وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــامـــعـــة يـــحـــي فـــارس- بـــالـــمـــديـــة-

كـلـــيـة الـحـقـوق و الـعـلـوم الـسـيـاسـيـة

الإسترداد كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون العقاري

إعداد الطالبة:

عباس تركي منال

إشراف الأستـــاذ:

مجاجي منصور

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر

أحمد الله أولا وآخرا لتوفيقي في إتمام هذا البحث، كما أشهد بأفضال الوالدين الكريمين اللذين لم يبخلا علي بالدعاء في الصلوات والخلوات حفضهما الله

أما بعد

أتقدم بالشكر والامتنان والاعتزاز لأستاذي الفاضل الدكتور مجاجي منصور لتفضله عليّ بالإشراف ودعمه الدائم وطيبته في تعامله ومجهوداته التي قدمها لي طيلة مشواري الدراسي لك ألف شكر وتقدير

وإلى إدارة الكلية بداية من عميدها وكل طاقم الكلية من أساتذة وموظفين.

كما أوجه الشكر إلى أمي الثانية الأستاذة علجي توبة على إهتمامها ومساعدتها ومساندتها لي

كذلك الشكر والتقدير للأستاذة شريد وسيلة التي لم تبخل عليّ بمساعدتها.

والشكر والعرفان للأستاذة ليلى سعداوي والأستاذة خيرة صوالحي على مساعدتهما لي

وأخيرا أشكر كل من مدّ لي يد العون وبالأخص لامية بن احمدي

ولكل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي .

إهـــــداء

قال الله تعالى

" رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ ..."

الآية 19 من سورة النمل

أهدي ثمرة جهدي وعملي

إلى من بسمتها غايتي وما تحت أقدامها جنتي

إلى من كانت سببا في وجودي وحملتني وهنًا على وهن

إلى من أهدتني عمراً وصنعت مني ما أنا عليه اليوم

إلى التي جعل الله الجنة تحت أقدامها

إلى من لم تبخل عليّ بعطائها إلى من تمنيت أن ترى نجاحي وتخرجي

إلى الروح التي استنشق هوائها وأسير بدعواتها قرة العين ومنية الروح وقدوتي في الحياة

حبيبتي أمي الغالية يا جنة الله في أرضه

إلى من سهر على تعليمي ولم يبخل عليّ بالقليل أو بالكثير ، إلى منارة دربي ورفيقي في الحياة وسندي

إلى قدوتي في حياتي ومصدر نجاحي وسعادتي

إلى والدي العزيز حفضك الله وأدامك

إلى من عشنا سويا وتقاسمنا حلاوة الحياة ومرارتها إخوتي وأخواتي

إلى عصفورة البيت ريهام حفضك الله ووفقك في مشوراك الدراسي

دون أن أنسى من زاد البيت نورًا العصفورتين آية رشا و ميساء

إلى جميع أقاربي الذين دعموني بدعاوتهم

إلى كل من أكنّ لهم الصداقة والزمالة والأخوة

منال

مقدمــة

تعتبر الملكية الشائعة نوع من أنواع الملكية العقارية وهي منتشرة بكثرة في الجزائر في أغلب الأحيان نتيجة الميراث والذي يكون بوفاة شخص تنتقل ملكيته لورثته على الشيوع كل حسب حصته، أو بطرق أخرى كالحيازة أو الالتصاق أو التصرف القانوني وغيرها.

وقد نظم المشرع الجزائري في القانون المدني أحكام الملكية المشاعة من المواد (713)إلى غاية (742)، ويقصد بها اشتراك شخصان أو أكثر على الملك المشاع سواء كان عقارا أو منقولا.

وبالرغم من أن نظام الملكية الشائعة نظام كثير الانتشار في حياتنا اليومية، إلا أنّه ليس مفيدا من الناحية الاقتصادية وغير مستحب عند الكثير، لأنه قد يجد الشريك نفسه في حالة الشيوع صعوبات في كيفية ممارسة حقوقه وسلطاته الثلاث من استعمال واستغلال وتصرف على هذا المال ، ولاسيّما في العقار الغير مفرز، مما ينتج عنه في كثير من الأحوال نشوب تزاحم وتضارب لمباشرة هذه السلطات على نفس المحل ،وفي نفس الوقت ،والتي قد تؤدي إلى حلها أمام المحاكم ،ولاسيما في حالة التصرف بالبيع من طرف أحد الشركاء لأجنبي عنهم دون علم أو موافقة باقي الشركاء.

ومن هنا تدخل المشرع الجزائري لحل النزاع القائم بما يسمى بحق الشفعة للشريك أو للشركاء للاحتفاظ بالعقار المراد التصرف فيه بالبيع لأجنبي عنهم، لكن هذا النظام لم يضمن للشركاء في الشيوع حقوقهم كلها، لأن الشفعة نظام يحمي العقار المعيّن بالذات فقط ،والملكية الشائعة قد تكون منقولا أو مجموع من المال الذي يحتوي على عقار ،لهذا اعتمد المشرع الجزائري على نظام أخر يسمى بحق الاسترداد وهذا الأخير جاء ليكمل نضام الشفعة .

و يطبق هذا النظام المسمى بحق الاسترداد في حالة ما إذا رفعت الدعوى ضد الشريك على الشيوع الذي باع حصته لأجنبي عنهم في الشيوع دون علمهم أو رضاهم.

أما بالنسبة لأهمية الموضوع فإنها تكمن في تبيان أولوية الشريك و أو الشركاء في تتبع المال المشاع سواء كان منقولا أو مجموع من المال الذي يحتوي على عقار المراد بيعه لأجنبي في تتبع الإجراءات والطرق القانونية لاسترداد المال الشائع الذي انتقل بالبيع لأجنبي دون علمهم.

كذلك تبيان أهمية مسائل الملك المشاع والتصرف فيه الذي هو شديد الصلة بالواقع العملي لحياة الناس لذلك لا بد من معالجته وتبيان أحكامه في القانون المدني وايجاد حلول له من بينها كيفية الانتفاع وادارة المال الشائع .

ومن بين الأسباب التي تركتني أختار هذا الموضوع ،هو أن موضوع الملكية العقارية المشاعة ذو أهمية كبيرة في واقعنا اليومي ،وما يثيره من إشكالات وجب علينا دراستها وبيان أحكامها في القانون المدني الجزائري أساسا ،وما يعتري هذا الموضوع من نقائص التي من شأنها أن تثير التساؤلات ، كذلك

من بين أهم الأسباب هو أن هذا الموضوع استرداد الشيوع هو موضوع جديد طرح في الجزائر وقليل التناول لدى الباحثين الأكاديميين ،مما تركني أهتم به وبتفاصيله، لأنه نظام جاء يكمل نقائص حق الشفعة

ومن هنا يمكن طرح الإشكالية التالية: **كيف نظم المشرع الجزائري أحكام حق الاسترداد في إطار تنظيمه لأحكام الملكية الشائعة؟**

ولمعالجة الاشكالية مذكورة أعلاه تم الاعتماد على المنهج الوصفي و المنهج التحليلي حيث أن المنهج الوصفي تم توظيفه لمعالجة حالتين :الأولى تخص في الصعوبات المصادفة أثناء التصرف أو الاستعمال أو الاستغلال للمال المشاع على أرض الواقع ، أما الحالة الثانية تخص وصف الحل القانوني لحل المنازعات المترتبة جّراء تصادم المصالح بين الشركاء ، أما بالنسبة للمنهج التحليلي فهو يرتكز على تحليل الجوانب التنظيمية و القانونية التي أوجدها المشرع لتسيير الأملاك في حالة الشيوع من طرف الشركاء ،وتحليل الطرق والإجراءات المتبعة في حالة الخلافات القائمة بين الشركاء ،وأيضا تحليل وتوضيح الاجراءات القانونية المتبعة لحق الاسترداد من أجل استرجاع المال المشاع المتصرف فيه من طرف أحد الشركاء لأجنبي عنهم ، وهو الأمر الذي تم تجسيده من خلال خطة حاولنا فيها التطرق إلى مدى ارتباط حق الملكية الشائعة بحق الاسترداد (الفصل الأول)، ثم التطرق إلى أحكام حق الاسترداد في التشريع الجزائري (الفصل الثاني).

.

الفصل الأول: مدى ارتباط حق الملكية الشائعة بحق الاسترداد

تمهيد:

الأصل في الملكية أن تثبت لشخص واحد على الشيء فيقال لها ملكية مفرزة وذلك بأن ينفرد الشخص بملكية الشيء الواحد لا يشاركه في ذلك أحد، غير أن الملكية قد تكون على غير هذا الأصل وذلك في حالة التي يتعدد فيها الملاك للشيء الواحد دون أن يكون لواحد منهم جزء مفرز محدد وتسمى الملكية الشائعة[1]،وهذه الأخيرة هي نظام مؤقت، ينتهي في وقت من الأوقات سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل الذي قسمناه إلى ثلاثة مباحث، إذ سنتناول التعريف بحق الملكية الشائعة وبحق الاسترداد (المبحث الأول)، ثم إدارة المال الشائع والانتفاع به (المبحث الثاني)، وأخيرا حكم التصرف في الملكية الشائعة (المبحث الثالث).

[1]- محمد حسين قاسم،**موجز الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة، دون طبعة ،ص 115.

المبحث الأول: التعريف بحق الملكية الشائعة وبحق الاسترداد

التعريف بحق الملكية الشائعة وبحق الاسترداد يقتضي التطرق إلى كل من تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية (المطلب الأول)، ثم تعريف حق الاسترداد (المطلب الثاني)، وأخيرا بيان علاقة الاسترداد بالملكية الشائعة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية

تعتبر الملكية الشائعة صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لأكثر من شخص دون أن يتعين لكل منهم نصيب مادي محدد وانما يكون لكل منهم حصة شائعة فيه[1].

وعلى هذا الأساس قمنا بتعريف الملكية الشائعة في (الفرع الأول) وتحديد طبيعتها القانونية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الملكية الشائعة

نصت المادة (713)من التقنين المدني الجزائري على أنه **"إذا ملك ملك اثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم فيهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقم دليل على غير ذلك ".**

ويلاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة محل الملكية الشائعة منقولا أو عقار، بل اصطلح عليها بمصطلح الشيء والتي في القانون هو كل شيء إلا الإنسان، وبالتالي يدخل في نطاقه العقار والمنقول معا، لنستخلص في الأخير أن الملكية الشائعة تتعلق بامتلاك شخص أو عدة أشخاص لشيء وحصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة، أي غير محددة تحديدا ماديا أي أن الملكية تثبت لعدة أشخاص على شيء واحد لكل منهم حصة فيه بنسب معينة كالثلث أو النصف أو الربع[2].

ويتحدد نصيب أو حصة الشريك حسب سبب التشرع، فإذا كان ميراثا بيّن القانون أنصبة الورثة وإذا كان عقدا بإيضاح ذلك، أما إذا لم يشر إلى ذلك فهم متساوين ضمنيا في الحصص وهذا ما أشارت

---

[1]- فاطمة الزهراء بن شاعة، فاطمة الزهراء شرفاوي، **قسمة المال الشائع**، مذكرة ليسانس في الحقوق ، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور يحي فارس المدية، 2010/2009، ص 01.

[2]- عمار حمدة، **التنظيم القانوني لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في الحقوق ، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، ،2017/2016،ص10.

إليه المادة (713) الفقرة الأخيرة من القانون المدني الجزائري[1]، حيث أقر المشرع قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس وبذلك فإن الخاصية المميزة للشيوع هي أن حصة الشريك منتشرة في كامل المال الشائع أي لا ترتكز في جانب منه في الذات وهذا هو سر تسميتها ووصفها بالشيوع[2].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة

إن تمييز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شيء واحد في نفس الوقت خلافًا للوضع العادي للملكية، أدى إلى خلاف فقهي حول طبيعة حق الشريك على الشيوع والذي أدى إلى ظهور أراء حول هذه المسألة وهي كالاتي[3]:

الرّأي الأوّل: ذهب إلى قول بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين، ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس إلا حقا شخصيا مع بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء كالثلث أو الربع، واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعه عن طريق القسمة، حتى ما إذا قسّم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق، ولاحظ أصحاب هذا الاتجاه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية فاتجهوا إلى القول بأن الملكية في حالة الشيوع تكون لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء، وعلى هذا النحو يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة، ولكن هذا التكيف لحق الشريك المشتاع لا يستجيب إلى الواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي، فمن ناحية نجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع لا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم، ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة في مجموع المشتاعين إذ الحقوق في قانون الوضعي لا تثبت إلا للأشخاص ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

---

[1]- دليلة بلعربي، مسعودة زناييني ، **إدارة المال الشائع في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ليسانس في القانون ، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدية، 2011/2010، ص05.

[2]- المرجع نفسه، ص 06.

[3]- الطاهر أوزاديد، عبد الكريم شريف، **الملكية الشائعة في التشريع الجزائري**، مذكرة ليسانس في القانون ، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس بالمدية، 2013/2012، ص،09-10.

الرّأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، إذ أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن إعتبار الشيوع صورة من صور التملك يقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء فإذا لم يكن هذا ولا ذاك فمن يكون إذًا هو مالك الشيء الشائع [1]؟.

ولهذا كان الرأي السائد لدى مجموع الفقهاء هو اعتبار أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية مقيد بحقوق الأخرين، وهذا ما نصت عليه المادة (714)من القانون المدني **"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"**[2]وبالتالي سنتطرق إلى:

أولا: حق الشريك المشاع حق ملكية

لا شك في أن الملكية الشائعة هي حق ملكية [3].وكل ما في الأمر هو أنه يتعدد فيه الملاك لكن الشيء المملوك لا يتجزأ، ومعنى ذلك أن حق الشريك يرد على الشيء الشائع كله وإن كان محدد بقدر حصته، وانتقد هذا التكيف بعض الفقهاء لأن حق الشريك لا يتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الملكية وهي خاصية الاستئثار، حيث أن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشيء مادام للمشتاعين الأخرين حقوق مثل حقه ترد على الملك الشائع كله، غير أن هذا النقد لا ينقص من اعتبار حق الشريك هو حق ملكية لأنها حق جامع لكل السلطات ومانع لغير المالك من الاستئثار بها، والمنع من الاستئثار في هذه الحالة هو موجه للغير، ومادام الشركاء على الشيوع كلهم مالكين فإن الاستئثار الذي تتميز به ملكية كل منهم لا يكون موجه لهم، وبالتالي لا يقتضي منع المشتاعين الأخرين وهم يعتبرون كلهم ملاك وبناء على ذلك لا يمكن اعتبارهم من الغير.[4]

وفقهاء الشريعة الاسلامية يرون أن حق الشريك في المال المشترك على الشيوع هو حق ملك ذلك أنه يملك في الملك المشترك حصة شائعة فيه، أي متفرقة ومنتشرة في جميع أجزاء المشترك مهما صغرت، وعليه فالملكيات تتعدد بتعدد الملاك، أي أنها ملكيات مختلطة ممتزج بعضها ببعض وأنها تشمل

---

[1]- الطاهر أوزاديد، عبد الكريم شريف، المرجع السابق، ص10.
[2]- فوزي دفاس ، **تنظيم الملك المشاع في القانون المدني**، مذكرة ماجستير في القانون ، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2012/2011، ص 17-18.
[3]- دليلة بلعربي ، مسعودة زناييني ، المرجع السابق، ص 06.
[4]- فوزي دفاس ، المرجع السابق، ص 17-18.

جميع أجزاء هذا المال بدون تمايز وانفصال وعليه فانتفاع الشريك بهذا المال أو جزء منه هو انتفاع بما هو مملوك له ولغيره وكذلك الأمر إذا تصرف أي شريك في أي جزء من الملك المشاع، وعلى ذلك فالمال المشتاع في نظر فقهاء الشريعة لا يعد مملوكا كله لكل شريك على انفراد وانما يملك فقط حصة منتشرة فيه، إذ أن الشيء المملوك لا يقبل أن يكون ملكا كله لأشخاص كل منهم يملكه جميعه في وقت واحد[1].

ثانيا: حق الشريك المشتاع مقيد بحقوق الأخرين

إذا كان حق كل شريك مشتاع هو حق ملكية على الشيء الشائع كله [2]. فإن القانون المدني يعترف بحق كل شريك في المال ويخوله كل السلطات القانونية واعتبر حقه حق ملكية بالمعنى الدقيق، يشمل جميع عناصر الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، معنى ذلك أن الشركاء في الشيوع يتمتعون في نفس الوقت وعلى نفس الشيء بهذه السلطات، ولكن هذا الاستعمال والتصرف والاستغلال يجب أن يكون في حدود ما يسمح لباقي الشركاء باستعمال نفس المحل استعمالا مماثلا، أي يكون الاستعمال وفقا لما تسمح به حصته وحقوق الشركاء تنظمها جميعا قاعدة كل شريك يعتبر مالكا لحصته أجنبي بالنسبة للحصص الشركاء الأخرين، وبناء على ذلك فإن لممارسة سلطات الملكية على الشيء الشائع تقتضي أحكاما خاصة فالقاعدة عامة هي إجماع الشركاء، وقد يتعذر ذلك لأن الإجماع في بعض الحالات يؤدي مضار ببعض الشركاء، لذلك اتجه قانون المدني إلى وجوب توافر أغلبية معينة في بعض التصرفات، والتصرف الصادر من شريك منفردا على الملك المشاع يجب أن يتقيد ويحترم حقوق باقي الشركاء ولا يجوز أن يكون هذا التصرف ضار بهم[3].

المطلب الثاني: تعريف حق الاسترداد

الاسترداد على وجه العموم هو أن يحل شخص محل أخر فيما اشتراه مقابل دفع الثمن والمصاريف البيع وحق الاسترداد، إما أن يكون مقررا باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى نص من نصوص القانون، ومثال الأول بيع الوفاء إذ يكون للبائع حق استرداد الشيء المبيع في مدة معينة ومثال الثاني

[1]- فوزي دفاس، المرجع السابق، ص 17-18.
[2]- نبيل ابراهيم سعد، **الحقوق العينية الأصلية** ،دون جزء، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، الطبعة الأولى، ص 112.
[3]- فوزي دفاس، المرجع السابق، ص 17-18.

استرداد الحقوق المتنازع فيها إذا باعها الدائن فإن للمدين حق استردادها في نظير دفع الثمن والمصاريف[1].

وقد عرفت الكثير من التقنينات العربية حق الاسترداد وظهرت الكثير من الاختلافات بين التشريعات الاخرى والتشريع الجزائري بحيث نص القانون المدني في مادته (721)**"للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع 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 اعلامه ويتم استرداد بواسطة تصريح يبلغ الى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل الشريك في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه على كل ما انفقه، وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد نسبة حصته"**.

بحيث التقنين الجزائري جاء مطابق لتقنين المصري في حق الاسترداد، أما في التقنينات الأخرى كالتقنين السوري يكون الاسترداد بدون مقابل، أما في التقنين الليبي فهو مطابق للتقنين الجزائري حسب نص مادته(842)، أما في التقنين المدني العراقي يكون حق الاسترداد بدون مقابل، وفي الاخير قانون الموجبات والعقود اللبناني عمم أحكام الشفعة فجعلها في العقار والمنقول[2].

كذلك حق الاسترداد في التقنين الجزائري جاء يخالف حق الاسترداد في القانون الفرنسي بالرغم من أصل نشوء حق الاسترداد كان في فرنسا بداية من القرن سادس عشر(16) وبالتالي سنفصل فيه في الفصل الثاني.

المطلب الثالث: علاقة حق الاسترداد بالملكية الشائعة

يعتبر موضوع حق الرجوع على الشريك في المال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف من المواضيع المهمة في الحقوق العينية، وتكمن أهميته من خلال تحديد النطاق الذي يسمح به القانون للشريك بمباشرة السلطات التي يخولها إياه حق الملكية على حصته الشائعة إذ لا يسمح القانون بتجاوز

[1]- لطفي أحمد بك المحامي ، **استرداد الشيوع في القانون المدني المصري**، نقلا عن الموقع : https://www.bibliotdroit.com. بتاريخ 2022/04/25، الساعة 19:53

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** ، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة ،الطبعة الثالثة ، ص 850.

هذا النطاق من قبل أي شريك لأنه يعد تعدي على حقوق الشركاء الأخرين، ومن ثم ينشأ للشريك الأخر الحق في الرجوع على الشريك المتعدي[1].

حيث أعطى المشرع الجزائري للشريك في الملكية الشائعة الحق في التصرف في حصته الشائعة بكل أنواع التصرفات شريطة أن لا يلحق ضررا بحقوق باقي الشركاء، ونص على ذلك في المادة(714)من القانون المدني **"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء "** فإذا حدث وأن تصرف الشريك في حصته بأن باعها لأجنبي عن طريق التراضي فهذا يدل على وجود ضرر قد لحق باقي الشركاء، من أجل هذا نظّم المشرع حق الاسترداد أي استرداد الحصة الشائعة المبيعة في المادة (721) كوسيلة من وسائل رفع الضرر عن باقي الشركاء وذلك وفق الشروط والاجراءات نص عليها القانون[2].

كما يعتبر حق الاسترداد وقاية من التعسف في البيع الذي يضر بالشركاء، بالإضافة إلى أنه الوسيلة لتقليل من عدد الشركاء من خلال إعطاء الأولوية للشريك بهدف حصر نطاق الاختلاف بينهم عند الانتفاع بالمال الشائع[3].

حيث نستخلص من هذه العلاقة أن حق الاسترداد هو نظام جديد جاء به القانون الفرنسي وتعمم في التشريعات العربية، وبالتالي هو حق يضمن للشريك حقه في الشيوع إذا تعسف أحد الشركاء في استعمال سلطات حق الملكية، كما جاء هذا الحق في الحالات التي لا يستطيع فيها الشريك الحلول محل المشتري عن طريق القسمة.

---

[1]- قتيبة مهدي صالح، **حق الرجوع على الشريك في المال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف**، مذكرة الماجستير في الحقوق ، كلية القانون، جامعة بغداد، دون سنة ، ص 229.

[2]-بوبكر لبيض، **حق استرداد حصة شائعة في القانون المدني الجزائري**، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان ، العدد 02، ديسمبر 2016، ص 55.

[3]- محمد عقوني، **الاسترداد كسبب من اسباب اكتساب ملكية العقار الشائع**، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ،جامعة بسكرة، العدد07، جانفي2018، ص 299.

المبحث الثاني: إدارة المال الشائع والانتفاع به

قبل التطرق إلى الانتفاع بالمال الشائع وإدارته، يقتضي تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية وتحديد مصادرها(المطلب الأول)، ثم تحديد كيفية الانتفاع بالمال الشائع (المطلب الثاني)، و أخيرا إدارة المال الشائع (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية وتحديد مصادرها

للملكية الشائعة أنواع وصور تبعا لذاك ارتأينا تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع (الفرع الأول) ،ثم تحديد مصادر الملكية الشائعة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية

الملكية أنواع فهناك الملكية الفردية والتي تكون إما مفرزة أو شائعة(أولا)،وهنالك الملكية المشتركة(ثانيا)،وأخيرا الملكية الجماعية (ثالثا)، سنفصل في هذه الأنواع أكثر كالآتي:

أولا: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة

الأصل في الملكية أن تثبت للشخص الواحد على الشيء، فيقال لها ملكية مفرزة ولكن الملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء، فيقال لها ملكية شائعة والملكية الشائعة هي التي تكون لأكثر من شخص على شيء بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع، فحق الشريك في الشيوع يرد على الشيء بنسبة حصته فيه، أما الملكية المفرزة فهي التي يملك فيه الشخص الشيء دون أن يشاركه أحد فيه وعليه فالذي يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة أن الحصة التي يملكها الشريك المشتاع تكون شائعة في الشيء كله فلا تتركز في جانب منه بالذات، على أن الملكية الشائعة وإن تميزت عن المفرزة لكنهما من طبيعة واحدة فكلاهما ملكية فردية لأن المالك في الملكية المفرزة هو شخص واحد سواء كان شخصا طبيعيا أم شخصا اعتباريا، وإن كان يملك الشيء كله كما أن المالك على الشيوع هو شخص واحد سواء كان شخصا طبيعيا أم شخصا اعتباريا، وإن كان يملك حصة في الشيء ويملك غيره من الشركاء باقي الحصص[1].

[1]- الطاهر أوزاديد، عبد الكريم شريف، المرجع السابق، ص12-13.

إن الملكية الشائعة ليست بالنظام المفيد من الناحية الاقتصادية، وذلك بالنظر للقيود الواجب أن يتقيد بها كل شريك على الشيوع مما يغل التصرف بالإضافة إلى أن نظام الشيوع بحد ذاته نظام مؤقت سينتهي في وقت من الأوقات، وإن المشرع بسبب الأضرار الناتجة عن الشيوع لا يرحب به ولهذا جعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي بطلب القسمة في أي وقت ويحق إجراءها في أي وقت يختاره وذلك تشجيعا للعودة إلى نظام العادي وهو الملكية المفرزة لا الشائعة[1].

ثانيا: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة

يراد بالملكية المشتركة ملكية جماعية التي يساهم فيها كل شريك بنصيب قصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا ويطلق عليه اسم الملكية المشتركة فهي ملكية واحدة لشركاء مجتمعين، فالملكية الشائعة تختلف عن الملكية المشتركة لأن هذه لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادة الأفراد أي باتفاقهم، فحين أن الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ على رغم الشركاء كما هو الحال بالنسبة للأموال الموروثة مثلا، ومتى قدم كل شريك في الملكية المشتركة نصيبه فقد حقه العيني لينتقل إلى الجماعة ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في استغلال الشيء وفي الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه ولا يعود للشريك حقه العيني إلا بعد قسمة الأموال نتيجة تصفية الشركة بخلاف الحال في الشيوع حيث يعتبر الشريك مالكا أي صاحب حق عيني على الشيء [2].

ثالثا: تمييز الملكية الجماعية أو الجرمانية عن الملكية الشائعة

تختلف الملكية الجماعية أو الجرمانية عن الملكية في الشيوع في أن المالك في الشيوع هو شخص واحد لكنه لا يملك إلا حصة غير مفرزة في المال الشائع، فحين أن المالك في الملكية الجماعية هو جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه بل الكل يمتلكون مجتمعين دون أن تكون لهم شخصية معنوية، على الشيء المملوك كذلك الملكية الشائعة هي ملكية فردية لا ملكية مشتركة لأن كل شريك في الشيوع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة [3].

---

[1]- زهدي يكن، **الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا**، منشورات المكتبة العصرية، دون جزء، بيروت، دون سنة، الطبعة الثانية، ص 138.

[2]- الطاهر أوزاديد، عبد الكريم شريف، المرجع السابق، ص 14.

[3]- عمار حمده، المرجع السابق، ص12.

الفرع الثاني: مصادر الملكية الشائعة

إن كل سبب يصلح لكسب الملكية المفرزة، يصلح في نفس الوقت أن يكون مصدر لكسب الملكية الشائعة[1]. وما دام أن هذا السبب يتصل بعدة أشخاص في نفس الوقت، بحيث يكون هؤلاء الأشخاص شركاء في ملك معين وتتمثل أسباب قيام الشيوع في ما يلي:

أولا: الميراث والوصية

1- الميراث: وهو انتقال المال من ذمة شخص توفى إلى ذمة شخص حي أو أكثر، ففيه يخلف الوارث المورث في ماله وذلك بناء على واقعة مادية وهي الموت وتنتقل إلى الوارث بطريق الميراث جميع حقوق الشركة، وهي الحقوق المالية التي كانت للمورث سواء كانت حقوق عينية أو شخصية ويستثنى من ذلك الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية والتي تنقضي بالموت كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن[2].

2- الوصية: وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فأثر الوصية لا يترتب في حياة الموحى وإنما بعد موته، فالوصية كالميراث تعتبر سببا لكسب الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها وتصح وتنفذ في حدود ثلث التركة بعد سداد الديون سواء كانت لوارث أو لغير وارث أو لصاحب واجبه، أما إذا زادت ولو تعددت الوصايا عن الثلث فهي صحيحة ولكنها لا تنفذ في حق الوارث إلا إذا أجازها بعد موت المورث وكان أهلا للتبرع [3].

ثانيا: الاستلاء والالتصاق

1- الاستلاء: يقوم على وضع اليد أي الحيازة لشيء غير مملوك لأحد مع إقران ذلك بنية التملك لهذا الشيء، ويؤدي الاستلاء إلى كسب ملكية الشيء المستولى عليه فورا أي بدون حاجة إلى استمرار الحيازة أي مدة ولا يمكن تصوره إلا كسبب لكسب حق الملكية وحده دون بقية الحقوق العينية الاخرى[4].

---

[1]- فوزي دفاس، المرجع السابق، ص 15.
[2] - فاطمة الزهراء بن شاعة، فاطمة الزهراء شرفاوي ،المرجع السابق، ص 04.
[3]-دليلة بلعربي، مسعودة زنايني، المرجع السابق، ص09.
[4]- فاطمة الزهراء بن شاعة، فاطمة الزهراء شرفاوي، المرجع السابق، ص05.

2- الالتصاق: هو واقعة قانونية خالصة إذ الاتحاد بين شيئين هو واقعة مادية أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معينا هو اكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي، وعليه إذا اتحد شيئان اتحادا ماديا بفعل الطبيعة أو بفعل اثنان بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الاخر بدون كلف فيمتلك مالك الشيء الأصلي منها الشيء الفرعي فهذا التملك شبيه الاتحاد أو ما يسمى بالالتصاق اصطلاحا[1].

ومن الأسباب الأخرى لنشوء الملكية الشائعة بتصرف القانوني كأن يشتري شخصان أو أكثر على الشيوع، كذلك إذا حاز شخصان أو أكثر حيازة مشتركة فإن هذه الحيازة تؤدي إلى اكتسابهم لملكية هذا الشيء على الشيوع إذا مضت على حيازتهم المدة اللازمة اكتسب الملكية بالتقادم[2].

وقد يكون مصدر الشيوع بسبب أخر من أسباب كسب الملكية كالشفعة والتي عرفتها المادة(794) من القانون المدني الجزائري، والشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية [3].

المطلب الثاني: الانتفاع بالمال الشائع

من البديهي أن يكون للشركاء باتفاقهم جميعا حق تنظيم الانتفاع بالشيء، وعلى هذا الأساس يقتضي التطرق إلى حق كل شريك في الانتفاع بالشيء (الفرع الأول)، لكن قد يختلف الشركاء باتفاقهم على الانتفاع بالشيء فيلجئون إلى قسمة المهايأة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق كل شريك في الانتفاع بالشيء

إن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء، للمالك على الشيوع حق استعمال واستغلال الشيء في حدود نصيبه، ويشترط عدم الإضرار بحقوق الشركاء الأخرين، وهذا الحق مقرر لكل الشركاء فلكل شريك الحق في الاستلاء على ثمار حصته، وأن يستعملها إلا أن سلطته في هذا الاستعمال يجب أن تتقيد بحقوق سائر الشركاء والأصل أن يتم الاتفاق بين الشركاء على تنظيم الانتفاع بالمال

[1]- دليلة بلعربي، مسعودة زناييني، المرجع السابق، ص 09-10.
[2]- محمد طه البشير، **الحقوق العينية الأصلية** ،الجزء الأول، حقوق النشر محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجمهورية العراقية ، دون سنة، دون طبعة، ص96-99.
[3]-المرجع نفسه، ص 96-99.

الشائع وهذا الاتفاق يعد ولا شك خير وسيلة للتوفيق بين حقوق الشركاء في الاستعمال والاستغلال كل بنسبة حصته بل يعد الاتفاق ضروريا إذا كان هذا الاستعمال أو الاستغلال يقتضي الاستئثار بالشيء أو بجزء منه[1]. كسقي زراعة من بئر مملوكة على الشيوع، أو صرف مائه في مصرف خاص مملوك على الشيوع، أو مروره في ممر خاص مملوك على الشيوع فكل من السقي والصرف والمرور على هذا النحو لا يمنع سائر الشركاء من استعمال حقوقهم على المال الشائع ولا يحد منها[2].

وإذا قام أحد الشركاء باستعمال الشيء واستغلاله على نحو يتعارض مع حقوق الأخرين كان لهؤلاء أن يعترضوا على ذلك، ويعد هذا الاستعمال متعارضا مع حقوق الاخرين متى كان يخالف ماهية الشيء أو الغاية التي أعد لها أو يناقض مصلحة مجموع الشركاء في الشيوع دون استعمالهم لحقوقهم وهذا ما نصت عليه المادة (714) من القانون المدني على أنه: **"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء..."**[3].

الفرع الثاني: قسمة المهايأة

إذا لم يتيسر استعمال المال الشائع بواسطة الشركاء استعمالا مشتركا أمكنهم قسمته قسمة مهايأة ،وقسمة المهايأة في الواقع هي ضرب من تنظيم استعمال المال الشائع واستغلاله تنظيما عمليا يمكن كل شركاء المشتاعين من التمتع بهذا الاستعمال والاستغلال بما يوازي حصته الشائعة، فليست هي إذا بالقسمة النهائية هي اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ومن ثم لا ينتهي بها الشيوع فهي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية[4].

ولقد نظم المشرع الجزائري قسمة المهايأة مع القسمة النهائية في المواد من (733)إلى (736) من القانون المدني الجزائري ،وقسمة المهايأة نوعان وهي قسمة المهايأة المكانية وقسمة المهايأة الزمنية.

---

[1] - محمد حسين منصور، **الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها**، دون جزء، دار الجامعة الجديدة للنشر الازرايطية، الإسكندرية، 2003،، دون طبعة ، ص81-83.

[2]- طاهر أوزاديد، عبد الكريم شريف، المرجع السابق، ص17.

[3]- المرجع نفسه ، ص17..

[4] - حياة كحيل، **قسمة المهايأة المكانية كوسيلة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع**، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، ص309

أولا: قسمة المهايأة المكانية

تنص الفقرة الاولى من المادة (733) من القانون المدني الجزائري: **"يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء".**

وتنص هذه الفقرة على المهايأة المكانية أين يتم الاتفاق بين الشركاء المشتاعين على قسمة المال الشائع، بحيث ينفرد كل واحد منهم بجزء مفرز يعادل الحصة الرمزية التي يتمتع بها كل شريك على أنّ مضمون هذه القسمة ينصب على الانتفاع وليس على الملك، وبذلك يتهيأ لكل شريك أن بحيازته مالا مفرزا له أن يستغله أو يستعمله بمفرده دون أن يزاحمه باقي الشركاء، فله أن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره كأن يسكن الدّار أو يؤجرها أو أن يزرع الأرض على ذمته أو أن يؤجرها وبالتالي فإن قسمة المهايأة عبارة عن اتفاق على مقايضة منفعة بمنفعة، فبمقابل استفراد انتفاع الشريك المشتاع بجزء مفرد يتنازل لشركائه عن الانتفاع بباقي الأجزاء[1].

ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس(5) سنوات، وإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدة قسمة المهايأة المكانية سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة (3) أشهر أنه لا يرغب في التجديد [2].

ولم تحدد المادة كيفية أو طريقة الإعلان وبالتالي يجوز أن يكون بكافة الطرق ويقع على الشريك القائم بالإعلان اثبات ذلك، وهذا ما قضت به المادة (733) الفقرة (2) من القانون المدني الجزائري**" ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات فإذا لم يشترط لها مدّة انتهت المدّة المتفق عليها ولم يحصل على اتفاق جديد كانت مدّتها سنة واحدة يتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد "[3].**

وقد يحدث أن تقوم قسمة المهايأة المكانية مدة طويلة، فتتجدد مدة بعد الأخرى فتدوم لخمسة عشر (15) سنة دون أن يظهر أحد الشركاء رغبته في إنهائها لذلك افترض المشرع أنها خير قسمة للمال

[1]- كريمة حواسين ، **الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري**، مذكرة ماستر في القانون ، عقود مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2014/2013، ص 13-14.
[2] - نبيل ابراهيم سعد، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص 115.
[3] - كريمة حواسين ، المرجع السابق، ص 13-14.

الشائع فنص المادة (733) الفقرة (2) من القانون المدني على ما يلي: **"إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك"**، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1990/05/09 ملف رقم 59514الذي جاء فيه **"من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون [1].**

ثانيا: قسمة المهايأة الزمانية

هي اتفاق الشركاء على أن يتداولون على التصرف في الملك الشائع مدة معينة، وقد يلجأ إليها في التقسيم للتخلص من المشاكل وقد يلجأ إليها أثناء القيام بإجراءات القسمة القضائية إذ قد يطلب بها أحد الشركاء فيحكم بها القاضي إلى حين الفصل نهائيا في القسمة، ونصت عليها المادة (734) من القانون المدني: **"يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولون الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته "**[2].

وتبادل منافع المال المشترك أزمانا يكون بحسب حصصهم فيه فإذا كانت دار مشتركة بين اثنين لأحدهما ثلثيها ولأخر ثلثها صح أن اتفقوا على أن يسكنها صاحب الثلث شهرا وصاحب الثلثين شهرين وهكذا ومدة المهايأة الزمانية لم يحددها القانون وترك الحرية الأطراف في تحديد مدتها غير، أنه لا يجوز أن تتجاوز خمس (5) سنوات وفقا لنص المادة (722)من القانون المدني الجزائري[3].

ولا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها لأن المهايأة الزمانية تبقي المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به[4].

وقد ترك المشرع للشركاء حرية تحديد الفترة الزمنية للتناوب في الانتفاع بالشيء الشائع ويتم إثباتها بكافة الطرق[5].

---

[1]- الطاهر أوزاديد، عبد الكريم شريف، المرجع السابق، ص 20.
[2]- فوزي دفاس ، المرجع سابق، ص 33-43
[3]- المرجع نفسه، ص 33-43
[4]- عمار حمدي، **التنظيم القانوني لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في الفانون ، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2017/2016، ص 30.
[5]- دليلة بلعربي، مسعودة زيناني، المرجع السابق، ص 20.

إذا انتهت مدة مناوبة الشريك عليه أن يخلي المال الشائع فإن بقي فيه بالرغم من انتهاء مدة المناوبة الشريك عليه أن يخلي المال الشائع، فإن بقي فيه بالرغم من انتهاء مدة مناوبته فيجب استصدار حكم قضائي من أجل إخلاء المال الشائع، ونرى بأنه يجب على القاضي أن يحكم عليه بدفع تعويض يقابل المدة التي بقي فيها منذ انتهاء مدته إلى وقت خروجه من المال الشائع يدفعه لجميع الشركاء كل حسب نسبة حصته لأنهم في هذه الحالة يعتبرون كمؤجرون في حين أن مدة مناوبة الشريك الموالي له لا يجب أن ينقص منها شيء[1].

المطلب الثالث: إدارة المال الشائع

تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، لكن في الكثير من الحالات قد يتعذر إجماع الشركاء وعلى هذا الأساس سنوضح أعمال الإدارة المعتادة في (الفرع الأول) ثم أعمال الإدارة غير المعتادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أعمال الإدارة المعتادة

هي الأعمال التي تنطوي على تغير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع[2].

وذلك كزراعة الأرض و استئجار العمال و الآلات اللازمة لزراعتها وشراء ما يلزمها من بذور وسماد وبيع محصولها بالسعر الجاري وقبض الثمن بوصفه تصرفا تفتظيه هذه الإدارة وإيجار المال الشائع نقدا أو مزارعة وقبض الأجرة، وقد جعل المشرع لأغلبية الشركاء الحق في القيام بمثل هذه الاعمال فما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء يكون ملزما للجميع حيث نصت المادة (716) الفقرة (1) من القانون المدني على أنه: **"يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية أساس قيمة الأنصباء"**، والمقصود بالأغلبية هنا هي الأغلبية المطلقة أو العادية وهي التي تملك أكثر من نصف المال الشائع سواء كانت شريكا واحد أم أكثر من شريك[3].

[1]-فوزي دفاس، المرجع السابق، ص 33-34.
[2]- نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 121.
[3]- طاهر أوزاديد، عبد الكريم شريف، المرجع السابق، ص 25-26.

أولا: اتفاق الأغلبية

لقد نصت المادة (716)من القانون المدني الجزائري على أنه: **"يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن يتخذ التدابير اللازمة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ".**

ووفقا لما جاء في نص المادة سالفة الذكر فإن المشرع الجزائري وحذوا بالمشرع المصري قد أعطى للأغلبية العادية للشركاء أي التي تزيد على النصف والمقصود هنا بأغلبية الأنصبة لا أغلبية الشركاء أنفسهم ومقتضى هذا أن الشريك الذي يملك هذه الأغلبية له الاستئثار بإدارة المال الشائع إدارة معتادة، وإذا قام أحد الشركاء ولم يكن نصيبه يتجاوز النصف بإدارة المال الشائع ولم يعترض عليه باقي الشركاء اعتبرت هذه الادارة قائمة على وكالة ضمنية فيعتبر الشريك أصيلا عن نفسه وكيلا عن باقي الشركاء فتنفذ في حق باقي الشركاء متى كانت في أعمال الإدارة المعتادة كالإيجار وإجراء الترميمات الضرورية...الخ، ولتدعيم ذلك جاء اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/06/28تحت رقم196140الذي جاء فيه: **"الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء يعد وكيلا عنهم"[1].**

وكذلك قد نصت المادة (716) الفقرة(2) من القانون المدني الجزائري: **"إذا لم يتفق الشركاء جاز لهم أن يختاروا مديرا و أن يضعوا لإدارة المال والانتفاع به نظاما يسري على الشركاء جميعا وعلى خلفائهم ".**

أي أنه في حالة تعذر وجود اتفاق بين الشركاء ولضمان إدارة المال إدارة حسنة جاز للأغلبية أن تدير المال بنفسها أو أن تختار مديرا لإداراته من بين الشركاء أو من غيرهم ويكون هذا المدير نائبا عن الأغلبية في الإدارة، وينفذ ما يتخذه من أعمال في مواجهة جميع الشركاء كما يمكن أيضا لأحد الشركاء أن يطلب من المحكمة أن يتخذ ما يلزم لحفظ المال و أن يعين مديرا للمال الشائع، لكن هنالك حالة يمكن فيها للأقلية الاعتراض على قرار الأغلبية، وهي حالة ما إذا كان قرار الأغلبية يتضمن تعسفا في استعمال الحق وذلك بأن راعت الأغلبية مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية لاسيما إذا كانت الأغلبية عددا قليلا من الشركاء أو كانت شريكا واحدا فقط كما يمكن للأقلية أيضا طلب القسمة للخروج من حالة

[1]- حكيمة ممي، **النظام القانوني لسلطات المالك على الشيوع**، مذكرة ماستر في القانون ، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، 2016 /2017، ص 22-23.

الشيوع ومن بين أعمال الإدارة المعتادة كما سبق وأن ذكرنا هي أعمال حفظ المال الشائع كما تدخل أيضا في أعمال الإدارة المعتادة اشتراك الشركاء في نفقات إدارة المال الشائع وتكاليفه [1] .وهذا ما سنوضحه في ما يلي:

1- حفظ المال الشائع والاشتراك في نفقاته: نصت المادة (718) من القانون المدني الجزائري على أنه: **" لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء "**.

فحفظ المال الشائع من حق كل شريك ومن هذا يكون لأي شريك أن يستقل بالقيام بالأعمال اللازمة لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء الأخرين، وأعمال الحفظ قد تكون أعمال مادية كالقيام بالترميمات الضرورية وجني الثمار قبل تلفها وقد تكون تصرفات أو إجراءات قانونية كالوفاء بالضرائب المفروضة على العين، وقطع التقادم ضد من يحوز العين بنية كسب ملكيتها.[2]

فقد خرج المشرع بهذا النص عن قاعدة الإجماع أو الأغلبية لكون هذا العمل لا يضر بقية الشركاء، بل ينفعهم لأنه من واجب كل شريك أن يقوم بكل ما من شأنه أن يحفظ الشيء من الإتلاف وصيانته ويعتبر الشريك الذي يستقل بهذه الأعمال رغم معارضة الشركاء الأخرين نائبا عنهم نيابة قانونية ويحق له الرجوع على كل واحد من الشركاء بقدر نصيبه في النفقات التي أنفقها في حفظ الشيء أو صيانته وذلك على أساس الفضالة ، لأن الشريك قد تولى شأنا لنفسه، وتولى في نفس الوقت شأنا لغيره من الشركاء نضرا لارتباط الشأنين، إذ لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الأخر وفقا لأحكام المادة (151) من القانون المدني أما إذا أجاز بقية الشركاء هذا العمل فإن الشريك الذي قام بالعمل يعتبر وكيلا عنهم لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما تقضي بذلك المادة (152) من القانون المدني الجزائري، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراها رقم75576 المؤرخ في 1992/01/21والذي جاء فيه: **" من المقرر قانونا أنه يحق لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولوكان بغير موافقة باقي الشركاء"**[3].

2- بخصوص نفقات حفظ المال الشائع وإدارته وتكاليفه :نصت المادة (719)من القانون المدني الجزائري: **" على أنه يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفضه**

[1]-حكيمة ممي ، المرجع سابق ،ص 22-23
[2]- الطاهر أوزاديد، شريف عبد الكريم، المرجع السابق، ص 28.
[3]- المرجع نفسه، ص 28-29.

والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المفرزة على المال كل ذلك مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك ".

ومقتضى ذلك أن كل الشركاء على الشيوع يتحملون كل بقدر حصته في المال الشائع نفقات حفظ المال الشائع مالم يوجد نص خلاف ذلك، وهذا تطبيقا للقواعد العامة فكل الشركاء على الشيوع ملاّك للمال الشائع كما قدمنا فتنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته فيه وعلى ذلك إذا قام أحد الشركاء بدفع هذه النفقات أو التكاليف فإن له حق الرجوع على الأخرين كل بقدر حصته في الشيء الشائع وبناء على ما سبق يمكن القول أن أعمال حفظ المال الشائع منها ما هو من قبيل الحفظ المادي، كترميم العقار ومنها ماهو من قبيل الحفظ القانوني كما لو دفع أحد الشركاء الضرائب المترتبة على المال الشائع، لأن هذه الأعمال تتطلب السرعة في الإنجاز لذلك فقد أجاز المشرع لكل شريك بأن ينفرد بالقيام بها دون الحصول على رضا الشركاء الأخرين [1].

هذا فيما يخص أعمال الإدارة المعتادة أما الإدارة الأعمال غير المعتادة سنتناولها في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة

أولا: قيام بأعمال الإدارة غير معتادة

الإدارة غير العادية هي 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[2].

أو تحويل الأرض الزراعية إلى أرض بناء أو إلى أرض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعي أو تحويلها من أراضي زراعية تزرع بالمحصولات العادية كالقطن، والقمح، والأرز إلى أرض حدائق ومثالها إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال والاستثمار أو تحويل منزل للسكن إلى فندق أو شقق مفروشة [3].

---

[1]- حكيمة ممي، المرجع السابق ، ص 25-26.

[2] - جورج رشدي رؤي، **حق الملكية العقارية** ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان 2006، دون طبعة ، ص 64.

[3]- خالد إبراهيم أحمد القلاحمة، **سلطات الشريك على الملكية الشائعة في عقار دراسة مقارنة في القانون المدني**، مذكرة ماجيستير في القانون ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، الأردن ، 13-06-1999.

تنص المادة (717) الفقرة (1) من القانون المدني الجزائري: **" للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ".**

يتضح من هذا النص أن أعمال الإدارة غير المعتادة هي التي تنطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع ولم يكتفي المشرع في شأنها بالأغلبية العادية للشركاء بل تطلب أغلبية خاصة للقيام بهذه الإدارة وهي ثلاثة أرباع الشركاء أو الشركاء الذي يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع حتى ولو كان شريكا واحدا[1].

وعند توافر النصاب المطلوب وتتخذ الأغلبية قرارها في شأن أعمال الإدارة غير المعتادة أوجب المشرع أن تعلن قرارها إلى الأقلية، ولكن القانون لم يحدد طريقة خاصة للإعلان فيصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل أو يكون شفويا أو على يد محضر، وعلى الأغلبية إثبات حصول هذا الإعلان، ويعتبر هذا الأخير حماية أو حفاضا على حقوق الأقلية حيث من تاريخ الإعلان يبدأ سريان مدة شهرين للطعن في قرار الأغلبية أمام المحكمة وتتجسد هذه الحماية أكثر بالرجوع إلى الفقرة (2) من المادة (717) من القانون المدني الجزائري **" وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات ".**[2]

وإذا طعنت الأقلية في قرار الأغلبية أمام المحكمة فإن هذه الأخيرة تملك سلطات واسعة بموجب المادة (717) من القانون المدني الجزائري، فلها أن تلغي قرار الأغلبية إذا رأت أنه لا جدوى منه أو توافق عليه مع اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على حقوق الأقلية، كأن تأمر بإعطاء كفالة للشركاء المعارضين تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات متى صدر ضرر من جراء تطبيق رأي الأغلبية وإذا انفرد أحد من الشركاء بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة يحق لباقي الشركاء الاعتراض عليه ويتجاهلوا هذا العمل ولا ينفذ في حقهم، والحاصل أنه للقيام بأعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة يجب أن يتوافر نصاب معين حدده القانون، ولكن قد ينجز أحد الشركاء المشتاعين أعمالا بمفرده دون انتظار

[1]- بوبكر لبيض، **التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني**، مذكرة ماجيستير، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة أحمد بن بلة وهران 01، 2014-2015، ص54.
[2]- كريمة حواسين ، المرجع السابق، ص 20.

موافقة باقي الشركاء عليها ولا توافر نصاب معين كالحفض مثلا، أو يبادر إلى الاتفاق على المال الشائع أين تعود هذه النفقات في الأخير على جميع الشركاء [1].

[1] - كريمة حواسين ، المرجع سابق ، ص20

المبحث الثالث: حكم التصرف في الملكية الشائعة

ينطوي حق الملكية بوجه عام على سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا لا يضر بالغير، أي أن الشريك له أن يتصرف في المال الشائع باعتباره مالك في هذا المال وله أن يتصرف بجميع أنواع التصرفات حيث أن حق الشريك هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، وإن كان نطاقه المادي هو الشيء الشائع كله إلا أن نطاقه المعنوي هو الحصة الشائعة التي يملكها هذا الشريك في المال الشائع [1].

وهذه التصرفات متنوعة ومختلفة يقتضي دراستها بعناية، فيمكن أن يكون التصرف صادر عن الشركاء جميعا أومن غالبيتهم (المطلب الأول) وكذلك يمكن أن يكون التصرف صادر من الشريك منفردا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التصرف الصادر عن الشركاء جميعا أو من غالبيتهم

تصرف الشركاء في المال الشائع قد يكون باتفاق جميع الشركاء وقد يتم هذا التصرف من قبل أغلبيته الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع [2].

ولتوضيح ذلك ينبغي التطرق إلى التصرف الصادر عن الشركاء جميعا (الفرع الأول)، ثم التصرف الصادر عن أغلبية الشركاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التصرف الصادر عن الشركاء جميعا

للشركاء مجتمعين الحق في التصرف في المال الشائع باعتبارهم ملاكا لهذا المال، ويكون هذا التصرف نافذا في مواجهتهم سواء أكان ناقلا لملكية المال كله أو جزء منه أو مقررا للغير حقا عينيا أصليا أو تبعيا على المال الشائع كله، فإذا ما وقع إجماع الشركاء في الشيوع على التصرف في العقار الشائع كله بأي نوع من أنواع التصرف سواء أكانت ناقلة للملكية كالبيع مثلا أو ترتيب حق عيني أصلي كحق الانتفاع أو الارتفاق، أو حق عيني تبعي كرهنه رهنا رسميا أو حيازيا [3].

وهذا ما سنفصله كالاتي:

---

[1]- سعد حسن عبد الملحم ، **تقيد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع**، مجلة كلية التراث الجامعة، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العدد19، ص 33.

[2] -محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص128.

[3]- صدام حسين ونوقي، **التصرف في الملكية العقارية المشاعة في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في القانون ، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015/2014، ص11.

أولا: التصرفات الناقلة للملكية

للشركاء مجتمعين حق التصرف في العقار الشائع كله، بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو أي تصرف أخر ناقل للملكية وسنقتصر في هذا المجال على البيع بحكم أنه تصرف الأكثر شيوعا واستعمالا في حياة العملية وبعده الهبة [1].

1-بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله:

إن تصرف الشركاء مجتمعين في كل المال الشائع بالبيع يترتب عليه خروج المال الشائع من ذمة الشركاء و تنتهي بذلك حالة الشيوع بينهم، ويكون هذا البيع من البيوع أي بيع المال الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين في حالة إقدامهم على إنهاء حالة الشيوع واستحالة قسمة المال الشائع عينا، وبذلك يسمى هذا النوع من البيوع بيع التصفية بحيث يخضع لإجراءات خاصة نضمها قانون إجراءات الإدارية والمدنية والتي تختص بها المحكمة التي تقع في دائرتها العقار الشائع [2].

ومثاله أن هنالك مجموعة من الأشخاص يملكون عقارا في الشيوع مهما كان سبب الشيوع وأرادوا إنهاء حالة الشيوع هذه سواء باتفاقهم أو بطلب أحدهم، وكانت القسمة العينية للعقار مستحيلة بالنضر إلى عدد الشركاء ومساحة العقار، كما لو كان البيع كاملا فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع بالمزاد العلني ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه أو حقه في العقار الشائع، وهنا نتصور فرضيتين إما أن يرسوا المزاد العلني على أحد الشركاء أو يرسوا المزاد العلني على شخص أجنبي وفي حالة التي يرسوا فيها المزاد العلني على أحد الشركاء فإنه يدفع الثمن الراسي به المزاد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار، وفي حالة رسو المزاد العلني على شخص أجنبي فإنه يكون ملزم بدفع كامل الثمن والمصاريف والرسوم التي تترتب على التسجيل والشهر والحقوق النسبية التي تؤول إلى خزينة عمومية ويكون سريان هذا النص بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية [3].

كما يمكن أن يكون هذا البيع باتفاق جميع الشركاء رضائيا من أي دون اللجوء إلى القضاء وذلك بتعاقدهم مع المشتري سوآءا أكان هذا أحد الشركاء أو أجنبيا، وبتمام شكلية الكتابة الرسمية وإتمام إجراءات نقل الملكية المتمثلة في تسجيل والشهر بالمحافظة العقارية تنتقل ملكية العقار إلى المشتري،

[1]- وسام جعني، **التصرف في الملكية العقارية الشائعة** ، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2021-2022 ، ص 60-62.
[2] - -كهينة بن أحمد، نجاة بن عيسى، المرجع السابق، ص 53.
[3]- وسام جعني ، المرجع السابق، ص 60-61.

ويكون بذلك البيع صحيحا ونافذا في حق جميع الشركاء ولا يمكن بعد ذلك لأي منهم الاحتجاج بغير ذلك[1].

2- هبة الشركاء مجتمعين للمال الشائع كله:

يحق للشركاء المجتمعين أن يتصرفوا في العقار الشائع كله بالهبة وهي من التصرفات الناقلة للملكية وقد تعرض له المشرع في نص المادة (202)من قانون الأسرة الجزائري على أنها: **" تمليك بلا عوض "** وتخضع الهبة لأحكام قانون التوثيق من الكتابة الرسمية وإجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية، متى تحدث أثرها في نقل الملكية إذا وقعت على العقار، وقد تكون الهبة الصادرة من جميع الشركاء إلى أحدهم أو إلى أجنبي وخلافا للهبة العادية، يعني إذا كان محلها غير مشاع فإنها لا تتم إلاّ بالحيازة، أما إذا كان محلها عقارا مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة بحسب نص المادة(208) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: **"إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة"** [2].

ثانيا: الحقوق العينية التبعية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة

خلافا للحقوق العينية الأصلية التي تعطي لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء فإن الحقوق العينية التبعية توجد مستقلة وتكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به، بحيث لا يكون لها أي أثر على المتصرف ويبقى يمارس سلطته على الشي الشائع بصفة عادية غير أنه إذا حل أجل الدين ولم يسدد الشريك في الشيوع جاز التنفيذ على الحصة الشائعة، وبالتالي يفقد المتصرف حقوقه كشريك وأهم الحقوق العينية التبعية حق التخصيص، حق الامتياز، الرهن الرسمي والرهن الحيازي [3]. حيث سنوضح ذلك في ما يلي:

1- الرهن الرسمي : طبقا لنص المادة(890) من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: **" إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز من هذا العقار ثم وقع نصيبه عند القسمة الأعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلا الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا "**، حسب نص المادة فإنه يجوز رهن العقار الشائع من طرف الشريك في الشيوع في حدود

[1] - وسام جعني ، المرجع السابق ، ص60-61.
[2] - سعيدة حسان، أمينة حشامة ، **التصرفات الواردة على المال الشائع**، مذكرة ماستر في الحقوق ، أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، 2017/ 2018، ص 16-20.
[3]- عبد النور قتال، رشيد حاجي، **التصرف في الملكية الشائعة**، مذكرة ماستر في القانون ، قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي تبسي تبسة، 2016-2017، ص 49-50.

حصته الشائعة كلها أو بعضها ويكون تصرفه نافذا وصحيحا مع ما يترتب عليه من أثار في حالة القسمة[1].

2- الرهن الحيازي للحصة الشائعة: ينعقد بالإيجاب و القبول دون الحاجة للإجراءات الشكلية ولكنه لا ينفذ إلا إذا كان الشيء المرهون بيد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان [2].

ويمكن أن نتصور أن الرهن الحيازي في صور مختلفة كأن يوضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهنا حيازيا وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن صفتان، صفة الدائن المرتهن في ما يخص الحصة الشائعة وصفة مدير المال الشائع بالنسبة لباقي حصص الشركاء وفي هذه الصورة يجب موافقة الشركاء، أما الصورة الثانية التي يمكن أن يتحقق فيها الرهن الحيازي هو أن يوضع المال الشائع كله تحت يد الشركاء الأخرين أو تحت يد أجنبي، وكذلك إذا كان المال الشائع مقسما قسمة مهايأة في أن يحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي عاد إليه من قسمة المهايأة [3].

3- حق التخصيص: نصت عليه المادة (937) الفقرة (1) من القانون المدني الجزائري:**" أنه يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين شيء معين أن يحصل على حق التحصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف "**.

حق التخصيص أو الاختصاص هو حق عيني تبعي يختص فيه الدائن بعقارات مدينه ويكون بناء على حكم قضائي واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى" يقضي بإلزام المدين بالدين "[4].

فيستطيع الدائن بموجب هذا السند أن يستوفي حقه من مدينه متقدما على الدائنين العادين والدائنين التالين له في المرتبة [5].

4- حق الامتياز: إن حق الامتياز لا يتقرر إلا بموجب نص قانوني تتحدد به مرتبة الدائن صاحب الامتياز لأن في هذه الحالة نجد أنّ الحق هو المختص بالامتياز ليس الدائن وبذلك فإن حق الامتياز يمتاز

---

[1] - عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 49-50.

[2]- فايزة مخازني، **تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة**، مذكرة الماجستير في القانون ، عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة محمد بوقرة بومرداس ،2005/2004، ص 33.

[3]-عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 49-50.

[4]- وسام جعني، المرجع السابق، ص 18-19.

[5]- عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 49-50.

عن سائر الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي ، الرهن الحيازي) ، ونظم المشرع الجزائري أحكام حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري من المواد (982) إلى (1001) [1] .

وينقسم حق الامتياز إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة، العامة تكون على جميع أموال المدين أما الخاصة فهي التي تكون على منقول معين أو على عقار معين ومن أمثلة على حقوق الامتياز كالشريك في الشيوع الذي يتصرف في البيع في حصته الشائعة في العقار كلها أو جزئها ولم يقبض الثمن كله أو جزء منه فيكون له حق إمتياز على حصة شائعة التي تصرف فيها وانتقلت ملكيتها للمتصرف له الذي أصبح مدين ثمن الحصة كله أو بعضه في حدود المبلغ كاملا أو في حدود ما تبقى منه [2].

الفرع الثاني: التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

لما كان من العسير توافر الإجماع ' فإن المشرع الجزائري قد أجاز التصرف في العقار الشائع لأغلبية خاصة من الشركاء.

وقد نصت المادة (720) من قانون المدني الجزائري أن:**" للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا، التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف هؤلاء إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما يكون قسمة المال الشائع ضارة لمصالح الشركاء ،أن تقدر تبعا للظروف مادام كان التصرف واجبا"**.

ويتضح من ذلك أن التصرف في العقار الشائع ينبغي صدور قرار به أغلبية خاصة من الشركاء، وأن قرار الأغلبية ينبغي أن يكون مبنيا على بواعث وأسباب قوية تبرر اتخاذه [3].

والأغلبية ليست في العدد ولكنها أغلبية في النصيب فقد يكون المال الشائع بين شريكين ويملك أحدهما نصيبا أكثر من الشريك الأخر أي ما يعادل ثلاثة أرباع المال الشائع كان وحده أغلبية وله الحق في أن يقرر التصرف في المال الشائع متى توافرت الأسباب الداعية لذلك[4].

---

[1]- صدام حسين ونوقي، **التصرف في الملكية العقارية المشاعة في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في القانون، تخصص ، قانون عقاري كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2014-2015، ص 11 .

[2] -عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 49-50.

[3] - المرجع نفسه ، ص 49-50

[4]- صدام حسين ونوقي، المرجع سابق، ص 61.

أولا: الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في المال الشائع

لقد اشترط المشرع إمكانية تصرف الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من المال الشائع أن يكون قرارها في التصرف مبني على بواعث وأسباب قوية أي مبررات قوية وجدية تحتم إقدامهم على التصرف في المال الشائع كله وليس نصيبهم فقط وتنص المادة (720) من القانون المدني الجزائري:**"...أن يقرروا التصرف فيه إذا استدلوا في ذلك إلى أسباب قوية"**، ومثاله كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشيء الشائع بثمن مرتفع أو يكون استغلال المال الشائع في حالته التي هو عليها مقدر ما يتعين بيعه أو يكون المال الشائع في حاجة إلى اصلاحات ضرورية لا بتوافرها التمويل اللازم، مما يجعل الأغلبية تقرر الاقتراض و تقرر في نفس الوقت إنشاء رهن على الشيء لضمان القرض [1].

وتصدر المحكمة المختصة مدى جدية المبررات فإن رأت في ذلك أقرت الأغلبية على قرارها وإلا نقضته و تطرقت للقسمة العينية متى كانت غير ضارة، وهذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في وقائع الدعوى وإذا كان المشرع أعطى للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في التصرف منه أو في جزء منه وإذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية فإنه في المقابل أعطى نفس النص للأقلية من الشركاء الذين يملكون في نفس المال الشائع ضمانات كافية تحميهم من تعسف الأغلبية وذلك بتقريره إجراءات خاصة لمصحتهم [2].

ثانيا: الضمانات المعطاة للأقلية

أعطى المشرع الجزائري في نص المادة (720) من القانون الجزائري للشركاء في حالة عدم إجماعهم التصرف في المال الشائع كله أو جزء منه إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك، والمتمثلة في توفر الاغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من المال الشائع، وكذلك الأسباب والدواعي القوية إلا أنه في المقابل وفي نفس المادة قد وفر الحماية للحقوق الأقلية من الشركاء، وذلك عن طريق إلزام الأغلبية المتصرفة في المال الشائع بإعلان هذا التصرف إلى الأقلية بواسطة عقد غير قضائي متى يكون لها حق الاعتراض على هذا القرار أمام المحكمة المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة (720)من القانون المدني الجزائري في أنه:**"....الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان...."**، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار رقم 92343 الذي جاء فيه **" من المقرر قانونا أنه**

[1]- حكيمة ممي ، المرجع السابق، ص 76-77.
[2] - المرجع نفسه ، ص 76-77

يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا إلى اسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارتهم إلى باقي الشركاء...."[1].

لذلك وجب التطرق إلى طبيعة الإعلان الموجه للأقلية من الشركاء وكذا المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الاعتراض:

1- طبيعة الإعلان الموجه للأقلية من الشركاء: لقد جاء المشرع الجزائري في نص المادة (720) من القانون المدني الجزائري:**" بأنه على الأغلبية أن تعلن قرارتها إلى الأقلية كباقي الشركاء "** بعقد غير قضائي ويستفاد من ذلك أن المشرع أوجب الكتابة في الإعلان عن طريق محضر قضائي ولا يعتمد حينها بالإعلان الشفوي، وذلك بأن يكون الإعلان عن طريق محضر قضائي أو برسالة مضمونة الوصول وباستثناء شكلية الكتابة بالإعلان فإن المشرع لم يشترط على الأغلبية أن تذكر فيه بيانات محددة على سبيل الحصر فيكفي أن تذكر في الإعلان قرارها في التصرف دون الحاجة إلى ذكر نوع التصرف[2].

2- المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الاعتراض: بمجرد إعلان الأغلبية بقرارها الرامي إلى التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، فإن هؤلاء في حالة مخالفتهم قرار الأغلبية حق اللجوء إلى المحكمة برفع دعوى موضوعها الاعتراض على قرار الأغلبية وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان ويسقط حقهم في ذلك عند فوات مدة شهرين، غير أن الأجل المحدد في المادة (720) من القانون المدني الجزائري يبقى مفتوحا في حالة عدم توجيه الإعلان بالكيفية السابقة، إلاّ في حالة رفع الأغلبية لدعوى الاعتراض قبل اتصالها بالإعلان أي بمجرد علمهم بقرار الأغلبية بالتصرف في العقار الشائع وترفع دعوى الاعتراض أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار الشائع محل التصرف، وذلك على أساس أن هذه الدعوى هي دعوى عقارية تهدف إلى حماية حق الأقلية في الملكية وهي القاعدة العامة في مثل هذه الدعاوي وبها عمل المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [3].

وبعد رفع الدعوى فيجب على المحكمة أولا أن تقوم بالنضر 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

[1]- كهينة بن أحمد، نجاة بن عيسى، المرجع السابق، ص 68-69.
[2] - صدام حسين ونوقي، المرجع السابق، ص 65- 68.
[3]- المرجع نفسه، ص 65-68.

تنتقل بعد ذلك فيما إذا كان من الممكن قسمة المال الشائع أم لا فإذا لم تكن القسمة ضارة أجرت المحكمة القسمة وبذلك تنتهي حالة الشيوع [1].

أما إذا قدرت قسمة العقار الشائع من شأنها الإضرار بمصالح الشركاء خاصة إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة، وكان التصرف الذي سوف تقوم به الأغلبية مستندا إلى أسباب قوية، فإنها تقضي بأحقيتها في ذلك ومن ثم يصبح ذلك التصرف نافذا في حق الأقلية التي لا يمكنها بعد ذلك الاعتراض عليه، وإذا تبين للمحكمة أن الأسباب التي استندت إليها الأغلبية لا تبرر إقدامها على التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه وأنه غير لازم فإنها تقضى بإلغاء قرار الأغلبية ولم يعد بعد ذلك التصرف ممكنا إلاّ بإجماع الشركاء[2].

المطلب الثاني: التصرف الصادر من شريك منفردا

إن للشريك في الشيوع الحق أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة في العقار، أو يتصرف في جزء مفرز منه وقد يتصرف في العقار الشائع كله ومن هذا المنطلق سنتناول تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار (الفرع الاول)، ثم تصرف الشريك منفردا في جزء من العقار الشائع، (الفرع الثاني) وأخيرا تصرف الشريك في العقار الشائع كله (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار

تنص المادة (714) من القانون المدني الجزائري أن يجوز للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف سواء أكان هذا التصرف يتعلق إما بنقل الملكية أو بترتيب حق عيني عليها.

أولا: التصرفات الناقلة للملكية

نقصد بالتصرفات الناقلة للملكية تلك التي تنقل المال من ملكية شخص ما إلى ملكية شخص أخر ومن بين هذه التصرفات:

1- بيع الشريك حصته السابقة: لم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني خاص لبيع الحصة الشائعة ولكنه لا يشترط لحصته سوى ما يشترط في العقود بصفة عامة مع مراعاة الإجراءات الشكلية، ولا يوجد في ذلك ما يتعارض مع طبيعة الشيوع لذا يسري عليه حكم المادة(714) من القانون المدني الجزائري

[1]- سعيدة حسان، أمينة حشامة ، المرجع السابق ، ص72-73.
[2]- صدام حسين ونوقي ، المرجع السابق، ص 68.

والتي تنص على ما يلي:**" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء "**، وعليه يكون بيع الشريك حصته الشائعة بيعا صحيحا ونافذا في حق باقي الشركاء مالم يضر بحقوقهم، سواء أكانت الحصة الشائعة من العقار أو من المنقول و سواء أكان هذا البيع للشريك أو للأجنبي وهذا أيضا ما تقرر عند القضاء[1].

فقد أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات منها: القرار رقم 39496 والمؤرخ بتاريخ 1987/08/04م والذي جاء فيه**" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون منها لم يلحقها ضرر من البيع، ولم تجر القسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعي عليها خرقوا القانون، ومتى كان كذلك تعين نقض القرار" [2].**

والقرار القضائي رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29 م والذي جاء فيه **"من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما له أن يتصرف فيها ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع، أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].**

2- هبة الشريك حصته الشائعة: لقد عّرفت المادة (202) من قانون الأسرة الجزائري الهبة على أنها: **"الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للراهن أن يشترط للموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط"**. فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على هبة المال الشائع لكن تضمنت حكم من أحكامه في نص المادة (208)من قانون الأسرة الجزائري.

وتنص المادة (206) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: **" تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد هذه القيود بطلت الهبة "**.

---

[1]- بوبكر لبيض، **التصرف في المال الشائع شيوعا إختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني**، المرجع السابق، ص 82-83.

[2] -عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 08.

[3] - المرجع نفسه، ص 08.

يتضح من هاته المادة أن المشرع ربط صحة الهبة بتمام الحيازة وهذا يفتح بابًا لتقيد حرية الشريك في هبة الحصة الشائعة بالحالات التي تتحقق فيها الحيازة فقط ولأن الحيازة لا يمكن أن تتحقق في هبة المال الشائع [1].

فالمشرع انتبه لهذا الأمر في نص المادة (208) من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: **" إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجا أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة "**لكن الاستغناء عن الحيازة لا يبرر الاستغناء عن الاجراءات الشكلية الخاصة بالعقارات من شهر وتسجيل بعقد رسمي أمام الموثق تحت طائلة البطلان وهذا تطبيقا لنص المادة(61) من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تنص على أنه: **" لكل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي "** ووفقا لذلك فإن هبة الشريك لحصته الشائعة طبقا لنص المادة (714) من قانون المدني الجزائري ويعد تصرفا صحيحا نافذا في حق بقية الشركاء شرط عدم الإضرار بهم سواء كان المال المشاع عقارا أو منقولا قابلا للقسمة أو لا وبه يحل الموهوب له محل الواهب وتنتقل إليه الملكية ويصبح شريكا في الشيوع مع باقي الشركاء [2].

3-الوقف والوصية حصة شائعة

أ- الوقف: تنص المادة (216) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: **" يجب أن يكون المال المحبوس مملوكا للواقف معينا خاليا من النزاع ولو كان مشاعا"** وهو ما يفهم منه ضمنيا أن وقف المال المشاع صحيح إلا أن المشرع اشترط خلو المال الموقف من النزاع إن كان مشاعا، غير أن المادة(11) الفقرة (3) من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف تنص على أنه: **" ويصح وقف المال الشائع وفي هذه الحالة تتعين القسمة"** أكد صراحة على جواز وقف المال المشاع في العقار والمنقول ولكنها اشترطت لذلك تمام القسمة وافراز نصيب الشركاء مما يفهم منه عدم جواز الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة [3].

ب- الوصية: لقد عرفت المادة (181) من قانون الأسرة الجزائري الوصية على أنها: **"تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "** فالمشرع لم يشترط في الوصية أي شرط يتعارض مع الشيوع بل اعتبرها كالميراث متى كانت في حدود الثلث وما تجاوز الثلث توقف على إجازة باقي الورثة ومتى تمت

---

[1] - بوبكر لبيض ، **التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني** ،المرجع السابق، ص 87.

[2] - سعيدة حسان، أمينة حشامة، المرجع سابق، ص 11-13.

[3] - نفس المرجع، ص 13.

الوصية وتوفى الموصى حل الموصى له محله وأصبح شريكا في حدود الحصة التي انتقلت اليه بعقد الوصية [1].

ثانيا: التصرفات التي ترتب حق عيني على الملكية الشائعة

الحقوق العينية هي التي يكون محلها شيء معين أي أطرافها هما الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق وينقسم حسب مصدرها إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، فالحق العيني الأصلي سلطة مباشرة يقدرها القانون لشخص معين على شيء معين بذاته، فتكون له سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه دون الحاجة إلى سلطة واسعة وهي حق الانتفاع والارتفاق [2].

وعلى هذا الأساس قسمنا الحق العيني إلى:

1- ترتيب الشريك لحق عيني أصلي على الحصة الشائعة

إن أهم الحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية حق الانتفاع وحق الارتفاق، وبما أن الشريك يعتبر مالكا لحصته الشائعة ملكا تاما كما سبق بيانه فله أن يرتب عليها حق عيني أصلي [3]:

أ- ترتيب حق ارتفاق على حصة شائعة: حق الارتفاق هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص أخر، فليس لصاحبه إلا سلطة محدودة في استعمال الشيء بحسب ما يقتضيه نوع حقه فلا يرد حق الارتفاق على حصته الشائعة، ولا يجوز للشريك على الشيوع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق لأنه يتطلب قيام صاحب الارتفاق مباشرة بأعمال لا تصح ولا يمكن مباشرتها إلا على عقار المفرز، مما يجعل طبيعة الشيوع مستعصية عليه، كما أنه يقع على عقار خادم كله لصالح العقار المخدوم، ولا تكفي الحصة المعنوية لترتيبه لذا يكون من غير الممكن وغير الجائز ترتيب حق الارتفاق على الحصة الشائعة [4].

---

[1] - سعيدة حسان ، أمينة حشامة ، المرجع السابق ، ص 13.
[2] - عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق ، ص 11.
[3] - حكيمة ممي ، المرجع السابق ، ص 48-50.
[4] - المرجع نفسه ، ص48-50

ب- ترتيب حق الانتفاع على الحصة الشائعة: إن حق الانتفاع هو حق عيني يخول للمنتفع الانتفاع بالشيء مملوك للغير فتكون له سلطة استعماله واستغلاله مع التزامه بالمحافظة على هذا الشيء ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع والذي ينقضي حتما بموت المنتفع [1].

فإن من حقه كذلك أن يتنازل عن هذا الانتفاع لمصلحة شخص أخر شريكا كان أو أجنبي يمارسه في نفس الحدود التي كان يمارس فيها الشريك حقه، ولا يوجد في ذلك ما يتعارض مع المادة (714) من قانون المدني الجزائري ولا مع الفقه الإسلامي من جمهور الفقهاء[2].

2- ترتيب الشريك لحق عيني تبعي على حصة الشائعة

يجوز للشريك على الشيوع ترتيب حق عيني تبعي على الحصة الشائعة و من بين هذه الحقوق الرهن الرسمي ،الرهن الحيازي، حق التخصيص وحق الامتياز.

أ- حق التخصيص: نص عليه قانون المدني في مواد (937)إلى (947)ولم يورد له تعريفا وإنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه وأثاره وانقضائه، وحق التخصيص هو حق عيني تبعي يختص فيه دائن بعقارات مدينه، ويكون بناء على حكم واجب التنفيذ يقضي بإلزام المدين بالدين فيستطيع الدائن بموجب هذا السند أن يستوفى في حقه من مدينه متقدما على الدائنين العادين والدائنين التالين له في المرتبة، وفي هذه الحالة يتبين أنه إذا ما كان الشريك في الشيوع مدينا لشخص أخر بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ أن تكون حصته الشائعة في العقار محلا لتخصيص كلها أو بعضها بحسب مقدار معين [3].

ب- حق الامتياز: إن حق الامتياز لا يتقرر إلا بموجب نص قانوني تتحدد به مرتبة الدائن صاحب الامتياز بخلاف حق التخصيص الذي يتقرر لفائدة الدائن ويكون ذلك على إثر وجود حكم قضائي واجب التنفيذ، كما أنه يختلف الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والحيازي وحق الاختصاص وذلك لأن حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص قانوني وبينت لنا المواد من (982)إلى (1001) قانون المدني الجزائري حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار[4].

ج- الرهن الرسمي: تأسيسا على نص المادة (890) من قانون المدني الجزائري التي تطابقها المادة (1039)من القانون المصري والتي تنص على ما يلي: **"وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في**

[1]- عبد النور قتال ، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 13.
[2] - حكيمة ممي ، المرجع السابق ص 49-50.
[3]- صدام حسين ونوقي، المرجع السابق ، ص 10.
[4] - عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 15-16.

العقار....."أجمل شراح القانون على صحة ونفاذ رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا، خاصة وأن أحكام هذا الأخير لا تتعارض مع طبيعة الشيوع فتسري عليه كذلك أحكام المادة (714) من التقنين المدني الجزائري[1].

فإذا أقام الشريك في الشيوع رهنا رسميا على حصته الشائعة في العقار كلها أو بعضها، يكون تصرفه صحيحا مادام العقار شائعا بين كل الشركاء المشاعين، بحيث إذا باع حصته المرهونة انتقلت مثقلة بالرهن إلى المشتري، أما إذا اقتصر تصرف الشريك على الرهن فقط و قسم الشركاء العقار الشائع بعد ذلك فوقع كله أو بعضه في نصيب الشريك الراهن فإنه ينتقل أو ينتقل مرهونا بعضه في الشيوع بمقدار حصة للشريك الراهن فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه[2].

د- الرهن الحيازي: يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب رهنا حيازيا على حصته الشائعة في العقار الشائع أو جزء منها ضمانا لحقوق الدائن المرتهن، باعتبار أن الرهن الحيازي هو عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق القبول والايجاب وتبقى الحيازة التزاما نشأ عن العقد وقابلية الحصة الشائعة للحيازة ويمكن أن نتصور الرهن الحيازي في صورة مختلفة، كأن يوضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن وصفة مدير المال الشائع بالنسبة لباقي حصص الشركاء وفي هذه الصورة يجب موافقة الشركاء، كما يمكن أن يتحقق الرهن الحيازي في الصورة التي يكون فيها المال الشائع مقسما قسمة مهايأة بأن يحل الدائن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي عاد إليه من قسمة المهايأة [3].

الفرع الثاني: تصرف الشريك في جزء من العقار المملوك على الشيوع

إنّ تصرف الشريك في جزء مفرز يثير كثيرا من الصعوبات لأن الشريك قبل القسمة لا يملك إلاّ حصة شائعة، وبالتالي تصرفه في جزء مفرز فيه مساس بحقوق باقي الشركاء، ونصت المادة(714) الفقرة(2) من القانون المدني: **"وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه 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"**، ومن الملاحظ انطلاقا من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري تعرض إلى حكم تصرف الشريك المشاع في جزء مفرز من المال الشائع ومصيره بعد القسمة، دون

[1]- فايزة مخازني، المرجع السابق، ص31-32.
[2]- صدام حسين ونوقي، المرجع السابق، ص 12.
[3] - المرجع نفسه ، ص12

التعرض إليه قبل القسمة، ولذلك ظل الخلاف مستمرا حول تكييف هذا التصرف من جهة الفقه و للتعرض إلى حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يجب أن نفرق بين مرحلتين مرحلة ما قبل القسمة ومرحلة ما بعدها

أولا: مرحلة ما قبل القسمة

يعتبر التصرف بين المتعاقدين صحيحا على أساس أن تصرف الشريك على الشيوع في جزء مفرز هو تصرف صادر من المالك لما يتمتع به من حق الملكية على المال الشائع وبالتالي لا يعتبر تصرفا في ملك الغير ولا يجوز للمتصرف إليه إبطال التصرف إلاّ إذا وقع غلط[1].

وذلك باعتقاده أن المبيع يملكه البائع أي الشريك ملكية مفرزة لا شائعة ، يكون البيع في هذه الحالة قابل للإبطال حيث يجوز للمشتري طلب القسمة للإبطال قبل أن تتم القسمة وغير ملزم في انتظار القسمة ونتائجها[2].

صحيح أن الشريك على الشيوع يتمتع بسلطة التصرف إلاّ أن هذه السلطة ليست مقررة لكي يمارسها بمفرده وانما من الواجب ممارستها مع باقي الشركاء لماّ لهم من نفس الحق ولعدم المساس بحقوقهم، وإن كان يتمتع بحق الملكية على المال الشائع إلاّ أن ملكيته شائعة وليست مفرزة لذلك يعتبر هذا التصرف غير نافذا في حقهم(التصرف الذي انفرد به الشريك على الشيوع يعد صادرا ممن ليست له سلطة التصرف منفردا لأن ملكيته شائعة لا مفرزة) وعلى هذا الأساس يحق لهم تأكيد حقوقهم على الجزء المفرز المتصرف فيه برفع دعوى الاستحقاق إلاّ في حالة إقرارهم لهذا التصرف، ويترتب على عدم نفاذ هذا التصرف في حق باقي الشركاء أن المتصرف إليه لا يحل محل الشريك المتصرف وبالتالي لا يحق له الاشتراك في إدارة المال أو التصرف فيه ولا طلب القسمة أو تدخله في دعوى القسمة ولا يحق له طلب الشفعة أو الاسترداد، لأن كل هذه الحقوق مقررة للشركاء في الشيوع والمتصرف اليه ليس بشريك[3].

[1]- كريمة حواسين ، المرجع السابق، ص 32-33.
[2]- عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 16.
[3] - كريمة حواسين ، المرجع السابق، ص 32-33.

ثانيا: مرحلة ما بعد القسمة

بإجراء قسمة المال الشائع تنتج حالتين:

الحالة الأولى: وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف

إذا أجريت القسمة، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك استقر التصرف صحيحا للمتصرف إليه وامتنع عليه إبطال التصرف ولوكان غير عالم وقت التصرف أن الشريك المتصرف غير مالك للجزء المتصرف فيه مفرزا، وهذا بنص المادة (85)من القانون المدني التي تنص: **" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية "** إذ بعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة لم يعد هنالك ما يبرر التمسك بالإبطال [1].

الحالة الثانية: وقوع الجزء المتصرف فيه في غير نصيب المتصرف

ونصت على هذه الحالة المادة(214) الفقرة (2) من قانون المدني المذكورة سابقا فالعقد يستمر صحيحا ونافذا بعد القسمة وينتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى الشريك المتصرف بطريقة القسمة، أخذا بفكرة الحلول العيني وذلك في حدود القدر الذي حصل التصرف فيه، وليس في هذه الحالة أن يطلب الإبطال إلا إذ كان يجهل أن الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة والمشرع الجزائري لم يتطرق لحالة اختصاص المتصرف بنوع من المال الشائع يختلف عن النوع الذي تصرف فيه ومثال ذلك إذا كان الملك الشائع يتكون من عدة منقولات وعقارات وتصرف الشريك في عقار مفرز لكنه اختص بمنقول أو أنه اختص بعقار بعيد عن العقار المتصرف فيه، فهل يكون تصرف صحيحا على ما اختص به المتصرف بعد القسمة وعلى هذا الأساس يجب تفرقة بين إذا كان التصرف مرتب لحق عيني تبعي نطبق المادة (890) من قانون المدني الجزائري المتعلقة بالرهن الرسمي وهذا ما وضحناه سابقا فيما يخص التصرف في حصة شائعة لأن هذا ما يهم المتصرف إليه هو الضمان و الائتمان، أما إذا كان التصرف ناقل للملكية أو مرتب لحق عيني أصلي فإن الشيء المتصرف فيه محل اعتبار لدى المتصرف إليه لذلك لا نستطيع تطبيق المادتين (714)و(890) من قانون المدني لذلك يجوز للمتصرف إليه طلب فسخ عقد[2].

[1] - فوزي دفاس، المرجع السابق، ص 81-82.
[2] - المرجع نفسه ، ص 81-82

الفرع الثالث: تصرف الشريك في كل المال الشائع

إن الشريك إذا ما تصرف في كل العقار الشائع فإن ذلك قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق باقي الشركاء خاصة إذا كان هذا التصرف قد تم دون علمهم، ولبيان حكم مثل هذا التصرف فإنه يجب معرفة أمرين هما، حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع بين طرفيه وحكم تصرف الشريك في كل المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء [1].

أولا: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع بين طرفيه

لقد اختلف شراح القانون عند بيانهم لحكم تصرف الشريك في كل المال الشائع إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: تصرف صدر من مالك في حصته ومن غير مالك بقدر حصص الشركاء

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الشريك إذا تصرف في كل المال الشائع فإنه يكون قد تصرف فيما يملك بقدر ما يوازي حصته وفيما لا يملك بقدر ما يوازي حصص باقي الشركاء، فيكون صحيحا نافذا بين طرفيه في كل المال الشائع، ولكنه يكون قابلا للإبطال بالنسبة إلى كل من المتصرف إليه إذا لم يكن عالما بالشيوع، واعتقد أن ملكية المتصرف مفرزة وذلك على أساس أنه يعتبر واقعا في غلط في صفة جوهرية حصص باقي الشركاء على أساس التصرف في ملك الغير، وانتقد هذا الاتجاه لأنه يخالف حقيقة الملكية الشائعة وكيف أنها ترد على المال الشائع المتصرف فيه طوال فترة الشيوع وعليه لا يمكن لنا أبدا أن نسوي بين ملك شائع وبين ملك الغير لأن هذا الاخير مقتضاه أن لا يكون المتصرف مالكا للمال المتصرف فيه، في حين أن المتصرف في المال الشائع يعتبر مالكا لما يتصرف فيه إلا أنه لا يملكه وحده[2].

الاتجاه الثاني: تصرف صحيح بين طرفيه وغير نافذ في حق الشركاء

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تصرف الشريك في كل المال الشائع هو تصرف صحيح بين طرفيه، صدر من مالك على الشيوع ولا يمكن أن نعتبره تصرفا صادرا من غير مالك ويكون هذا التصرف قابل للإبطال على أساس الغلط الناتج عن جهل المتصرف إليه بعدم تملك الشريك المتصرف للمال مفرزا

[1]- عبد النور قتال، رشيد حاجي، المرجع السابق، ص 19.
[2]- بوبكر لبيض، **التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني** ، المرجع السابق ، ص 105-106.

ويكون لباقي الشركاء إما أن يجيزوا هذا التصرف أو يرفعوا دعوى استحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في المال المتصرف فيه [1].

ثانيا: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء

بالنسبة لحكم هذا التصرف بالنسبة لباقي الشركاء فإن المشرع الجزائري كما المشرع المصري واللبناني قد وضع قاعدة عامة تقضي بأن كل عمل من الأعمال التي يقوم بها الشريك منفردا على الشيء الشائع ويترتب عليها المساس بحقوق شركائه يكون غير نافذ في حقهم ويسري هذا الحكم على التصرف قبل القسمة وحتى بعدها [2].

وعلى هذا الأساس يمكن للشركاء استرجاع الشيء الشائع عن طريق الشفعة أو الاسترداد وهذا هو موضوع مذكرتنا بالتحديد الاسترداد كسبب من اسباب كسب الملكية العقارية، حيث سنفصل فيه أكثر في الفصل الثاني وسنتطرق إلى مفهومه وإجراءاته وآثاره.

[1]- بوبكر لبيض، المرجع السابق، ص 105-106.
[2]- حكيمة ممي ، المرجع السابق، ص 60-61.

الفصل الثاني:

أحكام حق الاسترداد في التشريع الجزائري

تمهيد:

الأصل في التصرف حرية الشخص في البيع لمن يشاء وأن يشتري ممن شاء، دون أن يعترض طريقه أي شخص وبما أن لكل قاعدة استثناء هنالك قيود ترد على هذه الحرية، من أهمها حق الاسترداد الذي يثبت عند تصرف الشريك المشاع في المجموع من المال الذي يحتوي على العقار والمنقول الشائع[1].

وقد اختلف مفهوم الاسترداد في الكثير من التشريعات فهنالك تشريعات لم تعطه تعريف خاص، مما أدى إلى وجود فراغ قانوني أدى إلى تصدي الفقه الفرنسي لهذا الفراغ وعرفه تعريف حظي بقبول الفقهاء.

كما له عدة أشكال فقد يكون الاسترداد لملكية منتزعة كما يكون الاسترداد لحيازة ملكية ،كذاك استرداد لملكية شائعة وهذا ما سنفصله في(الفصل الثاني)، بحيث سنتطرق لدراسة التعريف بحق الاسترداد (المبحث الأول)، ثم تحديد إجراءات الاسترداد (المبحث الثاني) وأخيرا الأثار المترتبة له (المبحث الثالث).

[1]- محمد عقوني، **الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع**، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ،جامعة بسكرة، العدد رقم 07جانفي 2018، ص 299.

المبحث الأول: التعريف بحق الاسترداد

الاسترداد بوجه عام هو حق منحه القانون للشريك يحل بمقتضاه محل المشتري الأجنبي في الجهة الشائعة المبيعة وذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوع، والمحافظة على أسرار الملكية الشائعة وبهدف المعالجة السليمة والدقيقة لكل المسائل المثارة بمناسبة التطرق لهذا الحق سيتم تناول تعريف حق الاسترداد وتحديد شروطه في (المطلب الأول) ثم تحديد مصدره في (المطلب الثاني) وتليه طبيعته القانونية مع تحديد نطاقه في (المطلب الثالث)، وبعدها تمييز بين حق الشفعة والاسترداد(المطلب الرابع)، وأخيرا نحدد موقف الفقه الإسلامي من حق الاسترداد (المطلب الخامس).

المطلب الأول: تعريف حق الاسترداد وتحديد شروطه

بما أن التعريف الدقيق والصحيح هو بداية المعالجة السليمة والصحيحة لكل المسائل المثارة، فإنه سيتم التطرق إلى تعريف حق الاسترداد في (الفرع الأول) بعدها تحديد شروط حق الاسترداد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف حق الاسترداد

للاسترداد العديد من التعريفات القانونية، وهذا ما سيتم تناوله في هذا الفرع حيث عرفنا الاسترداد من وجهة نظر المشرع الجزائري (أولا)، ثم المشرع المصري (ثانيا)، وأخيرا المشرع الفرنسي (ثالثا).

أولا: تعريف حق الاسترداد في القانون المدني الجزائري

عرّفت المادة (721) من التقنين المدني الجزائري حق الاسترداد من خلال نصها على ما يلي " **للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع 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 الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل الشريك في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه على كل ما انفقه، وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد نسبة حصته**".

ثانيا: تعريف حق الاسترداد في القانون المدني المصري

عّرفت المادة (833) من التقنين المدني المصري حق الاسترداد من خلال نصها على مايلي[1]:

"للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه".

ثالثا: تعريف حق الاسترداد في القانون المدني الفرنسي

يعّرف التقنين المدني الفرنسي ثلاثة (03) أنواع من الاسترداد المحددة في المواد (841) المتعلقة بالاسترداد الوراثي، والمادة (1699) المتعلقة باسترداد الحقوق المتنازع فيها، والمادة (1408) التي تعطي المرأة حق استرداد لحصة الشائعة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة فيه بعد انفصالها، حيث نصت المادة (841) من القانون مدني الفرنسي على أن **"لورثة المتوفي أو لأحدهم أن يخرجوا من القسمة كل شخص من غير ورثة المتوفى ولو كان قريبا منه، تنازل إليه أحدهم عن حصته في الميراث، وذلك بأن يردوا إليه ما دفعه ثمنا للحصص المبيعة "**[2].

والملاحظة التي تثور في هذا الصدد هي أن تعريف المشرع الجزائري لحق الاسترداد جاء مطابق لتعريف المشرع المصري

كما تجدر الاشارة الى أن المشرع المصري خالف المشرع الفرنسي في حق الاسترداد من وجوه مختلفة، منها أن هذا الحق مقصور في فرنسا على الشيوع الوراثي وهو جائز في مصر أيا كان سبب الشيوع، ويرد الاسترداد في مصر الى جانب من مجموع من المال وفي المنقول الشائع القائم بذاته، وفي فرنسا يصح استعمال حق الاسترداد في أية معاوضة ولو لم تكن بيعا، أما في مصر فلا يصح استعمال الحق إلا في البيع، وبالنسبة للمواعيد استعمال حق الاسترداد في فرنسا ليس لها مواعيد معينة، أما في مصر فيتعين استعماله خلال مدة معينة [3].

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الثامن، ، دار النشر الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة ،الطبعة الثالثة، ص850.

[2]- أنظر ، مخازني فايزة، **تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة**، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، ، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2004-2005، ص62

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 851.

الفرع الثاني: شروط حق الاسترداد

للاسترداد عدة شروط منها، أن يكون عقد تام واردا على حصة شائعة (أولا)، كما يجب أن يكون البيع لأجنبي وأن يكون المسترد أحد شركائه (ثانيا)، وأخيرا يجب أن تكون الحصة الشائعة في منقول شائع أو مجموع من المال (ثالثا).

أولا: وجود عقد تام وارد على حصة شائعة

فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع في مرحلة التمهيد ولو صدر إيجاب ملزم، ولا في الهبة أو الوصية أو المقايضة أو في غير ذاك من التصرفات التي لا تكون بيعا، على أن يتم البيع اختيارا أي الممارسة فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع جبرا بالمزاد تنفيذا لحجز أوقعه دائن الشريك، أو بمزاد تم وفقا لأحكام القانون إذ كان للمسترد الدخول فيه[1].

ويجب أن يكون المتصرف قد تصرف في حصة شائعة من المال الشائع وليس حصة مفرزة لانتفاء حكمة الاسترداد ولأن نص المادة صريح في اشتراط ذلك [2].

وهذا يعني ان الاسترداد لا يجوز اذا كان البيع واردا على جزء مفرز، لأنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، فلا يمكن للمشتري أن يكون شريكا وفي هذه الحالة تنتفي الحكمة من حق الاسترداد [3].

ثانيا: يجب أن يكون البيع لأجنبي وأن يكون المسترد أحد الشركاء

يشترط أن يكون المتصرف إليه أجنبيا عن الشركاء وهذا لانتفاء حكمة الاسترداد ،فاذا اشترى أجنبي عدة حصص شائعة فإنه يحق للشريك أن يسترد الحصص المبيعة كلها لحلول دون دخول الأجنبي بينهم، فلا يجوز تجزئة حق الاسترداد حتى تتحقق حكمة من الأخذ به، وهو منع الضرر الذي يتحقق بدخول الأجنبي كشريك مع بقية الشركاء[4].

ويجب أن يكون المسترد شريكا في المال، وأن تثبت له هذه الصفة عند بيع الحصة التي يريد استردادها وأن يبقى شريكا حتى يتم الاسترداد أو ترفع به الدعوى، ويثبت هذا الحق للخلف العام كالوارث والخلف الخاص كالمشتري، كما لا يجوز الاسترداد إذا تمت القسمة فإن كانت دعوى

---

[1] - أنور طلبة ، **الملكية الشائعة**، بدون جزء ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، دون طبعة ،ص 145.

[2]- فايزة مخازني، **تصرف الشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة)**، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، مذكرة ماجستير، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2005/2004، ص 63.

[3] - بوبكر لبيض، **حق استرداد حصة شائعة في القانون المدني الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 02، ديسمبر 2016، ص04.

[4]- محمد عقوني، **الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع** ، المرجع السابق، ص 305.

الاسترداد قد رفعت تعين القضاء بعدم قبولها ،وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد نسبة حصته، وهذا حق شخصي فلا يجوز لدائني الشريك استعمال حقه في الاسترداد[1].

ثالثا: يجب أن تكون الحصة الشائعة في منقول شائع أو مجموع من المال

يجب أن يكون المال الشائع منقول أو مجموع من المال، فحق الاسترداد يقتصر على المال التصرف في المنقول أما إذا كان التصرف واردا على عقار فإنه للشركاء الحق في الأخذ بالشفعة، ويثبت حق الاسترداد كذلك في حالة التصرف في حصة شائعة في مجموع من المال كالأعيان المكونة لتركة بما تشمله من حقوق عينية عقارية ومنقولة وعناصر المحل التجاري[2].

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أضاف إلى محل الاسترداد "العقار الشائع" كما هو منصوص عليه في المادة (721) من القانون المدني، أما المنقول الشائع أو المجموع من المال المنقول فلا يمكن أن يحل الشريك محل المشتري عن طريق الشفعة أو أي طريق أخر، لذلك أنشأ المشرع الجزائري طريق الاسترداد كرخصة لاسترجاع الحصة الشائعة المباعة [3].

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا برفض دعوى الاسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي، بدعوى أنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يتتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم يكونون قد خرقوا نص المادة (721) من التقنين المدني الجديد الذي يقر بحق الورثة في الاسترداد[4].

كذلك اعتمادا على قرار المؤرخ 1998/03/25 فقد نقض قرار المجلس الذي رفض دعوى حق الاسترداد على عقار شائع [5].

لكن انتقد قرار المحكمة العليا من عدة جهات وذلك أن حق الاسترداد لا يكون في عقار ومن بين هذه الانتقادات:

1- قصد المشرع يتجه إلى تطبيق الاسترداد في المنقول المعين أو المجموع من المال، ولم يتجه قصده إلى تطبيق الاسترداد في العقار المعين بذاته، وإلا ما الحكمة من تقرير حق الشفعة.

---

[1]- أنور طلبة، المرجع السابق، ص 141-142.
[2] - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 135.
[3]- حواسين كريمة، **الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري**، مذكرة ماستر في القانون ،عقود ومسؤولية، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 39.
[4] - فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 64.
[5] - كريمة حواسين، المرجع السابق ص 39.

2- الأخذ برأي الذي يجيز الاسترداد في العقار المعين بالذات يجعل نطاق حق الشفعة يتداخل مع نطاق حق الاسترداد، وهذا ما يؤدي الى احتمال التضارب بين النصوص القانونية قائما، وعلى ذلك لا يمكن تطبيق حق الاسترداد على العقار المعين بل تطبق عليه أحكام الشفعة،

3- إن نص المادة 721 مأخوذة من المادة 833 من التقنين المدني المصري وقد أجمع شراحه على عدم ثبوت الاسترداد في العقار المعين بالذات، وهذا ما أيدته محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها منها الطعن رقم 16-02-1956 الذي قضت فيه بعدم جواز ممارسة الاسترداد في العقار الشائع المعين بالذات، ولو كان كل التركة وأقرت ثبوت حق الشفعة في هذه الحالة وان الاعتداد بهذا الرأي يجعل نطاق الشفعة متداخلا مع نطاق الاسترداد، ومما يجعل التضارب بين النصوص القانونية قائما، وهو ما كان يعرفه التقنين المصري القديم الذي لم يكن يحدد نطاق الاسترداد مما احدث اختلافات فقهية كبيرة، ونجم عنه اضطراب غير مسبوق للقضاء المصري[1].

ولهذه الانتقادات لا يمكن القبول بتطبيق حق الاسترداد على العقار المعين، وانما يسري عليه نظام الشفعة، في حين يسري هو على المنقول الشائع والخليط من المال العقار والمنقول، حتى لو كان البيع منصبا فقط على جزء من الحصة الشائعة في مجموعها كربعها أو نصفها لثبوت حكمته [2].

وهذا ما حدد في نطاق حق الاسترداد وهذا النطاق هو الذي يحدد شروط الاسترداد، فحق الاسترداد لا يرد إلا في المنقول شائع قائم بذاته، وإلا في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المال على عقار، فالعقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلا لحق الاسترداد، وإنما هو محل لحق الشفعة وحق الشفعة هو الذي يرد حتى ولو كان سبب الشيوع في العقار هو الميراث، وحتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث، ومثال ذلك إذا باع أحد الورثة لأجنبي حصته الشائعة في عقار معين بالذات ولو كان هذا العقار داخلا في التركة، أو كان هو كل التركة فإن أخذ باقي الورثة لهذ الحصة من الأجنبي يكون عن طريق الشفعة لا عن طريق الاسترداد[3].

وقد كان القضاء في عهد التقنين المدني السابق قد استقر بعد تردد على قصر حق الاسترداد على المجموع من المال دون المنقول المعين بالذات ،حيث أن المنقول المعين بالذات لم يحدد فيه لا استرداد ولا حق الشفعة، والعقار المعين بالذات جعل فيه حق الشفعة دون حق الاسترداد ،

[1]- فوزي دفاس ، **تنظيم الملك المشاع في القانون المدني**، شهادة ماجستير في القانون ،عقود ومسؤولية، ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011-2012، ص 73.
[2] - فوزي دفاس، المرجع نفسه، ص 65 - 66.
[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 852 – 853.

أما التقنين المدني الجديد فهو صريح في مادته(833) من القانون المدني المصري، فإن حق الاسترداد يرد في المجموع من المال وفي المنقول المعين بالذات ومن الأمثلة ذلك [1]:

1/عن مجموع من المال هو التركة والمتجر، فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة لأجنبي، كان لباقي الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق الاسترداد، حتى ولو كانت التركة تشمل على عقارات كما سبق القول مادامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال، وإذا باع أحد أصحاب المتجر حصته الشائعة في المتجر لأجنبي كان لباقي اصحاب المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق الاسترداد.

2/عن المنقول الشائع المعين بالذات، وهو غير المندمج في مجموع من المال كالسيارات والحلي والجواهر والأواني وأثاث المنزل.

وإذا تحدد نطاق الاسترداد على هذا النحو فإن الشروط الواجب توافرها ذكرناها في المطلب الأول في الفرع الثاني من هذا البحث، والمتمثلة في وجود عقد تام وارد على حصة شائعة وأن يكون البيع لأجنبي وأن يكون المسترد أحد الشركاء وأخيرا أن تكون الحصة الشائعة في منقول شائع أو مجموع من المال .

المطلب الثاني: مصدر الاسترداد

لقد اختلفت أراء الفقه والقضاء في مأخذ المادة التي تنص على استرداد الحصة الشائعة ويمكن حصر أرائهم فيما يلي:

الفرع الأول: تطابق مادتين من القانون المصري والفرنسي في البيوع التي تقع في حصص شائعة.

إن المادة (462) من القانون المدني المصري مأخوذة من المادة (841) من القانون المدني الفرنسي التي أباحت للورثة أن يأخذوا بطريق الاسترداد الحصة الشائعة التي يبيعها الورثة لأجنبي ، و أصحاب هذا الرأي يقولون بأن المادة (462) هي بعينها نفس المادة (841)، ولكنها مع ذلك لا تطبق فقط في البيوع التي تقع في التركات بل تتناول البيوع التي تقع في الشركات وهذه البيوع هي التي تقع في حصص شائعة في مجموع حقوق والتزامات الشركة أو التركة فلا تنطبق إذن في حالة بيع حصة شائعة

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق ، ص 852 – 853.

في عقار معين من شركة أو تركة.[1]

ويؤيد أصحاب هذا الرأي قولهم بأنه لا يظهر في نص المادة (462) من القانون المدني أن المشرع قصد منها حكمة تخالف ما رآه المشرع الفرنسي في نص المادة (841) من القانون المدني ولو أنه بسط حكمها فجعلها تشمل الشركات و التركات وأنه لو قيل بعكس ذلك لتعارض مع حق الشفعة المقرر للشريك في العقار ولأدى ذلك إلى القول بتكليف الشفيع بإجراءات معينة وخضوعه لقيود عديدة ليس المسترد مكلفا بها ولا خاضعا لها في طلب العين المبيعة وهو عيب يجب تنويه المشرع عنه ولأنه لا يمكن التوفيق بين النصين إلا باعتبار نص المادة (462) من القانون المدني المصري نفس نص المادة (841)من القانون المدني الفرنسي مع التوسع في تطبيقها بحيث تشمل الشركات والتركات لأن الحكمة فيهما واحدة وهي عدم نفوذ الأجنبي إلى أسرار العائلات أو الشركات .[2]

الفرع الثاني : اكتساب حصة شائعة بكل أنواع الشيوع.

يرى أن حق الاسترداد في الحصة الشائعة ليس منقولا عن القانون الفرنسي ولا يوجد دليل على هذا كما يرى أن حق الاسترداد إنما أدخل على القانون الفرنسي لأنه لا يوجد فيه حق عام كحق الشفعة الذي يطبق في حالة الاشتراك على الشيوع في ملك من غير بيان سببه فلا محل إذن للقول بوجود حق منفصل ليستعمله الشركاء على الشيوع في مثل هذا الأحوال التي يستعمل فيها حق الاسترداد الوراثي في فرنسا والمادة نقلت من القانون الفرنسي، ولكن على سبيل الاطراد أي من غير أن يقصد منها الغرض الذي وضعت له في فرنسا حيث أن المشرع الجزائري قد بدل تركيب المادة (841) من قانون الفرنسي بما يدل على أنه أراد تغير حكمها لجعلها تشمل كل أنواع الشيوع ولذا أطلق لفظ "الحصة الشائعة " بعكس ما جاء به المشرع الفرنسي حيث قيدها بأن تكون شائعة في الميراث.[3]

[1] - محامي مصري، **أحكام الاسترداد في الشيوع على ضوء القانون المصري** ، نقلا عن الموقع: egypt.lawyer .com . بتاريخ 2022/07/12، الساعة 09.45

[2] - محامي مصري ، المرجع نفسه .

[3] - محمد عقوني، **تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري** ،دون جزء ، دار الهومة، بسكرة ،سبتمبر 2020 ، دون طبعة ، ص 145-147.

الفرع الثالث: استرداد الزوجة للحصة الشائعة التي اشتراها زوجها في عقار لها .

هذا الرأي ينص على أن المادة (462) من القانون المدني المصري مأخوذة من نص المادة (1418) من القانون المدني المصري التي جعلت للزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التي يشتريها زوجها في عقار لها فيه ملك شائع.[1]

ويبدوا أن الرأي الراجح بعدما عرضا مختلف ما ذهب اليه الفقه هو ما جاءت به محكمة الاستئناف الأهلية المصرية، بأن حق الاسترداد للحصة الشائعة مأخوذ مما جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة (841) التي أباحت للورثة أن يأخذوا بطريق الاسترداد الحصة الشائعة أو بعضها والتي يتنازل عنها أحدهم في الشركة بلا تعين لأجنبي من أجل الحلول دون دخول الأجنبي كشريك وبذلك عدم نفوذه إلى أسرار العائلات، والمعلوم أن الشفعة غير موجودة في القانون الفرنسي لهذا اضطر المشرع أن ينص على المادة (841) للحكمة السالفة الذكر، فأخذها المشرع الجزائري بعد أن اطلقها من قيدها ووسع من نطاق حكمها في الشركات كما في التركات، فالمشرع أراد قاعدة جديدة لها حكمة تختلف عن تلك التي وضعت القاعدة المقابلة لها في القانون الفرنسي، ومتى ما يقرر هذا أصبح من اللازم عدو التوسع في استعمال حق الاسترداد ووجوب حصرها في الحالة التي اقتضت حكمة المشرع الفرنسي من وضع المادة (841) من أجلها بجعلها قاصرة على حق الشريك في الشركات والتركات قبل قسمتها كالتي كان البيع حاصلا في غير عين معينة، أما إذا كان في عين معينة فقط بطلت حكمة المشرع في الحلول دون دخول الأجنبي كشريك ونفوذه إلى سر العائلة وعليه ينقلب المسترد إلى شفيع ويجب عليه أن يلجأ إلى أحكام المتعقلة بالشفعة .[2]

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لحق الاسترداد ونطاقه

لقد اختلفت الكثير من الآراء من حيث تكيف القانوني لحق الاسترداد، فهنالك الكثير من يراه بأنه إعادة بيع من المشتري وهنالك من يراه حلول المسترد محل المشتري في العقد وهذا ما سنوضحه في (الفرع الأول)، كما اختلفت الكثير من التشريعات حول نطاقه وذلك من يراه أن الاسترداد يكون في المنقول فقط، وهنالك من يراه في مجموع من المال حتى ولو كان عقارا وهذا ما سنوضحه في (الفرع الثاني).

[1]- محامي المصري : المرجع سابق .
[2]- محمد عقوني، **تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري**، المرجع السابق ، ص 145-147.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لحق الاسترداد

ذهب بعض الفقهاء إلى تكيف الاسترداد على أنه اعادة بيع من المشتري الى المسترد، حيث أن البائع باع حصته الشائعة الى المشتري، والذي بدوره يبيعها الى المسترد، غير أن هذا القول يتعارض مع ما ذهب إليه أغلب الفقه الفرنسي، كما يتعارض مع ما جاء في المادة (721) من القانون المدني الجزائري التي تنص صراحة على ما يلي: **"...ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ".**

وبناء على ما جاء به المشرع في نص المادة، فإن الاسترداد هو احلال المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع، ويصبح هو المشتري مباشرة من البائع، له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته ويكون ذلك الحلول بأثر رجعي، ويختفي بذلك شخص المشتري ولا يبقى إلا البائع والمسترد، حيث يعتبر وكأن البائع قد باع حصته الشائعة منذ البداية إلى المسترد وهذا التكيف الأقرب إلى الصواب والذي يستشف من نص المادة (721) المذكورة أعلاه [1].

الفرع الثاني: نطاق تطبيق حق الاسترداد

إن حق الاسترداد لا يرد إلا في منقول شائع قائم بذاته أو في مجموع الملك المشترك ولو اشتمل على عقار، فلو باع أحد الشركاء حصته الشائعة في سيارة جاز لباقي الشركاء أو أحدهم استردادها، كذلك لو باع أحد الورثة حصته الشائعة في تركة جاز لبقية الورثة حق استردادها حتى ولو كانت التركة تشتمل على عقار، كذلك لو باع أحد الشركاء حصته في متجر كان لباقي الشركاء الحق استرداد هذه الحصة من أجنبي،

أما إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار معين فالوسيلة هي الشفعة ولا يجوز اللجوء إلى الاسترداد ولو كان العقار المعين هو كل المال الشائع، وعلى العكس من ذلك لو كانت الحصة المبيعة حصة شائعة في مجموع الملك المشترك جاز اللجوء إلى الاسترداد ولو كان هذا المجموع يشتمل على عقارات، ولهذا قضت محكمة النقض من أنه : "... متى كانت الحصة الشائعة التي باعها الوارث هي حصة في عين معينة وليست حصة في مجموع مشتملا<ت التركة بما لها وما عليها من حقوق والتزامات فإنه لا يكون لباقي الورثة حق في طلب الاسترداد استنادا إلى المادة (462) من القانون

[1] - محمد عقوني، **تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري** ،المرجع السابق، ص 10-11.

المدني قديم المادة (833)من القانون المدني الجديد ولو كانت العين المبيعة هي كل ما تركه المورث على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة"،

هذا يختلف التقنين المدني الحالي عن التقنين السابق فقد كان التقنين السابق يقصر حق الاسترداد على المجموع من المال أو الحصة الشائعة في العقار المعين يصعب على المشتري تسلمها بدون أن يطلع على أسرار التركة أو الشركة، ولم يتناول المنقول إلا أن التقنين السابق عدل عن هذا الاتجاه بعد أن رأى تضارب الأحكام القضائية فاستقرت محكمة النقض في حكمها الصادر في 21نوفمبر 1946 بقصر حق الاسترداد على مجموع من المال دون الحصة الشائعة في عقار معين إلا أنها لم تتناول المنقول فراعى التقنين الجديد ذلك خاصة أن الشركاء محرمون من الأخذ بالشفعة في بيع المنقول[1].

المطلب الرابع: الفرق بين حق الشفعة وحق الاسترداد

يمكن تحديد الفرق بين حق الشفعة وحق الاسترداد من خلال ستة (06) أوجه الأول من حيث المحل (الفرع الاول) والثاني من حيث السبب (الفرع الثاني) والثالث من حيث الإجراءات (الفرع الثالث) و (الرابع) من حيث الحكم الصادر فيها (الفرع الرابع) و (الخامس) من حيث الأثار المترتبة عن هذا الحق (الفرع الخامس) و (السادس) من حيث المصدر وحكمته (الفرع السادس).

الفرع الأول: من حيث المحل

بالنسبة للشفعة يثبت في بيع حصة الشائعة أو المفرزة في الملك التام لعقار أو المنفعة، أما محل حق الاسترداد فهو بيع حصة شائعة في منقول، أو في مجموع من المال المنقول أو العقار ولا يجوز في حق الانتفاع وينحصر حق الاسترداد في الشريك في الشيوع فقط بخلاف ذلك في حق الشفعة الذي يكون للشريك في الشيوع ومالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع [2].

[1]- جمال خليل النشار، **تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء** ، دون جزء ، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة الاسكندرية ،1999 ص 141-143.
[2]- محمد عقوني، **الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع**، المرجع السابق ص 302.

الفرع الثاني: من حيث السبب

يقوم الاسترداد على سبب وحيد هو الشركة في الشيوع عند بيع أحد الشركاء حصته الشائعة إلى أجنبي غريب عن الشركاء، بينما تتعدد أسباب الشفعة لتضم "تفرق عناصر الملكية "، و"الجوار"، بالإضافة إلى "الشركة في الشيوع " وذلك السبب الذي تشترك فيه الشفعة والاسترداد[1].

الفرع الثالث: من حيث الاجراءات

تختلف الشفعة عن الاسترداد في الإجراءات المتبعة، حيث لا يشترط ايداع الثمن في خزينة المحكمة بالنسبة لحق الاسترداد، أما بالنسبة لحق الشفعة يشترط ايداع الثمن في خزينة المحكمة [2].

الفرع الرابع: من حيث الحكم الصادر فيها

بالنسبة لحق الاسترداد حكم له أثر رجعي لأنه حكم مقرر، أما حق الشفعة فحكمه ليس له أثر رجعي لأنه حكم منشئ [3].

الفرع الخامس: من حيث الأثار المترتبة عن الحق

بالنسبة لحق الاسترداد يستفيد المسترد من الأجل والتقسيط في دفع الثمن ، أما حق الشفعة لا يستفيد الشفيع من الأجل والتقسيط وانما يلزم تعجيل الثمن [4].

الفرع السادس: من حيث المصدر وحكمته

بالنسبة للمصدر حق الاسترداد القانون الفرنسي، أما بالنسبة لحق الشفعة الشريعة الاسلامية

و بالنسبة لحكمتها في حق الاسترداد حفض أسرار التركات وكف الجانب على النفاذ اليها وجعل الورثة في مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلي، أما بالنسبة لحق الشفعة رفع ضرر شريك جدير أو جار طارئ [5].

---

[1]- حسن كيرة ، **الموجز في أحكام القانون المدني**، دون جزء منشأة المعارف، مصر 1998، الطبعة الرابعة، ، ص 522.

[2] - محمد عقوني ، **تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، ص160

[3] - المرجع نفسه ، ص 160

[4] - المرجع نفسه ، ص160

[5] -عبد الوهاب عرفة ، **القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع**، دون جزء، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية ،دون سنة ، دون طبعة، ص 73.

المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من حق الاسترداد

إننا نعني بحق الاسترداد حلول الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع المال الشائع يحوي عقارا محل المشتري للحصة الشائعة والتي باعها شريك غيره لأجنبي، وقلنا أن هذا الحق استثنائي لأن فيه جزءا عن القواعد العامة فلا يرد إلا بنص،

أما الفقه الاسلامي فإن له نظاما يشبه إلى حد ما حق الاسترداد، ألا وهو حق الشفعة وهو حق شرع لرفع الضرر ودفعه عن الشريك كما قال ابن قدامة في المغني **"ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر"** وقال ابن رشد **"وايضا فإن الشفعة انما هي لإزالة الضرر"** وإذا كان جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة لا يجيزون الشفعة في المنقول، فإن هنالك من أجازها من الفقهاء كعطاء ابن أبي رباح [1].

وابن حزم الذي اجاز الشفعة في كل شيء حيث نص **" الشفعة واجبة في كل شيء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من اي شيء كان مما ينقسم ومما لا ينقسم من ارض، أو شجرة واحدة فأكثر، أو عبدا، أو ثوب، أو أمة أو من سيف أو من طعام أو من حيوان، أو من أي شيء بيع لا يحل لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه.....” وهذا** الرأي وما ينتج عنه من أحكام هو في الحقيقة قريب جدا من القول بحق الاسترداد[2].

[1]- بوبكر لبيض، **التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون المدني**، ، مذكرة ماجستير، شريعة وقانون، المعاملات المالية ،كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية ، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة ، 2015/2014، ص 126-127.

[2] - المرجع نفسه، ص 127.

المبحث الثاني :إجراءات الاسترداد

لقد نص المشرع الجزائري في المادة (721) من القانون المدني الجزائري عن إجراءات لابد أن تتوفر ليثبت حق الاسترداد، وذلك من أجل توفير الحماية اللازمة لحقوق الشركاء من جهة ،وضمان استقرار المعاملات من جهة ثانية [1].

وتتمثل هذه الإجراءات في ميعاد الاسترداد (المطلب الأول) ثم كيفية الحصول على الاسترداد(المطلب الثاني)، وأخيرا متى يتم الاسترداد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ميعاد الاسترداد

لقد قيد المشرع حق الاسترداد بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع معلقا مدة طويلا [2].

ويجب أن يكون طلب الاسترداد قبل القسمة، وخلال ثلاثين يوما (30) من تاريخ علم الشريك بالبيع أو تاريخ إعلانه بهذا البيع [3].

فيجب على المسترد أن يعلن إلى البائع والمشتري رغبته في الاسترداد خلال هذه المدة [4]، ولم يشترط القانون أن يكون الاعلان رسميا كما في الشفعة فيصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل او حتى شفوي، ويقع عبئ إثبات علم الشركاء بالبيع على البائع، والمشتري وإذا ثبت علم الشريك بالبيع فيجب عليه أن يعلن رغبته في الاسترداد في ظرف ثلاثين يوما(30) من تاريخ العلم واعلان الرغبة يوجه إلى البائع والمشتري معا، فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما (30) ولم يطلب أي من الشركاء الاسترداد أو طلبه أحدهم ولكن وجه الإعلان إلى البائع دون المشتري أو العكس، فإن حق الاسترداد يسقط وبيع الحصة الشائعة يصبح باتا [5].

---

[1]- بوبكر لبيض، **التصرف في المال الشائع شيوعا إختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، المرجع السابق، ، ص 122

[2]- نبيل إبراهيم سعد، **الحقوق العينية الأصلية**، دون جزء ،منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، الطبعة الأولى ،ص 138.

[3] - محمد عقوني، **الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع**، المرجع السابق، ص 306.

[4] - محمود جمال الدين زكي، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، دون جزء ، مطبعة جامعة القاهرة، 1978،دون طبعة ص 138.

[5] - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 151.

المطلب الثاني: كيف يحصل الاسترداد

يتم الاسترداد الحصة الشائعة المبيعة من قبل الشريك الذي علم بالبيع أو من قبل باقي الشركاء خلال مدة الشهر من تاريخ العلم أو الإعلام بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع الشريك المتصرف، والمشتري الأجنبي المتصرف له حسب نص المادة (721) من المدني الجزائري[1].

ويجب على الشريك وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة، أن يعرض استعداده في الإعلان الذي يطلب فيه الاسترداد ،لدفع الثمن والفوائد والمصروفات، ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا، بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع، أو للمشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع، فإذا استّرد الشريك الحصة الشائعة المبيعة على النحو الذي قدمناه، بأن أعلن كلا من البائع والمشتري باسترداده لهذه الحصة وباستعداده لدفع المقابل، فإنه لا يبقى بعد ذلك إلا أن يسلم المسترد الحصة الشائعة وأن يدفع المقابل إما للبائع اذا كان هذا لم يتسلم شيئا من المشتري، أو للمشتري نفسه إذ كان دفع الثمن للبائع [2].

المطلب الثالث: متى يتم الاسترداد

يتم الاسترداد بمجرد إعلان الشريك المسترد استرداده للحصة الشائعة المبيعة لكل من البائع والمشتري. فإذا تم الإعلان لكل من هذين الاثنين، فقد تم الاسترداد وأصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته، مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل الملكية العقار إذا كانت الحصة الشائعة في مجموع من المال يشتمل على عقارات أو المنقول والمتمثلة في التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية [3].

ومتى تم الاسترداد وفقا للأشكال المحددة بنص المادة (721) قانون مدني حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته بأثر رجعي أي من وقت البيع، ويعتبر ذلك كانه هو المشتري ويترتب عن ذلك عدم الاحتجاج بأي تصرف يكون قد أجراه المشتري ضد المسترد وتتطهر الحصة محل الاسترداد من كل قيود التي رتبها المشتري عليها، إذ تعود خالصة للمسترد وبالمقابل فإن المشتري لا يلتزم بضمان الاستحقاق وإنما البائع هو الملزم بذلك،

---

[1]- طاهر تمدراري، نضرة قماري بن ددوش ، **أثر بيع الشريك لحصة شائعة في العقار بين الشفعة و الاسترداد في القانون المدني**، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية المجلد 12،جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم الجزائر، العدد02 القسم (أ) العلوم الاقتصادية والقانونية ، ص 353

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 859-860.

[3] - المرجع نفسه ، ص 860.

أما المسترد فإنه يلتزم بدفع الثمن للبائع إذا كان المشتري لم يدفع ثمن الحصة محل الاسترداد لكون العلاقة أصبحت مباشرة بين البائع والمسترد ويستفيد هذا الاخير (المسترد) من جميع شروط وبنود عقد البيع بما فيها الدفع بالتقسيط إذا كان محل بند في عقد البيع والثمن الملزم بدفعه المسترد هو الثمن الحقيقي المعبر عنه في العقد حتى وان كان أقل من الثمن المتفق عليه وفي الاخير يلتزم البائع قبل المسترد بنقل ملكية الحصة الشائعة محل الاسترداد سواء كانت منقول معين بالذات، أو حصة شائعة في مجموع المال الذي يشتمل على عقار[1].

وفي حالة امتناع من يحوز الحصة الشائعة سواء كان البائع أو المشتري من تسليمها إلى المسترد، يجوز لهذا الأخير رفع دعوى قضائية يطالب فيها ثبوت حق الاسترداد والتسليم، كما أنه إذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات كان للبائع أو المشتري أن يرفع دعوى لإلزام المسترد بالدفع، وبالتالي جعل المشرع الجزائري الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة بعدما قضى بأن يتم حق الاسترداد بتصريح يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشتري، وهذا ما نصت عليه المادة (721) صراحة بما يلي: **"ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ الى كل من البائع والمشتري."**

فالاسترداد حق معلق على شرط واقف، وهو دفع المسترد الثمن وملحقاته، فإن امتنع عن ذلك في الميعاد المحدد الذي تقره المحكمة يحق لكل من البائع والمشتري بدفع دعوى على المسترد ،باعتبار أن الاسترداد كأن لم يكن، لتخلف الشرط الواقف وهذا ما نصت عليه المادة (721) من القانون المدني الجزائري بما يلي: **"ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه "**[2].

[1]- وهاب عياد، **التصرف في الملكية العقارية الشائعة**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2007-2008 ص 26-27.

[2] - محمد عقوني، **تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، ص 10-11.

المبحث الثالث: الأثار المترتبة على الاسترداد

لمعرفة الأثار المترتبة على حق الاسترداد قسمنا هذا المبحث إلى 3 مطالب، وقد أشرنا من قبل إلى أن حق الاسترداد لا يخرج عن كونه عملية حلول شخصي وليس إعادة لبيع الحصة الشائعة، وفضلا لما له من أثر رجعي ومن ثم فإنه إذا تم الاسترداد بالتراضي أو بالقضاء فإنه يترتب على ذلك نتائج هامة في هذا الصدد يجب التفرقة بين الاثار المترتبة على علاقة المسترد بالمشتري (المطلب الاول)، وعلاقة المسترد بالبائع (المطلب الثاني)، وأخيرا علاقة البائع بالمشتري (المطلب الثالث) [1].

المطلب الأول : علاقة المسترد بالمشتري

لما كان الاسترداد مجرد حلول المسترد محل المشتري بأثر رجعي أي من تاريخ التصرف فإنه يترتب على ذلك اعتباره مشتري الحصة منذ البداية فتمحى رابطة الاستخلاف بينه وبين المشتري لتقوم بينه وبين البائع، ولا يعتبر خلف خاص للمشتري بل يعتبر خلف خاصا للبائع الذي تربطه به علاقة مباشرة وهو ما يترتب عليه ما يلي:

أولا: التزام المسترد بدفع الثمن

إذا لم يكن البائع قد أخذ الثمن من المشتري فإن المسترد ملزم بدفعه للبائع، وإذا كان الثمن مؤجل أو بأقساط فإن المسترد يستفيد من الأجل الممنوح للمشتري إزاء ذلك الثمن. 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 حفض المال الشائع أو إداراته وحتى مقابل ذلك يكون للمشتري الحق في كل الثمار الذي حصّلها المشتري منذ البيع إلى تمام الاسترداد[2].

[1]- محمد عقوني، **تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، ص 160.

[2]- كهينة بن أحمد، بن عيسى نجاة، **تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة** مذكرة ماستر ، قانون الخاص الشامل، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ،2016 -2017، ص 103-104.

ثانيا: سقوط الحقوق التي رتبها المشتري على الحصة الشائعة بين البيع والاسترداد

كحق الانتفاع أو الرهن، لأن الاسترداد يطهر المبيع من هذه الحقوق طبقا للأثر الرجعي له، وهو أثر غاية في الأهمية، إذ لا يجعل هذه التصرفات حجة على المسترد، مما يحفظ فائدة تقرير حق الاسترداد[1].

ثالثا: عدم التزام المشتري بضمان الاستحقاق للمسترد

ما دام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع، فالمشتري لا يلتزم له بضمان الاستحقاق والذي يلتزم بهذا الضمان هو البائع، فإذا استحقت الحصة الشائعة رجع المسترد على البائع بالضمان، وإذا كان المسترد مهددًا بالاستحقاق، فليس له أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للمشتري بالثمن وملحقاته لأن المشتري ليس هو الملزم بالضمان، وعلى العكس من ذلك للمسترد أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للبائع بالثمن إذا كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشتري، وذلك لأن البائع هو الملزم بالضمان [2].

المطلب الثاني: علاقة المسترد بالبائع

يقع على المسترد اتجاه البائع بكل ما يترتب عن العقد من حقوق والتزامات، لأنه هو الذي يحل محل المشتري طبقا للمادة (721) من قانون المدني الجزائري وعلى ذلك يقع على المسترد دفع الثمن للبائع، ويقع على البائع التزام بنقل الملكية إلى المسترد [3].

ويفرق في هذا الصدد بين إذا ما كان المبيع حصة شائعة في منقول معين بالذات أو ما كان حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار[4]:

الحالة الأولى: تنتقل الملكية إلى المسترد مباشرة من وقت انعقاد العقد طبقا للأثر الرجعي للاسترداد.

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 الاسترداد فإن الملكية تنقل إلى المسترد من تاريخ الاسترداد 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 للاسترداد هو حماية المسترد من التصرفات التي قد يجريها المشتري إلى حين تمام الاسترداد، لأنه إذا لم يسجل المشتري عقد البيع وقام بأي تصرف على

[1]- فايزة مخازني ، المرجع السابق، ص 72.
[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 55.
[3]- فوزي دفاس: المرجع السابق، ص 74 .
[4] - كهينة بن أحمد، نجاة بن عيسى، المرجع السابق، ص 106-107.

الحصة الشائعة المبيعة فإنه يعتبر تصرف في ملك الغير ولا يحتج به في مواجهة المسترد لعدم تملكه إلا من تاريخ تسجيل الحكم المكسب للاسترداد.

المطلب الثالث: علاقة بين البائع والمشتري

ذكرنا سابقا أن المسترد يحل محل المشتري وذلك في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع، وعلى هذا الاساس فإن العلاقة التي كانت قائمة بين البائع والمشتري يحكم عليها بالزوال، وهذا الزوال يكون بأثر رجعي وبالتالي يكون حكمها كحكم المعدوم ويترتب على هذا ما يلي[1]:

أولا: زوال حقوق المشتري تجاه البائع

تزول كل الحقوق التي كانت للمشتري تجاه البائع، وذلك لأنها أصبحت للمسترد، ولا يجوز للمشتري أن يطالب البائع بأي حق من الحقوق التي كان قد اكتسبها بسبب عقد البيع، سواء أكان نقل الملكية، أو ضمان الاستحقاق أو أي حق من الحقوق .

ثانيا: زوال التزامات المشتري تجاه البائع

كل التزامات التي تشغل ذمة المشتري تجاه البائع، يكون حكمها الزوال لأن هاته التزامات أصبحت مشغولة بذمة المسترد وعليه لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بدفع الثمن، وإنما عليه أن يطالب المسترد بذلك.

[1]-بوبكر لبيض، **حق استرداد حصة شائعة في القانون المدني الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، العدد 02 ديسمبر 2016، ص 60-61.

خاتمة

بعد التطرق للأحكام المتعلقة بحق الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، نكون قد حاولنا الإجابة على الإشكالية المثارة في المقدمة، من خلال تناول موضوع البحث في فصلين حاولنا من خلالهما الكشف عن مدى ارتباط حق الملكية الشائعة بحق الاسترداد ،وكذا الكشف عن الأحكام المنظمة لحق الاسترداد في التشريع الجزائري وعلى سبيل الاستئناس عرّجنا على البعض من التشريعات الأخرى .

ومن بين أهم ما يمكن استنتاجه من خلال البحث في هذا الموضوع ما يلي:

1/- أن المشرع الجزائري نظم أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني من المواد (713) إلى غاية المادة(742)، حيث أعطاها تعريف خاص في المادة (713) من القانون المدني الجزائري وحدد لها طبيعتها القانونية وميز بينها وبين ملكيات أخرى كالمفرزة والمشتركة ...إلخ.

2/- كذلك وضع المشرع الجزائري نظام لإدارة المال الشائع، وذلك عن طريق إدارته إدارة معتادة التي تعدل في الغرض الأساسي الذي أعد له المال الشائع، وتكون هذه الأخيرة باتفاق الأغلبية ، وكذلك يمكن أن ينظم المال الشائع عن طريق الإدارة غير المعتادة والتي تؤدي إلى التعديل الجوهري في الغرض الذي أعدّ له المال الشائع

3/- للشريك باعتباره مالك لحصة شائعة له الحق في التصرف في الملكية الشائعة كما يمكن أن يكون التصرف من جميع الشركاء أو من غالبيتهم وهذه التصرفات قد تكون ناقلة للملكية كبيع الشركاء مجتمعين للعقار أو هبته ، كذلك يمكن ترتيب حقوق عينية على حصة شائعة كالرهن الرسمي أو الحيازي...إلخ.

4/- يمكن أن يكون التصرف صادر من الشريك منفردا في حصته الشائعة التي تولد تصرفات ناقلة للملكية كبيعه لتلك الحصة أو هبتها أو وقفها ، كذلك يمكن أن ترتب حقوق عينية على حصة شائعة كحق التخصيص وحق الامتياز والرهن الرسمي والحيازي.

5/- يتصرف الشريك أيضا في جزء من العقار المملوك على الشيوع كما يمكنه كذلك التصرف في كل المال .

6/- يجوز لأي شريك استعمال المال الشائع واستغلاله شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء ، وإذا جرى ذلك الاضرار لبقية الشركاء الحق في الطعن ورفع دعاوى قضائية لضمان حقوقهم ومن بين ضمان لحقوق الشركاء إذا تصرف الشريك في المال الشائع عن طريق البيع بدون علم باقي

الشركاء لهم الحق في رفع دعوى استرداد المال الشائع والتي تكون بشروط وإجراءات نظمها المشرع الجزائري في المادة (721) من القانون المدني والذي استمد قوانينه من القانون المدني المصري وهذا الأخير أيضا استمد نصوصه من القانون المدني الفرنسي مع تعديل بعض المواد، وبالتالي تتولد عن هذه الشروط والإجراءات والأثار المتعلقة بين البائع الذي يكون أحد الشركاء في الشيوع والمشتري الأجنبي وبين البائع الشائع مع المسترد الذي يكون أحد الشركاء في الشيوع ، وأخيرًا المسترد أحد الشيوع مع المشتري الأجنبي .

7/- كذلك أعطى حق للتصرف في الملك المشاع للأغلبية من الشركاء في الشيوع الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع متى كانت الأسباب قوية دون الحاجة إلى موافقة الأقلية منهم، و للأقلية الحق في طعن في هذا القرار أمام المحاكم المختصة.

8/- أيضا أعطى حق الشفعة للشركاء في العقار المعين بالذات

9/- إدخال نظام جديد مكمل لنظام الشفعة وهو حق الاسترداد الذي يكون في منقول معين أو لمال الشائع الذي يكون منقولا أو يحتوي على عقارا إذا بيع أحد الشركاء بدون علم باقي الشيوع لأجنبي.

أما بخصوص الاقتراحات التي يمكن تقديمها بهدف إثراء موضوع البحث فهي كالآتي:

1/- أن يراجع المشرع الجزائري قوانينه بقصد إيجاد أو وضع أحكام دقيقة واضحة تنظم التصرف في العقار الشائع على نحو يحول دون تعسف أي شريك في الشيوع سواء كان يمثل الأغلبية من الشركاء أو الأقلية منها للقيام بأي تصرف في هذا العقار وبالتالي سد الفراغ الموجود في نصوص القانون المدني في باب الملكية الشائعة .

2/- أن يراجع المشرع الجزائري الجانب الذي تكلم عن حق الاسترداد ليعطيه أكثر أهمية ويقلل من المنازعات المترتبة عن المال المشاع كما فعل المشرع المصري والفرنسي

3/- أن يتم البحث والتعمق في موضوع حق الاسترداد من طرف الباحثين الأكاديميين مستقبلا وإثراء المكتبات بمراجع جدد.

4/- حل التناقضات الموجودة في المادة (714) من القانون المدني الجزائري التي أوردها ضمن أحكام الملكية الشائعة، ونص المادة (890) من نفس القانون المتعلقة بالرهن الرسمي مما جعل الخلاف قائم حول أن المادة (890) هي استثناء أم امتداد للمادة (714).

5/- توضيح الغموض الموجود في بعض المواد القانونية والتدقيق والتفصيل فيها كالمادة (400) من القانون المدني الجزائري، التي أشارت إلى حق الاسترداد بدون توضيح وتفصيل فيه.

الملاحق



ملحق رقم 01

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 السيد: .....، بدون مهنة أوعنوان: ..... المقامة بـ.....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 الخارطة القديم للبلدية .....بمجموعة الملكية رقم .....قسم..... من مخطط مسح الأراضي، بمساحة إجمالية قدرها: ..... هـ ..... آ ..... س، الحصة رقم.....

من البائعين أولا وهم:

1- السيد: .....بنت ..... المولودة بـ.....في.....، بدون مهنة، المقامة بشارع.....

2- السيد: .....بن ..... المولود بـ.....في.....، المهنة.....، المقيم بشارع.....

3- السيد: .....بنت.....المولودة بـ.....في.....، بدون مهنة، المقامة بشارع.....

ثم إلى المشتري السيد:

.....بن.....المولود بـ.....بتاريخ.....، المهنة.....، المسكن بحي.....بلدية.....

أين تعلن المطالبة رغبتها في الأخذ بالشفعة في العقار المشار إليه أعلاه، والمحدد ثمنه بمبلغ: .....دج طبقا لعقد البيع المحرر من طرف الموثق الأستاذ .....بتاريخ.....تحت رقم.....المشهر بالمحافظة العقارية بـ.....بتاريخ:.....تحت رقم.....الذي بيع للمشتري طبقا لشروط البيع المعروفة مالديه.....أ على الشيوع.

وهو العقار الذي بيع للمشتري بدون توجيه إنذار للمطالبة طبقا لأحكام المادة 799 القانون المدني، وسنحها أجل قدره ثلاثون يوما، والتي هي شريكة في الشيوع مع البائعين، ويثبت لها حق الشفعة طبقا لأحكام المادة 795فقرة 2 من القانون المدني لبيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي.

صيغة عقد بيع حصة شائعة

أنه في يوم ..... الموافق / / تم الاتفاق بين كل من-:
أولا: السيد / ..... ومهنته ..... وجنسيته ..... ويحمل بطاقة / جواز سفر رقم ..... صادر من ..... والمقيم .....
(طرف أول بائع (
ثانيا : السيد / ..... ومهنته ..... وجنسيته ..... ويحمل بطاقة / جواز سفر رقم ..... صادر من ..... والمقيم ..... (
طرف ثان مشتري (
بعد أن أقر الطرفان بأهليتهما القانونية للتعاقد وعلى إبرام مثل هذا التصرف اتفقا على ما يلي:
تمهيد : يمتلك الطرف الأول حصى شائعة قدرها ..... ط/م من ..... ط/م في العقار رقم ..... شارع ..... قسم .....محافظة ..... وهو عبارة عن قطعة أرض فضاء أو أرض زراعية ..... إلخ والمحددة بالحدود الأربعة الآتية:
الحد الشرقي ..... : الحد الغربي..... :
الحد البحري ..... : الحد القبلي..... :
وقد آلت الملكية للطرف الأول بطريق الشراء بالعقد المسجل رقم ..... شهر عقاري ..... (أو آلت الملكية بالميراث عن (.....
وحيث أن الطرف الأول عرض هذه الحصة للبيع وتقدم الطرف الثاني لشرائها واتفقا على ما يلي:
البند الأول : يعتبر التمهيد السابق جزء لا يتجزأ من العقد.
البند الثاني : باع الطرف الأول وأسقط وتنازل بموجب هذا العقد وبكافة الضمانات الفعلية والقانونية ما هو الحصة الشائعة في قطعة الأرض الواردة بالتمهيد.
البند الثالث : تم هذا البيع بثمن إجمالي وقدره ..... دفعة الطرف الثاني عدا ونقدا بأكمله للطرف الأول في مجلس هذا العقد ويعتبر توقيع الطرف الأول على هذا العقد بمثابة مخالصة بالثمن (أو دفع مبلغ ..... جنيه ويستحق الباقي عند التوقيع على العقد النهائي في موعد أقصاه(/ /
البند الرابع : للطرف الثاني منفعة الحصة المبيعة اعتبارا من تاريخ هذا العقد وتم إخطار القائم على إدارة المال الشائع بذلك.
البند الخامس : يقر الطرف الأول بخلو المبيع من كافة الحقوق العينية الأصلية والتبعية ويقر بأنه لم يتصرف قبل تاريخ هذا العقد في الحصة المبيعة أو في أي جزء منها وأنه يضمن للطرف الثاني التعرض القانوني الصادر من الغير.
البند السادس : يقر الطرف الأول بأن باقي الملاك على الشيوع هم السيد ..... / وله حصة شائعة قدرها ..... متر مربع والسيد ..... / وله حصة شائعة قدرها ..... متر مربع.
البند السابع : يقر الطرف الثاني بأنه عاين العقار موضوع هذا العقد المعاينة التامة النافية للجهالة شرعا وأنه قبل شراءه بحالته الراهنة.
البند الثامن : يقر الطرفان بأن العنوان الوارد بهذا العقد هو عنوان محل إقامة كل منهما وهو المعول عليه فيما يتعلق بالإعلانات والإخطارات التي قد يتطلبها تنفيذ هذا العقد.
البند التاسع : إذا أخل أي طرف من أطراف هذا العقد بالتزام من الالتزامات المفروضة عليه يلتزم بدفع تعويض وقدره ..... للطرف الآخر ولا يخضع هذا التعويض لتقدير القضاء فضلا عن صحة هذا العقد ونفاذه.
البند العاشر : يتعهد الطرف الأول بالمثول أمام الشهر العقاري المختص للتوقيع على العقد النهائي أو الحضور بنفسه أو بوكيل عنه للتصديق على هذا العقد ليكون الحكم الصادر في الدعوى أساسا صالحا للتسجيل ونقل الملكية وعلى أن تكون كافة الرسوم والمصروفات طبقا للقانون.
البند الحادي عشر : تختص محكمة ..... بالفصل في أي نزاع ينشأ بشأن تنفيذ أو تفسير أو صحة ونفاذ هذا العقد.
البند الثاني عشر : حرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبه عند اللزوم.
الطرف الأول (البائع (الطرف الثاني (المشتري(

عقد إبقاء حالـة الشيوع

انـــــــــــه فـــــــــــي يـــــــــــوم -------- الموافـــــــــــق --------
قـــــــد تحـــــــرر هـــــــذا العقـــــــد فيمـــــــا بـــــــين كـــــــلاً مـــــــن :-
أولا : --------
المقيم / --------

(طرف أول)

ثانيـــاً : --------
المقيم / --------

(طرف ثان)

وقد اقر كل منهم بأهليته للتعاقد و اتفقوا على ما يلي :-

البند الأول

يمتلك المتعاقدون فيما بينهم العقارات الموضحة أدناه وهى :-

البند الثاني

يقر المتعاقدون بأن العقارات المذكورة والموضحة بالبند الأول مملوكة لهم بموجب --------

البند الثالث

يقر المتعاقدون بأن العقارات المذكورة خالية من كافة الحقوق العينية أيا كان نوعها كالرهن والاختصاص و الامتياز و حقوق الانتفاع و الارتفاق ظاهرة أو خفية و أنها ليست موقوفة و لا محكرة .

البند الرابـع

اتفق المتعاقدون كل فيما يخص نصيبه على ابقاء حالة الشيوع قائمة فيما بينهم فى هذا العقار لمدة --- ----- تبداء من -------- وتنتهى فى -------- ويتعهد كل منهم وخلفاؤه من بعده بعدم طلب القسمة أو التصرف في حصته بطريق البيع أو الهدم أو البدل أو الرهن أو بأي طريقة كانت طول مدة سريان هذا العقد .

البند الخامس

قد وكل المتعاقدون -------- في إدارة العقارات المذكور طول مدة هذا العقد و توزيع صافى الريع عليهم كل بنسبة نصيبه في نهاية كل -------- ويكون له في سبيل استغلاله التأجير وأجراء الإصلاحات و أعمال الصيانة اللازمة و دفع العوائد و المصروفات الأخرى و له عمل كل ما يراه لازما

للحصول على احسن غلة من العقار .

البند السادس

جميع مصروفات هذا العقد تقع على عاتق --------

البند السابع

أي نزاع ينشأ بسبب هذا العقد تختص به المحاكم التابع لها موطن -------- بكافة أنواعها و درجاتها .

البند الثامن

تحرر هذا العقد من -------- بيد كل من أطرافه نسخة للعمل بموجبها .

الطـــــــــــــــــــــــرف الأول الطـــــــــــــــــــــــرف الثـــــــــــــــــــــــانى

اســــــــــــــــــم البـــــــــــــــــائع: اســــــــــــــــــم المشـــــــــــــــــــترى:

رقـــــــــــــــــم البطاقـــــــــــــــــة: رقـــــــــــــــــم البطاقـــــــــــــــــة:

التوقيع: التوقيع:

قائمة المراجع

أولا- قائمة المراجع باللغة العربية

أ/- المؤلفات

1/-المؤلفات العامة:

1- جورج رشدي رؤي، **حق الملكية العقارية** ، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس ، لبنان 2006، دون طبعة.

2- حسن كيرة ،**الموجز في أحكام القانون المدني** ، دون جزء، منشأة المعارف مصر 1998، الطبعة الرابعة .

3- زهدي يكن، **الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا** ، منشورات المكتبة العصرية ، دون جزء بيروت ، دون سنة ، الطبعة الثانية.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الثامن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،دون سنة ، الطبعة الثالثة.

5- محمد حسن قاسم ، **موجز الحقوق العينية الأصلية** ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، دون سنة، دون طبعة.

6- محمد حسن منصور، **الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها**، دون جزء ، دار الجامعة الجديدة للنشر الازرايطية الاسكندرية ،2003، دون طبعة.

7- محمد طه البشير ، **الحقوق العينية الاصلية** ، الجزء الأول ، حقوق النشر محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الجمهورية العراقية ، دون سنة ، دون طبعة.

8- محمود جمال الدين زكي، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية** ، دون جزء ،مطبعة جامعة القاهرة ،1978،دون طبعة.

9- نبيل إبراهيم سعد ،**الحقوق العينية الأصلية** ، دون جزء ، منشورات الحلبي الحقوقية ،2010، الطبعة الأولى.

2/-المؤلفات المتخصصة

1- أنور طلبة ، **الملكية الشائعة** ، دون جزء، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية ،2004، دون طبعة.

2- جمال خليل النشار، **تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء** ، دون جزء ،دار الجامعة الجديدة للنشر الأزرايطية الاسكندرية ،1999.

3- عبد الوهاب عرفة ، **القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع** ، دون جزء ، المكتب الفني للموسوعات القانونية الاسكندرية ، دون سنة ، دون طبعة.

4- محمد عقوني ، **تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري**، دون جزء، دار الهومة ، بسكرة ، سبتمبر2020، دون طبعة.

ب/ – مذكرات التخرج:

1/- مذكرات الماجستير:

1- بوبكر لبيض ،**التصرف في المال الشائع شيوعا اختياريا دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني** ،مذكرة الماجستير ،كلية العلوم الانسانية والاجتماعية ، جامعة أحمد بن بلة وهران01، السنة الدراسية 2015/2014.

2- خالد ابراهيم أحمد القلاحمة، **سلطات الشريك على الملكية الشائعة دراسة مقارنة في القانون المدني** ،مذكرة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، الأردن، السنة الدراسية 1999/06/13.

3- فايزة مخازني، **تصرف الشريك في المال الشائع دراسة مقارنة** ، مذكرة الماجستير ، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة محمد بوقرة بومرداس ، سنة الدراسية 2005/2004.

4- فوزي دفاس ، **تنظيم الملك المشاع في القانون المدني** ،مذكرة الماجستير في الحقوق ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، سنة الدراسية 2012/2011.

5- وهاب عياد ،**التصرف في الملكية العقارية الشائعة** ،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة منشوري قسنطينة، سنة الدراسية 2008/2007.

2/- مذكرات الماستر:

1- حكيمة ممي، **النظام القانوني لسلطات المالك على الشيوع**، مذكرة الماستر ، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد لخضر، سنة الدراسية 2017.20/2016-

2 - سعيدة حسان ، أمينة حشامة ، **التصرفات الواردة على المال الشائع** ، مذكرة الماستر ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة ، سنة الدراسية 2018/2017.

3- صدام حسين ونوقي، **التصرف في الملكية العقارية المشاعة في التشريع الجزائري** ، مذكرة الماستر، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، سنة الدراسية2015/2014.

4- عبد النور قتال، رشيد حاجي ،**التصرف في الملكية الشائعة، مذكرة الماستر** ،تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة العربي تبسي تبسة ، سنة الدراسية 2017/2016.

5- عمار حمدة، **التنظيم القانوني لقسمة الملكية الشائعة في التشريع الجزائري**، مذكرة الماستر، تخصص قانون عقاري ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، سنة الدراسية 2017/2016.

6- كريمة حواسين، **الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري**، مذكرة ماستر ، عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر ، سنة الدراسية 2014/2013.

7- كهينة بن أحمد ،نجاة بن عيسى ، **تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة** ،مذكرة الماستر، تخصص قانون خاص شامل ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، سنة الدراسية 2017/2016.

8- وسام جعني ،**التصرف في الملكية العقارية الشائعة** ،مذكرة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ،سنة الدراسية 2022/2021.

3/-مذكرات الليسانس:

1- الطاهر أوزاديد ، عبد الكريم شريف ، **الملكية الشائعة في التشريع الجزائري**، مذكرة ليسانس ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة يحي فارس بالمدية ، سنة الدراسية 2013/2012.

2- دليلة بالعربي ،مسعودة زناني ، **إدارة المال الشائع في القانون المدني الجزائري**، مذرة ليسانس ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة يحي فارس المدية، سنة الدراسية2011/2010.

3- فاطمة الزهراء بن شاعة ، فاطمة الزهراء شرفاوي، **قسمة المال الشائع** ،مذكرة ليسانس ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور يحي فارس المدية، سنة الدراسية2010/2009.

ج/- المقالات العلمية:

1- بوبكر لبيض، **حق استرداد حصة شائعة في القانون المدني الجزائري**، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، العدد02، ديسمبر 2016، ص55.

2- حياة كيحل ،**قسمة المهايأة المكانية كوسيلة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع** ، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ،جامعة سعد دحلب البليدة، ص309.

3- سعد حسين عبد الملحم ، **تقيد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع** ، مجلة كلية التراث الجامعة ،كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العدد19، ص 33.

4- طاهر تمدراري، نصرة قماري بن ديدوش ، **أثر بيع الشريك لحصة شائعة في العقار بين الشفعة والاسترداد في القانون المدني**، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية ، المجلد 12، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم الجزائر ، العدد02، القسم (أ) العلوم الاقتصادية والقانونية، ص 353.

5- محمد عقوني ،**الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع** ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة بسكرة ، العدد 07،جانفي 2018، ص 299.

هـ/- مواقع الأنترنت :

1- لطفي أحمد بك المحامي، **استرداد الشيوع في القانون المدني المصري** . نقلا عن الموقع Egypt.lawyer .com،

2- محامي مصري، **أحكام الاسترداد في الشيوع على ضوء القانون المصري.** نقلا عن الموقع بتاريخ 2022/07/12، الساعة 09:45.

Https:/www.bibiot droit .com ، بتاريخ 2022/04/25 ، الساعة 19:53.

و-النصوص القانونية:

1- القانون رقم(58/75) المؤرخ في 1975/09/26، **المتضمن القانون المدني الجزائري**، جريدة الرسمية العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون (05/07) المؤرخ في 2007/05/13، جريدة رسمية العدد31، سنة 2007.

2- القانون (11/84) المؤرخ في 1984/07/09، **المتضمن قانون الأسرة**، جريدة رسمية العدد24 الصادرة في 1984/06/12المعدل والمتمم بالأمر (02/05) المؤرخ في2005/02/27،ج،ر،ع 15، سنة 2005.

3- القانون(10/91)، المؤرخ في 27أفريل 1991، **المتعلق بالأوقاف** ،جريدة رسمية العدد21، سنة1991المعدل والمتمم بالقانون (07/01) المعدل والمتمم لقانون الأوقاف (10/91) المؤرخ في1991/04/21.

ثانيا/المراجع باللغة الأجنبية

- Code civil : titre préliminaire : de la publication des effets et de l’application des lois en général, code civil : dernière modification le 23 février 2022, document généré le 28 février 2022.

الفهرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
شكر وعرفان	
إهداء	
مقدمة	01
الفصل الأول: مدى ارتباط حق الملكية الشائعة بحق الاسترداد	04
تمهيد:	05
المبحث الأول: التعريف بحق الملكية الشائعة وبحق الاسترداد	06
المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية	06
الفرع الأول: تعريف الملكية الشائعة	06
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للملكية الشائعة	07
أولا: حق الشريك المشتاع حق ملكية	08
ثانيا: حق الشريك المشتاع مقيد بحقوق الأخرين	09
المطلب الثاني: تعريف حق الاسترداد	09
المطلب الثالث: علاقة حق الاسترداد بالملكية الشائعة	10
المبحث الثاني: إدارة المال الشائع والانتفاع به	12
المطلب الأول: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية وتحديد مصادرها	12

الفرع الأول: تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية	12
أولا: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة	12
ثانيا: تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة	13
ثالثا: تمييز الملكية الجماعية أو الجرمانية عن الملكية الشائعة	13
الفرع الثاني: مصادر الملكية الشائعة	14
أولا: الميراث والوصية	14
ثانيا: الاستلاء والالتصاق	14
المطلب الثاني: الانتفاع بالمال الشائع	15
الفرع الأول: حق كل شريك في الانتفاع بالشيء	15
الفرع الثاني: قسمة المهايأة	16
أولا: قسمة المهايأة المكانية	17
ثانيا: قسمة المهايأة الزمانية	18
المطلب الثالث: إدارة المال الشائع	19
الفرع الأول: أعمال الإدارة المعتادة	19
أولا: اتفاق الأغلبية	20
الفرع الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة	22
أولا: قيام بأعمال الإدارة غير معتادة	22

المبحث الثالث: حكم التصرف في الملكية الشائعة	25
المطلب الأول: التصرف الصادر عن الشركاء جميعا أو من غالبيتهم	25
الفرع الأول: التصرف الصادر عن الشركاء جميعا	25
أولا: التصرفات الناقلة للملكية	26
ثانيا: الحقوق العينية التبعية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة	27
الفرع الثاني: التصرف الصادر من أغلبية الشركاء	29
أولا: الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في المال الشائع	30
ثانيا: الضمانات المعطاة للأقلية	30
المطلب الثاني: التصرف الصادر من شريك منفردا	32
الفرع الأول: تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار	32
أولا: التصرفات الناقلة للملكية	32
ثانيا: التصرفات التي ترتب حق عيني على الملكية الشائعة	35
الفرع الثاني: تصرف الشريك في جزء من العقار المملوك على الشيوع	37
أولا: مرحلة ما قبل القسمة	38
ثانيا: مرحلة ما بعد القسمة	39
الفرع الثالث: تصرف الشريك في كل المال الشائع	40
أولا: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع بين طرفيه	40

ثانيا: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء	41
الفصل الثاني: أحكام حق الاسترداد في التشريع الجزائري	42
تمهيد:	43
المبحث الأول: التعريف بحق الاسترداد	44
المطلب الأول: تعريف حق الاسترداد وتحديد شروطه	44
الفرع الأول: تعريف حق الاسترداد	44
أولا: تعريف حق الاسترداد في القانون المدني الجزائري	44
ثانيا: تعريف حق الاسترداد في القانون المدني المصري	45
ثالثا: تعريف حق الاسترداد في القانون المدني الفرنسي	45
الفرع الثاني: شروط حق الاسترداد	46
أولا: وجود عقد تام وارد على حصة شائعة	46
ثانيا: يجب أن يكون البيع لأجنبي وأن يكون المسترد أحد الشركاء	46
ثالثا: يجب أن تكون الحصة الشائعة في منقول شائع أو مجموع من المال	47
المطلب الثاني: مصدر الاسترداد	49
الفرع الأول: تطابق مادتين من القانون المصري والفرنسي في البيوع التي تقع في حصص شائعة.	49
الفرع الثاني : اكتساب حصة شائعة بكل أنواع الشيوع.	50
الفرع الثالث: استرداد الزوجة للحصة الشائعة التي اشتراها زوجها في عقار لها .	50

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لحق الاسترداد ونطاقه	51
الفرع الأول : الطبيعة القانونية لحق الاسترداد	51
الفرع الثاني: نطاق تطبيق حق الاسترداد	52
المطلب الرابع: الفرق بين حق الشفعة وحق الاسترداد	53
الفرع الأول: من حيث المحل	53
الفرع الثاني: من حيث السبب	54
الفرع الثالث: من حيث الاجراءات	53
الفرع الرابع: من حيث الحكم الصادر فيها	54
الفرع الخامس: من حيث الأثار المترتبة عن الحق	54
الفرع السادس: من حيث المصدر وحكمته	54
المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من حق الاسترداد	55
المبحث الثاني :إجراءات الاسترداد	56
المطلب الأول: ميعاد الاسترداد	56
المطلب الثاني: كيف يحصل الاسترداد	57
المطلب الثالث: متى يتم الاسترداد	57
المبحث الثالث: الأثار المترتبة على الاسترداد	59
المطلب الأول : علاقة المسترد بالمشتري	59

أولا: التزام المسترد بدفع الثمن	59
ثانيا: سقوط الحقوق التي رتبها المشتري على الحصة الشائعة بين البيع والاسترداد	60
ثالثا: عدم التزام المشتري بضمان الاستحقاق للمسترد	60
المطلب الثاني: علاقة المسترد بالبائع	60
المطلب الثالث: علاقة بين البائع والمشتري	61
أولا: زوال حقوق المشتري تجاه البائع	61
ثانيا: زوال التزامات المشتري تجاه البائع	61
خاتمة	62
الملاحق	67
قائمة المراجع	72
الفهرس	76