وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة يحي فارس بالمدية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أحكام تصرف الشريك في المال الشائع في القانون المدني الجزائري

مذكرة لنيـــل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص : قانون عقاري

من إعداد الطالبتين :

-/ مسكين الزهـرة

-/ جلايلي نعيـمة

تحت إشراف الأستاذ:

د/ قنفود رمضان

السنة الدراسية: 2022/2021.

بسم الله الرحمان الرحيم

قال تعالى : " وقل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون "

صدق الله العظيم

الأية 105من سورة التوبة .

شكر و تقدير

الحمد لله رب العالمين على كرم فضله , الذي وفقنا في إنجاز هذه الدراسة والصلاة والسلام على خير خلق الله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، وعلى آله وصحبه الكرام ، وبعد :

يشرفنا أن نتقدم بخاص الشكر والتقدير والاحترام إلى الأستاذ **الدكتور : قنفود رمضان** ، المشرف على هذه المذكرة , فجزاه الله عنا خير جزاء .

كما نتقدم بالشكر والتقدير الى كل الأساتذة وطاقم كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المدية .

والشكر موصول للجنة المصححة لهذا البحث المتواضع .

والله الموفق والمستعان إنه نعم المولى ونعم النصير.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى والديا الكريمين .

أبي الغالي (علي) نور دربي ، و أمي الغالية (جميلة)

رمز الدفئ والعطاء .

حفظهما الله ورعاهما وأمدهما بالصحة والسعادة .

إلى كل إخوتي , أخواتي وعائلاتهم ، كل بإسمه .

الى كل طالب علم نافع .

الزهــرة

إهداء

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة ، و أعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا في إنجازه.

أقدم هذا العمل المتواضع الى الوالدة الكريمة أطال الله في عمرها .

إلى عائلتي الصغيرة بنتاي الفرشاتان ميلينا ورشا حفظهما الله .

إلى زوجي الكريم .

الى عائلتي الكبيرة إخوتي و اخواتي .

إلى نجية ، رفيق و يونس .

إلى كل من حملته ذاكرتي و لم تحمله مذكرتي .

نعيمة

مـقـدمـة

مقدمة

الملكية حق أقرته الشرائع السماوية والوضعية تنظيما لحركة المال وإنتقاله من يد لأخرى ، فحق ملكية الشئ هو حق الإستئثار به بإستعماله وإستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم في حدود مايسمح به القانون ، ويعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقا ، ذلك أنه يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون لشخص على الشئ ، فهو حق جامع بحيث يكون للمالك أن يصنع بملكه مايشاء إلا مامنعه القانون ، وهو أيضا حق مانع مقصورعلى المالك دون غيره , فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو يتدخل فيه ، وكذلك فإن حق الملكية هو حق دائم لايسقط بعد م الاستعمال .

تثبت ملكية الشخص في الصورة العادية لها بما يعرف بالملكية الفردية فتنحصر بمالك واحد إلا أن الملكية قد تأخذ صورا أخرى ، حين تتزاحم على الشئ الواحد حقوق أكثر من مالك واحد فتسمى الملكية الشائعة ، وتقع على مال معين بذات يملكه أكثر من شخص واحد ، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير مقسم ، أما حق الشريك فيقع على حصته الشائعة في هذا المال ، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة ، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم المال ذاته .

ولما كان ملاك المال الشائع متعددين فلا بد من تعيين حصة كل واحد منهم في هذا المال بنسبة : النصف أو الربع ... أوغير ذلك ، وتتعين حصص الملاك على الشيوع عادة عند بدء الشيوع فإن كان ميراثا حدد القانون حصة كل وارث ، وإن كان وصية حدد الموصي حصة كل موصى له ، وإن كان عقدا تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك ، وقد لا تتحدد الحصص فتكون الحصص متساوية مالم يقم الدليل على غير ذلك ، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 713 من القانون المدني التي تنص : **" إذا ملك إثنان أو أكثر وكانت حصة كل واحد منهم غير مفرزة ، فهم شركاء على الشيوع وتعتبرالحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك " .**

ولا يقتصر الشيوع على الملكية التامة بل يمتد إلى الملكية الناقصة في صورها المختلفة من حق الإنتفاع وحق السكنى وحق الإرتفاق ، وتطبق على هذا الشيوع نفس الأحكام التي وضعها المشرع بالنسبة للشيوع في الملكية التامة ، كلما كانت لاتتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها .

وتنشأ الملكية الشائعة من أي سبب منشئ للملكية ، فقد يكون السبب تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، يتمثل التصرف القانوني في العقد و الارادة المنفردة ، ففي حالة العقد يكون الأشخاص شركاء على الشيوع إذا تعاقد أكثر من شخص على شئ معين بالذات ، وتكون الإرادة المنفردة مصدرا للشيوع كالوصية والهبة ، فقد يحدث أن يهب شخص أو يوصي بالشئ لأكثر من شخص فيكونون

شركاء على الشيوع .

أما بالنسبة للواقعة المادية فتمثل في واقعة الحيازة والوفاة ، فيحدث أن يقوم أكثر من شخص بحيازة مشتركة لمال بقصد تملكه للمدة القانونية المحددة ، فيصبح هؤلاء ملاك على الشيوع وأكثرأسباب الشيوع إنتشارا في الحياة العملية هو الميراث ، ذلك أنه بمجرد وفاة الشخص تنتقل أمواله إلى ورثته فتصبح تركة شائعة بين الورثة لفترة من الزمن .

وحيث أنه في الملكية الشائعة يتعدد أصحاب المال الشائع (الشركاء) ، وحيث يرد الحق طوال الشيوع على كل المال الشائع جملة فيمارس كل واحد من أصحاب حق الملكية نفس السلطات المعروفة ، فتتزاحم وتتضارب مباشرة هذه السلطات على نفس المحل وفي نفس الوقت ، من أجل ذلك يتحتم في الملكية الشائعة تقييد كل شريك لسلطاته في الملكية بما للآخرين من سلطات مماثلة ,هذا الإختلاف أوقع الفقه في جدل حول طبيعة حق الشريك المشتاع في المال الشائع الذي مايزال من أبرز موضوعات القانون المدني إشكالا ، فاعتبره بعض الشراح مجرد حق شخصي لاحق عيني ، وإعتبره آخرون حقا عينيا إختلفوا في تحديده ، فيما مال بعضهم الى إعتباره حقا عينيا من نوع خاص , وقال آخرون بأنه حق ملكية بالمعنى التام والدقيق ، فالمال الشائع له أحكاما خاصة به تختلف عنها في الملكية المفرزة (الفردية) في إدارته وإستغلاله والتصرف فيه .

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

نظم المشرع الجزائري أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني بدءا من المادة 713 والى المادة 737 ، ولقد إعترف المشرع الجزائري بحق كل شريك من الشركاء في المال لشائع بالتصرف فيه وقرنه بشرط عدم الاضراربحقوق سائرالشركاء كمبدأ عام ، فيحدث أن تتفق إرادة الشريك مع إرادة سائر الشركاء بإتجاهها نحو إبداء تصرف معين على المال الشائع ، ويكون تصرفهم جماعيا وهو الأصل وهذا لايثير إشكالات كثيرة ، وقد يحدث أن لا تتفق إرادات الشركاء جميعا على التصرف في المال الشائع ، وهنا تدخل المشرع لتنظيم هذه الحالة فأجاز ذلك للأغلبية خاصة من الشركاء ، ومن أجل ضمان حقوق الأقلية فقد أقرالمشرع تمكين القضاء من بسط رقابة واسعة على قرار الأغلبية المبيح للتصرف ، وقد تتجه إرادة الشريك منفردا للتصرف فيقوم به ، وسندرس في هذه المذكرة أحكام هذه التصرفات الصادرة عن هذا الأخيرعلى المال الشائع سواءا كان عقارا أومنقولا

دون المنقولات ذات الطبيعة الخاصة (كاسفن والطائرات) التي تطغى خصوصيتها على أي موضوع يتعلق بها .

إن مادفعنا إلى إختيارهذا الموضوع جملة من الأسباب منها ماهو ذاتي ومنها ماهو موضوعي ، تتمثل الاسباب الذاتية في : حب البحث والرغبة في دراسة وتحليل الموضوع الذي جاء تماشيا مع ميولاتنا الشخصية ، الإهتمام بالملكية بصفة عامة والملكية الشائعة بصفة خاصة , أيضا السعي لتوفير مرجع علمي في المستوى للطالب والباحث في هذا المجال للإستعانة به ، ونرجوا أن نكون وفقنا في ذلك .

وبالنسبة للاسباب الموضوعية تتجلى في : إنتشار الملكية الشائعة في الواقع العملي وكثرة التصرفات التي يبديها شريك منفردا في المال الشائع ، مما إنجرعنه كثرة القضايا المطروحة أمام القضاء ، ناهيك عن الأثار السلبية التي تجعل علاقات الأفراد محل مخاصمة وإنقباض ، كما أن كثرة الخلافات المتعلقة به تفتح الباب واسعا للبحث .

ولقد أثرنا البحث في هذا الموضوع لما له من أهمية علمية وعملية في بيان أحكامه في القانون المدني الجزائري أساسا ، وما يعتري هذه الأحكام من نقائص من شأنها أن تثيرإشكالات نظرية وعلمية .

إن الاشكالية التي تطرح في موضوع البحث ستكون بالسؤال :

- **ماهي الاحكام القانونية الناظمة لتصرف الشريك على الشيوع منفردا ؟**
- **وماهي الاثار القانونية المترتبة عن ذلك ؟**

للإجابة على هذه الاشكالية ولبلوغ الهدف من معالجة هذا الموضوع ، تم الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي ، وذلك بتحليل مختلف النصوص القانونية المنظمة لأحكام تصرف الشريك منفردا في المال الشائع ، وعرضنا لمختلف جزئيات الموضوع مسترشدين أحيان بأراء الفقهاء وإجتهاد القضاء ، من الصعوبات التي تلقيناها في هذه الدراسة ضيق الوقت ، و صعوبة الحصول على المراجع .

مما سبق ذكره ومما يحدث في الواقع وفي عمق المجتمع من كثرة التصرفات التي يبديها الشريك منفردا في المال الشائع ، ومايشوب التعامل في هذه الملكية من تعقيدات وإشكالات عديدة ، ولان لهذا التصرف أحكام خاصة به , ولأجل الاحاطة بالنظام القانوني لها وتبيان طبيعة وصحة هذه التصرفات التي يبديها الشريك منفردا في المال الشائع ، وعلى إعتبار أن القانون حدد الضمانات التي

يتمتع بها الشركاء في موجهة هذه التصرفات من أجل المحافظة على الملكية المشتركة بينهم ، قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان : نطاق تصرفات الشريك منفردا في المال الشائع .

الفصل الثاني: أثار تصرفات الشريك منفردا بالنسبة لحقوق باقي الشركاء

وننهي موضوع البحث **بخاتمة** لأهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها .

الفصل الأول:

نطاق تصرفات الشريك منفردا في المال الشائع

الفصل الأول : نطاق تصرفات الشريك منفردا في المال الشائع

ينطوي حق الملكية بشكل عام على سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا لا يضربالغير وهو ما نصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري :**" الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين "**[1] .

وفي حالة الملكية الشائعة حيث يتعدد الملاك على الشئ الواحد فإنه لايعد المال الشائع مملوكا كله ملكية تامة للشريك ، وإذا كانت الملكية الخاصة لشخص واحد ترد عليها قيود ، فإن هذه القيود تأخذ أحكاما خاصة في مجال الملكية الشائعة ، حيث لا يعد المال الشائع مملوك كله ملكية تامة , وعليه فتصرفات أحد الشريك تكون لها أحكام خاصة [2]

وهذا ماسندرسه في هذا الفصل الذي قسمناه الى ثلاث مباحث :

المبحث الأول: طبيعة تصرف الشريك في المال الشائع ، **المبحث الثاني :** تصرف الشريك في حصته الشائعة من المال الشائع ، **والمبحث الثالث :** تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع .

المبحث الأول : طبيعة تصرف الشريك في المال الشائع

إن التصرف أهم ما يميز حق الملكية ، ولما كانت الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفرزة العادية فإن التصرفات الواردة على هاته الحصة الشائعة تختلف عن الملكية المفرزة ، وقبل البحث في هذه التصرفات نبحث في مفهوم تصرفات الشريك **(المطلب الأول)** , الطبيعة القانونية لحق الشريك في المال الشائع **(المطلب الثاني)** , تمييز حق الشريك المشتاع في التصرف عن غيره **(المطلب الثالث)** .

المطلب الأول : مفهوم تصرفات الشريك

الملكية الشائعة تجمع بين عناصرالملكية الثلاث ، الاستعمال ، الإستغلال والتصرف ، فكما للشريك الحق في إستعمال وإستغلال حصته فإن له الحق كذلك التصرف فيها ، **الفرع الأول :** تعريف التصرف ، **الفرع الثاني :** أنواع التصرف .

الفرع الأول : تعريف التصرف

نتناول معنى التصرف لغة ثم إصطلاحا :

---

[1] أمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 , موافق ل 26/09/1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم – جريدة رسمية عدد 78 صادرة بتاريخ 30/09/1975 .

[2] د . محمد عقوني – تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري – الجزائر – دار الهومة – 2020 ، ص 16.

أولا : المعنى اللغوي للتصرف : 1- سلوك معين " تصرف الشباب" ، 2- (في القانون) حق إستعمال عقار والتمتع به ضمن حدود معينة ، " التصرف في الضيعة" ، 3- إدارة التصرف في شؤون الشركة .

ثانيا : المعنى الإصطلاحي للتصرف : هو إستخدام المالك للشئ على نحو يستنفذ عليه كل سلطاته كليا أوجزئيا ، ذلك أن المالك يستأثر بالتسلط على كيان الشئ ووجوده ، والتصرف يمكن أن يكون ماديا أو قانونيا .

الفرع الثاني : أنواع التصرف

أولا : التصرف المادي: إن حق الملكية يعطي لصاحب الحق القيام بالأعمال المادية ولو كانت ضارة بالنسبة لصاحبه ، وهذا الحق يدخل في نطاق إستعمال الشئ ، ومن ثم فإن للمالك طبقا للتصرف المادي أن يستهلك الشئ إذا كان من الأشياء القابلة للإستهلاك ، وله كذلك أن يتلف الشئ ، كما لوكان الشئ منزلا فهدمه ، أو أشجار فقطعها .

وهذا النوع من التصرف لايكون إلا في حق الملكية دون غيره من الحقوق العينية الأخرى ، والتي تمنع طبيعتها صاحب الحق من التصرف فيه ، وتجدر الاشارة إلى أن التصرف المادي لايدخل في نطاق دراستنا ، ذلك أن تصرف الشريك في المال الشائع تصرف مادي يؤدي الى المساس بحقوق باقي الشركاء ، يتبع بالمنع من جوازه حسبما جاءت به الأحكام التي تنظم الملكية الشائعة ، وبالتالي فإن المقصود بالتصرف في هذا المقام هو التصرف القانوني .[1]

ثانيا : التصرف القانوني : هوالذي يعطي لمالك الشئ حق القيام بكافة التصرفات القانونية على الشئ المملوك [2] ، يتم بناءا على إرادة المالك المتجهة إلى الانقاص من سلطاته على الشئ , كما لو أنشأ المالك حق إرتفاق لعقار لمنفعة عقار آخر، أو رتب حق إنتفاع للغير ، و قد يتنازل المالك نهائيا على حق الملكية ذاته بما يتضمنه من كافة السلطات , كما لو تصرف في حقه بناءا على عقد ناقل للملكية كعقد بيع أوهبة ، يتضح مما سبق ذكره أن التصرف القانوني يعطي للمالك الحق في القيام بنقل ملكية الشئ كله أو جزء منه ، أو بتقرير حق عيني آخرعليه كله أو جزء منه ، سواء كان هذا الحق أصليا أوحقا عينيا تبعيا ، وللمالك أن ينقل عنصرا أو أكثر من عناصرالملكية مع الإحتفاظه بالملكية فيؤدي إلى تجزئة عناصرها ، مثلا : لو قرر حق الإنتفاع للغير، فإن المالك يصبح مالكا للرقبة وله حق التصرف ، أما حق الإستغلال والإستعمال يكون لصاحب الإنتفاع , لكن إن تصرف في حق الملكية

---

[1] د . محمد عقوني ، نفس المرجع ، ص 17 .

[2] د. جمال خليل النشار – تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء – الإسكندرية – دار الجامعة الجديدة للنشر – 2000- ص 25.

ذاته فينقضي به حق المالك ولا يعود إليه إلا بناءا على سبب جديد من أسباب كسب الملكية .

كما أن سلطة التصرف القانوني لا تنحصر في المالك فقط فيجوز لصاحب حق الإنتفاع أن يتصرف في حدود الحق المقرر له ، وإن كان الأصل لا يجوز التصرف في حق الإستعمال والسكن إلا بناء شرط صحيح أو مبرر قوي [1]، حسب نص المادة 856 من القانون المدني الجزائري فالتصرف إذن قد يكون جماعيا فيصدرمن الشركاء مجتمعين أو من أغلبية كبيرة منهم ، أو من الشريك منفردا ، ولكل حالة أحكامها الخاصة وما يهمنا في هاته الدراسة هو تصرف الشريك منفردا في المال الشائع وي أحكامه .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لحق الشريك في المال الشائع

إن الطبيعة القانونية لحق الشريك في المال الشائع تختلف عن الطبيعة القانونية لحق المالك في الملكية المفرزة ، ولقد إختلفت أراء الفقهاء حولها ، فذهب اتجاه الى القول بأن حق الشريك المشتاع هو حق شخصي **(الفرع الأول)** ، وذهب إتجاه آخر للقول بأن حق الشريك المشتاع هوحق عيني من نوع خاص **(الفرع الثاني)** ، وذهب رأي آخر للقول بأن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية **(الفرع الثالث) .**

الفرع الأول : حق الشريك المشتاع هو حق شخصي

يرى أصحاب هذا الإتجاه بأن حق الشريك المشتاع هو حق شخصي ، وذلك لأن حق الشريك المشتاع يقع على حصة غير مفرزة أو محددة تحديدا ماديا ، فيقتضي الأمرعلى وجود حق شخص يخوله سلطة الحصول على منافع الشئ بإقتسامها بنسبة حصته مع باقي الشركاء ، أو الحصول على نصيبه مفرزا عن طريق القسمة وبهذا يتحول حقه من حق شخصي الى حق عيني ،[2]

ويبررأصحاب هذا الاتجاه ماذهبوا إليه إلى إعتبار أن المال الشائع هو ملك لمجموع الشركاء كما هوقائم في ملكية الشركة ، غير أن النظامان يختلفان، فالأموال الشائعة مملوكة على الشيوع لجميع الملاك ، أما أموال الشركة فلا تعد مملوكة للشركاء على الشيوع بل هي ملكية مفرزة للشركة بإعتبارها شخصا إعتباريا ، له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك ، حيث أنه متى قدم كل شريك نصيبه في الشركة فإنه يفقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الشركة ، ويتحول حقه إلى مجرد حق شحصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه .

أيضا يقول أصحاب هذا الإتجاه أن الحق العيني يلزم وجود محل معين له ، يكون شيئا محددا مفرزا غير أن حق الشريك في المال الشائع يكون وارد على حصة غير مفرزة ، وبذلك فهي ليست محددة

[1] محمد عقوني ، نفس المرجع ، ص 17، ص18

[2] نفس المرجع ص18 .

ماديا ولا يصبح حقه عينيا إلا بعد إجراء القسمة وحصوله على حصته مفرزة .

غير أن هذا الرأي لايمكن الأخذ به في القانون الجزائري لأن الحقوق تنشأ إلا للأشخاص والقانون لايعترف لمجموع الأشخاص في المال الشائع بالشخصية الإعتبارية . [1]

الفرع الثاني : حق الشريك المشتاع هو حق عيني من نوع خاص

إن سلطات كل شريك في الملكية الشائعة تحد منها سلطات الشركاء الآخرين ، وإعتمادا على هذه الفكرة يذهب رأي بعض الفقهاء على أن حق الشريك المشتاع لايتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الملكية وهي خاصية الإستئثار، حيث أن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشئ ، مادام للمشتاعين الآخرين حقوق ترد مثل حقه على الشئ الشائع كله , ولذلك يقول هؤلاء الفقهاء بتكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق عيني من نوع خاص .

لكن هذا الرأي لايتفق مع ماجاء به المشرع الجزائري الذي حصر مضمون الحقوق العينية الأصلية في سلطات ثلاث وهي : الإستعمال و الإستغلال والتصرف ، و القول بأنه حق عيني من نوع خاص لا يخرجه من هذه الحدود ، وعليه فإن حق الشريك إما أن يكون جامعا لكل هذه السلطات ويصبح بذلك حق ملكية ، وهو مايتعارض مع القول بأن حق الشريك حق عيني من نوع خاص , وإما أن تكون مقتطعة من سلطات الملكية .[2]

الفرع الثالث : حق الشريك المشتاع هو حق ملكية

الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، غير أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك في نفس الوقت فليس له صاحب واحد مثل ماهو موجود في الملكية المفرزة , وأما الشئ الشائع وهو محل هذا الحق فلا يلحقه التعدد فهو واحد ولا يتجزأ ، وبمقتضى ذلك فإن حق الشريك يرد على الشئ الشائع كله وإن كان محدد بقدر حصته . [3]

ويتضح مما ذكر أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدرعدد الشركاء ، في حين لا يكون هناك تقسيم مادي لمحل الحق ، وعليه فإن حق الشريك في المال الشائع يرد على الشئ في مجموعه وإن كان محددا بقدرحصته فيه ، ولا يتنافى مع حرمانه من الإستئثار بجميع مزايا الشئ ، لأن هذا خاص بالملكية المفرزة , أما هنا فالشركاء الآخرين يشاركونه في هذه المزايا ، غاية ماهناك أن الشريك يمارس حقوقه بطريقة لايترتب عليها الإضرار بحقوق سائر الشركاء.[4]

---

[1] جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص 34 .

[2] د . محمد عقوني ، نفس المرجع ، ص 19 .

[3] المرجع نفسه ص 21

[4] د . جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص 35

أما المشرع الجزائري فقد حسم هذا الخلاف وإعتبرحق الشريك في المال الشائع حق ملكية تام ، وهذا ما نصت عليه المادة 714 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري : **" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ويستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لايلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء "** [1] ، فكل مايختلف فيه حق الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة هو أن حق المالك على الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء ، وهذا مايجعل للمال الشائع أحكاما خاصة به في إدارته و إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه .

المطلب الثالث : تمييز حق الشريك المشتاع في التصرف عن غيره

سوف ندرس في هذا المطلب تمييز حق الشريك المشتاع في التصرف عن غيره من التصرفات الواردة على صور أخرى من الملكية على النحو التالي :

تمييزه عن حق المالك في الملكية المفرزة **(الفرع الأول)** ، تمييزه عن حق الشريك في الشركة **(الفرع الثاني)** ، تمييزه عن حق الشريك في الملكية الجماعية **(الفرع الثالث)** ، تمييزه عن حق الشريك في ملكية الأسرة **(الفرع الرابع) .**

الفرع الأول : تمييزه عن حق المالك في الملكية المفرزة

يملك الشريك في المال الشائع حصته الشائعة في كل المال الشائع ولا تكون معينة في جزء محدد بخلاف الملكية المفرزة التي تكون فيه الحصة المملوكة محددة ، فيتعين نصيب المالك على الشيوع معنويا في المال الشائع في حين يتعين نصيب المالك ماديا في الملكية المفرزة ، ولذلك يكون حق الشريك في التصرف في الملكية الشائعة مقيدا بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء ، بخلاف ذلك في الملكية المفرزة وهويعتبرالإختلاف الجوهري بين الملكية الشائعة والملكية المفرزة .[2]

الفرع الثاني : تمييزه عن حق المالك في الشركة

الشركة لها ذمة مالية مستقلة عن كل شريك و يعترف لها القانون بالشخصية الإعتبارية ، فهي لا تعتبرهذه الأموال مملوكة على الشيوع إلا بعد إنحلال الشركة وتصفيتها ، وعليه فإن حق الشريك حق شخصي يقتصرعلى حق الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنها ، بينما حق الشريك في الشيوع هوحق عيني أصلي يتمثل في حق ملكية يعطيه حق الإستعمال والإستغلال والتصرف .[3]

الفرع الثالث : تمييزه عن حق الشريك في الملكية الجماعية

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم –مرجع سابق .

[2] د . محمد عقوني ، نفس المرجع ، ص 23

[3] نفس المرجع

تقررالملكية لمجموع الشركاء في الصورة المتعلقة بالملكية الجماعية أوملكية الأيدي المشتركة التي يعرفها النظام الجرماني ، فيكون الإستعمال فيها لأغراض جماعية بإعتبارها ملكية مشتركة بخلاف مايكون في المال الشائع الذي يكون لأغراض فردية بإعتبارها ملكية فردية ، كما أن الشريك بمفرده في الملكية الجماعية لايعتبر مالكا للمال ولا لأي حصة فيه مفرزة أو شائعة ، بل الكل يملكون مجتمعين كل الشئ المملوك ، رغم أن للشريك الحق في الإنتفاع به ، وبما أنه لا يجوز في النظام الجرماني لملكية الأيدي المشتركة تحديد لفكرة الحصة ، فإنه لايجوز لأي من الملاك القيام بأي تصرف ناقل للملكية ، بل يجوزله إستعمال المال والإنتفاع به دون موافقة جميع الشركاء ، بخلاف ماهو مقررللشريك في الشيوع حق التصرف بإعتباره مالكا لحصته الشائعة ، لذلك لايعتبر نظام ملكية الأيدي المشتركة المعروف في النظام الجرماني من قبيل الملكية الفردية ، كما أنه نظام مستقر وليس عابر مثل الملكية الشائعة ، فلايستطيع أي شريك أن يطلب قسمتها قبل أن يتحقق الغرض أو المصلحة التي أنشئت من أجلها هذه الملكية .[1]

الفرع الرابع : تمييزه عن حق الشريك في ملكية الأسرة

لأفراد الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة المشتركة ، أن يتم إتفاق كتابي بينهم على إنشاء ملكية الأسرة ، ولا يشترط في أن تكون هذه الملكية من تركة ورثوها بل يمكن أن تكون من أي مال آخر مملوك لهم إتفقوا على إدخاله في هذه الملكية ، غيرأن حق الشريك في هذا النوع من الشيوع الذي يعتبر إجباريا يختلف عنه في حق الشريك في الشيوع الإختياري العادي , حيث أنه لايجوز للشريك في ملكية الأسرة أن يقوم بالتصرف في نصيبه لأجنبي عن الشركاء إلا بعد موافقتهم جميعا على ذلك , غير أن له حق التصرف في حالة ماكان إلى الشريك آخر دون أن يكون ملزما بالحصول على موافقة باقي الشركاء ، في حين أن للشريك في الشيوع العادي الإختياري التصرف في حصته الشائعة سواء لأجنبي عن الشركاء أو لأحد منهم حسب المادة 738 من القانون المدني الجزائري . [2]

المبحث الثاني : تصرف الشريك في حصته الشائعة من المال الشائع

نتناول في هذا المبحث مدى صحة تصرف الشريك في حصته الشائعة من المال الشائع ونفاذ هذا التصرف في حق باقي الشركاء ، الملكية الشائعة هي ملكية تامة وبناءا عليه يحق للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرفات القانونية وهذا مانصت عليه المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، ويعتبر تصرف الشريك في حصته الشائعة صحيحا نافذا في مواجهة باقي

---

[1] نفس المرجع ص 24 ، ص 25 .

[2] د . جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص 38.

شركائه , سواء كانت هذه التصرفات تصرفات ناقلة للملكية **(المطلب الأول)** , أو كانت هذه التصرفات مرتبة لحق عيني **(المطلب الثاني)** .

المطلب الأول : تصرفات الشريك في حصته الشائعة الناقلة للملكية

يقصد بالتصرفات الناقلة للملكية تلك التي تنقل المال من ملكية شخص ما إلى ملكية شخص آخر سواء كان تصرفا بعوض (مقابل) ، أو يكون دون عوض (تبرع) بدون مقابل ، فيجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة كيفما شاء , دون إذن من باقي الشركاء بشرط أن لايلحق ضررا بحقوقهم ، ويجوز أن يصدر التصرف الى أحد الشركاء الأخرين أو إليهم جميعا ، كما يجوز أن يصدرالتصرف إلى أجنبي من غيرالشركاء , وفي هذه الحالة يجوز للشركاء أن يستردوا الحصة المبيعة في المنقول [1]، كما سنرى في الفصل الثاني من هذه الدراسة ، ويجوز للشريك أن ينقل حصته الشائعة كلها أو بعضها معاوضة كأن يبيعها أو يقايض عليها ، أو أن يتصرف فيها تبرعا كأن يهبها أو يوصي بها ، **الفرع الأول :** التصرفات الصادرة عن الشريك في حصته الشائعة بعوض ، **الفرع الثاني :** تصرفات الشريك في حصته الشائعة من المال الشائع بغير عوض .

الفرع الأول : التصرفات الصادرة عن الشريك في حصته الشائعة بعوض

نتناول أهم التصرفات الناقلة للملكية بعوض وهما البيع والمقايضة ، لما لهما من أهمية سواءا من الناحية الإقتصادية و بعث النشاط الإستثماري ، كما لهما بعد إجتماعي ، ولأنهما من أكثر أنواع التصرف إنتشارا .

أولا : بيع الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع

عرف المشرع الجزائري البيع في نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري :**" البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أوحقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي "[2]**

لم يورد المشرع الجزائري نص خاص ببيع الحصة الشائعة ، غير أنه لم يشترط في بيع الحصة الشائعة إلا مايشترط في العقود بصفة عامة ، مع مراعاة الإجراءات الشكلية ولا يوجد في ذلك مايتعارض مع طبيعة الشيوع لذلك تسري عليه أحكام المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، ولا يشترط لصحة هذا التصرف موافقة باقي الشركاء ولا إعلانهم لأن الشريك باع ما يملك فقط دون أن يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء , فكل ما جرى هو أنه تنازل عن نصيبه الشائع لشخص آخريحل محله في الشيوع , وبذلك يترتب عن هذا التصرف كامل أثاره بين طرفي العقد (البائع والمشتري) ،

---

[1] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري –الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثامن – بيروت ، لبنان – منشورات الحلبي الحقوقية –سنة 1998 – ص 843 .

[2] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع نفسه .

وتنتقل الملكية الشائعة بقوة القانون .[1]

وأكدت ذلك المحكمة العليا في قرارالنقض ملف رقم : 63765 , بتاريخ: 29/10/1990 الذي قضى بما يلي : **" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون , ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرضية آلت إلى الطاعن عن طرق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطأوا في تطبيق القانون ، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه "**[2], ورفضت المحكمة العليا نقض قرارات بعض المجالس القضائية والتي أجازت بيع الحصة الشائعة ، منها القرار رقم: 186043 بتاريخ 24/03/1999 جاء فيه: **" يجب لأحد الشركاء على الشيوع التصرف في منابه المفرز شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء "** ، و إستندت المحكمة في قرارها على جملة من الأسباب أهمها : **" حيث أنه بالرجوع الى القرار المطعون فيه في صفحته الثالثة يتضح أن قضاة المجلس أكدو أنه طالما أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه دون فرزه طالما أنه لم يلحق ضرر بمناب شركائه وهو مالم تثبت في قضية الحال ، وعليه قررو ا إلغاء الحكم المستأنف من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس ، وحيث أنه يتبين مما سبق أن القرار المطعون فيه معلل تعليلا كافيا وله أساس قانوني على خلاف ماجاء في هذا الوجه الذي يجب رفضه "** [3]

يظهرمن إجتهاد المحكمة العليا أنها أكدت على المبدأ القانوني الذي ينص عليه المشرع الجزائري في المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، بإقرار حق الشريك في الشيوع التصرف في حصته الشائعة ، شريطة عدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء ، و إن كان المشرع قد هيأ السبيل لتوقي هذا الضر بأحد الطرقتين : **أولا:** إذا كانت الحصة الشائعة المبيعة عقارا وبائعها الشريك إلى أجنبي كان لباقي الشركاء الحق في أخذها بطريق الشفعة ، **ثانيا:**إذا كانت الحصة الشائعة مبيعة منقول أومجموعا من مال فطريق طلبها يكون بإستعمال حق الإسترداد [4]، سندرس أحكام هاتين الطريقتين في الفصل الثاني من هذه الدراسة (أثار تصرفات الشريك في حصته بالنسبة لحقوق باقي الشركاء) ، كما أنه من المهم أن نذكر أن إعلان باقي الشركاء لهذا التصرف رغم أنه ليس شرطا لصحة عقد البيع ، غير أنه يكون مفيدا لأنه يجعل ميعاد لأخذ بحق الشفعة أو الإسترداد يسري على باقي الشركاء

---

[1] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 25

[2] المجلة القضائية – وزارة العدل – الجزائر – سنة 1992 – العدد الرابع – ص 28 .

[3] المجلة القضائية – وزارة العدل – الجزائر – سنة 2000 – العدد الرابع – ص 195

[4] د. جمال خليل النشار – المرجع السابق ص 46 , ص 47 .

في حالة ما إذا تم البيع في المال الشائع (عقارا أومنقول) من شريك إلى شريك وترتب على ذلك أن زالت حالة الشيوع ، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء [1]

كما للشريك أن يتصرف بالبيع في نسبة معينة فقط من حصته الشائعة مثلا : إذا كان يملك نصف في الشياع في عقار وتصرف بالبيع في نصف هذه الحصة ، فإن المتصرف إليه (المشتري) يحل محل البائع ويصبح شريكا في الشيوع بنسبة الربع ويبقى البائع المشتاع شريكا بنسبة حصته التي لم يتصرف فيها الربع والتي إحتفظ بها .[2]

وعقد البيع هوعقد رضائي وحتى يكون العقد صحيحا يجب أن تتوفر فيه الأسس اللازمة لوجوده وبمعنى آخر أركانه وهي : التراضي ، المحل والسبب ، فإن كان البيع واقعا على عقار فيجب أن يفرغ العقد في الشكل الرسمي ، ولابد أن تكون الكتابة الرسمية من طرف ضابط عمومي ، نضمت المادتان 793 و 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري الشكلية الرسمية وجعلتها شرطا في تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق ، فلا عبرة بالكتابة العرفية في التعامل العقاري ، كما كرست هذه القاعدة أيضا المادة 3 من القانون 06/02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المؤرخ في 20/02/2006[3] ، وكذا المرسوم 76/63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري , والذي نصت المادة 61 منه أن كل عقد يكون موضوع إشهار يجب أن يقدم في الشكل الرسمي [4]، وإعتبرت أن الرسمية هي سبب لإنعقاد العقد وليس لإثباته فقط ، نصت المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري :**" يعتبر ماورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذ في كامل التراب الوطني "[5].**

فالعقد الرسمي أقوى الحجج وأعلاها مرتبة في الإثبات ، بحكم شهادة الضابط العمومي وللشكلية أهمية لأنها تعمل على تنبيه المتعاقدين على خطورة التصرف المقدمين عليه ، وتضمن التعيين الدقيق لطرفي التصرف والعقارمحل التصرف ، ومن جهة أخرى فإنها وسيلة لإستقرارالمعاملات والمحافظة على المراكز القانونية , لإعتبارأن العقار ثروة كفيلة بالحماية ، وإذا تخلف ركن التوثيق في العقد الناقل للملكية العقارية فإن مآله البطلان المطلق ، ولا يكون بذلك أي أثر قانوني وهذا

---

[1] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري – المرجع السابق ص 843

[2] د . محمد عقوني ، مرجع نفسه ، ص 30.

[3] قانون رقم 06/02 مؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق – جريدة رسمية عدد رقم 14 – مؤرخة في 08/03/2006 .

[4] د . محمد عقوني ، المرجع نفسه ، ص 32 .

[5] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

ماكرسه إجتهاد المحكمة العليا ، الغرف مجتمعة الصادرفي 20/02/1997 بخصوص العقد العرفي المتضمن نقل ملكية عقارية والمبرم بعد تاريخ:01/01/1971 .

كما يجب إحترام جميع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا ، ويترتب على التصرف في الحصة الشائعة أن يحل المتصرف إليه (المشتري) ,محل الشريك المتصرف (البائع) في ملكية الحصة الشائعة ويصبح هوالشريك في المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف [1] ، في حدود الحق الذي تلقاه ويحل محل الشريك البائع ، وذلك مايتبع خروج البائع نهائيا من الشيوع متى كان التصرف وارد على كل الحصة الشائعة ، ويحل محله المشتري في مركزه القائم ، أما إذا وقع التصرف في جزء من حصته الشائعة ، دخل المشتري شريكا معه بقدر ماتصرف فيه مع سائرالشركاء وبذلك يكون للمتصرف إليه حقوق سلفه , وعليه إلتزاماته فيتقررله إدارة المال الشائع سواء ماتعلق بالادارة المعتادة أوالإدارة غيرالمعتادة ، فيكون له حق إستعمال وإستغلال والتصرف في المال الشائع ، وذلك وفق الإجراءات التي حددها القانون ، وكل ذلك بما لايتعارض مع طبيعة الملكية الشائعة ، كما يتقررله الحق في طلب قسمة المال الشائع سواء إتفاقا أو قضاءا فهو غير مجبر على البقاء في الملكية الشائعة ، كما يترتب على التصرف في الحصة الشائعة تسليم الشئ المبيع في بيع الحصة الشائعة ويكون بوضعها شائعة تحت تصرف المشتري ، حيث أنه بموجب العقد ينتقل لهذا الأخير حق الإنتفاع بالمبيع ، ويكون حق المشتري منحصرا في طلب تسليم الحصة المبيعة ، دون أن يكون له الحق في طلب تسليم حصة مفرزة ، لما في ذلك من مخالفة لمحتوى عقد البيع ويتعارض مع طبيعة الملكية الشائعة ، وبناء عليه فليس له أن يطلب التسليم الفوري بل يتأجل هذا الحق حتى إذا تمت القسمة ، وإختص الشريك البائع بحصته مفرزة تعادل الحصة التي باعها فقط ، يجوز للمشتري طلب تسليمها إليه ، فالتسليم الفعلي للمبيع في البيع على الشيوع يتم بمجرد وضع القدرالمباع تحت تصرف المشتري ، إذ يتمكن من حيازته والإنتفاع به خلفا للبائع في حقوقه ، وهو مالا تنتهي به حالة الشيوع وأما إذا كان الشريك البائع لا يضع يده على الجزء المفرز الذي قام ببيعه ، فلا يجوز له أن يسلمه للمشتري ، كما لايجوز لهذا الأخير أن يطلب تسليمه في دعوى صحة التعاقد التي يرفعها وإلا قضي برفض هذا الطلب ، أما إذا جاوزت الحصة التي إختص بها الشريك البائع القدرالمبيع ، فإنه تنشأ ملكية شائعة جديدة متمثلة في تلك الحصة بين البائع والمشتري ، وبالتالي يتعذرعلى المشتري هنا طلب تسليم الحصة المفرزة بل يجب اللجوء إلى القسمة سواءا كانت قضائية أو إتفاقية ، أو أن يتم بيع مازاد عن حصة المشتري إليه ، وفي هذه الحالة تنقضي حالة الشيوع وتسلم للمشتري كل الحصة

[1] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري – المرجع السابق ص 843 .

مفرزة[1] ، هذا إذا كان التصرف بالبيع وارد على الحصة الشائعة في المال الشائع ، أما إذا كان الشيوع وارد على مجموع من المال يضم أشياء متعددة وتصرف الشريك في شئ معين من أشياء هذا المجموع مثل : لو كانت دار داخلة في تركة فباع الشريك الوارث حصته الشائعة في هذه الدار دون سائر أموال التركة , إختلف الفقه في حكم هذا التصرف إلى إتجاهين : [2]

الرأي الأول : يذهب بعض الفقهاء إلى القول جاز ذلك وحل المشتري محل الوارث شريكا في هذه الدار مع سائر الورثة ، فيقع البيع صحيحا ويحل بذلك المشتري محل الشريك البائع ويكون قاصرا على العقار المعين ، الذي توجد فيه الحصة الشائعة ، ويظل البائع شريكا فيما تبقى من الأموال الشائعة ، حيث أن الشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يتصرف ببيع حصته الشائعة في بعض العقارات دون الأخرى ، وبالتالي تنتقل حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا بمجرد أن يقوم المشتري بشهرعقد البيع ، ويصبح هذا الأخير دون الشريك البائع هو المعني بالقسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان ، سواء كان ذلك إتفاقا أو قضاءا ، أما في حالة تجاهله من طرف شركائه وأجروا قسمة هذه الأعيان مع الشريك البائع ، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي قام بشهرعقده قبل شهر القسمة .[3]

الرأي الثاني : في حين ذهب فريق آخر للقول أن بيع الشريك لحصته الشائعة من مال معين من الأموال المكونة لمجموع المال الشائع يكون بيعا لجزء مفرز بالقياس إلى مجموع المال ، يعتقد أصحاب هذا الإتجاه أنه في حالة بيع الشريك لحصته الشائعة في عقار معين موجود في مجموع من المال الشائع ، فإن حكم هذا التصرف يكون هو نفس الحكم عند التصرف بالبيع لجزء مفرز ، وهذا ماذهب إليه بعض الفقهاء في فرنسا بإعتبار أن التصرف صحيح ، ولكن يكون موقوفا على نتيجة القسمة ، فإذا إختص الشريك البائع بالعقار المتصرف فيه بعد القسمة فإنه يقع تصرفه صحيحا ، أما إذا وقع نصيب شريك آخر فلا يكون للتصرف أثر، لأن الأثر الكاشف للقسمة يظهر أن المتصرف لم يكن مالكا للحصة التي باعها ، وكان حكم تصرف هو حكم بيع ملك الغير، وبالتالي فإنه لا يحق للمشتري أن يطلب ملكية الحصة المتصرف فيها إلا بعد إجراء القسمة و إختصاص الشريك البائع بالعقار المتصرف في الحصة الشائعة فيه وإلا إنعدم أثرالبيع .

ويرجح الدكتور الأستاذ : عقوني محمد ماذهب إليه أنصار الرأي الأول , لأن البيع لجزء معين يتطلب تحديد هذا الجزء ، في حين أن التصرف في هذه الحالة وارد على حصة شائعة من عقار

---

[1] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 36.

[2] د جمال خليل النشار – المرجع السابق ص 49 .

[3] د . محمد عقوني ، مرجع نفسه ، ص 38.

معين موجود في مجموع مال شائع ، وبالتالي نية المتعاقدين إنصرفت إلى بيع حصة شائعة ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إعتبار أن مجموع الأشياء يمثل وحدة مستقلة عن مكوناته بدلالة وجوب إستبقاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق إشتملت عليه التركة [1]

ثانيا : مقايضة الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع

عرف المشرع الجزائري المقايضة من خلال المادة 413 من القانون المدني الجزائري :**" المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود "[2]** ، يظهر الإختلاف الموجود بين عقد البيع وعقد المقايضة من حيث أن الأول يقوم على أساس النقود ، بينما الثاني يكون على أساس تبادل ملكية مال بغير النقود[3]، ونصت المادة 415 من القانون المدني الجزائري:**"تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا ومشتريا للشئ الذي قايض عليه "[4]**، بموجب الإحالة الواردة في هذه المادة فإن مايسري على عقد البيع يسري على المقايضة ، لكن بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، وأقرت المحكمة العليا في قرار لها رقم : 255411 بتاريخ 06/02/2002 منشور في مجلة المحكمة العليا عدد 1 سنة 2004 ، مبدأ مفاده يحرر وجوبا عقد المقايضة في الشكل الرسمي.[5]

وبناءا عليه فإن المقايضة بالحصة الشائعة صحيحة نافذة في حق باقي الشركاء طالما لم يلحق بهم ضرر، ويجب أن تكون في الشكل الرسمي و إتباع جميع الإجراءات القانونية التي تستتبع العقد الرسمي من تسجيل وإشهار لدى المحافظة العقارية المختصة قانونا ، عملا بنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري والتي تنص :**" يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري "** [6]

ونخلص مما ذكر أنه يجوز للشريك على الشيوع في المال الشائع أن يقوم بمقايضة حصته الشائعة و يطبق في ذلك أحكام البيع السالف ذكرها[7]

---

[1] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري – المرجع السابق ص 843 .

[2] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[3] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 38, ص 39 .

[4] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع نفسه .

[5] أ. يوسف دلاندة ، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة ، الجزائر ، دار الهومة ، السنة 2014، ص 49

[6] قانون رقم 25-90 متضمن قانون التوجيه العقاري معدل ومتمم ، المؤرخ في 18/11/1990 ، جريدة رسمية عدد 49 صادر في 20/11/1990 .

[7] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، تصرفات الشركاء في الملكية الشاءعة – مذكر لنيل شهادة الماستر – جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية ، السنة 2016/2017 ، ص 14 .

الفرع الثاني : التصرفات الصادرة من الشريك في حصته الشائعة بغير عوض

سبق وأن ذكرنا أن حق الشريك هو حق ملكية تام ، وللشريك في الشيوع أن يقوم بجميع أنواع التصرفات بشرط ألا يلحق ضرر بحقوق سائرالشركاء ، وكما له الحق في ترتيب عقود معاوضة على حصته الشائعة , فإنه يحق له ترتيب عقود التبرع سواء بهبتها أو يوصي بها ، وسندس في هذا الفرع **(أولا) :** هبة الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع ، **(ثانيا)** : وصية الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع .

أولا : هبة الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع

الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتبرع شخص لشخص لآخر عن كل أمواله أو بعضها بلا مقابل ، وهي من عقود التبرع , تبرم بين شخص يسمى الواهب وهو الذي يتبرع بماله إلى شخص آخر يسمى الموهوب له ، قد يكون محل الهبة حق عيني كملكية عقار أو منقول ، أو حق إنتفاع أو إستعمال أو إرتفاق ، أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية كما قد يكون موضوع الهبة حق شخصي وهو إعطاء مبلغ من النقود[1] ، تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري : **" تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم الحيازة ، ومرعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا إختلت أحد هذه القيود بطلت الهبة "** [2] ، يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري ربط صحة الهبة بتمام الحيازة ، مما يفتح بابا لتقييد حرية الشريك في هبة حصته الشائعة من المال الشائع بالحالات التي تتحقق فيها الحيازة فقط ، غير أنه تدارك الوضع وأورد نص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري ليستغني فيها عن الحيازة بالاجراءات الإدارية والتوثيق في بعض الحالات منها إذا كان الشئ الموهوب مشاعا ، مما يعتبرجوازا ضمنيا لهبة الحصة الشائعة وهو ماينسجم مع نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري .

ويترتب إذا وهب الشريك حصته كلها أو بعضها فإن الموهوب له يصبح شريكا على الشيوع بإنتقال الحصة الموهوبة إليه ، فيحل محل الشريك الواهب في الحصة المتصرف فيها ، ويصبح خلفا خاصا له , فيكون الموهوب له شريكا مع باقي الشركاء بالحالة التي كانت عليها الملكية لدى إبرام عقد الهبة وفي حدود الحق الذي تلقاه ، وذلك مايتبع خروج الواهب نهائيا من الشيوع متى كان التصرف وارد على كل الحصة الشائعة ويحل محل الموهوب في مركزه القائم [3] ، أما إذا تصرف الشريك الواهب في بعض ماكان له ، دخل الموهوب له شريكا معه بقدرماتصرف فيه مع سائر

---

[1] مرجع نفسه ص 15 .

[2] قانون 11-84 – المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم - المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 .

[3] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 44.

الشركاء في المال الشائع ، وبذلك يكون للمتصرف إليه حقوق سلفه وعليه إلتزاماته ، فيكون له الحق في إدارة المال الشائع سواءا الإدارة المعتادة أو غير المعتادة ، كما يكون له الحق في طلب القسمة دون الشريك الواهب [1]

ثانيا : وصية الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع

الوصية حسب المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري هي : **" تمليك مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبرع "** [2] ، يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري لا يشترط أي شرط يتعارض مع الشيوع بل إنه إعتبرها كالميراث ، ولأن المورث لو كان يملك حصة شائعة فإنها تؤول إلى ورثته كذلك الوصية طالما لم تتجاوزالثلث، وإلا كانت موقوفة على إجازة الورثة تطبيقا للقواعد العامة [3] وهذا مايتم إستخلاصه من خلال المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري .

علما أن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريق الوصية لايجب شهرها في البطاقات العقارية حسب القانون الجزائري ، وذلك لعدم إمكان إستخلاص عكس هذا المعنى من نصوص القانون المدني أو القوانين الخاصة بالشهر العقاري ، وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قرار رقم: 665688 , مؤرخ في 14/07/2011 الذي جاء فيه:**" تصح الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق ، شهر الوصية واجب لنقل الملكية بعد الوفاة "** .[4]

وبناء عليه فلا يوجد في أحكام الوصية مايتعارض مع المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، فيجوز للشريك على الشيوع أن يوصي بحصته الشائعة كلها أو جزء منها . [5]

المطلب الثاني : تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني

الحق العيني هو إستئثار مباشر للشخص على شئ معين ، بما يمكنه من ممارسة أعمال وتصرفات معينة بالقدرالذي يتناسب مع مضمون الحق ، وذلك تحقيقا لمصلحة يقررها القانون ، وفي موضوع المال الشائع هناك حقوق عينية يجيزالمشرع الجزائري القيام بها وهناك أخرى لايمكن للشريك في المال الشائع التصرف بها وسندرس في هذا المطلب ، **الفرع الأول :** تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني أصلي ، **الفرع الثاني :** تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني تبعي .

---

[1] المرجع نفسه ص 55.

[2] قانون الأسرة المعدل والمتمم - المرجع السابق .

[3] مخازني فايزة ، تصرف الشريك في المال الشائع – دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير – جامعة محمد بوقرة – بومرداس – السنة : 2004/2005 ، ص 29 .

[4] المجلة القضائية – وزارة العدل – المحكمة العليا – سنة 2011 – العدد 02 – ص 172 .

[5] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 17.

الفرع الأول : تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني أصلي

أهم الحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية هي حق الإنتفاع وحق الإرتفاق وحق الحكر، ولأن حق الحكر تستعصي طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لايجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق الحكر على حصته ، لأن الحكر يقتضي البناء أوالغرس في أرض مفرزة ، هذا بالإضافة أن الحكر أصبح لايجوز ترتيبه إلا على الأرض الموقوفة والأرض الموقوفة لاتكون شائعة [1]

وبناءا عليه سندرس **أولا :** ترتيب الشريك لحق الإنتفاع على حصته الشائعة ، **ثانيا :** ترتيب الشريك لحق الإرتفاق على حصته الشائعة .

أولا : ترتيب الشريك لحق الإنتفاع على حصته الشائعة

حق الإنتفاع هو حق عيني بمقتضاه يكون للشخص أن يستعمل ملك غيره ويستغله عقارا كان أومنقول[2] ، دون التصرف فيه إذ تظل سلطة التصرف في يد الشريك المالك (مالك الرقبة) .

وبخصوص المال الشائع فإنه يجوز للشريك أن يستعمل الشئ الذي يرد عليه حقه وأن يستغله ، ولكن نظرا إلى أنه لا يملك هذا الشئ وحده فهو يشارك غيره في هذه الملكية ، ولعدم تحديد حصة مفرزة لكل مالك فإن مباشرة بعض السلطات تكون دائما مقيدة بعدم الإضرار بالآخرين فيكون للشريك في الشيوع ترتيب حق الإنتفاع على حصته الشائعة في عقار[3] ، وبذلك يتجزأ حق ملكية الشريك المتصرف إلى حصتين ، حق في ملكية الرقبة يبقى للشريك في الشيوع وحق الإنتفاع يثبت للمتصرف إليه ، فيكون للمتصرف بصفته صاحب حق الرقبة إعتباره شريكا في هذه الحدود من خلال مباشرته لأعمال الإدارة الغيرمعتادة وحق التصرف ، كما له حق في طلب القسمة ، أما المنتفع في هذه الحالة فله سلطة الإدارة المعتادة فيما يتعلق بإستعمال وإستغلال العقارفي حدود الغرض المخصص له ، كما أنه في حالة ترتيب قسمة المهايأة المكانية أوالزمانية فإنه يعتد بإرادة المنتفع في القسمة لا بإرادة الشريك المتصرف ، وبذلك يصبح هو صاحب الحق في ثمار الشئ بقدر الحصة التي يرد عليها حقه ، ويحسب صوته بقدر الحصة الوارد عليها حق الإنتفاع ، عند حساب الأغلبية المطلوبة في شأن هذه الإدارة أو عند إستكمال الإجماع اللازم في شأن قسمة المهايأة [4] ، يتمتع المنتفع أي صاحب حق الإنتفاع بجميع السلطات والحقوق التي يخولها له حق الإنتفاع من إستعمال وإستغلال وتصرف في الإنتفاع بالبيع أوالتنازل أو الرهن في حدود ما يخوله حق الإنتفاع ، دون المساس

---

[1] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري – المرجع السابق ص 845 .

[2] مخازني فايزة ، المرجع السابق ، ص 31 .

[3] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 19.

[4] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 46.

بملكية الرقبة التي تبقى قائمة للشريك الأصلي ويتحمل كذلك عبئ الإدارة والصيانة والمحافظة على المال محل الإنتفاع بإعتباره شريكا في الشيوع قبل إنتهائه[1].

وإذا إنقضى حق الإنتفاع قبل إنقضاء الشيوع آلت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك ، أما إذا بقي حق الإنتفاع قائما بعد إنقضاء الشيوع بأن قسمت العين الشائعة مثلا ، ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب الرقبة فإن حق الإنتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني ، وهذا مايصح الأخذ به طبقا للنظرية الحديثة في الحلول العيني [2]

ثانيا : ترتيب الشريك لحق الإرتفاق على حصته الشائعة

عرف المشرع الجزائري حق الإرتفاق في المادة 867 من القانون المدني الجزائري : **" الإرتفاق حق يجعل حد لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الإرتفاق على مال إذا كان لايتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال "** . [3]

وعرفه الفقه بأنه : " الحق الذي يتقرر قانونا وشرعا وتترتب بناء عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبأ المنفعة أو الإرتفاق " ، أو في الفقه الإسلامي يعرف بحق الإنتفاع العيني , ويقصد به نوع من أنواع الملك الناقص وهو مقررعلى عقارلمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر، يتضح مما ذكر أن حق الإرتفاق يتطلب مباشرة صاحبه لأعمال مادية تتطلب عقارا مفرزا [4] ، لذلك حق الإرتفاق لايرد على حصة شائعة ، لأن الإرتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لاتصح مباشرتها إلا على عقارمفرز ، لكن يجوز لجميع الشركاء في عقار الشائع أن يرتبوا معا حق إرتفاق على هذا العقار ويبقى حق الإرتفاق على العقار كله أيا كانت نتيجة القسمة[5] .

الفرع الثاني : تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني تبعي

الحقوق العينية التبعية كما نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني هي حق الرهن الرسمي و حق الرهن الحيازي ، حق التخصيص و حق الإمتياز ، ويطلق على هذه الحقوق تسمية التأمينات العينية لما لها من أهمية في ضمان حقوق الدائن المرتهن ، وسندرس في هذا الفرع مدى جواز ترتيب هذه الحقوق على الحصة الشائعة من طرف الشريك في المال الشائع ؟

---

[1] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع نفسه ص 20، ص 21.

[2] د ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 846 .

[3] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[4] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[5] مخازني فايزة ، المرجع السابق ، ص 30 .

أولا : ترتيب الشريك لحق الرهن الرسمي على الحصة الشائعة

إن الرهن الذي يقع على مال مملوك على الشيوع يخضع لأحكام خاصة تميزه عن الرهن الذي يقع في حال المال المفرز ، وذلك نظرا لطبيعة المال الشائع كونه مملوك لعدد من الأشخاص ، عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في المادة 882 من قانون المدني الحزائري : **" الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان "** . [1]

يجوز لكل شريك يملك حصته الشائعة ملكية تامة التصرف فيها على أساس الرهن الرسمي ويكون رهنه نافذا في مواجهة سائر الشركاء [2] ، ولا يصح القول بوجوب توقف الرهن على نتيجة القسمة لأن طبيعة الرهن الرسمي لا تشترط الحيازة لنفاذه ضد الغير، فإذا باع الشريك حصته الشائعة لمشتر فإن ملكية الحصة تنتقل إلى هذا الأخير مثقلة برهن [3]

ويجب التفرقة في هذا الصدد بين حالتين : **الحالة الأولى :** أن يحل أجل الوفاء بالدين قبل قسمة العقار ولم يقم المدين بالوفاء ، **الحالة الثانية :** حالة حلول أجل الدين بعد القسمة أو تم إجراء عملية القسمة .

ففي الحالة الأولى : إذا حل أجل الوفاء بالدين قبل قسمة العقار ولم يقم المدين بالوفاء ، فمن حق الدائن المرتهن أن ينفذ بدينه على الحصة الشائعة المرهونة ، وبيعها ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن ، فيصبح شريكا مع سائر الشركاء على الشيوع ، ولايحرم الدائن المرتهن من هذا الحق بحجة الإنتظار الى نتيجة القسمة [4] ، كما أنه لا يوجد نص يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة ويوجب إفرازها قبل التنفيذ عليها [5] ، ولكن هل من حق الدائن المرتهن طلب إبطال الرهن لوقوعه في غلط ؟

إختلف الفقه في ذلك : فيتجه بعض الفقهاء إلى أنه لا يحق للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن في هذه الحالة ، وذلك لأن ماجاء في المدة 714 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري متعلق فقط بالتصرفات المنصبة على حصة مفرزة بقولها :**" ... وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ... وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لايملك**

---

[1] د ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 845 .

[2] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[3] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 25 .

[4] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 50

[5] د جمال خليل النشار – المرجع نفسه ص92 .

العين المتصرف فيها مفرزة " [1] ، حيث أن المشرع أعطى الحق في إبطال التصرف عند وقوعه على جزء مفرز ، فيكون الدائن المرتهن قد وقع في غلط ، ولايجوز القياس على ذلك في التصرف الوارد على الحصة شائعة ، في حين ذهب البعض الآخر : بإعطاء الحق للدائن في طلب إبطال عقد الرهن الرسمي في حالة وقوعه في غلط ، وإعتقاد أن الحصة مفرزة وليس شائعة , ويبررون هذا الحكم على أساس المادة المذكورة وإن كانت تنص على مبدأ الحلول العيني ، غير أن المشرع لم يقصد الإغفال والخروج عن حكم القواعد العامة المتعلقة بالغلط [2] ، لكن الأرجح ما ذهب إليه الرأي الأول لأن نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري جاء فيه أن الحق في طلب الابطال لوقوع في غلط قاصرعلى التصرف في جزء مفرز ، حين وقوع الدائن المرتهن في غلط ، ولا يجوز تطبيق نفس الأحكام على التصرف في الحصة الشائعة ، ثم إن الدائن المرتهن قد يحصل على حقه من بيعه للحصة الشائعة ، ويحل المشتري محل الشريك الراهن فيصبح هو شريكا على الشيوع مع سائر الشركاء [3]

الحالة الثانية : حالة حلول أجل الدين بعد القسمة ، تعتبر القسمة أهم طرق إنقضاء الشيوع حيث تحول الحصص الرمزية للشركاء إلى أنصبة مادية ، فتجزأ المال الشائع إلى أجزاء مفرزة ، يستقل كل شريك بجزء منها خالصا بصفة إستئثارية ، وإذا تعذرذلك يباع المال الشائع بالمزاد العلني ويختص كل شريك بمبلغ نقدي يعادل حصة ، هذه الحالة تحمل عدة فرضيات[4] ، نصت المادة 890 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري : **" إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقارأو جزء مفرز من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها إنتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولايضر إنتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدرمن جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين"**[5] ، يتضح من خلال هذا النص أنه يجوز رهن العقار الشائع ، إذ يمكن رهنه كاملا من كل الشركاء المشتاعين ، أو رهن حصة الشائعة من العقار كلها أو بعضها من قبل أحد الشركاء في الشيوع ، ويكون ذلك نافذا أو صحيحا مع مايترتب

---

[1] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 51 .

[2] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[3] د . محمد عقوني ، المرجع نفسه ، ص 51 .

[4] مخازني فايزة ، المرجع السابق ص 27.

[5] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

عليه من أثار في حالة القسمة أي إنهاء الشيوع .[1]

فإذا أقام الشريك في الشيوع رهنا رسميا على حصته الشائعة في العقار أو بعضها ، يكون تصرفه تصرفه صحيحا ، مادام العقار شائعا بين كل الشركاء المشتاعين وإذا باع حصته الشائعة المرهونة إنتقلت مثقلة بالرهن إلى المشتري ، أما إذا إقتصر تصرف الشريك على الرهن فقط ، وقسم الشركاء العقار الشائع بعد ذلك فوقع كله أو بعضه في نصيب الشريك الراهن ، فإنه ينتقل مرهونا بعضه في الشيوع بمقدار حصته الشريك الراهن فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه ، ولكن ينتج عن القسمة أن يقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا جزء منه وإنما يقع نصيبه عقارآخر ففي هذه الحالة تطبق نظرية الحلول العيني ، وذلك بأن يحل العقار الجديد محل العقار الذي كان يشكل الحصة الشائعة المرهونة ، وبذلك ينتقل مرهونا بدلا من العقار الأول ويتبع الدائن المرتهن في ذلك إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبته الرهن الأول ، ولولا الحلول العيني لقيل إن العقار الاخر الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك ، وبذلك لاينتقل الرهن إلى هذا العقار ، كما أنه قد يقع في نصيب الشريك الراهن لا العقار المرهون ولا عقار آخر ، وإنما يقع في نصيبه منقول ، ففي هذه الحالة يفقد الدائن المرتهن حق رهنه على العقار لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه ، وكذلك لاينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول لأنه لايقبل ذلك أصلا .

أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحقه في التقدم في إستيفاء حقه من هذه النقود .

مما سبق ذكره نخلص أن المشرع الجزائري أقر للشريك في الشيوع حق رهن حصته في كل جزء من أجزاء العقار الشائع ، ويظل هذا الوضع حتى ينقضي الشيوع بالقسمة قضاءا أو إتفاقا, ولأن لكل شريك ملكية جزء في العقار الشائع فإنه يكون له الحق في رهن مايملك ويكون رهنه صحيحا ونافذا ، سواء تعلق الرهن بحصته شائعة أو مفرزة ، إلا أنه إذا تمت القسمة وإختص الشريك الراهن بحصته غير التي كان قد رهنها مفرزة ، إنتقل الرهن إلى الحصة التي إختص بها الشريك الراهن بناء على القسمة بمالها من أثر ، مفاده أن الشريك الراهن كان يمتلك تلك الحصة وحدها منذ نشوء الشيوع فينتقل إليها الرهن بحكم القانون ، وعلى المرتهن القيام بالاجراءات المنصوص عليها في المادة 890 من القانون المدني الجزائري وخاصة المتعلق منها بالقيد بالمحافظة العقارية المختصة [2]

---

[1] وهاب عياد – التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص – جامعة منتوري – قسنطينة- السنة : 2007/2008- ص 21، ص 22.

[2] وهاب عياد – المرجع السابق - ص 21 ، ص 22 .

ثانيا : ترتيب الشريك لحق الرهن الحيازي على الحصة الشائعة

عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في المادة 948 من القانون المدني الجزائري التي تنص : **" الرهن الحيازي عقد يلتزم به الشخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشئ إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشئ في أي يد يكون "**[1] ، ينعقد الرهن الحيازي بالايجاب والقبول دون الحاجة للاجراءات الشكلية ولكنه لاينفذ في حق الغيرإلا إذا كان الشئ المرهون بيد الدائن أوالأجنبي الذي إرتضاه المتعاقدان, هذا تأسيسا لما جاء في المادة961 من قانون المدني الجزائري [2]

لا يوجد نص صريح يجيز رهن الحصة الشائعة رهن حيازة ، لذلك يرجع إلى الأحكام العامة التي وضعها المشرع بشأن التصرف في المال الشائع بوجه عام ، وبالرجوع إلى المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، نجد أن لكل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات , وبالتالي يجوز له أن يرهن حصته الشائعة رهنا حيازيا ، ويقع الرهن صحيحا لأن المشرع لم يعتبر الحيازة ركنا لانعقاد العقد ، حيث أن تسليم الشئ المرهون أصبح إلتزاما وليس ركنا وهذا ماذهب إليه المشرع المصري عندما جاء في المذكرة الإيضاحية للتشريع المصري بما يلي : " أما رهن المشاع رهن حيازة فيخضع للقواعد العامة إذا لم يرد فيه نص خاص ، فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة كما يجوز أن يرهن الشريك في الشيوع نصيبا مفرزا والعبرة بنتيجة القسمة "[3]

وبما أن الرهن الحيازي يلزم وجوب أن يحوز الدائن المرتهن الشئ المرهون وهذا مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة 951 من القانون المدني الجزائري بقولها: **" ينبغي على الراهن تسليم الشئ المرهون إلى الدائن أو الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمة "**[4] ، فالحيازة شرط لنفاذ الرهن على الغير، يمكن حيازة الحصة الشائعة بصور متعددة ، فقد يتفق الشركاء على قسمة العقار الشائع قسمة مهايأة وتمكين الدائن المرتهن من حيازة جزء يعادل قيمة المال المرهون ، كذلك قد يتفق الشركاء على وضع المال تحت يد الدائن المرتهن ، ومن ثمة فهو يحوز الحصة الشائعة بصفته دائنا وبالنسبة لباقي الحصص بأي صفة أخرى(مدير،مستأجر)[5] ،وفي هذه الصورة يجب موافقة الشركاء.

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[2] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 31 .

[3] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 75 .

[4] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[5] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 31 .

أيضا هناك صورة أخرى يمكن أن يتحقق فيها الرهن الحيازي في حالة إتفاق الراهن والمرتهن وباقي الشركاء على تسليم المال الشائع كله إلى أحد الشركاء أو إلى أجنبي بصفته عدلا ، بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة وبصفته مديرا بالنسبة الى باقي الحصص ، ويصبح الرهن نافذا في حق الشركاء دون انتظار نتيجة القسمة ، فيكون للدائن المرتهن إذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحصة الشائعة ببيعها في المزاد العلني وفق مايتطلبه القانون وإقتضاء دينه بالاولوية من ثمنه [1]

ثالثا : ترتيب الشريك لحق التخصيص على الحصة الشائعة

نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد من 937 إلى 947 من القانون المدني الجزائري ، ولم يورد تعريف له وإنما إكتفى بتحديد كيفية إنشائه و أثاره و إنقضائه ، وحق التخصيص أوالاختصاص هو حق عيني تبعي يختص فيه الدائن بعقارات مدينه ، ويكون بناء على حكم واجب التنفيذ يقضي بإلزام المدين بالدين ، فيستطيع الدائن بموجب هذا السند أن يستوفي حقه من مدينه متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة [2] ، وفي المال الشائع يجوز ترتيب حق التخصيص على الحصة الشائعة فيحصل دائن صاحب هذه الحصة في العقار على اختصاص بهذه الحصة إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانونا .

عندما يكون الشريك في الشيوع مدينا لشخص آخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ فإنه يمكن لهذا الدائن الحامل للسند القضائي اللجوء للقضاء لإستصدار تخصيص على الحصة الشائعة التي يملكها مدينه ضمانا لدينه ، يقدم ذلك الطلب على شكل عريضة الى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين ، مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدونا فيها الحكم وتشمل بالاضافة الى ذلك البيانات المذكورة في المادة 941 من القانون المدني الجزائري ، فإذا توفرت الشروط اللازمة يدون رئيس المحكمة ذلك في ذيل العريضة أمرفي التخصيص مراعيا في ذلك مقدار الدين وقيمة العقارت المبينة في العريضة ، فيمكن ان تكون الحصة الشائعة محل للتخصيص كلها أو بعضها حسب مقدارالدين ، ويكون أمر التخصيص واجب التنفيذ بغض النظرعن جميع طرق الطعن حسب ماجاء في نص المادة 942 من القانون المدني الجزائري وإذا تقرر حق الاختصاص على الحصة الشائعة على النحو السابق وجب قيده بمكتب الشهر العقاري حتى يتمكن من الاحتجاج على الغير .[3]

إن المادة 947 من القانون المدني الجزائري تحيل إلى أحكام الرهن الرسمي فتطبق على حق

---

[1] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 76 .

[2] وهاب عياد – المرجع السابق ، ص 17 .

[3] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 24 . .

التخصيص وخاصة ماتعلق بالقيد وتجديده , وشطبه وعدم تجزأة الحق و أثره وانقضائه .

رابعا: ترتيب الشريك لحق الامتياز على الحصة الشائعة

عرف المشرع الجزائري حق الامتياز في المادة 982 من القانون المدني الجزائري بقولها : **" الإمتيازأولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص قانوني "** [1] ، ان حق الامتياز لايتقرر الا بموجب نص قانوني فتحدد به مرتبة الدائن صاحب الامتياز لان في هذه الحالة نجد أن الحق هوالمختص بالامتياز وليس الدائن , وبذلك فإن حق الامتياز يختلف عن سائر الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي , الرهن الحيازي , والاختصاص) في كون حق الامتياز لا يتقرر الا بنص في القانون ، ومالم يوجد نص بذلك لا يوجد إمتياز ، فهو لا يتقرر بالاتفاق ولا بحكم قضائي ، وكذلك من حيث كون الممتاز هو الحق في الامتياز وليس الدائن ، على عكس باقي الحقوق العينية التبعية التي يكون فيها الدائن هو محل الاعتبار .

ينقسم حق الامتياز : الى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة ، فأما العامة فهي التي تكون على جميع أموال المدين كامتياز النفقة والمبالغ المستحقة للأجراء , في حين أن الخاصة هي تكون إما على منقول معين كامتياز بائع المنقول وامتياز المؤجر، أو على عقار كامتياز بائع العقار، فالبائع العقار حق الامتياز فيما يستحق من الثمن وملحقاته ، وهو الشأن بالنسبة للشريك في الشيوع الذي يتصرف بالبيع في حصته الشائعة في العقار كلها أو جزء منها ولم يقبض الثمن كله أو جزء منه ، فيكون له حق امتيازعلى الحصة الشائعة التي تصرف فيها و إنتقلت ملكيتها للمتصرف له , الذي أصبح مدينا بثمن الحصة كلها أو بعضه في حدود المبلغ كاملا أو في حدود ماتبقى منه .[2]

ومنه يتضح أن حقوق الامتياز لايشترط فيها القبض أو الحيازة مما يجعلها غير متعارضة مع طبيعة الشيوع ، ولان المادة 986 من القانون المدني الجزائري تحيل إلى تطبيق أحكام الرهن الرسمي على الامتياز فإنه يجوز ترتيب حق الامتياز على الحصة الشائعة [3]

ونخلص في هذا المبحث أن للشريك في المال الشائع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرفات القانونية الناقلة للملكية سواءا كانت بعوض ورأينا البيع والمقايضة وأحكامهما ، أو بدون عوض تبرعا في صورتي الهبة والوصية ، مع مراعاة عدم الاضرار بمصلحة باقي الشركاء في الشيوع ، ويحل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف ويصبح بدوره شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء ، فيكون له جميع الحقوق والالتزامات في ادارة المال الشائع وطلب إنهاء حالة الشيوع ، كما

---

[1] أمر رقم 58-75 – مرجع سابق

[2] وهاب عياد – المرجع السابق ، ص 19 .

[3] مخازني فايزة ، المرجع السابق ص 36 .

يمكن للشريك في المال الشائع أن يرتب حق عيني أصلي , فيمكن للشريك ان يرتب حق الانتفاع على حصته الشائعة , أما حق الارتفاق فطبيعته مستعصية على الحصة الشائعة , لكن يجوز لجميع الشركاء أن يقرروا حق الارتفاق على العقار ، ويبقى حق الارتفاق على العقار كله أينا كانت نتيجة القسمة ، أيضا يمكن للشريك أن يرتب حقا عينيا تبعيا على حصته الشائعة في المال الشائع كالرهن الرسمي أو التخصيص أو الامتياز أو الرهن الحيازي وان كان المشرع الجزائري قرر ذلك صراحة فيما يخص الرهن الرسمي بموجب المادة 890 من القانون المدني ، وسكت عنه فيما يخص الرهن الحيازي مما يفتح المجال أمام اعمال القواعد العامة التي تتوفر فيها إمكانية حيازة الحصة المرهونة رهنا حيازيا .

المبحث الثالث : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

إن تصرف الشريك في المال الشائع قد لا يقتصر على الحصة الشائعة فقط ، وإنما يتعداها لينصب على جزء محدد منها ، أو عليها كلها ، ولما كان حق الشريك على الشيوع لا ينصب إلا على حصة معنوية رمزية [1]، فإذا تصرف بجزء مفرز من المال الشائع بالبيع مثلا ، فإنه يكون تصرف في ملكه وملك الغير, لتعلق حق بقية الشركاء بالجزء المفرز مما يقتضي بحث حكم هذا التصرف بين طرفيه وحكمه بالنسبة لبقية الشركاء ، وهذا ما نفصله على النحو الآتي :

المطلب الأول : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في العلاقة بين طرفيه ، **المطلب الثاني :** تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء ، **المطلب الثالث:** تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع .

المطلب الأول : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في العلاقة بين طرفيه

تختلف طبيعة التصرف بإختلاف الملكية محل هذا التصرف ، وحيث أن قسمة المال الشائع هي الفيصل بين الملكية المفرزة والملكية الشائعة , فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل وقوع القسمة يختلف عن حكمه بعد إجرائها في العلاقة بين طرفيه ، وهذا ما ندرسه على النحو الآتي : **الفرع الأول :** تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة ، **الفرع الثاني :** تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة .

لمعرفة أحكام هذه التصرفات ولأن المشرع الجزائري لم ينظمها بقواعد خاصة فإن المرجع في ذلك هو القواعد العامة في الشيوع وهذا ما يتضح من خلال هذه الدراسة .

الفرع الأول : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة

قد يقوم الشريك بتحديد جزء معين من المال الشائع يعادل حصته فيه أو يقل عنها ، وذلك من تلقاء نفسه ودون الرجوع إلى باقي الشركاء ، ثم يقوم بالتصرف في هذا الجزء إلى الغير فيقع هذا التصرف صحيحا بين المتعاقدين ، في كل الجزء المفرز على أساس أنه تصرف صادر من مالك لأن حق الشريك في الشيوع حق ملكية يرد على كل المال الشائع وبالتالي لايعتبر تصرفا في ملك الغير[2] وبالرجوع إلى نص المادة 714/2 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع حدد حكم علاقة الشريك المتصرف والمتصرف إليه بنصه : **" ... وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من**

---

[1] مخازني فايزة ، المرجع السابق ص 86

[2] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 94 .

وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة و للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة "[1] ، من خلال هاته الفقرة يستوجب التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى: وهي حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوع ، **الحالة الثانية :** هي حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشيوع .

أولا : حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوع

يمنع على المتصرف إليه في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد ، وذلك لثبوت علم المتعاقد بحقيقة الأمر، وهو أن الشريك المتصرف ليس إلا مالكا على الشيوع ، وهو ما يتعارض مع الإدعاء بعيب إرادي ناتج عن غلط ، وبذلك لايكون طلب الإبطال لا قبل القسمة ولا بعدها ، لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوع ، وأن محل التصرف جزء مفرز ولو لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف ، فالشريك إذا قام ببيع حصة مفرزة يكون قد تصرف فيما يملك وفيما لايملك ، فمايملك هو حصة في الشيوع في هذا الجزء المفرز, وما لايملك هو حصة سائر الشركاء في هذا الجزء ولايستطيع المشتري إبطال البيع بالنسبة الى حصة المتصرف الشائعة في جزء مفرز ، لأن الشريك البائع قد تصرف فيما يملك ، ولأن المشتري ليس واقع في غلط ، ولا بالنسبة الى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المتصرف فيه ، بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير على أساس أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة فتفيد بفضل الأثر الكاشف[3]

للقسمة أنها مملوكة له وقت انشاء التصرف ، فلا يكون بذلك تصرف فيما لايملك ، بالإضافة أن المتصرف إليه بعلمه أن المتصرف لا يملك الجزء المفرز يكون قد إرتضى ماقد تنتجه القسمة من أثار على التصرف [2]

ثانيا : حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشيوع

يكون المتصرف إليه في هذه الحالة قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل الشئ ، إذا إعتقد

أن المتصرف يملك ملكية مفرزة لا شائعة ، ومن ثم يكون التصرف قابل للإبطال ويجوز للمتصرف إليه طلب الإبطال وفقا للقواعد العامة[3] ، طبقا للمادة81 من القانون المدني الجزائري:**"**

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[3] علي جبار صيكل الاسدي ,الملكية الشائعة واحكام ازالة الشيوع – دراسة مقارنة – المملكة الاردنية الهاشمية ، الرضوان للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، سنة 2016، ص 227.

[2] د ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 870 .

[3] مرجع نفسه ص871 .

يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله "[1]

وعليه يكون للمتصرف إليه إبطال التصرف لما شاب إرادته من عيب الغلط قبل القسمة [2]، ولا يجبرعلى انتظار القسمة ونتيجتها ، أما اذا تمت القسمة قبل الحكم بالابطال ، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف فلا يجوز طلب الابطال طبقا للمادة 85 من القانون المدني الجزائري

:**" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية " [3]**، كما يكون كذلك إذا اقر بقية الشركاء تصرف شريكهم في حصته المفرزة , أو في حالة تلقي الشريك الملكية الخاصة للجزء الذي تصرف فيه لأي سبب كان ، كما يبقى التصرف قابلا للإبطال حتى بعد إجراء القسمة في حالة عدم إختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه وذلك تطبيقا لما ورد في المادة 714/2 من القانون المدني الجزائري : **" للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة " [4]**

كما يكون من حق المتصرف إليه أن يجيز هذا التصرف بالتنازل عن حقه في طلب الابطال ،فيقع صحيحا ، وبذلك فإن تأسيس طلب الابطال في هذه الحالة يكون لأن المتصرف إليه قد عيبت إرادته بالغلط , لا على أساس أن المتصرف تصرف فيما لايملك ، كما أن أحكام التصرف في ملك الغير تسوي بين الحالتين العلم والجهل بأن المتصرف مالك أو غير مالك ، وتعطي للمتصرف إليه حق طلب الابطال في كلتا الحالتين ، وهذا خلافا لما يستفاد من نص المادة 714/2 من القانون المدني الجزائري حيث تقضي بالتفرقة بين حالة العلم والجهل ، وعليه فإن طلب الابطال يكون مبنيا على أساس صدور التصرف في ملك الغير كما يرى بعض الفقهاء ، ولان التصرف في جزء مفرز تصرفا صحيحا صادر من مالك فإنه يرتب أثاره بين طرفيه على الجزء المفرز المتصرف فيه لا على حصة شائعة تعادله [5]

الفرع الثاني : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة

إن قسمة المال الشائع يترتب عليها نتيحتين :

أولا : وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع سابق .

[2] د . محمد عقوني ، المرجع نفسه ، ص 96 .

[3] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع نفسه .

[4] مرجع نفسه .

[5] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 97 .

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه الحالة لوضوح حكم التصرف فيها ، بحيث يستمر صحيحا ويستقر نهائيا على ذات محله ، ولايهم إذا كان المتصرف إليه عالما بالشيوع أو غير عالم به ، وإذا كان عدم العلم غلط يجيزالإبطال بسبب عيب في الرضا ، فإنه في هذه الحالة يتعارض مع مبدأ حسن النية , حسب ماتقضي به المادة 85 من القانون المدني الجزائري والتي تنص:**" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مايقضي به حسن النية ، ويبقى بالاخص ملزما بالعقد قصد ابرامه إذا أ ظهرالطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد "** [1]

طالما أن المتصرف إليه قبل التعاقد على هذا المحل ، فلا يوجد مبررلطلب إبطاله إذا علم بالشيوع فيما بعد ، إذا لم يتغير شئ في العقد يجيز له ذلك , كما أن مبدأ حسن النية و إستقرار المعاملات يقتضي ذلك [2]، كذلك الحال إذا إذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم ، أو تلقى الشريك الملكية الخاصة للجزء الذي تصرف فيه لأي سبب [3]

ثانيا : عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف

يحدث كثيرا و أن تسفر عن قسمة المال الشائع ، وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخرغيرالمتصرف ، ويقع في نصيب هذا الآخيرجزء آخر غير الجزء المتصرف فيه ، تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في نص المادة 714/1 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأن ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة , هذا حرصا على إستقرار المعاملات ، وتفاديا الحكم ببطلان التصرف بحيث يؤخذ بمبدأ الحلول العيني أي الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلا ويعتبروكأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه ، وفي المقابل يخلص الجزء المفرز السابق التصرف فيه لمن إختص به بالقسمة [4] .

يبقى التصرف قابلا للإبطال في حالة عدم وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف خلافا لما توقع ، فعند ذلك إذا كان المتصرف إليه لم يجز التصرف فيستطيع طلب إبطاله للغلط وفقا للقواعد العامة ، إذا أراد أن تخلص له ملكية جزء مفرز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية ، ويلاحظ أن الحكم الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 714/2 من القانون المدني ينصرف الى الحالة التي يكون قد آل فيها الى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع ، غير أن هناك حالة أخرى لم

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – مرجع نفسه .

[2] مخازني فايزة ، المرجع السابق ص 98 .

[3] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 49 .

[4] ا لمرجع نفسه ص 41 .

يتناولها المشرع و أغفل عنها في هذا التصرف وتتعلق بالحالة التي لم يقع فيها في نصيب المتصرف أي جزء من هذا المال الشائع وإنما وقع في نصيبه شئ من مال آخر ، ، يحق للمتصرف اليه طلب إبطال التصرف لصدوره عن غير المالك ، وذلك لعدم علمه أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة [1] ، وتستثنى حالة الرهن الرسمي من الحالات السابقة ، هذا ماجاء في المادة 890/2 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته الى العين التي آلت الى الراهن بطريق القسمة , فإذا لم يقع الجزء المفرز المرهون في نصيب الشريك الراهن وقع في نصيبه جزء مفرز آخر من نفس العقار، أو من عقار آخر، إنتقل الرهن الى هذا الجزء المفرز الآخر, ووجب على الدائن المرتهن إذا أراد الاحتفاظ بمرتبة رهنه ، وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من عقار فقد الدائن المرتهن حقه في الرهن ويحتفظ الدائن المرتهن بحقه في التقدم في حالة وقوع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود .[2]

المطلب الثاني : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء

إذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع تصرف صحيحا صادرا من مالك بالنسبة للمتصرف والمتصرف إليه ، لأن ورود حق الشريك على كل الشئ الشائع يكون طوال فترة الشيوع إلا أن لسائر الشركاء في الشيوع على هذا الشئ نفس الحقوق ، مما يلزم تقييد كل منهم في إستعمال سلطات حقه على وجه لايمس بحقوق الآخرين أو يلحق الضرر بهم ، ومنه فإذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع فهذا التصرف غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء **(الفرع الأول)** ، أهم النتائج المترتبة عن عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء **(الفرع الثاني)** .

الفرع الأول : التصرف غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء

الأصل أنه لايحق للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ، ولو كان هذا الجزء يعادل أو حتى يقل عن حصته الشاعة ، لأن حقه ينتشر في كل ذرة من المال الشائع مع حقوق باقي الشركاء ، ويعد تصرفه إجراء للقسمة من جانبه , وهذا غير مقبول ، لكن المادة 714/2 من القانون المدني الجزائري أجازت هذا التصرف واعتبرته صحيحا ، لأنه صادر من مالك ، ولكن هذا لا ينفي عدم نفاذه في حق باقي الشركاء ولا يجوز للمتصرف إليه أن يحتج بحقه في مواجهتهم ، لأن فيه مساس بحقوقهم ولكن بإمكانهم إقرار هذا التصرف فيصبح نافذا ويحدث كذلك إذا خلصت ملكية العين الشائعة كلها للشريك المتصرف بأي سبب كان كالبيع أو الهبة أو الميراث ...، فيستقر التصرف لمن

---

[1] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع نفسه ص42.

[2] علي جبار صيكل الاسدي ,المرجع السابق ، ص 230.

صدر له .[1]

ويترتب عن عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء عدة نتائج مهمة قبل القسمة وبعدها .

الفرع الثاني : أهم النتائج المترتبة عن عدم نفاذ التصرف

نلخص أهم النتائج المترتبة عن عدم نفاذ تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء في النقاط التالية :

أولا : لا يعتبر المتصرف إليه شريكا في المال الشائع وذلك طوال فترة الشيوع وذلك قبل شهرالعقد أو قبل الحكم الذي يثبت القسمة ، وبذلك لايكون للمتصرف إليه الحق في الإدارة المعتادة والغير معتادة للمال الشائع ، ولا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح إختصامه فيها ، كما لايكون للمشتري الحق في طلب القسمة أو الاسترداد ، و يبقى الشريك المتصرف هو المعني بكل ذلك لأنه يظل هو الشريك في الشيوع ، لكن يمكن للمتصرف إليه (المشتري) بإعتباره دائن للبائع أن يرفع الدعوى باسم مدينه عن طريق الدعوى الغيرمباشرة إذا ماتوفرت شروطها حسب ماجاء في المادة 189 من القانون المدني الجزائري .

ثانيا : لا يحق للمتصرف إليه أن يطالب بالتسليم مفرزا للقدر المتصرف فيه قبل إجراء القسمة إلا بناءا على إقرار من جميع الشركاء ، ولو كان عقده مشهرا .

ثالثا : يكون للمتصرف إليه طلب الحكم بصحة ونفاذ التصرف حتى يتمكن من مباشرة إجراءات التسجيل والشهر لعقده , الذي يمكن أن يستعمله في مواجهة المتصرف أثناء فترة الشيوع في حالة تصرفه مرة ثانية في الجزء الشائع للغير[2] .

رابعا: لا يجوز للشركاء رفع دعوى استحقاق على المتصرف إليه سواء للحصول على الحصة المتصرف فيها أو الإعتراف لهم بحقهم على الشيوع في هذه الحصة ، وكل إدعاء منهم قبل إجراء القسمة يكون سابقا لأوانه [3] ، وهو ماذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم : 39496 المؤرخ في 08/04/1987 بقولها :**" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء , ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون , ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدهما لم يلحقها ضررمن البيع, ولم تجر قسمته لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها , فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد**

---

[1] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 101, ص 102 .

[2] مرجع نفسه ، ص 102, ص 103 .

[3] المرجع نفسه .

المشتري وتعويض المدعى عليها، خرقوا القانون ومتى كان كذلك يتعين نقض القرار وحيث أن القسمة بين الشركاء لم تقع ، فلا يوجد مايدل على قطعة الأرض المباعة من نصيب المدعية المطعون ضدها حتى تطالب بها "[1] ، كما أنه في هذه الحالة يمكن للشركاء أن يجيزوا تصرف الشريك وتأخذ هذه الايجازة حكم القسمة ، مالم تكن مقترنة بتحفظ قبول المتصرف إليه كمجرد شريك على الشيوع محل الشريك المتصرف ، ويصبح تصرف الشريك نافذا أيضا في حالة إذا أقره بعض الشركاء متى كانت حصصهم بالاضافة الى حصة الشريك المتصرف ثلاثة أرباع ¾ الشئ الشائـــع

إذا استندوا في ذلك الى أسباب قوية طبقا للمادة 720 من القانون المدني الجزائري .[2]

المطلب الثالث : تصرف الشريك في كل المال الشائع

قد ينصب تصرف الشريك على كل المال المملوك على جهة الشيوع ، وهو مانوضح أحكامه في هذا المطلب ، فيتصرف في كل العقار الشائع مثلا بأي نوع من أنواع التصرف سواء كانت ناقلة للملكية كالبيع ، أو مرتبة لحق عينيا أصليا أو تبعيا ، فما هو أثر هذا التصرف في العلاقة بين طرفيه **(الفرع الأول)** ، وما أثر هذا التصرف في حقوق باقي الشركاء **(الفرع الثاني)** .

الفرع الأول : أثر تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع في العلاقة بين طرفيه

لمعرفة أثر تصرف الشريك في كل المال الشائع في العلاقة بين طرفيه يقتضي التمييز بين ماإذا كان المتصرف إليه يعلم أو يجهل أن المتصرف شريك في مال شائع .

أولا : إذا كان المتصرف اليه يعتقد أن المتصرف يملك كل المال الشائع

إذا ما أقدم الشريك في الشيوع على التصرف بالبيع للمال الشائع كله ، لفائدة المشتري وكان هذا الأخير يجهل أن البائع شريكا على جهة الشيوع , بمعنى أنه كان يتوقع بأن البائع يملك المال الشائع ملكية مفرزة تامة , فإنه يكون قد وقع في غلط جوهري في محل البيع ، وانه لو علم بذلك لما أقدم على ابرام العقد ، ومن ثم كان له حق المطالبة بابطال البيع تأسيسا على الغلط الذي وقع فيه ، طبقا لأحكام المادة 81 ومابعدها من القانون المدني الجزائري ، ويوصف الغلط بأنه جوهريا إذا مابلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد ، لو لم يقع في هذا الغلط طبقا لاحكام المادة 82 من القانون المدني الجزائري[3]، ومن ثم يجوز للمتصرف إليه (المشتري) أن يطلب إبطال البيع للغلط وله كذلك أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها فيكون هذا هو بيع ملك الغير ، والفرق بين هاته الحالة والحالة التي يبيع

---

[1] المجلة القضائية – وزارة العدل – الجزائر– السنة 1991– العدد 03 – ص09 .

[2] د. محمد عقوني ، المرجع نفسه ص 103 .

[3] وهاب عياد – المرجع السابق ، ص53 .

فيها الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع حيث لايجوز للمشتري أن يطلب ابطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر ، أنه في الحالة الثانية هناك إحتمالا أن يقع كل الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع ، أما في هذه الحالة فهذا الاحتمال منتف لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لايملك فيه إلا حصته الشائعة ، وعليه إذا باع الشريك كل المال الشائع وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده , فإن البيع يكون قابلا للابطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهري وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير ، فإذا أجازالمشتري البيع ، لم يعد يستطيع الطعن فيه بالابطال لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير، وانما يستطيع أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق لان الشريك الآخر يملك جزء من المال الشائع ، فإذا خلصت ملكية المال الشائع كلها للبائع تنتقل هذه الملكية الى المشتري مع مرعاة جميع الاجراءات القانونية المتعلقة بالعقد .[1]

ثانيا : إذا كان المتصرف اليه يعلم أن المتصرف شريكا في المال الشائع

إذا كان المشتري يعلم وقت الشراء أن البائع شريكا في المال الشائع إمتنع عليه الطعن في البيع للغلط ، ويكون في هذه الحالة قد إعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله لينقله إليه فاذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله فقد تحقق ماتوقعه هو وماتوقعه المشتري معه وانتقلت ملكية المال الشائع كله الى المشتري بعد إشهار العقد ،[2]

أما اذا لم يستطع البائع ان يستخلص ملكية المال الشائع كله فإنه يكون للمشتري أن يطلب فسخ العقد اذا لم ينفذ المتعاقد الآخرالتزاماته, وأن يرجع عليه بضمان الاستحقاق وبالتالي لايكون للمشتري الحق في المطالبة بابطال الا على مايجاوز حصة الشريك البائع وبذك تنتقل اليه فقط حصة الشريك البائع ، ويصبح شريكا في هذه الحدود مع باقي الشركاء بحلوله محل الشريك البائع ، وفي هذه الحالة يمكن للمتصرف اليه الخيار بين إنتظار نتيجة القسمة حيث يمكن ان يختص المتصرف بكل العقار الشائع ، وهنا يستقر التصرف صحيحا ولم يعد للمتصرف اليه طلب فسخ العقد ، كما قد يختص المتصرف بجزء فقط من المال الشائع الذي تصرف فيه وهكذا يستقر حق المتصرف اليه على هذا الجزء فقط ولا يسري التصرف فيما عدا ذلك في مواجهة باقي الشركاء ، وله طلب التعويض من المتصرف لعدم تنفيذ التزامه ، كما له فسخ العقد لتفرق الصفقة .

وإما للمتصرف اليه طلب فسخ العقد والرجوع على المتصرف بالتعويض على المتصرف لعدم

---

1 د ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ص 878 .

2 المرجع نفسه ، ص 879

قيامه بتنفيذ ماالتزم به .[1]

الفرع الثاني : أثر التصرف الشريك منفرد في المال الشائع كله على حقوق باقي الشركاء فيه

إذا ماتصرف الشريك منفردا في المال الشائع كله لفائدة شخص ما ، بأن باعه مثلا سواء كان هذا الأخير يعلم أو يجهل بأن الشريك البائع يملك أو لايملك المال الشائع كله مفرزا أو في الشوع ، فإن باقي الشركاء يعتبرون من الغير في التصرف (البيع) الذي أبرمه الشريك ، وذلك بالنسبة لحصصهم الشائعة في المال الشائع ، ولايكون البيع نافذا في حقهم ، بإستثناء الحصة الشائعة التي للشريك البائع بمعنى أن البيع ينفذ في حق باقي الشركاء بالنسبة للحصة الشائعة التي تعود للبائع فقط ، ويظل البيع غير نافذ بالنسبة لحصصهم الشائعة ، وبذلك يحل المتصرف اليه (المشتري) محل الشريك البائع في الحصة الشائعة ويصبح شريكا مع سائر الشركاء ، ويترتب عليه أنه لا يمكن لأي شريك من الشركاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة أو يطالب بإبطال البيع أو يدعى استحقاقها[2] .

ويأخذ هذا التصرف حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة ذلك لانه يعتبر تصرف فيما يملك وفيما لايملك ، وعليه وتطبيقا للقواعد العامة فإن حقوق سائرالشركاء لا تتأثر بهذا التصرف مهما كان نوعه ، ولا يكون نافذا في حقهم بالنسبة لحصصهم الشائعة إلا إذا أقروه ومتى أقرو ذلك فإن التصرف او البيع ينتج أثره بنقل الملكية تامة ، إذا كان من التصرفات الناقلة للملكية بإتمام إجراءت نقلها طبقا للقانون .

وفي حالة إنكارالمتصرف إليه (المشتري مثلا) حق سائر الشركاء في حصصهم الشائعة في العقار الشائع فإن لهؤلاء حق رفع دعوى الاستحقاق على كل من المشتري والشريك البائع للمطالبة بإستحقاقهم لحصصهم الشائعة وذلك بموجب دعوى الاستحقاق (استرداد الملكية) التي يرفعها المالك للمطالبة بملك له تحت يد الغير ، محلها ينصب على المطالبة بالملكية ولا يمتد الى طلب رد الشئ الى المالك بعد أن حازه الغير، بناءا على التزام في جانب المالك ، وترفع دعوى الاستحقاق في أي وقت يرى من يدعي ملكية عقار رفعها فيه فهي غيرمقيدة بأجل محدد ، وفي حالة تمكن الشركاء من استرداد ملكيتهم فإنه يبقى أمام المشتري الرجوع على البائع بدعوى الاستحقاق الجزئي بقدر حصص الشركاء الآخرين .[3]

---

[1] د. محمد عقوني ، المرجع نفسه ص 124، ص 125.

[2] وهاب عياد – المرجع السابق ، ص65 ص 66 .

[3] وهاب عياد –نفس المرجع ، ص 66 .

خلاصة هذا المطلب أنه إذا تصرف الشريك في الشيوع منفردا في كل المال الشائع بأي نوع من أنواع التصرف سواء أكانت ناقلة للملكية كالبيع مثلا أو رتب عليه حقا عينيا أصليا أو تبعيا ، وكان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف شريكا في مال شائع ، بمعنى آخر أنه أي المتصرف اليه حسن النية , فيكون له الحق في أن يتمسك إما بإبطال التصرف على أساس قاعدة الغلط الجوهري بالنسبة للحصة التي تعود للمتصرف , أو إبطال التصرف على أساس أنه صادر من غير مالك بالنسبة لحصص باقي الشركاء .

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أثناء التصرف أن المتصرف شريك في المال الشائع , فلا يجوز له التمسك بفسخ التصرف مهما كان نوعه , إذا لم يتمكن المتصرف من إستخلاص ملكية كل المال محل التصرف .

الفصل الثاني:

أثار تصرفات الشريك منفردا بالنسبة لحقوق باقي الشركاء

الفصل الثاني : أثار تصرفات الشريك منفردا بالنسبة لحقوق باقي الشركاء

لما كان تصرف الشريك في الحصة الشائعة تصرفا صحيحا نافذا في حق الشركاء ، ومراعاة لعدم الاضرار بحقوقهم ، في حال دخول أجنبي بينهم ، خاصة وان للشركة أو التركة أسرار قد لاينبغي للغير الإطلاع عليها ، لهذا فإن المشرع أباح لباقي الشركاء التخلص من الاجنبي عن طريق الحلول محله في التصرف ، وان كان في هذا عدم احترام للملكية الفردية وحرية التعاقد ، فان المشرع خول للشركاء رخصة قانونية تمكنهم من الحلول محل المتصرف اليه في التصرف ، لذلك كان المشرع حريصا على عدم اطلاقها ووضع حدودا ضيقة لها وحصرها في أحد الطريقتين : حق الشركاء في إسترداد الحصة الشائعة **(المبحث الأول)** ، حق الشركاء في ممارسة رخصة الشفعة **(المبحث الثاني)**

المبحث الأول : حق الشركاء في إسترداد الحصة الشائعة

لقد منح المشرع الجزائري للشركاء حق استرداد الحصة الشائعة في المنقول أو مجموع من العقار أو المنقول ، اذا باعها أحدهم الى أجنبي عنهم و الحلول محله في التصرف ، حيث نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري : **" 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 الى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل الشريك في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه على كل مانفقه ، و اذا تعدد المستردون فلكل منهم ان يسترد بنسبة حصته "**[1]

أقر المشرع الجزائري للشركاء حق استرداد الحصة المبيعة واستبعاد الاجنبي ، لذا فان ممارسة هذه الرخصة يقتضي توفر شروط معينة , و اتباع اجراءات منصوص عليها قانونا ، وبمباشرة هذه الدعوى فان ذلك ينتج أثاره ، ولتوضيح ذلك قسمنا هذا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول : مفهوم حق الاسترداد ، **المطلب الثاني :** إجراءات الاسترداد ، **المطلب الثالث:** الآثار التي تترتب على الاسترداد .

المطلب الأول : مفهوم حق الاسترداد

الاسترداد على وجه العموم ، هو أن يحل شخص محل آخر فيما إشتراه مقابل دفع الثمن ومصاريف البيع ، وحق الاسترداد إما أن يكون مقررا باتفاق الطرفين أو بنص القانون [2]

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق .

[2] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 144 .

وتناولنا لحق الاسترداد كما يلي : **الفرع الأول :** تعريف الاسترداد ، **الفرع الثاني :** نطاق الاسترداد ، **الفرع الثالث :** شروط الأخذ بحق الاسترداد .

الفرع الأول : تعريف الاسترداد

حق استرداد الحصة الشائعة هو حق منحه القانون للشريك بمقتضاه يحل محل المشتري للحصة الشائعة المبيعة وذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوع ، محافظة على اسرار الشركة ، ويكون حق الاسترداد في منقول شائع و في مجموع من المال ولو اشتمل على عقار[1]، نصت عليه المادة 721 من القانون المدني الجزائري ، وهذا الحق هو احدى الوسيلتين أقرهما المشرع لمنع دخول الاجنبي بين الشركاء ، حيث أن الشفعة هي الوسيلة الثانية .

هذا النظام مصدره التاريخي هو القانون الفرنسي , ولقد اختلفت أراء الفقه والقضاء حول مصدر الاسترداد الذي أخذ به المشرع الجزائري ويمكن حصر أرائهم فيما يلي :

الرأي الأول : حق الاسترداد الحصة الشائعة مأخوذ من نص المادة 841 من القانون الفرنسي والتي أباحت للورثة أن يأخذوا بطريق الاسترداد الحصة الشائعة التي يبيعها الورثة لاجنبي ، غير انه تم التوسع في تطبيقها حتى تشمل الشركات والتركات ، وهذه البيوع هي التي تقع في حصص شائعة

في مجموع حقوق والتزامات الشركة أو التركة ، فلا تطبق إذن في حالة بيع حصة شائعة في عقار معين منها ، ويبرر أصحاب هذا الرأي ماذهبوا اليه بقولهم أن ماجاء في استرداد الحصة الشائعة لا يظهر أن المشرع قصد منها حكمة تخالف مارآه المشرع الفرنسي ، كما اتفقت كلمة الفقه الفرنسي على ان اصل الاسترداد يرجع الى منشأ فرنسي صميم ابتكره قضاء البرلمنات الفرنسية القديمة لتخول الحق في استرداد الحقوق المتنازع فيها .

الرأي الثاني : يرى ان حق الاسترداد في الحصة الشائعة ليس منقولا عن القانون الفرنسي ولا يوجد دليل على ذلك ، كما يرى أن حق الاسترداد انما أدخل على القانون الفرنسي ، لأنه لا يوجد فيه حق عام كحق الشفعة , الذي ينطبق في حالة الاشتراك على الشيوع في الملك من غير بيان سببه ، والمادة نقلت من القانون الفرنسي ولكن على سبيل الاطراد أي من غير أن يقصد منها الغرض الذي وضعت له في فرنسا [2] , حيث أن المشرع الجزائري قد بدل في تركيب المادة 841 من القانون الفرنسي بما يدل على أنه أراد تغيرحكمها لجعلها تشمل كل انواع الشيوع ولذا أطلق لفظ " الحصة الشائعة " بعكس ماجاء به المشرع الفرنسي حيث قيدها بان تكون شائعة في الميراث .

---

[1] د. جمال خليل النشار , المرجع السابق , ص 122.

[2] د . محمد عقوني ، نفس المرجع ، ص 146 , ص 147 .

الرأي الثالث : يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى القول أن نص المادة التي تقرر حق الاسترداد للحصة الشائعة مأخوذة من نص المادة 1408من القانون الفرنسي والتي جعلت للزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التي يشتريها زوجها في عقار لها فيه ملك شائع .

ويبدو أن الرأي الراجح بعدما عرضنا مختلف ماذهب اليه الفقه ، بأن حق الاسترداد للحصة الشائعة مأخوذ مما جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة 841 التي أباحت للورثة أن يأخذوا بطريق الاسترداد الحصة الشائعة كلها أو بعضها ، والتي يتنازل عنها أحدهم في التركة بلا تعيين لأجنبي ، من أجل الحلول دون دخول الأجنبي كشريك ، وبذلك عدم نفوذه الى اسرار العائلات [1]

الفرع الثاني : نطاق الاسترداد

حصر المشرع الجزائري نطاق حق الاسترداد في منقول شائع قائم بذاته و في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار، فالعقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلا لحق الاسترداد ، انما هو محل لحق الشفعة الذي سنبسط أحكامه في المبحث الثاني من هذا الفصل ، ومثل المجموع من المال هو التركة والمتجر، فإذا باع حصته الشائعة في التركة للأجنبي , كان لباقي الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد[2] .

واذا باع أحد أصحاب المتجر حصته الشائعة في المتجر لأجنبي كان لاصحاب باقي المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد ، كذلك يرد الاسترداد على المنقول الشائع المعين بالذات , أي غير المندمج في مجموع من المال كالسيارات والحلي والجواهر والأواني وأثاث المنزل[3]

وحتى تتضح الحالة التي يستعمل فيها حق الاسترداد متى يكون التصرف وارد على عقار ، فإن الاسترداد لايكون إلا إذا باع أحد الشركاء نصيبه في مجموع من المال الموجود على الشيوع ، والذي يحتوي على عقار , أما إذا كان هذا العقارغيرموجود في مجموع من المال ، وإنما الشريك باع حصة شائعة في عقار معين فإنه لايجوز الاسترداد حتى ولو كان هذا العقار هو كل ماتركه المورث , غير أن هناك وسيلة ثانية في هذه الحالة لحلول الشريك محل المشتري وهو الأخذ بطريقة الشفعة ، فإذا باع أحد الورثة لأجنبي حصة شائعة في عقار معين بالذات , ولو كان هذا العقار داخلا في التركة ، بل لو كان هو كل التركة فإن باقي الورثة إذا أرادوا أخذ المبيع فإنه يكون لهم ذلك عن طريق حق الشفعة لا عن طريق الاسترداد .

---

[1] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 852, ص 853 .

[2] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 146 , ص 147 .

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع ، ص 854

غير أن القضاء الجزائري ذهب الى غير ذلك , وأعطى للملاك على الشيوع عند التصرف في حصة شائعة في عقار معين موجود في تركة الحق في الاسترداد ، بدل أن يكون له الحق في الأخذ بالشفعة [1] ، هذا ماجاء به قرار المحكمة العليا رقم : 179321 , المؤرخ في 25/03/1998 والذي قضي :" **ان المدعين في الطعن أسسوا طعنهم على خرق المادة 721 من القانون المدني ، كون أنهم قاموا بكافة الاجراءات المنصوص عليها بالمادة المذكورة , وان المجلس برفض دعواهم بدعوى أنه من المفروض على المدعين في الطعن أن يلتمسوا اجراءات الشفعة ، ان المجلس قد خرق نص المادة 721 من القانون المدني فعلا ، بالرجوع الى نص المادة المذكورة أن هذا النص يسمح لكل شريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة ، حيث أن المدعين في الطعن طلبوا من المحكمة استرداد الحصة المبيعة من طرف أحد الشركاء , عملا بالمادة 721 من القانون المدني الجزائري .**

حيث أن المدعين في الطعن , إذا مارسوا حقهم في الاسترداد الذي يمارس على العقار الشائع يكون محلا لحق الاسترداد , واذا باع أحد الورثة لأجنبي حصته الشائعة في عقار معين فان أخذ باقي الورثة لهذه الحصة من الأجنبي يكون عن طريق حق الاسترداد, وبالتالي فإن المجلس لما صرح بأن حق الاسترداد هو غير مقبول وصرح بأنه كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يلتمسوا اجراءات الشفعة، قد خرق المادة 721 من القانون المدني الجزائري مما يتعين إبطال ونقض القارار المطعون فيه " [2] ، يتضح من خلال استقراء ما جاء في قرار المحكمة العليا أنها اعتبرت حق الاسترداد يكون إذا كان التصرف منصبا على عقار موجود في مجموع من المال سواء كان البيع واردا على حصة شائعة في عقار معين بالذات موجود في هذا المجموع , أو في الحصة الشائعة للشريك الواردة على المجموع من المال الذي يحتوي على عقار, وبذلك فإن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة التصرف في حصة شائعة في عقار غير موجود في مجموع من المال .[3]

الفرع الثالث : شروط الأخذ بحق الاسترداد

إنطلاقا من المادة 721 من القانون المدني الجزائري يتضح أن شروط ثبوت حق الاسترداد للشركاء هي :

أولا: صدور البيع من أحد الشركاء في الشيوع : يشترط في حق الاسترداد أن يكون البيع صادرا من أحد الشركاء في الشيوع , فلا يكون هذا الحق إلا عند التصرف بالبيع ولايجوز في التصرفات

---

[1] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 148 , ص 149 .

[2] المجلة القضائية وزارة العدل , الجزائر , السنة 1998, العدد الأول , ص 85 .

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع ، ص 855.

الاخرى , كالتبرع والمعاوضة , وهذا الحكم له مايبرره ، عندما يكون التصرف بالتبرع لأنه يقوم على اعتبارات شخصية , اضافة لانعدام العوض الذي يتعين على المسترد دفعه للمتصرف اليه ويشترط في البيع أن يكون بطريق الممارسة ، فلا يجوز الاخذ بحق الاسترداد في البيع بالمزاد العلني لأن الحكمة من تخويل الشركاء حق الاسترداد هي الحلول دون دخول الاجنبي في الملكية الشائعة[1] كما لا يجوز طلب الإسترداد إلا بعد تمام البيع أما إذا كان البيع لا يزال في مرحلته التمهيدية ، أي في مرحلة الإيجاب والقبول ولم يتم قبوله ولو كان الإيجاب ملزما ، لذا فالبيع وحده هو الذي يفتح المجال أمام بقية الشركاء في إسترداد الحصة الشائعة ، والغاية في قصرالإسترداد على البيع أن الإسترداد طريق إستثنائي لا ينبغي التوسع فيه ، ولا يقاس عليه غيره من التصرفات الناقلة للملكية .[2]

ثانيا : ورود البيع على حصة شائعة في المنقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار: يجوز أن يتصرف الشريك ببيع حصته الشائعة كلها أو بعضها ، سواء في مجموع من المال الشائع أو في عقار معين داخل هذا المجموع لأجنبي عن الشيوع , وهنا يحق للشريك أن يستعمل حقه في استرداد الشئ المبيع , أما إذا باع جزءا مفرزا ، فان المشتري لايدخل شريكا لمجرد شراءه هذا الجزء المفرز بل يكون التصرف موقوفا على ماتنتهي اليه القسمة ، وفي الأخير فإن المشتري لايحصل إلا على جزء مفرز من البيع بعد اجراء القسمة ، فلا يكون إذا شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء ، وتنتفي هنا الحكمة من تقرير حق الاسترداد فلا يجوز استعماله ، ولا يهم مصدر الشيوع سواءا كان الارث أو الشراكة في غير الارث ، فقد أعطى المشرع الجزائري حق الاسترداد مهما كان مصدر الشيوع .

ثالثا: صدور البيع الى أجنبي عن الشركاء : يجب أن يصدر البيع الى أجنبي عن الشركاء ، لأنه لوصدر الى شريك آخر لما كان ذلك مايتضرر منه باقي الشركاء , فالمشتري شريك معهم , وهو لايزال معهم بعد أن اشترى الحصة الشائعة ، ولم يستجد على الشركاء أجنبي يتضررون من دخوله بينهم ، وفي هذه الحالة المشتري شريك أي له حق الاسترداد كسائر الشركاء , فيفضل عليهم ولا يستطيع شريك آخر أن يسترد منه الحصة الشائعة التي اشتراها ، فالحكمة من الاسترداد إستبعاد الأجنبي من الدخول بين الشركاء ، فإذا حدث وأن اشترى أجنبي الحصة الشائعة أو عدة حصص شائعة وجب على الشريك أو الشركاء الذين يتقدمون للإسترداد أن يستردوا الحصة الشائعة كلها أو الحصص الشائعة جميعا ، حتى يستبعدوا الأجنبي عن الدخول بين الشركاء والا بقي الأجنبي شريكا فيما يتبقى له من الحصة أو الحصص التي إشتراها ، وهذا ينافي الحكمة من حق الاسترداد [3]

رابعا : المسترد هو أحد الشركاء : يثبت حق الاسترداد لأحد الشركاء دون تفرقة بين الشريك

---

[1] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ، ص 96 .

[2] د . محمد عقوني ، المرجع نفسه ، ص 151 , ص 152.

[3] د,عبد الرزاق أحمد السنهوري , المرجع السابق ص 856, ص857

الأصلي الذي ابتدأت به حالة الشيوع ، والشريك الذي آل إليه الحق بعد بداية الشيوع ، سواء عن طريق الخلافة العامة أو الخاصة , فحسب المادة 721 من القانون المدني الجزائري في حالة تعدد الشركاء الطالبين لحق الاسترداد بنصها : **" ... إذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته "**[1] ، لأن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول الأجنبي بينهم ولذلك يثبت لهم الحق في الاسترداد دون غيرهم ، والا انتفت الحكمة من تقرير هذا الحق فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق بإسمه وأن يسترد ا نيابة عنه .[2]

خامسا : أن يكون الاسترداد قبل قسمة الحصة الشائعة : نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري : **" ... للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة ..."**[3] ، يتضح من خلال هذه المادة أنه لايجوز للشريك أو الشركاء على الشيوع إستعمال حق استرداد الحصص أو الحصة المبيعة إلى أجنبي بعد لقسمة ، ذلك لأنه بعد القسمة يتملك كل شريك حصته مفرزة وحق الاسترداد يقع على الحصة الشائعة . [4]

سادسا : أن يكون البيع عن طريق التراضي : اشترط المشرع الجزائري بموجب المادة 721 من القانون المدني الجزائري صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك الى أجنبي عن طريق التراضي فإن كان البيع عن طريق المزاد العلني ورسى المزاد على أجنبي فلا يجوز إستعمال حق الاسترداد ، لأن الشركاء كان في وسعهم أن يدخلوا المزاد وتخلفهم عن ذلك يعتبر بمثابة رضى ضمني منهم بأن يكون الأجنبي شريكا ، والمقصود هوالبيع بالمزاد العلني وفق إجراءات المحددة في قانون الاجراءات المدنية والادارية سواء كان البيع إختياريا أوإجباريا ، وهذه الشروط جعلها المشرع حرصا على حماية الشركاء ، فقيد التصرفات إذ جعل حق الاسترداد يرد على المعاوضات التي تتم عن طريق التراضي [5]

المطلب الثاني : إجراءات الاسترداد

بالرجوع الى نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري التي تنص : **" 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**

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق .

[2] د, عقوني محمد , المرجع السابق ,ص 152, ص 153 .

[3] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق .

[4] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ، ص 97.

[5] المرجع نفسه ، ص 99

إعلامه ، ويتم الاسترداد بوسطة تصريح يبلغ الى كل من البائع والمشتري ..." [1] ، يتضح أن هناك إجراءات معينة دقيقة يجب على المسترد مراعاتها حتى لا يفقد حقه ونتناولها على النحو التالي : **الفرع الأول :** إعلان الرغبة في الاسترداد ، **الفرع الثاني :** رفع دعوى الاسترداد .

الفرع الأول : إعلان الرغبة في الاسترداد

لقد حدد القانون ميعاد إعلان الرغبة في الاسترداد بمدة ثلاثين (30) يوما من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلامه به ، فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الاعلان بالبيع أومن يوم العلم به ولم يطلب أي من الشركاء الاسترداد فقد سقط الحق فيه ، و أصبح البيع لأجنبي باتا (نهائيا) ، و الاعلان أو العلم الذي يبدأ منه ميعاد الثلاثين يوما ، الإعلان عن الرغبة في الاسترداد هو الاعلان أو العلم بالصفقة بحيث يتعين أن يكون الاعلان متضمنا بيانا بالمبيع وشروط البيع والثمن وملحقاته وكيفية دفعه ، بما يمكن الشركاء من تحديد موقفهم من الاسترداد ، والعلم المقصود هو العلم الحقيقي دون العلم الضمني .

أما إذا لم يحصل إعلان الشركاء بحصول البيع فإن حقهم في طلب الاسترداد لا يسقط إلا بمضي شهرعلى علمهم بحصول البيع علما حقيقيا , ويمكن إثبات هذا العلم بكافة طرق الاثبات باعتباره واقعة مادية , ويوجه المسترد هذا الاعلان الى كل من البائع والمشتري مبدئيا ، فيه رغبته في الاسترداد واستعداده لدفع الثمن الذي عرضه المشتري وكافة المصروفات ، لكن لايشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا , بل ولا أن يودع الثمن في خزانة المحكمة بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع أو للمشتري ، إذا كان هذا الأخير قد دفع الثمن للبائع ، كما لم يشترط القانون شكلا خاصا لإعلان الشريك رغبته في طلب الاسترداد , إذ أنه لم يستوجب الشكل الرسمي للإعلان ، لذلك يصح أن يتم بأي طريقة من الطرق ، فيجوز أن يكون على يد محضر قضائي وهو الأسلوب الأسلم ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو غير مصحوب به ، على أن يكون عبئ إثباته على الشريك المسترد[2] .

وأحسن المشرع حينما نص على مواعيد محددة لابداء الرغبة في إستعمال هذا الحق وربطه بميعاد قصير ، مما يؤدي الى استقرار المراكز القانونية فلو لم يحدد هذه المدة أو أطال فيها فإنه يستتبع المضرة بالمشتري لكونه يظل مهددا باستعمال هذا الحق لفترة طويلة لذلك فإن بهذا التقليص قد حمى كل الأطراف وخاصة الشريك في الملكية الشائعة .[2]

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق .

[2] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ، ص 100، ص 101.

[2] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ، ص 100، ص 101.

الفرع الثاني: رفع دعوى الاسترداد .

متى أعلن المسترد رغبته في الاسترداد فقد يسلم له المشتري بحقه في الاسترداد فيتم الاسترداد بالتراضي ، أما اذا رفض المشتري التسليم لشريك بحقه في الاسترداد وجب رفع الأمر الى القضاء للحكم بثبوت هذا الحق أي الاسترداد عن طريق التقاضي [1]

وبذلك يصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته مع مراعاة إجراءات الشهر في المحافظة العقارية لنقل ملكية العقار، ومادام المسترد قد حفظ حقه في الاسترداد بمجرد إعلان رغبته من خلال التصريح في الميعاد المحدد قانونا ، يكون له أن يرفع الدعوى به في أي وقت شاء الى أن تتم القسمة ، وهذا يعود الى أن ماجاء به المشرع بخصوص الشفعة من اجراءات لا تطبق على حق الاسترداد وهذا ليس من شأنه دعم استقرار المعاملات .

وبذلك فإن رفع دعوى قضائية من طرف المسترد لا تكون الا في حالة امتناع من يحوز الحصة الشائعة ، سواء كان البائع أو المشتري من تسليمها اليه ، يطالب فيها بثبوت حق الاسترداد والتسليم كما أنه إذا امتنع المسترد من دفع الثمن وملحقاته كان للبائع أو المشتري أن يرفع دعوى لالزام المسترد بالدفع .

وبالتالي جعل المشرع الجزائري الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة بعدما قضى بأن يتم حق الاسترداد بتصريح يوجهه المسترد الى كل من البائع والمشتري ، حسب ماجاء في المادة 721 من القانون المدني الجزائري .

كما انه يجب في الدعوى القضائية التي يرفعها المسترد بثبوت حقه في الاسترداد ، اختصام البائع والمشتري معا في جميع مراحلها حتى في مرحلة حتى في الطعن بالنقض ، لأن طرفيها هما من جهة المسترد الذي يطالب بثبوت حقه في الاسترداد ، ومن جهة أخرى : المشتري الذي يطلب المسترد أن يحل محله في الحصة المتصرف فيها ، والبائع الذي يطلب المسترد أن يحل هو في مواجهته محل المشتري منه .

بالاضافة الى أن حق الاسترداد معلق على شرط واقف ، و هو دفع المسترد الثمن وملحقاته , فإن امتنع عن ذلك في الميعاد المحدد الذي تقرره المحكمة ، يحق لكل من البائع و المشتري برفع دعوى على المسترد باعتبار أن الاسترداد كان لم يكن ، لتخلف الشرط الواقف [2] ، حيث نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأخيرة : **" ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه**

---

[1] د, عقوني محمد , المرجع السابق ,ص 155 .

[2] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ، ص 155 , ص 156 .

والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه "[1]

المطلب الثالث : الآثار التي تترتب على الاسترداد

ليس الاسترداد بإعادة بيع من المشتري الى المسترد ، فيكون البائع باع حصته الشائعة الى المشتري ثم باعها المشتري الى المسترد كما يذهب بعض الفقهاء ، فهذا الرأي يتعارض مع الرأي الغالب في الفقه الفرنسي , ويتعارض مع ماجاءت به المادة 721 من القانون المدني الجزائري فالاسترداد إذن هو إحلال المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع الشريك ، فهو حلول شخصي بموجبه أخذ المسترد مكان المشتري وأصبح هو المشتري مباشرة من البائع ، واصبحت له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته ، للاسترداد أثر رجعي ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر إبتداءا الى المسترد . [2]

بعد هذا التكييف ، وبعد أن يتم الاسترداد , يقتضي منا أن نبحث عن آثار الاسترداد في العلاقة بين المسترد والمشتري **(الفرع الأول)** ، آثار الاسترداد في العلاقة بين المسترد والبائع **(الفرع الثاني)** ، آثارالاسترداد في العلاقة بين البائع بالمشتري **(الفرع الثالث)** ، سقوط حق الاسترداد **(الفرع الرابع)** .

الفرع الأول : آثار الاسترداد في العلاقة بين المسترد والمشتري

يحل المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير , ويكون هذا الحلول بأثر رجعي ، فيعتبر المسترد هو المشتري مباشرة من البائع ويحل محل المشتري لامن وقت الاسترداد فحسب بل من وقت البيع ، وعلى ذلك تنتفي رابطة الاستخلاف بين المسترد والمشتري , وتقوم هذه الرابطة بين المسترد والبائع ، ويترتب عما سبق ذكره النتائج التالية :

أولا: أي تصرف يكون قد أجراه المشتري في الحصة المبيعة يسقط ولا يحتج به على المسترد ، فتخلص للمسترد الحصة المبيعة خالصة من اي حق رتبه عليها المشتري .

ثانيا: مادام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع فالمشتري لايلتزم له بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والذي يلزم بهذا الضمان هوالبائع . [3]

ثالثا: يترتب عن حلول المسترد محل المشتري التزام المسترد بدفع الثمن للبائع ، أما اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيط ، عكس ماهومعمول به في الشفعة حيث

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق .

[2] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 863، ص 864 .

[3] المرجع نفسه ، ص 864، ص 865 .

لايستفيد الشفيع بما كان للمشتري من آجال في دفع الثمن لورود نص خاص فيها[1]

رابعا: يلتزم المسترد بأن يدفع الى المشتري مل تحمله من نفقات ، كرسوم التسجيل والسمسرة وغيرها من المصاريف ، وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بأن يرد الى المسترد الثمار التي حصل عليها من يوم البيع الى يوم الذي يتم فيه الاسترداد .

الفرع الثاني : آثار الاسترداد في العلاقة بين المسترد والبائع

ان حلول المستر محل المشتري في علاقته بالبائع يكون في جميع حقوقه والتزاماته ، فإذا لم يكن المشتري قد وفى بالثمن للبائع فإن المسترد ملزم بالوفاء به حيث أنه يحل محل المشتري في نفس العقد , ولا يلتزم المسترد نحوالبائع الا بدفع الثمن الحقيقي للحصة الشائعة المتصرف فيها ، ويلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المتصرف فيها الى المسترد، ويكون ذلك من وقت ابرام العقد ، ولاتنتقل الملكية الا اذا كان قد أنهى اجراءات الشهر , فإن كان المشتري قام بهذا الاجراء فان المسترد يكتفي بأن يؤشر على هامش هذا الشهر بالاسترداد [2] .

الفرع الثالث : آثارالاسترداد في العلاقة بين البائع و المشتري

المسترد يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع , وتنتهي بذلك العلاقة التي كانت بين البائع والمشتري بأثر رجعي , ويترتب على ذلك زوال الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع ، فيقابلها زوال الالتزامات التي كانت في ذمة المشتري للبائع ، أذ لايحق للمشتري بعد الاسترداد أن يطالب البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المتصرف فيها , ولا بضمان الاستحقاق , كما لايحق للبائع بعد الاسترداد أن يطالب المشتري بالثمن اذا لم يكن استوفاه منه قبل الاسترداد , فاذا كان البيع ادى الى اتحاد ذمة البائع والمشتري , أو قد رتب عليه أن وقعت مقاصة مابين البائع والمشتري بشأن الثمن فان كل هذا يزول بعد الاسترداد ويزول معه اتحاد الذمة , ويرجع الحق الذي كان للمشتري في ذمة البائع الذي سقط بالمقاصة الى ماكان عليه .[3]

الفرع الرابع : سقوط حق الاسترداد

يسقط حق في الاسترداد في حالات معينة والتي تتمثل في : سقوطه عن طريق القسمة **(أولا)** ، تنازل الشركاء عن حق الاسترداد **(ثانيا)** ، فوات الميعاد **(ثالثا)**

أولا : سقوط حق الاسترداد عن طريق القسمة : بالرجوع الى نص المادة 721 من القانون

---

[1] د . محمد عقوني ، المرجع نفسه ، ص 158 .

[2] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ، ص 106.

[3] المرجع نفسه ص 159.

المدني الجزائري السالفة الذكر, فان حق الاسترداد يسقط بمجرد حدوث القسمة , ولايجوز المطالبة به من طرف المسترد ، ويجب ان تكون القسمة نهائية أي قسمة فرز وليس بطريق قسمة مهايأة ، الا ان المشرع لم يبين نوع القسمة التي يسقط به حق الاسترداد سواء كانت قسمة قضائية أو إتفاقية .

ثانيا:تنازل الشركاء عن حق الاسترداد : لم يرد نص يشير الى سقوط حق الاسترداد بالتنازل عنه من طرف الشركاء ، الا أنه قد يتنازل الشركاء المشتاعين عن حق الاسترداد صراحة أو ضمنا متى صدر من الشريك مايدل على اعترافه بالمشتري شريكا معه أو على رضائه بالبيع [1].

ثالثا:فوات الميعاد: أقر المشرع الجزائري ميعاد ثلاثين (30) يوما لاعلان الرغبة في الاسترداد من تاريخ العلم أو الاعلان بوقوع البيع الحاصل للاجنبي في طلب حق الاسترداد ، وبانتهاء هذه المدة دون أن يطلب احد الشركاء استعمال هذا الحق فإنه يسقط الحق في استرداد الحصة المبيعة ويصبح تصرف الشريك للاجنبي باتا ونافذا . [2]

المبحث الثاني : حق الشركاء في ممارسة رخصة الشفعة

إذا كان المشرع الجزائري قرر أن للشريك أو باقي الشركاء الحق في استرداد الحصة الشائعة محل التصرف الذي قام به أحد الشركاء في المال الشائع منقول أو مجموع مال المنقول الذي يشتمل على عقار حسب المادة 721 من القانون المدني الجزائري ، كما اسلفنا بيانه ، فإنه قرر أيضا بموجب نص المادة 795 من نفس القانون حق الشريك في استرداد الحصة الشائعة محل التصرف في العقار عن طريق الشفعة ، ولتوضيح هذه الرخصة قسمنا هذا المبحث الى : **المطلب الأول :** مفهوم حق الشفعة ، **المطلب الثاني :** أثار ممارسة حق الشفعة ، **المطلب الثالث :** سقوط حق الشفعة .

المطلب الأول : مفهوم حق الشفعة

ان حق الشفعة لايثبت للشريك في الشيوع فقط وإنما يثبت لغيره من الشفاء ولذلك سندرس في هذا المطلب ، **الفرع الاول :** تعريف الشفعة و أحوال ثبوتها ، **الفرع الثاني :** شروط ممارسة الشفعة ، **الفرع الثالث :** إجراءات ممارسة الشفعة .

الفرع الاول : تعريف الشفعة و أحوال ثبوتها

أولا: تعريف الشفعة : عرف المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 من القانون المدني

---

[1] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ، ص 108

[2] نفس المرجع ، ص 109

الجزائري بأنها:**" رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار"**[1] من خلال هذا النص يمكن تعريف الشفعة على أنها حق تملك العين المبيعة من مشتريها ولو جبرا عنه ، فالقانون أعطى الحق للشفيع إذا أظهر إرادته في تملك المبيع الى شخص آخر بنفس شروط البيع ، أي انه يحل محل المشتري في الصفقة و بذلك تنتهي الشفعة الى اكتساب العقارالمبيع [2]

والشفعة نظام مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، وتعتبر الشفعة قيدا هاما على الملكية ولهذا فان ورود هذا الحق على سبيل الاستثناء عن القاعدة العامة التي تكرس حرية المالك للتصرف في ما يملكه لمن يشاء ، وفي انقضاء ملكية الشخص الا بارادته [3].

ثانيا : أحوال ثبوت الشفعة : أمام الطبيعة الاستثنائية للشفعة وتضيقا لمجالها ، عمد المشرع الجزائري الى تحديد الحالات التي يجوز الاخذ بها ، تحديد قصد منه الحصر لا المثال ، وهي الحالات الثلاث حسب المادة 795 من القانون المدني الجزائري :

1-/ لمالك الرقبة إذا بيع او البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .

2-/ للشريك على الشيوع اذا بيع جزء من العقار المشاع الى اجنبي .

3-/ لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها .

يتضح مما سبق على ثبوت حق الشريك على الشيوع في الشفعة ، وهو ماأكده القضاء في كثير من أحكامه ، فالاخذ بالشفعة يحول دون زيادة عدد الشركاء , وما قد يؤدي اليه من اطالة امد الشيوع وعرقلة استغلال العقار[4]

ومايهمنا في دراستنا هوحق الشفعة الذي يثبت للشريك المشتاع ـ لذلك سوف نتناول شروط الأخذ بالشفعة في هذه الحالة .

الفرع الثاني : شروط ممارسة حق الشفعة

لا يسوغ الاخذ بالشفعة اذا لم تتوافر فيها الشروط التي يقتضيها القانون ، وعليه فليس للشريك في الشيوع المطالبة بحق الشفعة إلا اذا توافرت الشروط الورادة في المادة 795 من قانون المدني الجزائري ، وهي في حالة الشريك على الشيوع :

أولا : أن تكون الملكية شائعة : يجب أن تكون حالة الشيوع مستمرة غير منقضية , كما لو تمت

---

[1] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق

[2] د . محمد عقوني ، المرجع السابق ص 131 .

[3] نفس المرجع، ص 131 .

[4] مخازني فايزة ، المرجع السابق ص 77.

القسمة مثلا , لأنه في هذه الحالة تصبح مفرزة ويصبح اثرذلك أن الملاك المشتاعون سابقا أصبحوا جيرانا , وهو مأكدته المحكمة العليا في قرارها رقم : 838- 194الصادر بتاريخ 2000/05/31 ، والقسمة التي يترتب عليها فقدان الشريك لحق الشفعة هي القسمة النهائية التي تنتهي الى افرازنصيب كل شريك .

ثانيا : أن يكون الشفيع شريكا على الشيوع وقت صدور التصرف : بحيث يجب أن يكون شريكا على الشيوع ولا يكون كذلك الا اذا كان مالكا للحصة الشائعة مع الشريك المتصرف, ولا يجوز ان يكون قد اكتسبها بعد ، ولا تجوز الشفعة في الوقف لانتفاء صفة المالك للناظر الوقف أو الموقوف عليهم , فلايمكن لهما المطالبة بها ، ولايهم السبب الذي انتقلت بموجبه الملكية الى الشريك ، كما لايهم ان كان الشفيع شريكا بصفة أصلية أم اكتسب صفته بعد ذلك ، ويجب كذلك أن يكون شريكا على الشيوع في العقار الشائع ذاته : فلا يجوز أن يكون مالكا للجدار الملاصق ، او شريكا في فناء أو طريق مشترك بين عقارين . بالاضافة الى انه يجب ان يكون شريكا على الشيوع وقت صدور التصرف للأجنبي وليس بعد ذلك لانه لو اكتسب الملكية بعد العقد فلا تثبت له الشفعة .[1]

ثالثا: أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا : يثبت حق الشفعة للشفيع أي للشريك في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي ، أما البيوع التي لايجوز الاخذ فيها بالشفعة فقد نصت المادة 798 من القانون المدني الجزائري عليها بما يلي :**" لاشفعة: - اذا حصل البيع بالمزادالعلني وفقا لاجراءات رسمها القانون ، - واذاوقع البيع بين الاصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين اصهاره لغاية الدرجة الثانية ، - اذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة "**[2] ، ومنه فإن الشفعة تثبت في عقود البيع الواردة على العقار ، وهو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، فأي عقد آخر ولو كان ناقلا للملكية ، مثل الهبة والمقايضة والوصية لاتجوز فيه الشفعة ، لان النصوص المنظمة للشفعة تتكلم كلها عن البائع والمشتري ، وعليه فإن الشفعة لاتكون الا في البيع .

رابعا : أن يكون المشفوع فيه عقارا شائعا : ان حق الشفعة يكون واردا على حصة في عقار المملوك على الشيوع ، وأما العقار الذي كان محل قسمة, سواء قضائية أو ودية يتحول الى ملكية فردية ، بعدما كان شائعا ، وأقر المشرع الجزائري هذا الحق من أجل ابعاد الاجنبي من اقتحامه نطاق الملكية الشائعة بهدف التقليل من عدد الشركاء على الشيوع ، وتثبت الشفعة للشريك من دون النظر الى اهمية حصته بالنسبة للحصة المباعة واذا تعدد طالبوا حق في الشفعة استحق كل منهم

---

[1] مخازني فايزة ، المرجع السابق ص 79 , ص 80 .

[2] أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق

المبيع على قدر نصيبه في العقار الشائع [1]

خامسا : أن يكون البيع لصالح أجنبي : يجب أن يكون بيع الحصة الشائعة الى أجنبي حسب ماجاء في المادة 795من القانون المدني الجزائري ، فاذا باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك آخر مشتاع مثله فانه لايجوز لاي من الشركاء الاخرين طلب الاخذ بالشفعة ، وهذا نتيجة عدم تحقق السبب المنطقي الذي يجيز الأخذ بالشفعة , فقصد المشرع من اجازة الشفعة هو منع الاجنبي من الاختلاط بالشركاء ، وبالتالي الدخول معهم في الشركة حماية لمصالحهم الخاصة فيها . [2]

الفرع الثالث : إجراءات ممارسة الشفعة

اعتبر المشرع الجزائري الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري , وهذه الرخصة يستعملها الشفيع باتباع اجراءات دقيقة حددها القانون , فإذا لم يلتزم بها فقد حقه في الاخذ بالشفعة ، ويمكن تقسيمها الى ثلاث مراحل : **أولا:** اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، **ثانيا :** ايداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، **ثالثا :** صدور حكم يقضي بثبوت الشفعة .

أولا: اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة : نصت المادة 799من القانون المدني الجزائري :**" على كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها، الى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي يوجه اليه البائع أوالمشتري ، والا سقط حقه ، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الامر ذلك " [3]**

يتضح من هذا النص أنه متى أنذر الشفيع بوقوع البيع على الوجه الصحيح ، فإن أراد هو الأخذ بالشفعة عليه أن يبدي رغبته في ذلك ، وأن يعلن هذه الرغبة الى كل من البائع والمشتري , ويتم ذلك بانذار رسمي ، ويجب أن يتضمن الانذار البيانات التي نص عليه المشرع في المادة 800من القانون المدني الجزائري بما يلي : **" يجب أن يشتمل الانذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية , والا كان باطلا : - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا . – بيان الثمن والمصاريف الرسمية ، وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه ، والاجل الذي قدره ثلاثون يوما للاعلان المنصوص عليه في المادة 799"[4]**

والهدف من كل هذه البيانات ، هو احاطة الشفيع بكل المعلومات المتعلقة بعملية البيع ويجب أن يكون الانذار رسميا , يتم على يد محضر قضائي , كما يتضمن الانذار بيان العقار المشفوع فيه بيانا

---

[1] د . محمد عقوني ' المرجع السابق ص 132, ص 134 .

[2] بن أحمد كهينة , بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 119 .

[3] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق

[4] المرجع نفسه .

كافيا بتعيين موقعه ، حدوده ، مساحته ، معالمه وطبيعته , وبيان الثمن الذي بيع به العقار، وحقوق التسجيل ومصاريف الشهر العقاري , كما يشمل الانذار المدة التي يمكن للشفيع خلالها ابداع رغبته في شراء العقار وحلوله محل المشتري وهي ثلاثون يوما ، ويبدي الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة في الميعاد المحدد قانونا خلال ثلاثين يوما ، ابتداء من تاريخ انذاره من طرف البائع والمشتري ، والا سقط حقه في الشفعة ، ويكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة باعلان يوجه الى كل من البائع والمشتري ، فلا يكفي أن يوجه الاعلان لأحدهما ويصدراعلان الرغبة في شكل رسمي , ولم يشترط المشرع أن يكون بانذار رسمي فقط وان كان هو الاصل ، فقد يكون بوسيلة رسمية تقوم مقامه ، كما في حالة رفع الشفيع مباشرة الدعوى بطلب الشفعة ،لأن عريضة الدعوى تتضمن ابداء الرغبة في الشفعة ، كما أنها تعلن كل من البائع والمشتري , لكن يجب إعلان الدعوى خلال مواعيد ابداء الرغبة حتى تكون في نفس الوقت إعلان لها , والحكمة من إشتراط المشرع الرسمية في الاعلان هي قطع دابر كل خلاف حول صدوره أو موعد ذلك ، خصوصا أن المشرع يرتب أثار هامة على الاعلان ومنها أنه يجمد العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري .[1]

ثانيا : ايداع الثمن ورفع دعوى الشفعة : نصت المادة 802 من القانون المدني الجزائري : **" يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة801، والا سقط الحق "[2]** .

غيرأنه يتعين على الشفيع قبل رفع دعورى الشفعة إيداع ثمن البيع والمصاريف بواسطة الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ شهر العقد الرسمي المتضمن الرغبة في الشفعة ، بغرض الحلول محل المشتري في شراء العقارالمبيع , والا سقط حقه في الشفعة ، وهذا حسب المادة 2/801 من القانون المدني الجزائري ، التي نصت على مايلي :**" يجب ايداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الاكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ، بشرط أن يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة , فان لم يتم الايداع في هذا الاجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة "[3]**

كما يجب أن تتوافر في الشفيع أهلية التصرف المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري ، لان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف .

---

[1] د . محمد عقوني , المرجع السابق ص 139, ص 140 .

[2] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق

[3] بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ، ص 112.

بعد اتخاذ الشفيع الاجراءات المذكورة يكون له الحق في رفع دعوى الشفعة وقيدها خلال المدة المحددة قانونا وهي ثلاثين يوما ، تحسب من اليوم التالي لليوم الذي أعلن فيه كل من البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة, والا سقط حقه في رفع الدعوى ، كما يخضع رفع الدعوى بحق الشفعة لنص المادة 13 من القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تنص:" **لايجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "** [1] والا قضي بعدم قبول الدعوى شكلا لانعدام عنصر أو اكثر من العناصر المذكورة في نص المادة في شخص المدعي .

أما المحكمة المختصة في نظر الدعوى , فهي المحكمة المتواجد العقار المشفوع فيه بدائرتها , لأن دعوى الشفعة , دعوى عينية يطالب فيها الشفيع بملكية العقارالمشفوع فيه لتكون الشفعة سببا من اسباب اكتساب الملكية، وهذا طبقا للمادة 40 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص :**" ...ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها :**

- في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الايجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات , والدعاوى المتعلقة بالاشغال العمومية أمام المحكمة الي يقع في دائرة اختصاصها العقار..." [2]، وهذا ماأكدته المادة 802 من القانون المدني الجزائري .

ثالثا: صدور حكم يقضي بثبوت الشفعة : نصت المادة 803 من القانون المدني الجزائري بما يلي: **" يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند لملكية الشفيع ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالاشهار العقاري "**[3]، يتضح من نص المادة أن الحكم النهائي الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع هوالسبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، ومعناه أن الحكم ينشأ حقا ولايقرره ، فلا تبدأ أثاره الا من يوم صدور الحكم ، ولايرجع الى تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري ، بمعنى أن الحكم يعتبر سندا لملكية الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيه ، ويجب أن يخضع الى اجراءات الاشهار، طبقا لما جاء في نص المادتين 803 و793 من القانون المدني [4]

المطلب الثاني : أثار ممارسة حق الشفعة

---

[1] قانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية المؤرخ في 2008/02/25 ، الجريدة الرسمية عدد 21 .

[2] د . محمد عقوني , المرجع السابق ص 141 .

[3] القانون المدني المعدل والمتمم – المرجع السابق

[4] د . محمد عقوني , المرجع السابق ص 141 .

متى توفرسبب من اسباب الشفعة وتحققت شروطها على النحو الصحيح ، جاز للشفيع المطالبة بها وذلك باتباع إجراءات حددها القانون ، فاذا قام الشفيع باتباع جميع الاجراءات في مواعيدها وبالكيفية التي نص عليها القانون ، فان ذلك يرتب آثار على العلاقات القانونية بين الشفيع وأطراف عقد البيع المشفوع فيه اتجاه الغير، ونوضح ذلك على النحو التالي : **الفرع الأول :** أثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والبائع ، **الفرع الثاني :** آثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والمشتري ، **الفرع الثالث:** آثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والغير .

الفرع الأول : أثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والبائع

اذا ثبت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة وتملك العقارالمشفوع فيه بالتراضي أو بالتقاضي تنشأ بين أطراف الشفعة علاقات قانونية متعددة إثرانتقال ملكية العقارالمشفوع فيه مباشرة من البائع الى الشفيع ليحل بعدها الشفيع محل المشتري ، وهذا حسب المادة 804 من القانون المدني الجزائري ، فيعتبر الشفيع هو المشتري منذ البداية لذا فإن البائع يلتزم نحوالشفيع بجميع التزامات المشتري تتمثل هذه الالتزامات في نقل ملكية المبيع المشفوع فيه وتسليمه اليه ، كما يلتزم إتجاهه بضمان التعرض والاستحقاق ، اضافة لضمان العيوب الخفية.

أما فيما يخص التزامات الشفيع بما أنه يحل محل المشتري وهو الآثر الجوهري لاخذ الشفيع بالشفعة ، فانه كل ماكان يلتزم به المشتري وقد حل محله في المبيع بسبب الشفعة ، إذ يلتزم الشفيع بالمقام الأول بالوفاء بالثمن للبائع كما يلتزم بالمقام الثاني بتسلم العقار المشفوع فيه.

الفرع الثاني : آثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والمشتري

ان الوضع الغالب في علاقة الشفيع بالمشتري هو قيام الشفيع بتسلم العقار من البائع مع دفع الثمن كله ، وهنا يحق للمشتري أن يسترجع الثمن والمصاريف من الشفيع , ويكون على الشفيع التعويض عن المصاريف والنفقات اللازمة والنافعة للمشتري , ويلتزم الشفيع بالتعويض عما أقامه المشتري من بناء وغرس ، كما يلتزم المشتري في المقابل بتسليم العقار المشفوع فيه الى الشفيع مع رد الثمار الناتجة عن العقار المشفوع فيه . [1]

الفرع الثالث: آثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والغير.

لاينفذ في حق الغير الذين تم التصرف اليهم في العقار المشفوع أو ترتبت لهم عليه حقوق الا بتسجيل إعلان الرغبة ، وهذا مانصت عليه المادة 806 من القانون المدني الجزائري ، بحيث جاء في مضمونها أنه في حالة ترتيب حقوق عينية على العقار المشفوع فيه فيجب التمييز بين الحقوق

[1] بن أحمد كهينة , بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 119

العينية المترتبة قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة والتي ترتبت بعد اعلان الرغبة في الشفعة .

أولا:الحقوق التي تترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل اعلان الرغبة في الشفعة : تعتبر أثار الحقوق العينية المقيدة قبل تسجيل إعلان الرغبة ، والمترتبة لغير وان كانت نافذة في حق الشفيع فلو انتقل العقار اليه مثقل بها فيحق للشفيع مطالبة البائع بما يقابل النقص في قيمة العقار بسبب وجود هذا الحق لكون الشفيع دفع الثمن للمشتري عندما أخذ العقار ، دون ان يكون محملا بشئ فالحقوق المترتبة قبل تسجيل الشفيع رغبته في الشفعة تكون نافذة في حقه ، للمشتري كذلك أن يقوم بنفس التصرفات والحقوق العينية قبل تسجيل اعلان الرغبة فانها تسري في حق الشفيع والبائع .

ثانيا:الحقوق التي تترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل اعلان الرغبة في الشفعة : ان التصرف في العقار المشفوع فيه أو ترتيب الحقوق عليه بعد شهر اعلان الرغبة وان كان لااثر له على حق الشفيع فانه يؤثر على حق المشتري في ثمن العقار الذي يسترده بعد ذلك عن طريق سحب المبلغ المودع لدى الموثق وهذا في حالة دفع الثمن للبائع حيث يباشرالدائنون العاديين أصحاب هذه الحقوق بما لهم من حق أولوية على الدائنين العاديين للتنفيذ على ثمن العقارالمشفوع فيه طالما كانت لهم حقوق مستحقة الاداء ويتقدم الدائنون المقيدة حقوقهم في تاريخ سابق على من قيدت ديونهم في تاريخ لاحق حسب ماجاء في المادة 806 من القانون المدني الجزائري .[1]

المطلب الثالث : سقوط حق الشفعة

باعتبار أن الشفعة هي رخصة أقرها القانون للحلول محل المشتري في العقار المتصرف فيه ، وبقصد التضييق من نطاقها فقد حدد المشرع أسباب سقوطها في المادة 807 من القانون المدني الجزائري بنصها :**"لايمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية : -/ اذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع . -/ اذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون "** [2]

يتضح من خلال هذه المادة أن السقوط هو جزاء يرد بعد ثبوت الحق في الشفعة لأسباب معينة ، لذلك إذا حدث السقوط فان الشفيع لايمكنه نهائيا أخذ العقاربالشفعة وعليه يمكن تقسيم مسقطات الشفعة على النحو التالي : **الفرع الأول :** الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في الشفعة ،**الفرع الثاني :** الاسباب الجرائية لسقوط حق الشركاء في الشفعة .

الفرع الأول : الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في الشفعة

---

[1] بن أحمد كهينة , بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 130 ، ص 131

[2] القانون المدني المعدل والمتمم .

تتمثل الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في طلب الشفعة فيما يلي :

أولا : تنازل الشريك عن حقه في الشفعة : نصت عليها المادة 1/807 السالفة الذكر يجوز للشفيع ان يتنازل عن حقه في طلب الشفعة سواء قبل البيع أو بعده ، ولان التنازل هو تصرف قانوني فعند حدوثه يؤدي الى سقوط حق الشريك في طلب الشفعة ، وينتج هذا التنازل اثاره من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه طبقا للقواعد العامة في التعبيرعن الاردة , المادة 61 من القانون المدني الجزائري ، وقد يكون التنازل صريحا أو ضمنيا فالصريح يكون بأي طريقة مباشرة بالفظ أوالكتابة أو اتخاذ موقف لايدع مجال للشك ، اما التنازل الضمني عن الشفعة فيكون باتيان الشفيع عملا أو اتخاذ موقف يدل قطعا انه تنازل عن حقه ، لكن لايعد من قبيل التنازل الضمني عن الشفعة رفض الشفيع أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي يطلبه المشتري لارتفاع هذا الثمن عن الثمن الحقيقي [1]

ثانيا : زوال أحد شروط الشفعة : يسقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة إذا زال احد الشروط اللازمة للاخذ بها والتي سبق وان وضحناها عند تناولنا لشروط الاخذ بالشفعة ، كأن يقدم الشفيع على بيع عقاره قبل طلب الشفعة ، وهنا يسقط حقه في طلب الشفعة لزوال ملكيته للعقار المشفوع فيه ، لانه بعد البيع اصبح الشفيع غيرمالك ، كذلك الحال لو انتهت حالة الشيوع عن طريق عملية القسمة للمال الشائع ليأخذ كل شريك حصة مفرزة ، لان القسمة حجة على المتقاسمين حتى قبل تسجيلها .

الفرع الثاني : الاسباب الإجرائية لسقوط حق الشركاء في الشفعة

تتلخص الاسباب الاجرائية لسقوط حق الشريك في طلب الشفعة في النقاط التالية :

أولا: عدم اظهار الرغبة في الشفعة في الميعاد المحدد قانونا وهو ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الرسمي الموجه للشفيع ولم يظهر هذا الاخير رغبته في الأخذ بها سقط حقه فيها .[2]

ثانيا: عدم ايداع الثمن في المعاد المحدد قانونا بحيث يترتب على عدم احترام الشفيع لاجراء ومواعيد ايداع الثمن في الميعاد المناسب سقوط حقه في الشفعة.

ثالثا:عدم رفع دعوى الشفعة في الميعاد المحدد قانونا ، حيث أن عدم رفع الدعوى امام المحكمة المختصة وكذلك رفعها خارج الاجال المحددة قانون يترتب عليه سقوط حق الشفيع في طلب حق الشفعة .

رابعا: مضي مدة سنة من تاريخ تسجيل البيع ، وذلك سعيا من المشرع لاستقرار المعاملات وحماية للبائع والمشتري .

---

[1] د . محمد عقوني , المرجع السابق ص 145

[2] بن أحمد كهينة , بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 133.

خامسا: بطلان عقد البيع المشفوع فيه حيث تبطل الشفعة ببطلان البيع الذي ترتبت عليه .

سادسا:التقادم المسقط حيث اذا لم ينذر البائع والمشتري أو أيهما الشفيع رسميا بالاخذ بالشفعة ولم يتم تسجيل عقد البيع فيظل للشفيع الحق في الاخذ في الشفعة حتى يسقط حقه بالتقادم المسقط اي بمرور 15 سنة .[1]

[1] بن أحمد كهينة , بن عيسى نجاة ، المرجع السابق ص 136 ، ص 137

خاتمة

خاتمة

نخلص من بحثنا لموضوع تصرف الشريك منفردا في المال الشائع في القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري وضع مبدأ عاما قوامه أن الشريك في المال الشائع يملك الحصة الشائعة ملكا تاما وله التصرف و إستغلالها بما يرجع عليه بالفائدة ، وهذا التصرف قد يكون على حصته الشائعة كلها أو بعضها في كل ما يتضمنه الشيوع من أموال أو في مال معين ، وإما يكون على جزء مفرز من المال الشائع أو على كل المال الشائع ، ولا يهم إن كان المتصرف إليه أحد الشركاء أو كلهم أو أجنبي عن الشركاء , فوضع المشرع لكل تصرف أحكام تنظمه ، حيث اعتبر حق الشريك المشتاع في التصرف هو حق ملكية بالمعنى الدقيق وكل مايختلف فيه عن الملكية المفرزة ، هو أن حق المالك على الشيوع يجب أن لايلحق ضرر بحقوق باقي الشركاء والا كان غير نافذ في حقهم ، ولم يعين المشرع معيارا محددا يعتبر وفقه الشريك مضرا بحقوق شركائه ، غير أنه وعلى اعتبار الضرر واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الاثبات فيتعين عليهم إثبات ذلك.

وتصرف الشريك في المال الشائع مقصور على التصرف القانوني الذي يؤدي الى نقل ملكية أو ترتيب حق عيني ، وهذا لأن التصرف على هذا النحو ليس فيه مساس بحقوق باقي الشركاء ، أما التصرف المادي الذي يؤدي الى استهلاك الشئ فليس من حق الشريك لانه يمس بحقوق سائر الملاك على الشيوع .

جعل المشرع تصرف الشريك في حصته الشائعة تصرفا صحيحا على اعتبار أنه تصرف فيما يملك وبالتالي يكون نافذا سواء بين طرفيه أو في مواجهة باقي الشركاء ، فيكون له بذلك ترتيب حق عيني أصلي على حصته الشائعة بأن ينقل ملكيتها بكل أنواع العقود الناقلة للملكية سواء كانت بيعا أو هبة أو مقايضة أو وصية ، كما له ان ينشأ حقا عينيا أصليا غير الملكية على هذه الحصة طالما لا يتعارض مع طبيعة الحق الشائع , فيكون له ترتيب حق الانتفاع بينما لا يستطيع الشريك أن يرتب حق ارتفاق على حصته الشائعة لمصلحة عقار آخر مجاور ، لكن يمكن لجميع الشركاء أن يرتبوا حق الارتفاق ويبقى الارتفاق قائما مهما كانت نتيجة القسمة , في حين يكون للمالك على الشيوع أن يرتب حقا عينيا تبعيا على حصته برهنها أو بترتيب حق الامتياز أو التخصيص عليها .

والتصرفات الناقلة للملكية في الحصة الشائعة لا تثير إشكالات كثيرة لأنها عملية استبدال شريك مكان شريك آخر حيث أجاز المشرع منع دخول الأجنبي بين الشركاء عن طريق الشفعة و الاسترداد.

أما بالنسبة للتصرفات المرتبة لحق الانتفاع و الرهن فإن الاشكال يكون إذا استمر نفاذ العقود المنشأة لهذه الحقوق بعد انتهاء حالة الشيوع و اجراء القسمة , إذ يؤدي غالبا الى عدم استقرار التصرف ورغم محاولة المشرع في العمل على حماية هذه التصرفات بعد القسمة غير أنه لم ينظمها تنظيما

كاملا فالمتقاسم قد يحصل على نفس الجزء المتصرف فيه , كما قد يختص بجزء آخر من نفس المال ، بالاضافة الى انه قد يختص بكل المال المتصرف فيه في حصة شائعة ويمكن أن يختص أيضا بمنقول أو مبلغ من النقود .

وبموجب المادة 890 من القانون المدني التي تنظم مصير الرهن الرسمي بعد إجراء القسمة واختصاص الشريك الراهن بأعيان أخرى غير التي رهنها , أقرت تطبيق نظرية الحلول العيني من خلال حلول الرهن على العقار المختص به الراهن محل حصته الشائعة المرهونة ، وحدد المشرع الاجراءات المتبعة في هذا الحلول ، في حين لم ينص المشرع على حلول حق الدائن المرتهن الى كل مايقع في نصيب المدين الراهن أيا كانت طبيعته حتى لايفقد الدائن المرتهن حقه لعدم وروده على منقول أو مبلغ من النقود .

كما أن عدم تناول المشرع لمصير حق الانتفاع بعد القسمة جعل الفقه يذهب الى تطبيق بالقياس أحكام نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري , المتعلقة بالرهن الرسمي .

أما إذا كان تصرف الشريك واردا على جزء مفرز أو في كل الأموال الشائعة فيعتبر إعتداء على حقوق باقي الشركاء ومن ثم فإن التصرف وان كان صحيحا بين طرفيه ، إلا أنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء لأنه إذا تمت القسمة ربما لا يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف , وحفاظا على الاستقرار في التعامل وبناءا على ذلك فقد أعطى للمتصرف اليه في حالة عدم علمه بالشيوع الحق في إبطال التصرف وأخذ مادفعه ، أو الابقاء عليه والرضا بمايقع في نصيب المتصرف ، أما اذا كان المتصرف اليه يعلم بالشيوع فان التصرف يقع صحيحا فيما بين طرفيه لكن لا ينفذ في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا أجازوه .

وإذا كان الاصل هو حرية الشريك في التصرف منفردا في حصته الشائعة غير أن هذا التصرف اذا كان بيعا فإن المشرع من أجل حماية بقية الشركاء من الضرر الذي يكون سببه المتصرف إليه إذا كان أجنبيا على الشيوع وكذلك من أجل الحد من عدد الشركاء والعمل على انهاء حالة الشيوع أعطى لبقية الشركاء حقي الشفعة والاسترداد بانتزاع ماتصرف فيه بعوض من يد المتصرف إليه .

لا من خلال هذه الدراسة يمكن الخروج بجملة من التوصيات والمقترحات :

-/ فيما يخص مصير ترتيب حق الانتفاع على حصة شائعة بعد إجراء القسمة , النص بموجب مادة صريحة تبين تنظيم عملية الحلول العيني الذي يكون في حق الانتفاع ويختلف بطبيعته عن الرهن الرسمي .

-/ فيما يخص ماجاء في المادة 890 من القانون المدني النص صراحة على أن ينصب حق الدائن المرتهن الى كل مايقع في نصيب المدين الراهن أيا كانت طبيعته حتى لايفقد الدائن المرتهن حقه لعدم

وروده على منقول أو مبلغ من النقود وبذلك اعطاء السند القانوني لهذا التحول

-/ فيما يخص ترتيب الشريك الرهن الحيازي النص على إجراءاته وتنظيم الحلول العيني في حالة رهن أحد الشركاء حصته الشائعة رهنا حيازيا .

-/ النص صراحة على تدابير والاجراءات الواجبة الاتباع عند تصرف الشريك في جزء مفرز لتعيين الجزء الذي ينتقل اليه حق المتصرف اليه والتي بموجبها يتم الحلول العيني وتنظيمها تنظيما حاسما شاملا.

-/ فيما يخص حق الاسترداد , النص عل تنظيم دعوى الاسترداد وأجال رفع الدعوى من أجل دعم الاستقرار في المعاملات .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : الكتب :

1-/ د . عبد الرزاق أحمد السنهوري –الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثامن – بيروت ، لبنان – منشورات الحلبي الحقوقية –سنة 1998.

2-/ د. جمال خليل النشار – تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء – الإسكندرية – دار الجامعة الجديدة للنشر – 2000.

3-/ أ . يوسف دلاندة ، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة ، الجزائر ، دار الهومة ، السنة 2014 .

4-/ علي جبار صيكل الاسدي ,الملكية الشائعة واحكام ازالة الشيوع – دراسة مقارنة – المملكة الاردنية الهاشمية ، الرضوان للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، سنة 2016 .

5-/ د . محمد عقوني – تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري – الجزائر – دار الهومة – 2020 .

ثانيا : المذكرات الجامعية :

1-/ مخازني فايزة ، تصرف الشريك في المال الشائع – دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير – جامعة محمد بوقرة – بومرداس – السنة : 2004/2005 .

2-/ وهاب عياد – التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص – جامعة منتوري – قسنطينة- السنة : 2007/2008 .

3-/ بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة – مذكر لنيل شهادة الماستر – جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية ، السنة 2016/2017.

رابعا : النصوص القانونية

1-/ أمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 , موافق ل 26/09/1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم – جريدة رسمية عدد 78 صادرة بتاريخ 30/09/1975 .

2-/ قانون 11-84 – المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم - المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 .

3-/ قانون رقم 25-90 متضمن قانون التوجيه العقاري معدل ومتمم ، المؤرخ في 18/11/1990 ، جريدة رسمية عدد 49 صادر في 20/11/1990.

4-/ قانون رقم 06/02 مؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق – جريدة رسمية عدد رقم 14 – مؤرخة في 08/03/2006 .

5-/ قانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية المؤرخ في 2008/02/25 ، الجريدة الرسمية عدد 21 .

خامسا : المجلات القضائية :

1-/ المجلة القضائية – وزارة العدل – الجزائر– السنة 1991– العدد 03 .

2-/ المجلة القضائية – وزارة العدل – الجزائر – سنة 1992 – العدد الرابع .

3-/ المجلة القضائية – وزارة العدل – الجزائر – سنة 2000 – العدد الرابع .

4-/ المجلة القضائية – وزارة العدل – المحكمة العليا – سنة 2011 – العدد 02 .

الفهرس

شكر و إهداء

إهداء.

مـقدمـة 03

الفصل الأول : نطاق تصرفات الشريك منفردا في المال الشائع 08

- المبحث الأول : طبيعة تصرف الشريك في المال الشائع 08
  - ❖ المطلب الأول : مفهوم تصرفات الشريك 08
    - الفرع الأول : تعريف التصرف 08
    - الفرع الثاني : أنواع التصرف 09

أولا: التصرف المادي 09

- ثانيا:التصرف القانوني 09

  - ❖ المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لحق الشريك في المال الشائع 10
    - الفرع الأول : حق الشريك المشتاع هو حق شخصي 10
    - الفرع الثاني : حق الشريك المشتاع هو حق عيني من نوع خاص 11
    - الفرع الثالث : حق الشريك المشتاع هو حق ملكية 11
  - ❖ المطلب الثالث : تمييز حق الشريك المشتاع في التصرف عن غيره 12
    - الفرع الأول : تمييزه عن حق المالك في الملكية المفرزة 12
    - الفرع الثاني : تمييزه عن حق المالك في الشركة 12
    - الفرع الثالث : تمييزه عن حق الشريك في الملكية الجماعية 12
    - الفرع الرابع : تمييزه عن حق الشريك في ملكية الأسرة 13
- المبحث الثاني : تصرف الشريك في حصته الشائعة من المال الشائع 13
  - ❖ المطلب الأول : تصرفات الشريك في حصته الشائعة الناقلة للملكية 14
    - الفرع الأول : التصرفات الصادرة عن الشريك في حصته الشائعة بعوض 14

- أولا : بيع الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع 14

- ثانيا : مقايضة الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع 19

    - الفرع الثاني: التصرفات الصادرة من الشريك في حصته الشائعة بغير عوض 20

- أولا : هبة الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع 20

- ثانيا : وصية الشريك لحصته الشائعة في المال الشائع 21

  - ❖ المطلب الثاني : تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني 21
    - الفرع الأول : تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني أصلي 22

- أولا : ترتيب الشريك لحق الإنتفاع على حصته الشائعة 22
- ثانيا : ترتيب الشريك لحق الإرتفاق على حصته الشائعة 23
- الفرع الثاني : تصرفات الشريك المرتبة لحق عيني تبعي 23
- أولا : ترتيب الشريك لحق الرهن الرسمي على الحصة الشائعة 24
- ثانيا: ترتيب الشريك لحق الرهن الحيازي على الحصة الشائعة 27
- ثالثا : ترتيب الشريك لحق التخصيص على الحصة الشائعة 28
- رابعا: ترتيب الشريك لحق الامتياز على الحصة الشائعة 29
المبحث الثالث : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع 31
❖ المطلب الأول: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في العلاقة بين طرفيه..... 31
- الفرع الأول : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة 31
- أولا : حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوع 32
- ثانيا : حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشيوع 32
- الفرع الثاني : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة 33
- أولا : وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف 33
- ثانيا : عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف 34
❖ المطلب الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في موجهة باقي الشركاء 35
- الفرع الأول : التصرف غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء 35
- الفرع الثاني : أهم النتائج المترتبة عن عدم نفاذ التصرف 36
❖ المطلب الثالث: تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع 37
- الفرع الأول : أثر تصرف الشريك منفردا في كل المال الشائع في العلاقة بين طرفيه 37
- الفرع الثاني : أثر التصرف الشريك منفرد في المال الشائع كله على حقوق باقي الشركاء فيه 39
الفصل الثاني : أثار تصرفات الشريك منفردا بالنسبة لحقوق باقي الشركاء 42
المبحث الأول : حق الشركاء في إسترداد الحصة الشائعة 42
❖ المطلب الأول: مفهوم حق الاسترداد 42
- الفرع الأول: تعريف الاسترداد 43
- الفرع الثاني : نطاق الاسترداد 44
- الفرع الثالث : شروط الأخذ بحق الاسترداد 45
❖ المطلب الثاني : إجراءات الاسترداد 47
- الفرع الأول : إعلان الرغبة في الاسترداد 48
- الفرع الثاني : رفع دعوى الاسترداد 49
❖ المطلب الثالث : الآثار التي تترتب على الاسترداد..... 50

- الفرع الأول : آثار الاسترداد في العلاقة بين المسترد والمشتري..... 50
- الفرع الثاني : آثار الاسترداد في العلاقة بين المسترد والبائع 51
- الفرع الثالث : آثارالاسترداد في العلاقة بين البائع بالمشتري 51
- الفرع الرابع : سقوط حق الاسترداد 52

المبحث الثاني : حق الشركاء في ممارسة رخصة الشفعة 53

❖ المطلب الأول : مفهوم حق الشفعة 53

- الفرع الاول : تعريف الشفعة و أحوال ثبوتها 53
- الفرع الثاني : شروط ممارسة الشفعة 54
- الفرع الثالث : إجراءات ممارسة الشفعة 55

❖ المطلب الثاني : أثار ممارسة حق الشفعة 58

- الفرع الأول : أثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والبائع... 58
- الفرع الثاني : آثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والمشتري 59
- الفرع الثالث: آثار ممارسة حق الشفعة في العلاقة بين الشفيع والغير..... 59

❖ المطلب الثالث : سقوط حق الشفعة 60

- الفرع الأول : الأسباب الموضوعية لسقوط حق الشركاء في الشفعة 60
- الفرع الثاني : الاسباب الاجرائية لسقوط حق الشركاء في الشفعة 60

خاتمة 63

قائمة المراجع.

ملخص

حق ملكية الشئ هو حق الاستئثار به بإستعماله وإستغلاله والتصرف فيه ، ويعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقا ، فقد تكون الملكية في صورتها العادية ملكية فردية ، وإستثناءا تكون ملكية شائعة مملوكة لمجموعة من الأشخاص ، نظم المشرع الجزائري أحكام الملكية الشائعة في المواد من 713 إلى 737 من القانون المدني .

وفي موضوع بحثنا هذا أحكام تصرف الشريك منفردا في المال الشائع فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ عاما قوامه أن الشريك في المال الشائع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ، وقرنه بشرط عدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء ، وإلا كان غير نافذ في حقهم ، وهو ماتضمنته المادة 714 من القانون المدني .

وحماية لبقية الشركاء من الضرر الذي يكون سببه دخول المتصرف اليه مع الشركاء ، و من أجل الحد من عدد الشركاء ، أعطى المشرع لبقية الشركاء حق الاسترداد وحق الشفعة بإنتزاع ماتصرف فيه بعوض الى أجنبي .