الأسباب الإجرائية لسقوط حق الشركاء في الشفعة 134

134	1: عدم إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد قانونا
135	2: عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد قانونا
136	3: عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد المحدد قانونا
136	4: مضي مدة سنة من تاريخ تسجيل البيع
137	5: بطلان عقد البيع المشفوع منه
137	6: التقادم المسقط
138	خاتمة
142	الملاحق
146	قائمة المراجع
157	الفهرس

تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة

ملخص

تعتبر الملكية من الحقوق الهامة التي تخول صاحبها كل سلطة وارادة على الشيء، فقد تكون الملكية في صورتها العادية ملكية فردية، واستثناءا تكون ملكية شائعة مملوكة لمجموعة من الأشخاص، والتي قام المشرع بتنظيم أحكامها في القانون المدني.

أجاز المشرع للشركاء في الملكية الشائعة التصرف فيها بشتى التصرفات، سواء كانت ناقلة للملكية أو بترتيب حق عيني عليها، فقد يصدر التصرف من أحد الشركاء أو من الشركاء مجتمعين.

يعتبر تصرف الشركاء في الملكية الشائعة جائز، إلا أنالمشرع قيده بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، وهو ماتضمنته المادة 714 ق م ج.

لرفع هذا الضرر منح المشرع للشركاء حق الإسترداد وحق الشفعة كقيود على التصرفات في الملكية الشائعة وكحماية لحقوق الشركاء.

Résumé

En plus de la propriété individuelle d'autres modalités d'exercice de la propriété sont prévus comme l'indivision.

L'indivision est une situation juridique, dans laquelle plusieurs personnes exercent des droit de même nature sur un bien qui peut être, soit un meuble, immeuble sans pour autant que leurs parts respectives se trouvent matériellement divisées, cela conformément aux dispositions du code civil algérien notamment les articles 713-714.

Chaque copropriétaire a l'indivis a la pleine propriété de se quote part il peut en disposer s'en servir pourouqu'il porte pas préjudice aux droits de sesCo-indivisaires.

Les Co-indivisaires peuvent exercer le retrait ou bien la chefêa sur la part indivise vendue.