



جامعة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية



تخصص قانون أعمال

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

التصرف في الملكية العقارية الشائعة وفقا للتشريع الجزائري

تحت إشراف:

الدكتور: براحلية زوبير

إعداد الطالبتين:

1/ شوابية دنيا

2/ بوخلال مروة

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	أ.د.مقلاتي مونة	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
02	د. براحلية زوبير	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر "أ"	مشرفاً
03	د. خلدون وسيلة	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ مساعد "ب"	عضوا مناقشاً

السنة الجامعية: 2024_2023



شكر و تقدير

الحمد لله حمدا كثيرا على كرم عطائه وجزيل فضله الذي
وفقنا لإنجاز وإتمام هذه المذكرة.
أتقدم بفائق عبارات الشكر والتقدير والاحترام لأستاذي
الفاضل الدكتور " **براحلية زوبير** " على ما قدمته من جهد
ضمن هذه المذكرة، وعلى كل ما قدمه لنا من نصائح وتوجيهات.
كذلك، لا يسعني إلا أن أتوجه بالشكر الموصول والاحترام
والتقدير لأساتذتي الكرام، أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه
ومقامه.

إهداء

الحمد لله على التمام و حسن الختام ، اللهم انفعني بما علمتني و زدني علما
أهدي تخرجي إلى روح أمي الطاهرة "فلة سثمان " ، جنة الله في الارض ، الوحيدة الداعمة منبع كل أيامي
الحلوة وأعظم أسباب نجاحي ، حبيبة القلب ، رفيقة الروح قوتي و ملهمي .
كم تمنيت أن تقر عينك برؤيتي في يوم تخرجي و كم تمنيت عنائك بشدة ، نجاحي ينقصه وجودك يا
أغلى ما فارقت و يا ملجأ الذي توسده التراب قبل أن تحقق أمنيتها رحمك الله يا أعظم من كان سنداً
لي في نجاحي و إجتهادي
و بكل جد بين ثنايا قلبي أهدي تخرجي و ثمرة جهدي الى من كان لي مصدر الدعم و العطاء والذي
الحبيب " عبد الحميد" ، ملجئي و يدي اليمنى في هذه المرحلة.
إلى من كان عوناً لي من قريب و بعيد إلى أخي محمد و الى خالتي فوزية ، زوجها و أبنائها ، خالتي جهيدة و
أخوالي سعيد ، فريد ، و عبد الغاني شكراً على كل العطاء شكراً على كل كلمة طيبة و على كل دعم .
اللهم جازهم بالإحسان إحساناً

*** دنيا ***

لله عذرا



بسم الله الرحمن الرحيم

إلى من قيل فيهما:

" وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا "

سورة الإسراء ، الآية 24

إلى الوالدين الكريمين "أمي الحبيبة" و " ابي العزيز"

إلى أخوتي وأخواتي.

إلى كل الاصدقاء والزميلات مشوار الدراسة الجامعية

مقدمة

مقدمة:

ان الحقوق العينية من الحقوق التي لها مكانة هامة في المجتمعات الحديثة، والتي تخول لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء المادي سواء كان منقولاً او عقاراً او حق معنوي، يمنح له الاستئثار باستعماله و استغلاله و التصرف فيه دون حاجة لشخص آخر في حدود القانون.

ويعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقاً، خاصة وأنها تحظى في الوقت الراهن بأهمية كبيرة باعتبارها مصدراً من المصادر الأساسية للاستقرار والاستثمار والسكن، فهي بذلك تلبي رغبات الأشخاص و ميولاتهم ، لان فطرة الانسان السليمة جبلت على حب التملك و الاستئثار بالأشياء و الانفراد بها .وقد نظمها المشرع الجزائري بعدة معايير وقوانين بشكل يجعل لمالكها الحق في التصرف فيها بشتى أنواع التصرفات إلى الحد الذي لا يسبب ضرراً لغيره وعدم مخالفته القواعد العامة والأنظمة المعمول بها.

كما ان الأصل في الملكية انها حق مانع مقصور على المالك وحده أي الشيء الواحد مملوك لشخص واحد وهي الحالة المثلى في الملكية وبذلك يتمتع على غيره مشاركته في أي من سلطاته الثلاثة فهو حق جامع.

إلا انه كاستثناء يمكن ان يتعدد ملاك الشيء المادي ،فيكون محل حق الشريك هو حصة من المال الشائع كله الغير منقسم، أي أنه لا يمكن ان يكون مملوكاً لشخصين على الشيوع ولكن لا يمكن ان يملك أي منهما المال أو العقار كله ،وان كل ما ملكه هو جزء من الشيء أو العقار وهو ما يعرف بالملكية الشائعة.

و قد نظمها المشرع الجزائري ضمن احكام القانون المدني كونها متواجدة ومنتشرة في نطاق واسع من بلادنا، مشكلة وعاء عقارياً لا يستهان به من الناحية الاقتصادية.

وبالنظر لطبيعتها ورغم انه لا مجال للحلول من دون وجودها ،حتى وان كانت حالة الشيوع فيها مؤقتة فالاشتراك في الشيء غالباً، ما يؤدي إلى نزاع وصادم بين المالكين نتيجة اختلاف وجهات نظرهم حول استعمال واستغلال والتصرف في العقار الشائع، باعتبار ان المشرع قد خول لكل شريك في الشيوع حسب المادة 714 قانون مدني الحق في أن يتصرف منفرداً في حصته الشائعة التي يملكها ملكاً تاماً وكذلك بالنسبة لأغلبية الشركاء في التصرف في العقار الشائع كله رغم معارضة الأقلية.

أهمية الموضوع:

إن لموضوع دراستنا أهمية علمية وعملية كبيرة في واقعنا اليومي وما يثيره من إشكالات خاصة فيما يتعلق بالتصرفات الشريك في الشيوخ في ظل انتشار النزاعات المتعلقة بالملكية الشائعة والتي تستدعي دراستها وبيان احكامها بما فيها حماية الشركاء من تصرف الشريك المنفرد في العقار الشائع كله او حصة شائعة منه بالإضافة إلى معرفة موقف المشرع الجزائري من هذه التصرفات والآثار المترتبة عنها.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة لبيان حالات تصرف الشريك في المال الشائع منفردا سواء في حصته الشائعة أو في حصة مفرزة من العقار أو في العقار الشائع كله او تصرف الشركاء مجتمعين او الاغلبية منهم، والآثار المترتبة عن ذلك مادام الشيوخ قائما.

الدراسات السابقة:

اما عن الدراسات الاكاديمية السابقة التي اعتمدنا عليها في دراستنا لموضوع التصرف في الملكية العقارية الشائعة وفق التشريع الجزائري فتمثل :

الدراسة الاولى في : التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2007-2008. من إعداد الطالب وهاب عياد.

اما الدراسة الثانية فتتمثل في: احكام التصرف في الملكية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، جامعة ادرار، 2017-2018، من إعداد مولاي اليزيد، باقلا ب ومهدي القايم.

صعوبات الدراسة:

ومن الصعوبات التي واجهتنا في موضوعنا هذا هي:

قلة المراجع الوطنية الجزائرية المتخصصة في المجال العقاري والمتعلقة بالملكية العقارية الشائعة بما فيها الكتب ومعظمها تناول موضوع المال الشائع، اما المراجع العامة فهي لم تتطرق لكافة عناصر الموضوع لان اغلبها يتحدث عن الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

نقص القرارات والأحكام القضائية المتعلقة بالمنازعات حول الملكية.

أسباب اختيار الموضوع:

من أسباب اختيارنا لهذا الموضوع اسباب ذاتية و اسباب موضوعية:

• الأسباب ذاتية:

الرغبة الذاتية لدراسة وتحليل موضوع التصرف في الملكية العقارية الشائعة والذي جاء تماشياً مع ميولاتنا الشخصية وبالإضافة إلى أنه موضوع من المواضيع المهمة في تخصصنا قانون الاعمال.

• الأسباب الموضوعية:

إن موضوع الملكية العقارية الشائعة موضوع مهم بسبب انتشاره بكثرة في مجتمعنا والذي كان من اهم سبب نشأته الميراث والوصية وغيرها، وبالتالي تكون محل نزاع دائم ومستمر وتؤثر بشكل سلبي على العلاقات الاجتماعية والأسرية.

بالإضافة الى كثرة النزاعات المطروحة أمام القضاء الجزائري والمتعلقة بالملكية الشائعة وتساؤلات حول جواز التصرفات القانونية التي يمكن للشركاء على الشيوع القيام بها وحكمها القانوني. كذلك قلة الدراسات التي تتعلق بالتصرفات التي يمكن للشريك او الشركاء القيام بها في الملكية العقارية الشائعة.

الإشكالية:

لدراسة موضوع التصرف في الملكية العقارية الشائعة وفق التشريع الجزائري وجب علينا طرح الإشكالية التالية:

• الى اي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم و تبين احكام التصرف في

الملكية العقارية الشائعة؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

- ما مفهوم الملكية العقارية الشائعة؟
- ما هو حكم تصرف الشريك المشتاع في حصته الشائعة من العقار؟ و ماهي الطرق القانونية التي منحها المشرع لباقي الشركاء لاسترجاع الحصة الشائعة ؟
- ما حكم التصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع؟
- ما هو حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله؟ ومدى تأثيره على حقوق الشركاء؟

- ما هي التصرفات التي يمكن للشركاء مجتمعين ترتيبها على العقار الشائع كله او جزء مفرز منه؟

- ما حكم التصرفات الصادرة من الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع؟ وما هي ضمانات التي قررها المشرع لحماية الأقلية منهم؟

المنهج المتبع:

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي، لأنه الأنسب للقيام بجمع المعلومات المتعلقة بالملكية العقارية الشائعة وعرض مختلف جزئيات الموضوع ومن أجل وصف وبيان أهم التصرفات القانونية للشريك أو الشركاء في العقار الشائع قبل القسمة العقار الشائع وبعده وصد التساؤلات المتعلقة بهذه التصرفات.

واعتمدنا المنهج التحليلي من اجل تحليل النصوص والقرارات القانونية في هذا الموضوع.

الخطوة:

الفصل الأول: تصرف الشريك منفردا في الملكية العقارية الشائعة.

المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية الشائعة.

المبحث الثاني: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع.

الفصل الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين او الأغلبية منهم في العقار الشائع.

المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع.

المبحث الثاني: تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع.

الفصل الأول

تصرف الشريك منفردا

في العقار الشائع

الفصل الاول: تصرف الشريك منفردا في الملكية العقارية الشائعة:

تنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على: " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها و ان يستولي على ثمارها و ان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء

وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف اليه الحق في ابطال التصرف اذا كان يجهل ان التصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ."

من خلال نص المادة فانه يتضح إن للشريك في الشيوع حق ملكية على العقار الشائع كله، وان كان محددًا بقدر حصته .وعلى ذلك فان هذا الشريك قد يتصرف في حصته الشائعة ،او في العقار الشائع كله ،او في جزء مفرز منه.الا ان هذا التصرف يثير عدة اشكالات في مواجهه الشركاء ،لذلك نظمه المشرع الجزائري بقواعد قانونية تظبطه .ومن هذا المنطلق سنعرض فيما يلي حكم كل نوع من هذه التصرفات على ان نخصص المبحث الاول في ماهية الملكية العقارية الشائعة وتصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة من العقار، أما المبحث الثاني فخصصناه لتصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار او العقار الشائع كله.

المبحث الاول: ماهية الملكية العقارية الشائعة

سننطلق خلال هذا المبحث إلى مفهوم الملكية الشائعة في المطلب الأول، صور الملكية الشائعة وتمييزها عن ما شابهها في المطلب الثاني، اما المطلب الثالث حول ادارة الملكية العقار الشائع وطرق انقضائه.

المطلب الاول: مفهوم الملكية العقارية الشائعة

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين حيث تطرقنا في الفرع الاول: الى تعريف الملكية العقارية الشائعة، و الفرع الثاني الى مصادر الملكية العقارية الشائعة ، اما في الفرع الثالث الى الطبيعة القانونية للملكية العقارية الشائعة.

الفرع الاول: تعريف الملكية العقارية الشائعة

اولا :- لغه:

والشيوخ هو مصدر شاع،(فعل) يشيع شيوعا، ويقال نصيب فلان في جميع الدار كذلك عرف انه شاع العقار اي مشترك الملكية غير منقسم.¹ ثانيا

ثانيا- اصطلاحا: عرفها الدكتور عبد الرزاق سنهوري بانها: الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات غير منقسم يملكه اكثر من شخص واحد، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق المالكه على المال هو الذي ينقسم حصصا (quote_ports) دون ان ينقسم المال ذاته.²

فالشيوخ هو الحالة القانونية الناتجة عن تعدد المالكين للحق العيني دون ان يحدد نصيب كل منهم ماديا في الشيء ولكنه يتعين معنويا في الحق نفسه.³ وبالقسمة يصبح لكل شريك حصته المعززة يختص بها وملكية فردية لا يزاحمه فيها احد غيره من الشرك الاخرين.⁴ وهو ما اكده المشرع الجزائري في المادة 713ق مدني ب: " اذا ملك اثنان او اكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية اذا لم يقد دليل على ذلك".⁵

الفرع الثاني: مصادر الملكية العقارية الشائعة

قد يكون مصدر الملكية الشائعة اما التصرف القانوني او الواقعة المادية.

- ومثال التصرف القانوني، كعقد شراء من طرف شخصان لعقار بحق النصف ويكون مشاعا او عملا قانونيا بالارادة المنفردة كالوصية كان يوصي شخص بماله لعدة اشخاص .

¹- ابن منظور، ابو فضل جمال الدين محمد بن مكرم المنضاري، لسان العرب ، الجزء 8، ص 191.

²- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للاموال والاشياء، الجزء 8، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية سنة 2000، ص 796 798.

³- عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيد في ضوء احكام النقض القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2007، ص 12.

⁴- المرجع نفسه، ص 12.

⁵- الامر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 ن صادر في 24 رمضان 1395 الموافق ل 30 سبتمبر 1975.

- ومثال الواقعة المادية: كالوفاة، فتنقل الملكية العقارية الشائعة الى الورثة بعد وفاة المالك وهي الحالة الاكثر انتشارا، او شريك في الملكية الشائعة يضع يده على حصة باقي الشركاء لكسبها بالتقادم الطويل.¹
- قد ينشا الشيوع عن طريق الهبة كان يهب شخص عقار لعدة اشخاص او ان يهب حقه على الشياخ.²
- كذلك قد ينشا الشيوع بالحيازة كان يحوز شخصان او عدة اشخاص حيازة مشتركة خالية من العيوب، خاصة عيب اللبس الذي عادة ما يشوبها نتيجة مخالطة يد الحائز مع غيره من المتشاعين.
- وقد ينشا الشيوع بالاستيلاء والاتصال كان يملك الملك على الشيوع البناء الذي شيده اجنبي عنهم في ارضهم.³

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للملكية العقارية الشائعة

- اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة نتيجة اختلافهم في تحديد عناصرها من جهة وكيفية ممارسة الشريك المشتاع لسلطاته على حصته الشائعة من جهة اخرى والتي يملكها في المال الشائع من استغلال واستعمال والتصرف.⁴
- وبهذا الصدد نبين ان الملكية اما ان تكون ملكية فردية يكون المالك فيها شخصا طبيعيا، او معنويا كان يتمتع مجموعة من الناس بالشخصية المعنوية مكونة بذلك شخصا اعتباري واما ان تكون ملكية جماعية يكون المالك فيها مجموعة من الناس لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية. وبالتالي فهل الملكية الشائعة هي حق ملكية وان كانت فهل بذلك هي حق ملكية فردية او جماعية؟
- ومنه فالملكية الشائعة هي حق ملكية كونها تشتمل على عناصر الملكية الثلاث، فيكون للمالك في الشيوع حق الاستعمال والاستغلال والتصرف في الشيوع.
- فحسب نص المادة 713 ق م: "اذا ملك اثنان او اكثر شيئا فهي بذلك توضح صراحة بان اصحاب الملكية الشائعة يملكون العقار الشائع اي ان لهم فيه حق ملكية".

¹ عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 14.

² يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة (اكتسابها، اثباتها، حمايتها، ادارتها)، الدار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ص 65.

³ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة الاردن عمان، 2019، ص 710.

⁴ غزوان محمود غناوي الزهيري، ادارة المال غير المنقول الشائع، الطبعة الاولى، دار زهران للنشر والتوزيع، 2018، ص 36.

كذلك المادة 714: كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء وبالتالي فيد المالك في الشيوع تشمل جميع عناصر الملكية الثلاث من استغلال وتصرف واستعمال.¹

غير ان كل ما في حق الملكية الشائعة هو ان المال الشائع ملاك متعددون عكس حق ملكية الفردية المفردة حيث حق الملكية فيها يعود لشخص واحد.²

أما حول طبيعة حق الشريك في الملكية الشائعة: فهو حق ملكية بالمعنى الدقيق وكل ما في الامر أن حق الملكية الوارد على الشيء الشائع ليس له مالك واحد كما في الملكية العادية المفردة وانما ملاك عديدون اما الشيء محل هذه الملكية لا يتجزأ اي ان الملكية تنقسم الى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء بينما لا يكون هناك تقييم مادي للشيء.³

المطلب الثاني: صور الملكية الشائعة وتمييزها عن ما شابهها

سنتناول اولا صور ملكية الشائعة، ثم تمييزها عن ما يشابهها.

الفرع الاول: صور الملكية الشائعة:

اولا: الشياح العادي (الارادي)

يبرز هذا النوع من الشياح عن طريق التصرف القانوني استنادا لعقد او وصية او هبة و تكون حصصهم فيها اما متساوية او بنسب متفاوتة.

مثال، كان يشتري شخصين قطعة ارض على الشياح فيما بينهما ويتقفا على ان لكل واحد منهما النصف او ان يشتري اثنين جزء من عقار من مالك الارض دون القيام بفرز الحصة التي اشترت، ففي هذه الحالة المشتري مالكين على الشياح.⁴

ثانيا: الشياح الاجباري

الشياح الاجباري او الملكية المشتركة تكون في العقارات المبنية وهذا ما نصت عليه المواد من 743 الى 772 من ق م ج.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 797.

² - غزوان محمود غناوي الزهيري، المرجع السابق، ص 41.

³ - ضحى محمد سعيد، التصرف القانوني للشريك في المال الشائع، جامعة الموصل، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12 العدد 47، سنة 2011 ص 6.

⁴ - يوسف دلاندة، المرجع السابق ص 66.

وبما ان الملكية المشتركة هي ملكية مقسمة الى حصص، ولكل مالك حرية التصرف في حصته كبيع مسكنه او ايجاره، غير ان هناك اجزاء مشتركة لا يجوز لاي مالك التصرف فيها حددها المشرع في نص المادة 744 و745 ق م ج .¹

ثالثا: الحائط المشترك

لقد وضعت اغلبية التشريعات قرينة على اشتراك الجارين في الحائط، فيعد بذلك مملوكا ملكية مشتركة بينهما ويستطيع الشريك اثبات الاشتراك في الحائط من المادة 704 الى 707 ق م ج وفق هذه القرينة المشار اليها اذا توفر شرطين هما:

- ان يكون الحائط فاصلا بين بنائين بان يكون هناك بنائين متلاصقان يفصل بينهما لم يكن الحائط فاصلا بين البنائين فلا تقوم القرينة.
- ان يكون الحائط قد فصل بين البنائين عند انشائه فماذا تحقق هذه الشرطين قامت القرينة على الحائط المشترك.

الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن ما يشابهها:

اولا: الملكية الشائعة والملكية المفزة

تختلف الملكية الشائعة عن الملكية المفزة في عدة عناصر، فتعتبر الملكية المفزة الصورة العادية للملكية ويكون محل لحق محدد ماديا². أما الشيوخ فهو ان يشترك مجموعة من الاشخاص في ملكية شيء واحد وتكون حصصهم رمزية دون تعيين حصة مادية مفزة من المال الشائع. الحصة التي يملكها الشريك في العقار الشائع شائعة في كل المال ولا ترتكز على جانب واحد منه بالذات وهو ما يميز الملكية الشائعة عن المفزة التي يتم فيها تعيين تلك الحصص³.

الملكية بعناصرها الثلاثة: استعمال، استغلال، تصرف عندما ترد على شيء محدد عقار، وحدة، منقول فبذلك تكون مفزة اما في حالة ما وردت على ملكية كل شريك في حصة شائعة من المال الشائع⁴.

¹ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 66.

² - علي جبيل صكيل الاسدي، الملكية الشائعة و احكام ازالة الشيوخ، "دراسة مقارنة في ظل احكام القانون المدني العراقي و لمصري و الليبي و الجزائري و المغربي و السوري و الاردني و اللبناني"، مكتبة الرضوان للنشر و التوزيع ، دون طبعة، ص 24.

³ - انور طلبية، الملكية الشائعة، "اسباب الشيوخ، ادارة المال الشائعة، سلطة المدينينطاق حق الشريك، التصرف في حصة مفزة، الحلول العيني، القسمة الرضائية و القضائية، ملكية الطبقات" دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث الازريرة الاسكندرية سنة 2004، ص 5.

⁴ - المرجع نفسه، ص 5.

ثانيا: الملكية الشائعة و الملكية المشتركة

تختلف الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة في عدة عناصر .

فالملكية المشتركة هي ملكية اثنين او اكثر لشيء واحد مجتمعين يمكنهم الانتفاع بهاوتتحقق اذا جاء كل منهم بجزء من المال فينشا شيئا مشتركا يمكنهم الانتفاع به عكس الملكية الشائعة التي يكون فيها حق الملكية لاكثر من شخص¹ .

لا يستطيع الافراد في الملكية المشتركة حصر واستبيان حصصهم او معرفتها لان الملكية تعود للمالكين كلهم اما في الملكية الشائعة فالحصة العائدة لاحد الشركاء تعتبر شائعة لكل المال .

- الملكية بعناصرها ثلاث تصرف واستعمال واستغلال عندما تنحصر في حصة من المال تعتبر شائعة اما عندما تكون على كل المال فيعتبر ملكية مشتركة ويعتبر كل شريك مالكا لكل المال مع شركائه² .

المطلب الثالث: ادارة العقار الشائع وطرق انقضائه

الفرع الاول: ادارة العقار الشائع:

اولا: الادارة غير المعتادة

نص عليها المشرع في المادة 717 قانون مدني جزائري: " لشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع فيقرروا على سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة على ان يعينوا قراراتهم الى باقي الشركاء وللمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان"³.

وتتمثل اعمال ادارة غير المعتادة في الاعمال التي تهدف للتغيير الغرض الاساسي الذي اعدت له وهو ما يخالف حدود الادارة المعتادة كتغيير مقهى الى مطعم.⁴

ثانيا: الادارة المعتادة

لم يقم المشرع الجزائري بتحديد مفهوم اعمال الادارة المعتادة فمن خلال المادة 716 من القانون المدني الجزائري اوضح ان الغالبية المطلوبة للقيام بمثل هذه الاعمال فقط لكن بالرجوع للمادة 717 يمكن

¹ - انور طلبية، المرجع السابق، ص24.

² - المرجع نفسه، ص 26.

³ - المادة 717 من الامر 58 /75 المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق.

⁴ - محمد وحيد السوار، المرجع السابق ص 122 - 123.

تحديد المقصود بها. وهي تلك الاعمال التي لا يراد منها التغيير من الغرض الاساسي الذي اعد له المال الشائع بل تلك الاعمال كالايجار للدار او زراعة الأرض¹.

ثالثا: حفظ مال الشائع

نصت عليه المادة 710 من القانون المدني الجزائري: "على انه لكل شريك في الشيوع الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء". يتضح من نص المادة ان المشرع قد اجاز لكل شريك في العقار الشائع ان يستقل بالقيام بالاعمال اللازمة من اجل حفظ الشيء المشترك مهما كان مقدار حصته في هذا المال ومن غير موافقة باقي الشركاء كالترميم و الصيانة و جني الثمار او تصرفات قانونية كرفع دعوى الحيازة و قطع التقادم². وقد اقرت المحكمة العليا في قرارها رقم 116228 صادر بتاريخ 22 نوفمبر 1992 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد ثلاثة لسنة 1994 الصفحة 142 مبدا مفادة انه: "من المقر قانونيا انه يحق لكل شريك في الشيوع ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء".

ولما ثبتوا في قضية الحال ان قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه وكالة من جميع الورثة لرفع دعوة ترمي على طرد المطعون ضدها، فانهم بذلك خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقص³.

رابعا: المهائة الزمانية

هي مناوبة في الانتفاع بالمال الشائع فيتفق الشركاء على التناوب بالانتفاع بجميع المال الشائع لمدة معينة تتناسب مع حصة كل لشريك⁴. وهو ما شاء في المادة 734: "يجوز ان تكون قسمة المهائة ايضا بان يتفق الشركاء على ان يتناوبوا بالانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع

¹ -المادة 716 من الامر 58 /75 المعدل و المتمم، المرجع السابق.

² -علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية، طبعة الاولى، عمان، دار ثقافة للنشر والتوزيع 2005، ص 62.

³ - يوسف دلاندة المرجع السابق ص 77.

⁴ - درار عبد الهادي، قسمة المهائة كالية لادارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني الجزائري، مجلة تشريعات البناء والتعمير، العدد 3، جامعة ابن خلدون تيارت الجزائر سنة 2017، ص 351.

حصته¹. وغالبا ما تكون في النقولات المملوكة على الشيوع ولا يمكن ان تتحول قسمه المهايئة الى قسمة نهائية.²

خامسا: المهايئة المكانية

ففي قسمة المهايئة المكانية يكون هناك اتفاق بين مجموع الشركاء في ان يختص كل واحد منهم بانتفاع بجزء مفرز، يتوافق ويتوازي مع حصته المشاعة ويتنازل في المقابل لباقي الشركاء في الانتفاع بباقي الحصص. على ان لا تتجاوز مده الانتفاع خمس سنوات³.

وهو ما نصت عليه المادة 733 من القانون المدني: "يتفق الشركاء في قسمة المهايئة على ان يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الاجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس (5) سنوات . فاذا لم تشتط لها مدة انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة (3) اشهر انه لا يرغب في التحديد⁴ .

الفرع الثاني: طرق انقضاء الشيوع

تنقضي الملكية شائعة مثل ما تنشئ عن طريق التصرف القانوني او الواقعة المادية، فقانونيا مثل قيام جميع الشركاء ببيع المال الشائع الى شخص اخر. وقد تكون السبب واقعة مادية مثل ان يمتلك احد الشركاء في الشيوع امن الغير المال الشائع عن طريق التقادم المكسب متى توافرت شروطه، كذلك عن طريق المقايضة، الهبة، الوصية، الميراث. قد تكون بالصدقة لانها السبب الاساسي في انهاء حالة الشيوع في حين تبقى الاسباب الاخرى كلها عارضة ولا يقصد منها انهاء حالة الشيوع.⁵

وقد تناولها المشرع الجزائري في المواد من 722 الى 732 ق م ج.

والقسمة نوعان: اتفاقية وقضائية.

¹ - المادة 734 من الامر 58 /75 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

² - علي دحامنية ، ناريمان خمار، مقال حول " احكام قسمة الهايئة في لتشريع الجزائري ، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات المجلد6، العدد1، سنة 2023، ص 591.

³ - درار عبد الهادي، المرجع السابق، ص351.

⁴ -المادة 733 من الامر 58/75 المرجع السابق .

⁵ - لمين سعد، عبد المجيد تعليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، ص 23.

اولا: القسمة الاتفاقية

القسمة الاتفاقية تكون باتفاق جميع الشركاء على اجرائها بالتراضي بينهم دون لجوءهم للقضاء، فيتفق الجميع على اقتسام الاموال الشائعة كلها او بعضها، وفي حالة ما كان بينهم من هو ناقص الاهلية يتعين عليهم اتخاذ اجراءات اللازمة التي يقتضيها القانون من اجل حماية ناقصي الاهلية او حالة الغائب في ان يمثله وليه او وصيه او وكيله.¹

ثانيا:القسمة القضائية

وهي القسمة التي تجرى بواسطة القضاء، في حاله ما اذا لم يتفق جميع الاطراف الشركاء على الشيوخ وهو ما نصت عليه المادة 724 من القانون المدني الجزائري بقولها: " اذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ برفع الدعوة على باقي الشركاء امام المحكمة. وتعين المحكمة ان رات وجها لذلك خبيرا او اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير في قيمته".²

المبحث الثاني: تصرف الشريك منفردا في الملكية العقارية الشائعة

"كل شريك في الشيوخ يملك حصة ملكا تاما وله ان يتصرف فيها..³ وعليه يحق للشريك في الشيوخ ان يتصرف في حصته الشائعة بجميع انواع التصرف حسب ما له من سلطات ، ذلك ان الملكية الشائعة هي حق ملكية تام. فالمالك على الشيوخ من حقه ان يتصرف بكافة التصرفات والبيع نوع من هذه التصرفات، بل هو اهم تصرفات الناقلة للملكية.⁴ غير هذه التصرفات الصادرة من الشريك في الشيوخ قد تتجه الى احد الشركاء او الى جميع الشركاء، او الى شخص اجنبي عن الشركاء. وفي حالة التصرف الى اجنبي يجوز لباقي الشركاء ان يستردوا الحصة المتصرف فيها.⁵

¹ - بن مداني عائشة، بن غربي احمد حمزة، مقال : "طرق قسمة الملكية"، المجلد2، عدد 6، يناير 2011، ص59- 60.

² - المادة 724 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

³ - المادة 714 من الامر نفسه.

⁴ - احمد فلاح عبد البخيت، الملكية العقارية الشائعة والقانون، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية سنة 2012، ص 181.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص843.

وان تصرف الشريك في حصته ايضا يجب ان يتصرف فيها وفقا للحق الثابت له وبالتالي يجب ان يكون التصرف واردا على حصته الشائعة وحينئذ ينفذ التصرف بالنسبة لباقي الشركاء وان تجاوز هذا الحق وتصرف في حصته مفرزة او في حصة شائعة تجاوز حصنه فان تصرفه بالنسبة للحصة المفرزة لا ينفذ بالنسبة لباقي الشركاء. ولا ينفذ فيما جاوز حصته الشائعة ويكون لباقي الشركاء رفع دعوى بعدم سريان التصرف فيما جاوز حصة الشريك الشائعة وتثبت ملكية مع لما جاوزها.¹

المطلب الاول: حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة من العقار

تنص المادة 714 من قانون المدني انه يجوز للشريك في الشيوخ ان يتصرف في حصته الشائعة بجميع انواع التصرف، سواء كان هذا التصرف بعوض كالبيع او المقايضة ام كان تصرف تبرع كالهبة.² ويجوز ان يصدر التصرف الى شريك اخر او الى باقي الشركاء، واذا ترتب على تصرف الشريك الى شريك اخر زوال حالة الشيوخ فان هذا التصرف يعتبر قسمة بطريقة التصفية مثل بيع العقار الشائع كله لاحد الشركاء. والشريك يمكن له ان يتصرف في حصته الى اجنبي، ويكون في هذه الحالة لهؤلاء الشركاء على الشيوخ ممارسة حقهم في استرجاع هذه الحصة عن طريق رخصة الاسترداد وفق المادة 721 من القانون المدني الجزائري. اورخصة الشفعة حسب المادة 795 من نفس القانون.

ومن هذا يتضح ان تصرف الشريك في حصته الشائعة يقع صحيحا نافذا في مواجهه شركائه، ولا يحق لهم الا طلب الاسترداد هذه الحصة او الاخذ بالشفعة ولا يقتصر على تصرف معين، وانما يحق للشريك ان يتصرف في حصته شائعة بكافة التصرفات، فيرتب حقوقا عينية اصلية كانت او تبعية، بعوض او بغير عوض. وطالما كان تصرفه لا يمس حقوق الشركاء.³

الفرع الاول : ترتيب تصرف ناقل للملكية على الحصة الشائعة

للشريك في الشيوخ الحق في التصرف في حصته الشائعة بترتيب تصرف ناقل للملكية سواء البيع او الهبة.

¹ انور طلبية، الملكية الشائعة، اسباب الشيوخ، ادارة المال الشائع، طبعة 2004، الناشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة 2004.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، 843.

³ توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعية، الاسكندرية، دون طبعة، ص 205.

اولا: بيع الحصة الشائعة:

حسب المادة 714 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكا تاما وله ان يتصرف فيها، وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"

من خلال نص المادة يتضح ان للشريك الحق في اتصرف في حصته الشائعة بالبيع و يكون تصرفه صحيحا و نافذا في حق الشركاء الاخرين فهو تصرف في خالص حقه الذي لا يشاركه فيه احد و يجوز ان يكون للتصرف الى احد شركائه او اليهم جميعا كما يجوز ان يكون لاجنبي¹.

ولا يحتاج هذا التصرف موافقه باقي الشركاء ولا اعلانهم لان الشريك باع ما يملك فقط دون ان يلحق الضرر بهم فكل ما جرى انه تنازل عن نصيبه الشائع لشخص آخر يحل محله في الشيوع وبذلك يترتب عن هذا التصرف كامل آثاره بين طرفي العقود تنتقل الملكية الشائعة بقوة القانون.² وقد يتصرف الشريك في حصته الشائعة في العقار الموجود في مجموع من المال الشائع كما لو كانت دارا داخلة في تركة و باع الوارث حصته الشائعة في الدار وحدها دون سائر الاموال الشائعة، جاز ذلك وحل المشتري محل الوارث. ولا بد لازاله الشيوع في هذه الحالة اجراء قسمتين الاولى بين المشتري و سائر الورثة في الدار التي اصبح المشتري شريكا فيها، والقسمة الثانية بين الوارث الذي باع حصته في الدار و سائر الورثة في بقية اموال لتركة. ويجب تسجيل هذه التصرفات و شهرها بالمحافظة العقارية وهو ما نصت عليه المادة 15 من الامر 74/75 المتضمن اعداد المسح العام و تاسيس السجل العقاري: "كل حق ملكية و كل عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية"³.

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/10/29 ، ملف رقم 63765 الذي قضى ب: من المقرر قانونا ان كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها ن ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان في قضية الحال ان قضاة الموضوع

¹ المادة 714 من الامر 58/75 المعدل و المتمم ، المرجع السابق.

² عقوني محمد، البيع الواقع على الحصة الشائعة في العقار، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية و الساسية ، المجلد 3، العدد 1، ص 273.

³ حوياد حياة، حدود تصرف الشريك في المال المشاع، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات ، مجلد 6 ، العدد 2 ، سنة 2023، ص 293.

بإبطالهم عقد بيع قطعة ارض آلت الى الطاعن عن طريق الارث على اساس انه ليس له الحق في بيع الملك في الشيوخ ، اخطاؤ في تطبيق القانون ومتى كان ذلك يستوجب نقض القار المطعون فيه¹
ثانيا: هبة الحصاة الشائعة :

الهبة من عقود التبرع و قد عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الاسرة بانها: " تملك بلا عوض ".² والتي تتطلب لانعقادها صححة توفر الاركان العامة للعقد وهي تتطابق الايجاب و القبول وتوفر ركني السبب و المحل و كذلك الاركان الخاصة التي تشير اليها المادة 206 من القانون الاسرة المتعلقة بالشكلية و الحيازة .³

الا ان المشرع لم ينص صراحة على الهبة في العقار الشائع وانما ذكره في المادة 208 قانون اسرة: "...اذا كان الواهب ولي الموهوب له او زوجه او كان الموهوب مشاعا فان التوثيق و الاجراءات الادارية تغني عن الحيازة...".⁴

ومعنى ذلك انه اذا اقدم الواهب على التبرع بجزء من املاكه على الشيوخ لفائدة ابنه او زوجته فتنتقل ملكية الحصاة الشائعة الى الموهوب له ويصبح شريكا على الشيوخ ما باقى الشركاء ، اما خروج الشريك من الشيوخ يكون في قدر حصته التي وهبها و يكون العقد التوثيقي و الاجراءات الادارية تغني عن الحيازة.

الفرع الثاني: ترتيب حق عيني اصلي على الحصاة الشائعة

يعتبر الحق العيني بانه سلطة فعلية لشخص على شيء معين بالذات, تخوله الحق في استعماله واستغلاله والتصرف فيه بموجب القانون. فالحق العيني فيه خصائص عامة لشخص معين بالحق اذا كان مفرزا او لمجموعة من الاشخاص اذا كان شائعا، ويمتاز بانه يمنح سلطات مباشرة لصاحب الحق على محل الحق اي علاقة قانونية مباشرة بين الشخصين.

¹ المجلة القضائية، وزارة العدل، الجزائر، سنة 1992، العدد4، ص35.

² المادة 202 من الامر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الاسرة الجزائري، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 27/2/2005، المعدل و المتمم ل القانون 11/84 الصادر في 9/6/1984، عدد24.

³ المادة 206 من الامر نفسه.

⁴ المادة 208 من الامر نفسه.

تتقسم الحقوق العينية الى حقوق عينية اصلية وحقوق عينية تبعية،¹ من اهم الحقوق العينية الاصلية هو:

اولا: حق الارتفاق

وهو لا يرد على حصة شائعة ولا يجوز للشريك في العقار الشائع ان يرتب على حصته الشائعة حق الارتفاق، لانه يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق باعمال لا تصح ولا يمكن مباشرتها الا مع عقار لمفرز. يرى بعض الفقه انه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع ان يرتبوا حق ارتفاق على العقار ويبقى قائما مهما كانت نتيجة القسمة².

ثانيا: حق الانتفاع

فهو حق عيني يكون للشخص ان يستعمل ملك غيره يستغله عقارا كان او منقولاً. للمالك على الشيوع ان يرتب حق الانتفاع على حصته الشائعة جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق بما يتلائم مع الشيوع، فتصبح اعمال الادارة المعتادة في يد المنتفع تسري عليه احكام الادارة المعتادة في علاقته بالشيء وباقي الشركاء. اما اعمال الادارة الغير معتادة و اعمال التصرف وفي طلب القسمة فهي تكون في يد صاحب الرقبة. واذا انقضت مدة الانتفاع قبل القسمة عاد الشيء الى مالكة واصبحت له كل السلطات، اما اذا انقضى الشيوع قبل انتهاء مدة الانتفاع مثل ان تجرى القسمة ووقع جزء من العقار الشائع في نصيب الشريك صاحب الرقبة فان حق الانتفاع ينتقل الى هذا الجزء وفقا لقاعدة الحلول العيني³.

الفرع الثالث: ترتيب حق عيني تبعي على الحصة الشائعة

تبعا للحقوق العينية الاصلية التي تعطي لصاحبها سلطة مباشرة مع الشيء فان الحقوق العينية التبعية توجد مستقلة وتابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به. وتشمل حق التخصيص وحق الامتياز والرهن الرسمي، والرهن الحيازي.

¹ بيهاني حورية، احكام التصرف القانوني للشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر كلية الحقوق ن سنة 2014 ص 30.

² عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص 845.

³ بيهاني حورية، المرجع السابق، ص 31.

اولا: حق التخصيص

لم يعرف المشرع الجزائري حق التخصيص وانما ذكره في الفصل الاول من الباب الثاني في المواد من 937 الى 947 قانون مدني الجزائري . وقد عرفه الفقهاء بانه حق عيني تبقي يمنحه رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقار المراد الاختصاص به بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين ، على على عقار او اكثر من عقارات المدين، ويستطيع الدائن ان يستوفي حقه من مدينه متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة¹ وصورته ان الشريك في الشيوخ مدين لشخص اخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، وانه يمكن لهذا الدائن الحاصل للسند القضائي ان يلجا الى القضاء لاستصدار تخصيص على الحصة الشائعة التي يملكها مدينه ضمانا لدينه² وهو ما نصت عليه المادة 937 قانون المدني الجزائري، و بالتالي فعلى الدائن الذي يريد الحصول على التخصيص على الحصة الشائعة لمدينه ان يقدم عريضة الى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين وتكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم او بشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم وتشمل البيانات المذكورة من المادة 941 من القانون المدني. ومتى توفرت هذه الشروط فانه حسب المادة 942 قانون مدني جزائريدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة امره بالتخصيص مراعيافيه مقدار الدين وقيمة العتقارات المينة على وجه التقريب و في حالة ما اذا رفض رئيس المحكمة طلب التخصيص جاز للدائن ان يتظلم الى المجلس القضائي³ اما ان قبل القاضي بتخصيص العقار فانه يسري عليه ما يسري على الزمن الرسمي من احكام خاصة منها ما يتعلق بالقيود وتحديده وشطبه واثاره وانتظاده حسب ما نصت عليه المادة 947 من القانون المدني⁴.

ثانيا: حق الامتياز

حسب نص المادة 982 ق م ج: " الامتياز اولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفة، ولا يكون للدين امتياز الا بموجب نص قانوني " بمعنى ان ميزة التقدم هي جوهر حق الامتياز و تمنح بمقتضى نص قانوني فصاحب حق الامتياز له الافضلية على جميع الدائنين العاديين و يتزاحم مع

¹ - عصام انور سليم ، نظرية الحق ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، ص64.

² وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ن مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، سنة 2008، ص.18.

³ المادة 942 من الامر 58/75 ، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

⁴ المادة 947 من الامر نفسه.

الدائنين المتمتعين بضمان عيني و بالتالي يستوفي حقه بالنسبة لهؤلاء الدائنين طبقا لمرتبه¹. وهو الامر الذي يختلف به عن باقي الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي و الحيازي و التخصيص ، كذلك يختلف عنهم في انه هو الحق لا الدائن².

حسب المادة 984 ق م ج فان الامتياز ينقسم الى حقوق الامتياز العامة و تكون جميع اموال المدين المنقول كان او عقار اما حقوق الامتياز الخاصة فتقتصر على المنقول او العقار و قد عالجت المواد 999 الى 1003 حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار ف جاء في نص المادة 1001 ق م ج : " ان الشركاء الذين اقتسموا عقار حق الامتياز عليه تامين لما تخوله القسمة من حق في الرجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ، و يجب ان يقيد هذا الامتياز و تكون مرتبه مماثلة لشروط امتياز البائع المشار اليه في المادة 999". وهو الحال نفسه بالنسبة للشريك في حصته الشائعة في العقار كله او جزء منها فيكون له حق الامتياز على الحصة الشائعة التي تصرف فيها انتقلت ملكيته للمتصرف له الذي اصبح مدينا بثمان الحصة كلها او بحصة في حدود المبلغ كاملا او ما تبقى منه³.

ثالثا: رهن الحصة الشائعة

يمكن لشريك ان يرهن حصته الشائعة كلها او جزء منها رهنا رسميا او حيازيا ولايحول دون الرهن الحيازي انه يقتضي حيازة العقار المرهون حتى يكون نافذا في حق الغير ، فالحصة الشائعة قابلة لان تكون محلا للحيازة ، مثل ان يتفق الدائن المرتهن مع شركائه في الشيوخ على ان يعهد بالمال الشائع الى احد تاشركاء فيجوز بالنسبة بحصة الشريك نيابة عن الدائن المرتهن ، او ان يوضع العقار كله في الشركاء ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الاخير من قسمة المهايأة . حيازة الدائن المرتهن ، فيقوم بحيازته بصفته دائنا مرتهنا بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة وبصفته مديرا للعقار الشائع بالنسبة لباقي الحصص . وقد يكون العقار الشائع مقسوما قسمة مهايأة⁴

¹ سلموني آسيا ، بن دية حنان ، حق الامتياز الخالص على العقار في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، كلية

الحقوق و العلوم السياسية بودواو ، قسم القانون الخاص ، جامعة محمد بوقرة بورداس، سنة 2019 ، ص 11

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التامينات الشخصية و العينية ، المجلد العاشر ، دار احياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، طبعة 1970، ص 922

³ عبد المنعم البدرابي ، الحقوق العينية الاصلية و الحقوق النفرعة عنها و اسباب كسبها ، طبعة 3، مطبعة الكيلاني

1968، ص 164

⁴ - رمضان ابو السعود ، المرجع السابق، ص 94

ويعد رهن الشريك لحصته الشائعة سواء رهنا رسميا او حيازيا صحيحا نافذا في مواجهة الشركاء دون انتظار القسمة .ولذلك فاذا حل اجل الدين المضمون بالرهن نوالشيوخ لايزال قائما فكان للدائن المرتهن ان ينفذ بحقه على الحصة المرهونة وتباع جبرا ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن ويصبح بذلك شريكا .¹

اما اذا تمت القسمة قبل ان ينفذ الدائن بحقه فان الفقرة 2 من المادة 890 ق م ج : "واذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار او جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي تلك رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى الاعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الاصل ،ويبين هذا القدر بامر على عريضة ." من خلال النص يتضح ان العقار المفرز الذي يقع بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن لحصته الشائعة رهنا رسميا في عقار واحد من عقارات متعددة شائعة يحل حلولا عينيا محل الحصة الشائعة المرهونة وينتقل الرهن الرسمي اليها .²

بالاضافة الى ان المشرع لم يعرض الحالات الاخرى التي يمكن لن تتمحض عنها القسمة كما انه وقوع العقار الذي رهننت حصة فيه، او جزء منه في نصيب الراهن عند القسمة و سنعرض هذه الفروض : اذا اختص الراهن في القسمة بجزء مفرز من هذا العقار يعادل في قيمته الحصة التي رهنها ،فالرهن يتركز في هذا الجزء على اساس الجزء الحلول العيني. اما اذا وقع العقار كله في نصيب الراهن فيرى اغلبية الفقهاء الى بقاء الرهن قائما كما كام على الحصة التي رهننت واخيرا اذا وقع في نصيب الراهن جزا مفرز من العقار يميز في قيمته على قيمة الحصة المنزهونة فان الرهن ينحصر في حصة من هذا الجزء المفرز تعادل قيمة الحصة التي رهننت وهذا الحل يؤدي الى احتفاظ الراهن بقدرته الائتمانية ويحفظ لدائن المرتهن حقه دون افراط او تقريط .³

واذا لم يقع في نصيب الراهن عند القسمة شيئا من ذلك وانما اختص بمبلغ من النقود فان حق الدائن المرتهن يتعلق بهذا المبلغ ،فاذا كان حقه مستحق الاداء استوفاه بالاولوية من هذا المبلغ بمقتضى رهن ذاته، اما ان لم يكن كذلك ينتقل الرهن لهذا المبلغ .واذا لم يختص الراهن في القسمة الا بالمنقولات

¹ - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص132.

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 747.

³ - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص133.

فان الرهن الرسمي ينعقد اثاره ولا ينتقل حق الدائن المرتهن الى هذه المنقولات لانها لاتصلح محلا للرهن الرسمي.¹

الفرع الرابع: اثار تصرف الشريك في حصته الشائعة

قد يقوم الشريك بالتصرف في حصته الشائعة الى احد الشركاء الاخرين، أو الى شخص اخر اجنبي، فيصبح الشركاء في هذه الحالة معرضين لان يدخل بينهم شخص غير مرغوب فيه، ولهذا منح القانون لكل شريك منهم الحق في الحلول محل من يقوم بشراء الحصة الشائعة التي تم بيعها وذلك عن طريق رخصتين هما رخصة الاسترداد في المنقولات والشفعة في العقارات.²

اولا: استرداد الحصة الشائعة.

الاسترداد بوجه عام هو حلول شخص محل شخص اخر فيما اشتراه مقابل دفع الثمن ومصاريف البيع، اما استرداد الحصة الشائعة فهو حق منحه القانون للشريك المشتاع يحل بمقتضاه محل المشتري الاجنبي في الحصة الشائعة المبيعة لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوخ محافظة على اسرار الملكية الشائعة فان باع الشريك على الشيوخ حصته لاجنبي يعطي باقي الشركاء الحق في استرداد الحصة المبيعة.³

كما يعتبر الاسترداد حق استثنائي يقرر لتحقيق غرض معين لا يثبت الا بنص.⁴ وقد خص المشرع الجزائري احكام الاسترداد في المادة 721 قانون مدني جزائري بقوله: " للشريك في المنقول الشائع او في المجموع من المال المنقول، او العقار ان يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لاجنبي عن طريق التراضي. وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ الى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما انفقته⁵ ."

¹ - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، 134.

² - فرج حسين توفيق، الحقوق العينية الاصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، د.س، ص 216.

³ - تمدراري طاهر، قماري بن ددوش نصر، اثر بيع الشريك لخصته الشائعة في العقار بين الشفعة والاسترداد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاكاديمية للدراسات اجتماعية و انسانية، سنة 2020، ص30.

⁴ - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص127.

⁵ - المادة 721 من الامر 58 / 75، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

1: نطاق الاسترداد من حيث الأشخاص و الموضوع

ان حق الاسترداد لا يثبت الا بالنسبة للحصة الشائعة في منقول معين او مجموع من المال عند بيعها لاجنبي، من اجل احداث نوع من التوافق في الاحكام مع الشفعة التي تقررت بالنسبة للعقار خاصة وانه سيستجيب لنفس الاعتبارات¹.

وكذلك يثبت هذا الحق في حالة بيع حصة شائعة في مجموع من المال كالمترج او الشركة وفي هذه الحالة يثبت حق الاسترداد حتى وان احتوى على عقار. ففي حالة ما اذا باع احد من الورثة نصيبه من التركة قبل القسمة ثبت فيها الاسترداد للباقي من الورثة. ولكن يتعين في هذه الحالة ان يكون العقار ضمن مجموع اموال التركة فان لم يكن ضمنها وكان البيع عبارة عن حصة شائعة في عقار معين فلا يجوز الاسترداد حتى ولو كان هذا العقار هو كل ما تركه المورث وياخذ في هذه الحالة بطريقة الشفعة². لا يجوز ان يكون الاسترداد في كل الحصة المباعة، ولا يجوز تجزئة الصفقة على المشتري من اجل ان يتحقق الغرض من الاسترداد والمتمثل في عدم دخول الاجنبي في الشيوع لانه لو اتيح الاسترداد في جزء من المال المشاع يبقى المشتري شريكا في الشيوع بالحصة المتبقية وبذلك تنتفي العلة من الاسترداد.

بالاضافة الى ان حق استرداد الحصة المشاعة يثبت لكل شريك مشتاع وقت البيع سواء كان شريكا اصليا منذ ان بدا الشيوع او شريكا طارئا تلقى حصته من احد الشركاء لاي سبب كان كالميراث او الشراء.

اذا تعدد الشركاء الذين يريدون استعمال صفة الاسترداد للحصة الشائعة المباعة، كان لكل منهم ان يسترد بنسبة حصته. اما دائنوا الشريك لا يمكنهم ان يستردوا الحصة المشاعة باسمه عن طريق رفع الدعوى الغير المباشرة لان الاسترداد رخصة ولا يجوز للدائن بالدعوى غير المباشرة ان يستعمل ما للمدين من رخص³.

وقد اقرت المحكمة العليا في قرارها 43462 المؤرخ فيه 16 ديسمبر 1987 منشور في المجلة القضائية عدد 3 لسنة 1992 صفحة 14 قضت المحكمة العليا انه من المقرر قانونا بالمادة 721 من

¹ - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 127.

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 217.

³ - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 127.

القانون المدني الجزائري ان كل شريك في المنقول الشائع او في مجموع من المال المنقول او العقارات يسترد قبل قسمة الحصة الشائعة.

ولما ثبت في قضية الحال ان قضاة المجلس لما قضاوا برفع دعوى حق الاسترداد على العقار الشائع اذ بيع الى اجنبي بدعوى انه كان من المفروض على المدعين في الطعن انه يتبعوا اجراءات الشفعة فانهم يكونوا قد خرقوا نص المادة 721 من القانون المدني التي تعطي الورثة الحق في الاسترداد.¹

2: شروط الاسترداد

كي يكون للشريك في الشيوغ الحق في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك اخر، يجب ان تتوفر فيه شروط اربعة هي:

أ- صدور البيع من احد الشركاء في الشيوغ

اشترط المشرع في نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري انه من اجل استعمال رخصة الاسترداد من احد الشركاء على الشيوغ وجب ان يكون العقد الصادر ينحصر في البيع فقط دون غيره من عقود التصرف الاخرى سواء كانت بغير عوض كالهبة والوصية او بعوض كالمقايضة والوفاء بمقابل، او حصة في شركة الذي جاء بعكس ما اتى به المشرع الفرنسي الذي اقر بجواز الاسترداد في جميع عقود المعاوضة حتى وان لم تكن بيعا.

بالاضافة الى ذلك وحتى يمكن للشريك في العقار الشائع من استعمال حقه في الاسترداد وجب ان يكون البيع بالممارسة لا بالمزاد العلني وان يكون عند تمام البيع لا في مراحل الاولى ولا قبل اتمام اجراءاته.²

ب- ورود البيع على حصة شائعة في منقول او مجموع من المال

لاجل منع الاجنبي عن شيوغ من الدخول فيه مع مجموع شركاء، اقر القانون حق الاسترداد للشريك وباقي الشركاء منهم لاستعمال حقهم في الاسترداد. وقد اشترط المشرع الجزائري لذلك ان يقع البيع على حصة شائعة كاملة او بعضها من الشريك المتصرف.³

¹ - يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 83.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 854.

³ - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، سنة 1994، ص 194.

اما اذا كان البيع واردا على جزء مفرز فيتجه اغلب الفقهاء الى اعتباره غير نافذ في حق الباقي من الشركاء، وبالتالي يصبح المشتري غير مالك على الشيوع، عكس التصرف في الحصة الشائعة، لان بيعها هو الذي يحل فيه المشتري محل البائع، ويصبح الشريك الجديد بعد الشريك الاصيلي الذي حل محله. وبهذا تتحقق مظنة الاضرار ويكون لهم حق في اخراجه باستعمال رخصة الاسترداد، على خلاف بيع جزء مفرز من المال المشاع لانه لا يصبح المشتري شريكا معهم حتى ولو كان البيع صحيحا فيما بين المتعاقدين¹.

ج- ان يقع البيع الى اجنبي عن الشركاء

اشترط كذلك المشرع ان يكون البيع لاجنبي عن الشركاء، وبذلك ينبغي عليهم ان يستردوا كل الحصة الشائعة التي اشتراها لتقادي الدخول بينهم ومن ثم فانه لا يكفي ان يستردوا من الحصة الشائعة ما يملكون من المال الشائع، حيث ان الاجنبي يبقى شريكا بما تبقى من الحصة التي قام بشرائها وهو ينافي الحكمة من الاسترداد وقد يطالب بالاسترداد شريك واحد او اكثر وفي هذه الحالة لا تقسم على اساس الرؤوس ولكن بنسبة حصة كل واحد منهم².

د- يجب ان يكون البيع بالممارسة

وجب ان يتم البيع عن طريق الممارسة اي البيع الاختياري، فاذا تم عن طريق المزاد العلني جبرا ورسى على الاجنبي فلا يصبح بإمكانهم المطالبة بالاسترداد، ذلك ان توافر علانية في هذا البيع ضمانا لحقوق باقي الشركاء الذي يمكنهم التقدم في المزاد. ويجب ان يكون المزاد المانع من الاسترداد او ان يكون علنا وطبقا للاجراءات القانونية ويستوي بعد ذلك ان يكون مزادا اجباريا او اختياريا³.

هـ- ان يكون المسترد هو احد الشركاء

من خلال نص المادة 721 قانون مدني جزائري يتضح ان المشرع الجزائري منح الحق في الاسترداد لكل شريك على الشائع المنقول او في المجموع من المال المنقول او العقار والتي قام احد الشركاء ببيعها. ومنه فاذا قد تم افراز الملك الشائع واصبح لكل منهم حصة شائعة مفرزة فلا يصح لاي من الشركاء الذين تقاسموا ذلك الملك المطالبة بالاسترداد حتى وان كان تصرف شريكهم بالبيع قد تم قبل القسمة فالاصح يتم البيع وطلب الاسترداد قبل القسمة. كذلك نوضح ان رخصة الاسترداد تثبت لكل

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 856.

² - رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 150.

³ - توفيق فرح حسين، المرجع السابق ص 218، 219.

شريك من الشركاء على الشيوع ان كان شريكا اصليا او عارض دخل مع احد الشركاء في الشيوع، كمن يشتري حصة احد الشركاء ويحل محله. كذلك فيجب ان تتم الاشارة الى انه لا يثبت الاسترداد الى لمن طلبه من الشركاء المتشاعين متى توافرت فيه الشروط السابقة، لكن قد يحصل وان يتعدد فيصبح لكل منهم الحق في ان يسترد نسبة حصته في المال الشائع ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك¹.

3: اجراءات الاسترداد

ان اساس هذه الاجراءات هو التوثيق بين استقرار المعاملات وحماية الشركاء في الشيوع لذلك تم التحديد ميعاد الاسترداد بمدة قصيرة حتى لا يبقى مصير البيع معلقا لفترة طويلة. فوجب على كل شريك يرغب في الاسترداد ان يعلن رغبته الى كل من البائع والمشتري داخل مدة 30 يوما من تاريخ علمه البيع او من تاريخ اعلانه به. بالاضافة ان المشرع لم يوضح ميعاد الاعلان بالبيع لكن سيكون من مصلحة البائع والمشتري ان يبادر باعلان الشركاء بالبيع ليضع حدا لامكانية طلب الاسترداد وبالتالي يصبح على من يرغب في الاسترداد اعلان رغبته خلال 30 يوما من تاريخ الاعلان².

وعند انتهاء ميعاد 30 يوما ابتداء من يوم الاعلان بالبيع او العلم به ولم يطلب احد من الشركاء على الشيوع الاسترداد فيسقط الحق فيه ويصير البيع للمشتري باتا وهو ما جاء في نص المادة 721 بقوله: "وذلك خلال 30 يوما من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلانه"³.

من خلال هذا النص نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يشترط الرسمية في هذا التصريح مثل رخصة الشفعة، فبذلك يمكن ان يبلغ هذا عن طريق المحضر القضائي او بموجب رسالة مضمنة الوصول. وبحسب راي الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ان التصريح الشفوي مقبول طالما انه اوجب ضرورة تبليغه الى كل من المشتري والبائع لاعلان الرغبة في الاسترداد.

وبعد ان يتم اعلان الرغبة في الاسترداد وجب على المسترد ان يدفع ثمن الحصة الشائعة، والفوائد والمصاريف التي انفقها المشتري في ذلك ان كان قد دفع المستحقات اللازمه لذلك. فيحل بذلك المسترد محل المشتري اذا كان قد دفع المستحقات، ويحل محل الشريك البائع اذا لم يقبض المستحقات من الشريك الاجنبي وتكتمل الاجراءات الخاصة بنقل الملكية والمتمثلة في التسجيل والتقرب بالمحافظة العقارية.

¹ - توفيق فرح حسين، المرجع السابق ص ص 218، 219.

² - رمضان ابو مسعود، المرجع السابق ، ص 97.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 859.

4: اثار الاسترداد

اذا وقع الاسترداد بالاتفاق بين الشريك او الشركاء المشاعين مع البائع، او عن طريق المحكمة يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته بعد ان يعوضه على نفقاته. ولا يعتبر في هذه الحالة الاسترداد بيعا جديدا لانتقال الملكية من المشتري الى المسترد بل يبقى العقد الاصيلي ويصبح المسترد في محل المشتري في هذا العقد.

فيعتبر بهذا حلول شخصي والاسترداد له اثر رجعي حيث ياخذ المسترد مكان المشتري ويصبح هو المشتري مباشرة وتصبح له حقوق والتزامات من وقت البيع ولا يكون المسترد خلفا للمشتري بل خلف البائع يتلقى منه الحصة المباعة مباشرة¹.

يترتب على المسترد في هذه الحالة دفع كافة النفقات التي دفعها المشتري كمصاريف السمسرة وتحرير العقد ورسوم التسجيل وما انفقه في حفظ المال الشائع او ادارته ويصبح له في الوقت نفسه الحق في كل الثمار التي حصلها المشتري منذ البيع الى تمام الاسترداد.

اما ان لم يقم المشتري بدفع الثمن للشريك البائع بعد ان يصبح على المسترد دفعه للبائع ويمتنع على هذا الاخير مطالبة المشتري به. كون المسترد اصبح له كافة التزامات المشتري².

كذلك ايضا يحق للمسترد ان يستفيد بالاجل الذي منحه البائع للمشتري في دفع الثمن دون حاجته لرضاء جديد من جانب البائع ولا يحتج على المسترد بالتصرفات التي ابرمها المشتري في الفترة ما بين البيع وتمام الاسترداد كما لضمان على المشتري في الفترة ما بين البيع وتمام الاسترداد ولا ضمان على المشتري المسترد وانما يكون للمسترد ان يرجع على البائع بالضمان وفقا لاحكام عقد البيع الذي حل فيه محل المشتري³.

اذا كان المبيع حصته في مجموع من المال وكان هذا المجموع يشتمل على عقار فانه وجب

¹ - رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص98.

² - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص131، 132.

³ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ - رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 84.

تسجيل الاتفاق الذي يتم به الاسترداد او الحكم الذي يصدر به حتى تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار من البائع الى المسترد لما ان كل عقد البيع قد تم تسجيله فيكفي التاشير على هامش التسجيل.

ثانيا: الشفعة في الحصة الشائعة

تعتبر الشفعة السبيل الثاني الممنوح للشركاء لاجل طرد الاجنبي من الشيوع و حلول محله في التصرف.

فالشفعة هي قدرة او سلطة او مكنة تخول ان يقوم به سبب من اسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري اذا اظهر ارادته في ذلك. وهو حلول كافه حقوق المشتري من التزاماته التي نشات عن عقد البيع والتي ترتبت عنه وبهذا ينتج عن الشفعة اكتساب ملكية العقار المبيع او اكتساب للحق العيني عليه حتى ان كان جبرا على المشتري، ومن يعلن رغبته في الاخذ بالشفعة حل محل المشتري في عقد البيع حتى وان لم تكن برضاه ويمتلك العقار المبيع ويضمه الى عقاره الاصلي¹.

وعرفها المشرع الجزائري في المادة 794 بانها: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية. ونصت المادة 795 انه: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الاحكام التي ينص عليها الامر المتعلق بالثورة الزراعية.

لشريك في الشيوع اذا بيع جزء من العقار المشاع الى اجنبي.

لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها او بعضها².

من خلال نص المواد 794 يتضح ان المشرع الجزائري قد عرف الشفعة بانها رخصة يتمكن بها الشخص من الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن شروط واحوال منصوص عليها.

اما ما اشارت اليه المادة 795 نلاحظ ان حق الشفعة يثبت للشريك في الشيوع اذا قام احد الشركاء ببيع جزء من العقار المشاع الى اجنبي معهم وكذا لصاحب حق الانتفاع اذا تم بيع الرقبة كلها او جزء منها. وفي قرار المحكمة العليا 54384 المؤرخ فيه 8 جويلية 2009 المنشور في العدد الخاص للمجلة القضائية للمحكمة العليا للغرفة العقارية، الجزء الثالث، صفحة 335، اقرت مبدا مفاده انه لا يؤثر الشيوع على ترتيب الشفعاء.

¹ محمد عقوني، حق الشفعة الثابت للشريك المشاع في العقار في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية،

المجلد 9، العدد3، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، ص549.

² المادة 795 من الامر 75 / 58 المرجع السابق.

- لا افضلية لاحدهما على الاخر في التمسك بحق الشفعة.

- يستوي الشريك في الشيوخ عن طريق الارث مع الشريك في الشيوخ عن طريق الشراء.¹

1: الطبيعة القانونية للشفعة

لقد ثار الجدل فقهي حول الطبيعة القانونية للشفعة فهناك من يرى انها حق عيني واخر شخصي وهذا اعتمادا على بعض الاثار الخاصة بالشفعة والتي تركز اساسا على طبيعتها كتحديد مدى اتصال الشفعة بشخصية الشفيع وكذا الجهة القضائية المختصة في النظر في دعوى الشفعة وهو ما جعل الفقهاء يوفقون بين الاتجاهين: لان الشفعة ليست حقا عينيا مطلقا ولا شخصيا مطلقا، وانما هي مختلطة اي تقع على عقار من ناحية ومن ناحية اخرى انها لا تمنح للشفيع الا حسب اعتباراته الشخصية المرتبطة به. في حين ان الاستاذ انور طلبه لم يعتبرها حقا بل رخصة وهو ذاته ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 794 فيرى انصار هذا الاتجاه ان الشفعة هي رخصة او خيار يستطيع ان ياخذ بها او يتركها دون ان يجبر عليها. ومتى ثبت الحق فيها تملك العقار ويعتبر العقد حقيقيا.²

2- شروط الاخذ بالشفعة

أ- ان يكون هناك عقار شائع

بمعنى ان يكون المال الشائع عقارا لا منقولاً، وان يكون هذا العقار شائعا قبل او اثناء التصرف بالبيع من طرف احد الشركاء لحصته المشاعة. وبالتالي يخرج من هذا العقار الشائع الذي تمت قسمته قبل التصرف بالبيع لكونه بعد القسمة يستأثر كل واحد من الشركاء بحصته مفرزة، وعند بيعها لا يحق لباقي الشركاء الحق في التمسك بالشفعة،³ وهو ما اقرته المحكمة العليا في قرار لها رقم 402638 مؤرخ في 9 فيفري 2007 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد واحد لسنة 2008 صفحة 193 بمبدأ مفاده انه " لا شفعة بعد القسمة النهائية".⁴

والحكمة من اقتصار الشفعة في العقار في نظر الفقه هو رفع الضرر عن القسمة كون انه من المعلوم ان الشيوخ حالة مؤقتة غير مرغوب فيها، فيصبح الشركاء يريدون التخلص من سلبيات الاشتراك في العقار الشائع مع الغير الاجنبي عنهم مما ينتج عنه العديد من المشاكل فيلجا الشركاء الى القسمة

¹ - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 550.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والطباعة، سنة 2011، ص 93.

⁴ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 84.

وقد يترتب عنها ضرر للشركاء وانخفاض سعر العقار التي تمت قسمته والافضل هو جمع ملكيته في يد مالك واحد¹.

ب- ان يكون التصرف بالبيع منصبا على حصته الشائعة

يعتبر حق الشفعة حقا يرد على حصته في العقار على الشيوع واما العقار الذي كان محل قسمة سواء قضائية او ودية فانه يصبح ملكية فردية بعدما كان شائعا. حيث قسم الى اجزاء واختص كل شريك بنصيب مفرز فانه لا يكون فيه حق شفعة حيث اذا باع احدهم حصته المفرزة الى شخص اجنبي عن الشيوع لا يمكن للاخرين استعمال حق الشفعة بدعوى انهم شركاء فيه لانهم بعد اجراء القسمة اصبحوا جيرانا ولم يعودوا شركاء في الشيوع².

ج- أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا الأجنبي:

- يجب أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي حيث جاء الحكم الوارد في نص المادة 795 من ق م ج يوافق مع علة الاثبات شفعة الشريك وهي رفع الضرر من مشاركة الأجنبي .

فإذا باع المالك على الشيوع حصته الشائعة لشريك آخرمشاع تباع مثله:

فإنه يفضل على شفيح هو مثله شريك على الشيوع لأنه شفيح من نفس طبقتة وهو ما جاء به قرار محكمة العليا رقم 543584 مؤرخ في 2009/7/8 منشور في البعدهد البخاص للعجلة القضائية للمحكمة العليا الغرفة العقارية الجزء الثالث صفحة 335 اقرت انه: " لا يؤثر سبب التبوع عن ترتيب الشفعااء."

- لا افضلية لأنه صادر على الآخر في التمسك بحق الشفعة .
- يستوي الشريك في الشيوع عن طريق الارث مع الشريك في الشيوع عن طريق الشراء.³
- بينما باخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة المباعة بالشفعة اذا كان الشخص الذي كان المشتري اجنبيا عن الشيوع لان الشفيح في هذه الحالة يكون من طبقة اعلى.⁴

¹- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص84.

²- محمد عقوني، المرجع السابق، ص 551.

³- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص84.

⁴- محمد عقوني، المرجع السابق، ص551.

- وذلك تجسيدا لما جاء في المادة 796 قانون مدني جزائري التي تنص على اذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب ترتيب المنصوص عليه في الفترات التالية:
- اذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم بقدر نصيبه.
- واذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفعا بمقتضى المادة 795 " فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة ادنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة اعلى".¹

شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع

ان الشفعة تثبت لمالك الرقبة إذا قام أحد الشركاء ببيع كل أو بعض حق الانتفاع المناسب للرقبة. وبهذا تؤدي الشفعة إلى كسب حق الانتفاع وتتحقق بذلك الملكية التامة للشفيع وتتجمع عناصر الملكية بيد المالك وتثبت الشفعة في كل حق الانتفاع او بعضه أي ان مالك الرقبة له ان يطالب بالشفعة اذا كان للشفيع عدة شركاء اقدم حصته الشائعة ولو كان المشتري من أحد الشركاء.²

شفعة المنتفع في ملكية الرقبة:

تثبت الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها وإذا كان حق الانتفاع لعدد من الأشخاص وتم بيع الرقبة كلها فلهم الحق في الشفعة كل منهم بقدر نصيبه اما اذا طلب الشفعة احد منهم كان له الشفعة الا بقدر نصيبه وهذا اذا كانت الصفقة تقبل التقسيم.

أما اذا كانت غير قابلة للقسم فلا يجوز للمنتفع الاخذ بالشفعة ولا الجزء من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة وكان الربح الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض اجزائها.³

وهو ما جاء في قرار المحكمة في قرارها رقم 54380 الصادر بتاريخ 1988/12/25 والمنشور في العجلة القضائية المحكمة العليا عدد 3 لسنة 1922 صفحة 84 اكرت مبداه مفاده انه: " من المقرر قانونا ان حق الشفعة يكون لصاحب الحق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها او بعضها".⁴

¹ - المادة 795 من الامر 58/75 المعدل و المتمم، المرجع السابق.

² - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 1، الإسكندرية، 2007، ص 206.

³ - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 357.

⁴ - يوسف دلانند، المرجع السابق، ص 85.

د- ان يكون لتصرف بيعا:

يرتبط هذا الشرط بمسابقة وفي هذه الحالة ان يكون البيع صحيحا وناظرا بين الطرفين وبالنسبة لباقي الشركاء يترتب عليه ان يصبح المشتري شريكا معهم حتى ولو كان ذلك بعدم موافقتهم.¹ إلا انه حسب نص المادة 790 فانه لا تجوز الشفعة اذا حصل بيع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات التي رسمها القانون.

وإذا حصل البيع بين الأصول والفروع او بين الزوجين او بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الاصحار لغاية الدرجة الثانية، كذلك إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.² كما يشترط أن يكون البيع. أن يكون البيع تاما.

- فعقد البيع الباطل لا تجيز فيه الشفعة في عقد البيع للباطل كون لا وجود له.
- كذلك الحال بالنسبة لعقد البيع الصوري.
- أن يظل البيع قائما إلى حين اعلان الرغبة.
- لا بد أن يظل البيع قائما من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة لأنها تتطلب بقاء العقد الذي يتم فيه الحلول ومنه إذ تخلق الشرط الفاسخ فإن العقد يزول بأثر رجعي ويزول معه الحق في الشفعة.³ هو أن يكون الشفيع هو أحد الشركاء.

3: إجراءات الشفعة:

أخذ المشرع الجزائري بما اخذه المشرع المصري باعتبار الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري باتباع إجراءات معينة وتأخذ بطريقتين إما بالتراضي أو عن طريق القضاء.

3-1- الشفعة بالتراضي:

- الشفعة ثلاثية الأطراف الشفيع والبائع (الشريك في الشبوع) والمشتري (الأجنبي عن الشبوع).

¹ نبيل إبراهيم سعد الشفعة علما وعملا، منشأ المغارف، بلال خزي وشركائه لنشر الإسكندرية، 1997، ص 17.

² عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق، ص 45.

³ فراحي كوثر، سلام عبد الرحمن، " إجراءات تحرير عقد الشفعة المتعلقة بحصة شائعة من عقار شائع في التشريع الجزائري " مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 9، العدد2، سنة 2021، ص4.

- يكون التراضي متى سلم المشتري للشفيع بالأخذ بالشفعة ويشترط أن يتم هذا التسليم بعد تسجيل البيع نظرا لأن المشتري لا يعد مالكا قبل التسجيل ويترتب على التسجيل انتقال ملكية العقار المشفوع فيه.¹
- ويتحمل الشفيع ما التزم به المشتري بسبب البيع فيدفع له الثمن المسمى في عقد البيع إذا كان هذا الأخير قد اداه للبائع.

3-2-قضايا:

وتتم عن طريق اللجوء الى القضاء وفق إجراءات معينة رسمها القانون وهي:

أ-الإنذار الرسمي:

➤ تنص المادة 799: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويضاف إلى ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضي الأمر ذلك."²

➤ من خلال نص المادة أعلاه يتضح أن المشرع علق الإعلان بوجوب توجيه انذار الى الشفيع من طرف البائع والمشتري فاول اجراء نص المادة يرمي إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع ويتم ذلك بإنذار رسمي.

➤ فعادة ما تبدأ إجراءات الشفعة بالإنذار الرسمي بغرض اخطار الشفيع بوقوع البيع حتى يتمكن من تدبر امره فإذا أراد الأخذ بالشفعة يكون له ذلك بإعلان رغبته و يجب ان يتضمن الإنذار البيانات التي نص عليها مشرع جزائري في المادة 800 ق م ج على ان يشمل الانذار المنصوص عليه في المادة 799 ق م ج على البيانات التالية والا كان باطلا:

✓ بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

✓ بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل بائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره 30يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799.

✓ والهدف من هذه البيانات هو واعلام الشفيع بكل المعلومات المتعلقة بالبيع.³

ويشترط إن لم يكن انذارا رسميا على يد محضر لا يكفي 30 يوما لإعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة ساري المفعول.

¹ - فراحي كوثر ،سلام عبد الرحمن، المرجع السابق، ص4.

² - المادة 799 من الأمر 58/75، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

³ - محمد عقوني، المرجع السابق، ص555.

كذلك وجب تضمن انذار بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا موقعة ومساحة حدوده التسجيل ومصاريف الشهر العقاري والمدة التي يمكن للشفيع خلالها ابداء رغبته في شراء العقار وحلوله محل المشتري أي 30 يوم.

ب- اعلان الرغبة

عندما يعلم الشفيع بوقوع البيع فإنه يجب عليه التصريح برغبته في الشفعة على كل من البائع والمشتري وان تعدد كل من البائعين والمشتريين وجب اعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة وذلك حسب الميعاد المقرر. فإن وجه لأحد في الميعاد المقرر، ولآخر لا كان باطلا وهذا يسقط حقه في الشفعة ويكون إعلانه لرغبته لهم في موطنهم أي محل اقامته المعتادة حسب المادة 36 قانون مدني جزائري و يكون التصريح بالرغبة في الشفعة وعقد رسمي وفق المادة 1/801 يعلن عن طريق كتابة الضبط، والا كان التصريح بالرغبة صحيحا وجب أن يتوجه الى الموثق لتفرغ ارادته المنفردة في شكل رسمي ويحرر عقدا بذلك وإلا أنه سيبطل ويعلن تصريحه هذا لكل من البائع والمشتري عن طريق محضر قضائي وكذا وجب عليه شهرها بالمحافظة العقارية بدائرة العقار.¹

❖ أما في حالة عدم انذار الشفيع أو عدم علم الشفيع بوقوع البيع: كان يكون الإنذار غير رسمي أو باطلا رغم ان المشتري قد سجل عقد البيع بالمحافظة العقارية ، فإن المشرع قد منح الشفيع اجلا يبدأ من تاريخ اشهار عقد البيع وحسب ما نصت عليه المادة 02/807 ق م ج على انه "يمارس حق الشفعة في الأموال التالية: اذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع."²

ج- إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق

بعد اعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع في المحل القانوني المحدد له يحق له بعد ذلك اكمال الإجراءات المتبقية من إيداع الثمن والمصاريف وهو ما جاء في نص المادة 2/801 : " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الايداع قبل رفع دعاوي الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الاجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة."³

¹ - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 556.

² - المادة 807 من الامر 58/75 المرجع السابق.

³ - المادة 801 من الامر 58/75 المرجع السابق.

➤ وبالتالي فإنه يجب الإيداع عقب اعلان الشفيع رغبتة في الاخذ بالشفعة أو عند اعلان هذه الرغبة فيتضمن الشفيع إعلانه بيانا بأنه قد أودع ثمن البيع والمصاريف إلى الموثق .

ويمكن للشفيع ان يتأخر في الايداع حتى يتدبر امره ويجمع الثمن لكن دون أن يتأخر عن 30 يوما من وقت إعلان طلب الشفعة أي من وقت وصول الإعلان إلى البائع والمشتري أو من تاريخ وصول آخر اعلان إذا اختلف تاريخيا.¹

كذلك وجب عليه دفع المصاريف الرسمية كرسوم التوثيق عند البيع الشفوع فيه ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية والتوثيقية ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت.²

د-رفع دعوى الشفعة

❖ يعتبر الإجراء الأخير ونصت عليه المادة 802 ق م ج: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع دائرتها العقار في أجل 30يوم من تاريخ الإبلاغ المنصوص عليه في المادة والاسقط الحق فيه.

❖ وبهذا يكون للشفيع الحق في رفع الدعوى الشفعة وقيدها خلال مدة شهر تحسب من اليوم التالي لليوم الذي أعلن فيه كل من البائع والمشتري بالرغبة في الاخذ بالشفعة والا يسقط حقه في رفع الدعوى كما تخضع رفع الدعوى لاحكام المادة 13ق إجراءات مدنية والإدارية والتي تنص على عدم جواز أي شخص للتقاضي مالم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون والا يقضي بعدم قبول الدعوى شكلا.³

هـ-المحكمة المختصة

باعتبار دعوى الشفعة هي دعوى عينية عقارية وسبب من أسباب كسب الملكية أي تحمي حق عيني فإن الاختصاص في نظرها ينعقد إلى المحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة وهذا استنادا لما جاء في النص المادة ق ا م 40: " ترفع الدعاوي أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها.

¹ - احمد خالدي، المرجع السابق، ص225.

² هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعية، مذكرة نيل شهادة ماستر في القانون، جامعة بويرة، 2013، ص53.

³ - عقوني محمد، المرجع السابق، ص556.

➤ في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوي ايجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات والدعاوي المتعلقة بالأشغال العمومية امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار " وهو ما أكدته المادة 802 قانون مدني جزائري 02.

و- صدور حكم :

➤ لقد اعتبر الحكم الصادر سندا لملكية الشفيع وهذا حسب نص المادة 603 قانون مدني جزائري لقولها " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري ".
 ➤ يتضح من نص المادة أن صدور الحكم النهائي هو المنشئ أو الناقل لحق الملكية منذ صدوره أي أن الحكم ينشأ حقا ولا يقره تبدأ آثاره من يوم صدور الحكم ولا يرجع الى تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع مثل المشتري.

ي- آثار الشفعة

➤ حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة.

➤ انتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع.¹

➤ التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى الشفيع

➤ حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع.

➤ التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع.

➤ إلتزام الشفيع بدفع الثمن للبائع.²

المطلب الثاني: تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع:

لقد نصت المادة 714 قانون مدني جزائري في فقرتها الثانية على أنه: " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل اليه المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"³.

¹ رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص281.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص766.

³ المادة 714 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

لتفسير ما جاءت به المادة فإنه يجب أن نقف على دراسة حالتين اثنتين هما: حكم جهل المشتري ان الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع والحاله الثانية هي حكم علم المشتري ان الشريك البائعا يملك المبيع مفرزا .

الفرع الاول: حكم جهل المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع:

إن مؤدي التصرف في جزء مفرزا هو أن الشريك في العقار الشائع يحدد جزءا مفرزا من العقار الشائع بمقدار حصته متوقعا أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيبه بعد القسمة . ومثال ذلك ان شريكين يملكان أرضا بنسبة النصف في الشيوع فيتولى احدهما بتحديد جزء من تلك الأرض على أنها تشكل حصته بمقدار النصف فيقدم على التصرف فيه لفائدة شخص آخر وهذا الأخير يجعل بأن البائع يملك الجزء المبيع منفردا في العقار الشائع، ولتبيان حكم ذلك لابد من تبيان حكم تصرف الشريك في جزء من العقار الشائع في حالة التي يكون فيها المشتري يجهل أن الشريك يملكه وحكم ذلك قبل قسمة العقار الشائع وبعد قسمته¹.

اولا: حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع:

في هذه الحالة يكون الشريك البائع قد تصرف في جزء من العقار الشائع قبل القسمة وكان المشتري يعتقد أن المتصرف يملك المبيع مفرزا لا شائعا وبهذا يقع في غلط في صفة جوهرية في العقار المبيع، فينتج في هذه الحالة ان العقد يصبح قابلا للإبطال، "وهو ما جاءت به المادة 81 من القانون المدني الجزائري بقولها: "لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت ابرام العقد ان يطلب ابطاله"². كذلك فإنه لا يمكن إجباره على انتظار القسمة ونتيجتها لأنها تجعل البيع موقوفا عليهما وكذلك فيه يتم تعليق الملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها ويستلزم مصاريف كبيرة وجهودا شاقة ليس من العدل تحميل المشتري بها³.

كذلك انه إذا حدثت القسمة قبل الحكم بالإبطال ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف فلا يجوز للمتصرف إليه طلب الإبطال وذلك لما يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"

¹ - وهاب عياد، المرجع السابق، ص44.

² - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص99.

³ - ضحى محمد سعيد التصرف القانوني للشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة) مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد17، جامعة الموصل سنة 2011، ص22.

وكذلك أيضا إذا ما وافق مجموع الشركاء الباقين تصرف شريكهم البائع في حصته المفترزة أو إذا أصبحت له الملكية الخالصة للجزء المتصرف فيه لأي سبب كان¹.

كما يمكن للمشتري في هذه لحالة إجازة العقد فيصبح العقد صحيحا غير قابل للإبطال ويصبح حكمة حكم البيع لمشتري لم يقع في الغلط أي يعلم أن الجزء المفترز، الذي اشتراه هو ملك على الشيوخ²، وهو ما نصت عليه المادة 100 قانون مدني جزائري بقولها: "يزول حق ابطال العقد بالإجازة الصريحة او الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون اخلال بحقوق الغير"³.

وبالتالي فعند وقوع المشتري في غلط جوهري حول محل الشيء المبيع فإنه ينتج أمرين:

-المطالبة بإبطال العقد لوقوعه في غلط جوهري الذي هو المحل لاعتقاده امتلاك المبيع مفترزا حسب المادة 81 قانون مدني جزائري.

-أن يجيز التصرف إجازة صريحة ويعلن ذلك في إتمام إجراءات البيع أو ضمنا بقيامه بإجراءات التسجيل والشهر حسب المادة 100 قانون مدني جزائري.

ثانيا: حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفترزا بعد قسمة العقار الشائع:

إن جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفترزا بعد قسمة العقار الشائع لا يخلو من أمرين فأما يقع المبيع المفترز في نصيب الشريك البائع وإما أن لا يقع في نصيبه وهو ما سنتطرق إليه:

01: الجزء المفترز المبيع يقع في نصيب الشريك البائع:

وهذه الصورة تتم بعد إجراء عملية قسمة العقار الشائع ويقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك البائع أي يتحقق اعتقاد المشتري فيكون التصرف صحيحا للمتصرف إليه، ويمتنع عليه أن يبطل التصرف⁴، للخلط حتى وإن لم يجزه ذلك أن البائع يكون قد قام بتنفيذ العقد على الوجه الذي قصد إليه المشتري. وهو ما نصت عليه المادة 85 قانون مدني جزائري: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية إذا أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفترزة، لم يعد هناك ما يسوغ التمسك بالإبطال".

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص100.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص870.

³ - المادة 100 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم المرجع السابق .

⁴ - محمد وحيد الدين السوار، المرجع السابق، ص129.

- وتخلص ملكية هذا الجزء المشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بالتسجيل والشهر العقاري بالمحافظة العقارية.

- ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد لإبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد¹.

02: الجزء المفرز المبيع لا يقع في نصيب الشريك البائع:

إن لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد قسمة العقار الشائع أي أنه لا يتحقق اعتقاد المشتري بأن الجزء المفرز الذي اشتراه يقع في نصيب شريك آخر في الشيوخ ففي هذه الحالة يبقى البيع قابلا للإبطال إذا كان المشتري لم يجزه من قبل ويستطيع طلب ابطال البيع للغلط الذي وقع فيه وفقا للقواعد العامة إذا كان يريد أن يكون له ملكية جزء مفرز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية وتطبق عليه أحكام المادة 714 في فقرتها الثانية التي تقضي ب "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لم يملك العين المتصرف فيها مفرزة"².

فما سيحدث هنا هو أن بإمكان المشتري كما سبق القول انه سيتحصل على الجزء الذي آل إلى البائع إلا أنه لا يجبر على ذلك فمن حقه عندئذ أن يطلب فسخ عقد البيع، أو ابطاله لصدوره بغير مالك أو لو قبل المشتري بالجزء الجديد بأن وافق مع تملكته فسيتملكه بعد تسجيله وستنتقل الملكية من البائع إلى المشتري ويحل هذا الجزء عندئذ حلولا عينيا محل الجزء الذي وقع من نصيب شريك آخر غير البائع ويعتبر البيع عندئذ وكأنه وقع منذ البداية في الجزء المفرز الجديد الذي ارتكز عليه البيع بعد القسمة³.

الفرع الثاني: حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا:

إن الجزء المفرز أو الحصاة التي تصرف فيها الشريك في عقار شائع لمصلحة المتصرف له وإن كان يعلم بأن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا وإنما يملكه شائعا ويتوقع على غرار البائع بأن المبيع

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص711.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص872

³ - نسرين خليل سقا، سلطة الشريك بالتصرف في المال الشائع، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2021، ص45.

سوف يقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة وطالما أن الأمر يختلف ما إذا كان التصرف صادر قبل القسمة أو بعدها¹.

اولا :حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار:

إن الجزء المفرز من العقار الشائع الذي يتصرف فيه الشريك المشاع قد تعرض إليه المشرع الجزائري في نص المادة 714 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والتي تقتضي: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة².

من خلال نص المادة نستنتج بأن القانون المدني الجزائري بين حكم الحالة التي يقوم فيها الشريك بالتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع قبل القسمة وأكد المشرع ببيان حكم تصرف بعد القسمة العقار الشائع.

وعليه إذا باع الشريك في الشيوخ جزءا مفرزا في عقار شائع قبل القسمة فإننا نكون قد باع ما يملك وما لا يملك، ما يملك هو حصته الشائعة في العقار، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في الشيوخ. وعليه يعد البيع أو التصرف صحيحا فيما بين المتصرف والمتصرف إليه عن طريق الأثر الكاشف للقسمة ولكن في الوقت نفسه يكون التصرف غير نافذ في حق سائر الشركاء فيما يتعلق بحصتهم الشائعة في جزء مفرز محل البيع لأن الشريك البائع تصرف او باع ما يملك ولأن المشتري ليس واقعا في غلط جوهري الذي من شأنه التأثير على ارادته في قبول التصرف اي أنه لو علم لما أقدم على التعاقد³. ولايستطيع المشتري ابطال البيع لا بالنسبة الى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع لان الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشتري ليس واقعا في غلط ولا بالنسبة لحصة الشريك الاخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى ان البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير لان البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في ان هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص872.

² أسعد فاطمة، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في قانون المدني الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني المجلد14، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية السنة 2016، ص12.

³ أنور طلبة، الملكية الشائعة، الجزء 11، مرجع سابق، ص42.

فتعتبر بفضل الاثر الكاشف للقسمة انها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لايملك .ذلك ان المشتري يعلم بالبائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه يكون قد رضى بشراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة و في حالة ما اذا انكر المشتري حق سائر الشركاء ان يعودوا عليه بدعوى الاستحقاق¹

ثانيا :حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد القسمة:

من خلال الفقرة 2 من المادة 714 من القانون المدني² وبعد قسمة العقار الشائع فنكون امام احتمالين :قد يقع الجزء المفرز المبيع في حصة الشريك البائع وقد لا يقع حصته .
الاحتمال الأول:الذي هو وقوع هذا الجزء المبيع في نصيب الشريك البائع يعتبر التصرف صحيحا وناظرا ويستقر نهائيا بفضل الاثر الكاشف للقسمة، فتخلص ملكية هذا الجزء للمشتري بعد إتمام إجراءات التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية ولا يهم إذا كان المتصرف إليه عالما أو جاهلا بأن الشريك كان لا يملك الجزء المبيع إلا شائعا.

اما الاحتمال الثاني: بان يقع الجزء المفرز المبيع في حصة الشريك البائع هنا ينتقل حق المشتري من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بالقسمة،وبالتالي تنتقل اذن ، بعد التسجيل ملكية الجزء الذي آلت اليه القسمة الذي وقع في نصيب الشريك البائع الى المشتري و يحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المبيع في الاصل وهو ما اخذ به المشرع الجزائري و ياخذ حكم هذه الحالة، حكم باقي التصرفات كالرهن المنصوص عليه فيالمادة 890 قانون مدني جزائري وتتخذ نفس الاجراءات³.

المطلب الثالث : تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله:

لم يتطرق المشرع الجزائري لحكم تصرف الشريك في العقار الشائع بالنظر إلى نص المادة 714 فقرة2 فنجد أنه تحدث " فقط عن تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع وان لا يلحق هذا الشريك ضررا بحقوق سائر الشركاء: "بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"، وهذا غير كاف للحكم عن هذا التصرف وهو ما اختلف فيه الفقهاء، فقد يلجأ الشريك المتصرف في العقار الشائع كله دون تفويض مسبق من باقي الشركاء ويحدث ذلك إما تعنتا واما لرغبته في الإنهاء المبكر الفردي للشروع

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص875

² - المادة 714 من القانون المدني الجزائري.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق، ص876.

لحصوله على صفقة رابحة أو لغير ذلك و يحق لهؤلاء الشركاء رفع دون تثبيت ملكياتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار القسمة وهو ما أخذ به غالبية الفقه والقضاء وبالتالي فإنه سيناقش تصرف الشريك في كل المال الشائع فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة باقي الشركاء.

الفرع الاول :حكم جهل المشتري ان البائع شريك في العقار الشائع:

في هذه الحالة يقوم الشريك المشاع بالتصرف في العقار الشائع كله سواء بالبيع أو الرهن أو انشاء أي حق عيني آخر¹، فإن كان بيعا واعتقد المشتري أن العقار الشائع كله ملك له ولا شريك له فيها، فإنه بذلك قد وقع في غلط في صفة جوهرية في عقد البيع وهي المحل حسب نص المادة 81 من القانون المدني الجزائري وانه لو علم سابقا لما أقدم على إبرام هذا العقد وبالتالي فيجوز له المطالبة بإبطال عقد البيع.

كما يجوز للمشتري كذلك المطالبة بإبطال البيع في الحصة الشائعة التي تعتبر ملك الغير الشريك في الشيوع لأنه كما يعرف ان الشريك يملك الا حصته فقط وهو ما أكدته المادة 397 قانون مدني جزائري: "إذا باع شخص آخر شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فالمشتري الحق في طلب ابطال البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه".

- وفي حال لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري".
- أي أنه إذا أجاز المشتري البيع لم يعد له الحق في المطالبة بالابطال لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير وإنما يستطيع الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق لأن الشريك الآخر لا يخلص الشريك وحده².
- ومع ذلك يمكن للشريك الحصول على ملكية النصف الشائع الذي للشريك الآخر فتخلص ملكية العقار الشائع كله وتنتقل بذلك هذه الملكية بالتسجيل للمشتري³.
- ومن خلال نص المادة 397 ق م ج يمكن التمييز بين حكم ملك الغير فيما بين المتعاقدين والمالك الحقيقي:

¹ - توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص178.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص878.

³ - المرجع نفسه، ص290.

اولا- فيما بين المتعاقدين:

- يعتبر تصرف الشريك في المال الشائع كله في العلاقة بين طرفيه كله صحيحا في حدود حصته وقابلا للإبطال على أساس صدوره من غير مالك لأنه قام بالتصرف في ملك الغير عند بيعه كل العقار الشائع أو إذا باع حصته وزيادة عنها حصة شريك أو شركاء آخرين فيحق للمشتري الإبطال دون الانتظار نتيجة القسمة ان كان بيعا¹.
- كذلك يجوز للمتصرف اليه إجازة التصرف حسب نص المادة 100 قانون مدني جزائري فالإجازة الضمنية او الصريحة تزيل حق الابطال لمدة 5 سنوات من اليوم الذي يكتشف فيه المشتري الغلط وانقضاء هذه المدة يؤدي إلى سقوط الحق في الإبطال².
- ويمكن له طلب التعويض حسب نص المادة 399 إذا كان حسن النية لما أصابه من ضرر مادي ومعنوي: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل ان البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن نية³.

ثانيا- بالنسبة إلى المالك الحقيقي:

- إن لم يقر المالك الحقيقي للبيع في حالة إجازة المشتري له أو أنه لم يجزه فبذلك يعتبر أجنبي هذا البيع فلا يسري في حقه البيع ويبقى مالكا ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري، وفي حالة تسليم المبيع فإنه يحق له استرداده من المشتري عند طريق دعوى الاستحقاق إلا أنه في الحالة التي يكتسب فيها المشتري المبيع عن طريق التقادم فبذلك يبقى للمالك الحقيقي سوى حق المطالبة بالتعويض بالرجوع على البائع.
- أما إن قام المالك الحقيقي بإقرار البيع فإن البيع يحدث آثاره وتنتقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري وهي خاصة يتميز بها بيع ملك الغير وهذا ما نصت عليه المادة 398 من القانون المدني الجزائري: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري.

الفرع الثاني: حكم علم المشتري أن المالك البائع شريك في العقار الشائع:

- عكس ما تطرقنا إليه في الحالة الأولى التي يكون فيها المشتري يجهل ان البائع شريك في الشيوغ، ففي هذه الحالة فإن المشتري يكون على علم بان البائع شريك في العقار الشائع وأنه لا يملكه ملكية مفرزة

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص145.

² - المادة 100 من الامر 58/75 المرجع السابق.

³ - المادة 399 من الامر 58/75 المرجع السابق.

وبالتالي فإنه لا يستطيع المطالبة بإبطال عقد البيع لوقوعه في الغلط لأنه يعتقد أنه ملكية العقار الشائع ستؤول إلى البائع ومن ثم ينقلها إليه.

وقد يتحقق توقع كل من البائع والمشتري بعد ان يستخلص البائع ملكية العقار الشائع كله فبذلك تؤول ملكية العقار الشائع كله للمشتري عن طريق التسجيل.

وعندما يتحقق توقع كل من أطراف البيع بعدم إمكانية البائع باستخلاص ملكية العقار الشائع كله، فمن حق المشتري في هذه الحالة طلب فسخ العقد على أساس أن إرادة المتصرف إليه ذهبت إلى غير ما نتج¹.

كذلك إن تمت القسمة لهذا العقار ووقع جزء مفرز من العقار الشائع في نصيب البائع أصبح المشتري خيارين إما ان يأخذه مع دفع ثمنه المساوي لقيمه واما فسخ العقد لتفرق الصفقة. وفي حالة إقرار الشركاء للبيع أو اشترى البائع حصصهم أو انتقلت إليه ملكية هذه الحصص لأي سبب من أسباب انتقال الملكية فليس للمشتري الحق في طلب فسخ العقد لأن ملكية العقار الشائع كله ستنتقل مباشرة للمشتري ولا تتفارق عليه الصفقة².

الفرع الثالث: أثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله على حقوق شركائه فيه:

إن تصرف الشريك في الشيء كله الشائع أو في مقدار شائع يزيد على حصته في هذا الشيء هو تصرف صحيح بين طرفيه ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء وبالتالي لا يكون للمتصرف إليه لا قبل القسمة ولا بعدها طلب إبطاله، إلا على أساس عيب يشوب إرادته ويحق لباقي الشركاء المشاعين رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في الشيء المتصرف فيه او ان يجيزوا التصرف فينفذ عندئذ بحق الجميع³.

دعوى الاستحقاق وطرق الاثبات فيها:

اولا: ماهية دعوى الاستحقاق :

ويقصد بها كل دعوى قضائية يكون محلها المطالبة بملكية الشيء عقار كان أو منقولاً. فهي الوسيلة القانونية التي يلجأ بها كل من يملك شيئاً إلى القضاء ليطالب بملكه عقاراً كان او منقولاً، اذا خرج من يده

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 879.

² - المرجع نفسه، ص 879.

³ - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 127.

الى يد الغير غفوة او خلسة. ومنه يمكن تعريف دعوى استحقاق العقار تلك الدعوى القضائية التي يكون محلها المطالبة بالملكية العقارية الخاصة¹.

فدعوى استحقاق هي الدعوى التي يرفعها المالك لتثبيت ملكيته على العقار في حالة وجود منازع لهفي ملكيته

وأطراف دعوى الاستحقاق هي : المدعي وهو الطرف المالك الذي يطالب بملكية العقار الذي يحوزه المدعى عليه هو الغير الحائز للعقار الذي ينازع المالك في ملكه . وترفع دعوى الاستحقاق في اي وقت يرى من يدعي ملكية العقار رفعها فيه ،فهي غير مقيدة باجل محدد وبذلك فهي دعوى لا يمسه التقادم طالما انها مرتبطة بحق الملكية².

ثانيا .. طرق الإثبات في دعوى استحقاق العقار: بناءا على المادة 29من قانون التوجيه العقاري التي نصت بوضوح على انه يثبت الملكية الخاصة للاملاك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لتواعد الاشهار العقاري فانه يمكن حصر وسائل الاثبات في دعوى استحقاق العقار كالتالي:³

1- وجود دفتر عقاري بعد عملية المسح:

يعتبر الدفتر العقاري السند الوحيد المثبت للملكية في ظل النظام السجل العقاري بعد إتمام عملية المسح العقاري، وهذا عملا بأحكام المادة 19 من الأمر 75-74 والمادتين 32-33 من المرسوم التنفيذي 32-73 المؤرخ في 05-01-1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة. وهو سند ملكية لكل عقار يسجل فيه المحافظ العقاري جميع الحقوق العقارية وما يرد عليها من تصرفات على العقارات الواقعة في المناطق المسموحة⁴

2- وجود محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية:

وهي الحالة او الفرضية التي يعد فيها هذا المحرر سندا للملكية الحائز طالما ان الحيابة لم تنتقل الى الغير لمدة 15 سنة او 10 سنوات، اذا كان الحائز حسن النية فهذا دليل بمجرد قرينة على الملكية يمكن دحضها بالحيابة ان توفرت شروطها ، ذلك ان لن يحوز محررا رسميا وفق لنظام الشهر الشخصي لا يقوم

¹- عبد الرزاق أحمد السهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، لبنان، جزء 5، سنة 2022، ص59.

²- بن موسى عبد المجيد ،آثار الحكم في دعوى استحقاق العقار في القانون الجزائري،مجلة القانون و المجتمع، المجلد9،العدد2، سنة 2021، ص ص 202، 203.

³- بن موسى عبد المجيد، المرجع السابق، ص 210.

⁴- بن موسى عبد المجيد، المرجع السابق، ص 210.

دليلا قاطعا على ان المالك قد تلقى الملكية من صاحبه نظرا لما يمكن ان يثير تشابه الاسماء من خلط في اسم المالك الحقيقي الذي تلقى منه المالك الاخير الملكية.

3-وجود محرر رسمي عرفي اكتسب تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01:

بغية استقرار المعاملات العقارية بالعقود العرفية عدل المشرع المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري مرة ثانية عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 93-123 وعليه اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 صيغتها الرسمية دون الحاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض اشهارها إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع شأنها يتم شهره في المحافظة العقارية

4-وجود محرر عرفي غير ثابت التاريخ او ثابت التاريخ بعد 1971/01/01: وتكون في حالة عدم وجود سند ملكية لدى المدعي، ففاذا كان الحائز هو المالك لمحرر رسمي مشهر ، فإنه يبقى هو المالك ولا يلزم بنقل الملكية لحائز المحرر العرفي لانه لا يوجد اي تصرف قانوني يلزمه بذلك لبطلان التصرف الواقع بين الطرفين .

ملخص الفصل الأول:

الملكية العقارية الشائعة هي الحالة القانونية التي يتعد فيها المالكين دون تحديد نصيب كل واحد منهم، مصدرها التصرف القانوني كالعقد أو عمل قانوني بالإرادة المنفردة كذلك الواقعة المادية كالوفاة أو التقادم الطويل. وصورها الشيع العادي والاجباري والحائط المشترك يتم ادارتها بطريقتين الإدارة المعتادة والغير المعتادة وتتقضي بالقسمة الاتفاقية والقسمة القضائية وقد خول المشرع لكل شريك مشتاع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة وبجميع أنواع التصرف سواء الناقلة للملكية أو بترتيب حق عيني أصلي أو تباعي ويحق للشركاء الباقين المطالبة باسترجاعها عن طريق رخصتي الشفعة والاسترداد عند التصرف فيها لأجنبي كذلك قد يتصرف في جزء مفرز من هذا العقار أو العقار كله مؤثرا على حقوق باقي الشركاء وماسا بحقوقهم ومضرا بهم لذلك منح لهم المشرع الحق في الرجوع عليهم بدعوى الاستحقاق معتمدين في ذلك على طرق اثبات كالدفتر العقاري بعد عملية المسح ووجوده محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية.

الفصل الثاني

تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية
منهم في العقار الشائع:

الفصل الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في الملكية العقارية الشائعة:

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

من خلال نص المادة يتضح أنه: التصرف الجماعي في العقار يكون باتفاق جميع الشركاء غير أن القانون قد خول لأغلبية معينة حق التصرف في الملك الشائع لأسباب قوية تبرر هذا التصرف مع إعطاء الأقلية غير الموافقة على هذا التصرف الضمانات الكافية وعلى هذا الأساس سنتطرق في المبحث الأول إلى: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع ونخصص المبحث الثاني: لتصرف الأغلبية من الشركاء في العقار الشائع.

المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع:

يحق للشركاء مجتمعين التصرف في العقار الشائع وقد ينصب هذا التصرف إما على العقار الشائع كله وإما على جزء مفرز منه وهو ما سنعرضه كالتالي:

المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله.

المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع.

المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله:

بديهي أن من يملك جميع الشركاء التصرف في العقار الشائع سواء كان تصرفا ماديا باستهلاك الشيء أو إعدامه أو تصرفا بالتغيير في الشيء أو بالتعديل فيه أو أن يكون تصرفا قانونيا يكون بنقل ملكية الشيء كله أو بتقرير حق عيني آخر كله وسواء كان هذا الحق عينيا أصليا أو حقا عينيا تبعا فالذي يهمننا في هذا الصدد هو التصرف القانوني.

الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية:

يمكن للشركاء مجتمعين باعتبارهم مالكين للعقار المشاع ترتيب تصرفات ناقلة للملكية بعوض وبغير عوض كالبيع والهبة وغيرها من التصرفات الأخرى والتي تعتبر هي الأكثر شيوعا سندرسها بالتفصيل كالتالي:

اولاً: التصرفات بعوض:

التصرفات بعوض هي تلك التصرفات التي يكون فيها مقابل للشئ الذي يعطيه المتصرف وكما يحق للشريك منفردا القيام بهذه التصرفات على المال الشائع فانه يحق للشركاء كذلك القيام بها وعليه سنتطرق الى:

1: بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله:

يكون هذا البيع إذا كان هناك شركاء على الشيوع في عقار شائع وأراد أحدهم القسمة واستحالت قسمة العقار عينا، يتم بيع المال ليقسم الشركاء الثمن حسب نسبة حصصهم لإنهاء الشيوع، ولذلك سمي ببيع التصفية، ومثاله مجموعة من الأشخاص يملكون عقار في الشيوع مهما كان سببه أرادوا انهاء حالة الشيوع سواء باتفاقهم أو بطلب من أحدهم وكانت القسمة العينية للعقار مستحيلة بالنظر إلى عدد الشركاء ومساحة العقار الشائع فان القسمة العينية تؤدي الى الانقاص من قيمته كما لو كان بيعا كاملا فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع بالمزاد العلني، ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب حصته في العقار المشاع، وهنا نفترض حالتين: اما ان يرسوا المزاد العلني على أحد الشركاء او يرسوا على شخص أجنبي¹.

فإن كان من رسي عليه المزاد العلني هو أحد الشركاء فإنه يقع العقار الشائع كله نصيبه بعد أن يدفع ثمنه ويختصم حصته منها باعتباره شريكا في الشيوع، أما إن رسي المزاد العلني على الأجنبي فإنه يدفع الثمن كاملا².

وهو ما جاءت به المادة 786 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر او لتعذر القسمة عينا، بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع، يعدها المحضر القضائي، وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهمه التعجيل من المالكين على الشيوع".

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، المجلد الرابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص306.

² - المرجع نفسه، ص308.

وهذا حسب قرار محكمة عليا رقم 0983369 المؤرخ في 2016/06/16 مبدا انه يتم اللجوء إلى المحضر القضائي مباشرة ليعد قائمة شروط البيع التي يؤديها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار بناء على طلب من يهمة التعجيل إذا لم يكن هناك نزاع بين الاطراف¹.

-تخضع هذه البيوع كقاعدة عامة لاختصاص المحكمة التي يقطن بدائرة اختصاصها المدعى عليه، غير أن القانون نص على حالات خاصة يؤول فيها اختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية للفصل دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي في المواد التالية: الحجز العقاري، وتسوية قوائم التوزيع، وبيع المشاع.....¹.

- غير ان القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية أعاد الاختصاص إلى القاعدة العامة ومنه يؤول الاختصاص في بيع المشاع إلى المحكمة التي تقع في دائرتها هذا العقار الشائع وفقا للمادة 722 منه².

-كذلك قد يتم بيع البيع بالممارسة ويسمى التصفية الودية دون اللجوء إلى القضاء أي بتراضي بين مجموع الشركاء مع أحد منهم أو مع شخص أجنبي وبإتمام شكلية العقد بالكتابة والشهر العقاري ويكون صحيحا نافذا في حق الجميع³.

-وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 0993780 المؤرخ في 2017/5/12 عددا 1 سنة 2017 حول استحالة قسمة العقار لأنه ينقص من قيمته بقرارها "لا يجوز للقاضي إنهاء حالة الشيوخ واللجوء إلى قسمة العقار بطريقة تؤدي إلى احداث نقص كبير في قيمته.

ب - مقايضة الشركاء مجتمعين العقار الشائع كله

نظم المشرع الجزائري قواعد واحكام عقد المقايضة في القانون المدني الجزائري في المواد 413 على 415 ق م ج إلا أنه لم يعط تعريفا دقيقا وجامعا مانعا لها.

فقد عرفها في المادة 413 ق م ج بانها: "عقد المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين ان ينقل إلى الآخر سبيل التبادل ملكية المال غير النقود".

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 0983369، المؤرخ في 2016/06/16، عدد1، سنة 2016، د.ص.

² - المادة 721 من الامر 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23، المعدل و المتمم.

³ - فرقاق معمر، فاتح حسين، " بيع العقارات المملوكة على الشيوخ في القانون المدني الجزائري"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد21، جانفي 2019، ص148.

من خلال نص المادة يتضح أن عقد المقايضة يلزم على كل من المتعاقدين بتبادل نقل ملكية مال كل منهما إلى الآخر وواجبت انه لا يجب ان يكون نقوداً¹.

يختلف عقد المقايضة عن عقد البيع في ان عقد البيع يكون بمبادلة شيء بمبلغ من النقود وهو الثمن، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أي منهما مبلغاً من النقود، ففي البيع يوجد مبلغ ومبيع الشئيان المتقايض فيهما يكون كل منهما في حكم البيع².

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر إلى مبادلة دار بأرض بل قد تكون بمبادلة حق عيني آخر او حق شخصي بالملكية أو بأي عيني أو شخصي آخر كمبادلة رقبة دار بحق انتفاع في دار أخرى، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق بحق شخصي، فلا بد أن تكون المقايضة بمبادلة حق بحق فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل والامتناع عن عمل، مثل أن يعطي شخص أرضاً شخص آخر ليقوم له بعمل معين او ان يتمتع في عمل معين، فهذا العقد لا يعتبر مقايضة وإنما عقد غير مسمى³.

كما يجب أن تكون المقايضة مبادلة حق غير نقدي، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة، وهذا ما يميزها عن عقد البيع، فإذا قام شخص بمقايضة داراً مملوكة له على أرض مملوكة لشخص آخر وكانت قيمة الدار ألفين أما قيمة الأرض ألفاً وخمسمئة فصاحب الأرض يأخذ الأرض وفارق خمسمائة ومع هذا يبقى هذا العقد عقد مقايضة⁴.

وبالرجوع إلى نص المادة 415 قانون مدني جزائري فإنها تنص على: "تسري على المقايضة احكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً ومشترياً للشيء الذي قايض عليه، ومعنى ذلك أن عقد المقايضة يسري عليه في الأصل احكام البيع من حيث كونه عقداً ارضائياً يتم بتوافق الايجاب والقبول.

ويشترط عليهما في المحل ان يكون موجودين ومعينين تعييناً كافياً من حيث بيان الشيء و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه وأن يكونا مشروعين بأن يكونا قابلين للتبادل

¹ - المادة 413 من الأمر 58/75 المعدل و المتمم، المرجع السابق.

² - عبد الرزاق السعودي، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، الجزء الرابع، 2007-2008، ص856.

³ - المرجع نفسه، ص857.

⁴ - المرجع نفسه، ص857.

دون اخلال بالنظام العام والآداب العامة، كذلك يشترط في السبب ما يشترط عند ابرام عقد البيع.

بالإضافة إلى أنه لا يشترط فيه بشكل خاص ويثبت طبقا للقواعد العامة في الاثبات من حيث أركان انعقاده من رضا ومحل وسبب¹.

كذلك نصت المادة 414 قانون مدني جزائري على: "إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود من خلال نص المادة يتضح ان المشرع اجاز تعويض الاشياء المتقايض فيها بمبلغ من النقود عندما تكون مختلفة في القيم بالنسبة لتقدير المتعاقدين².

وقد وضع المشرع هذه المادة من أجل القضاء على كل العوائق والصعوبات التي تنتج عن عقد المقايضة والتي هي عدم القدرة على ايجاد تماثل حقيقي لقيمة الشئيين المتقايض بهما، فيحصل أن يكون أحدهما أعلى ثمنا وقيمة مقارنة بالآخر ومن أجل ذلك أجاز المشرع تعويض الفرق بينهما بمبلغ معين من النقود بشرط ان لا يكون هذا المبلغ كبيرا لدرجة تنتفي معه في هذا التصرف فإن كان الغالب نقودا اعتبر هذا التصرف بيعا وإما ان كان حق ملكية او انتفاع اعتبر هذا التصرف مقايضة³.

ثانيا: التصرفات بغير عوض:

- يمكن للشركاء ان يتصرفوا في العقار الشائع تصرفا ناقلا للملكية بدون مقابل على سبيل التبرع فتنقل من الشركاء الى المتبرع له و يكون التصرف صحيحا و نافذا في حقهم جميعا و سنتطرق الى كل من الهبة و الوصية كل على حدة.

¹ - يعقوب بن حدة، "تنظيم تجارة المقايضة في القانون الجزائري"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، مجلد14، العدد12، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية سنة 2022، ص260.

² - المادة 414 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

³ - يعقوب بن حدة، المرجع السابق، ص260.

1: هبة الشركاء مجتمعين للمال المشاع:

الهبّة هي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية وقد عرفها المشرع الجزائري المادة 202 من قانون الأسرة بأنها: "الهبّة تملك بلاعوض" فهي من عقود التبرعات يتنازل بموجبها الواهب عن العقار للموهوب له¹.

يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في العقار الشائع كله بالهبّة

فحسب المادة 208 قانون إجراءات مدنية وإدارية ورغم أنها لم تنص صراحة على هبة العقار المشاع إلا أنها تضمنت حكم من أحكامه بنصها: ".....أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني من الحيّزة" وبالتالي فهي تخضع لأحكام قانون التوثيق من الكتابة الرسمية وإجراءات الشهر العقاري.

قد تكون الهبة الصادرة من جميع الشركاء إلى أحدهم أو إلى أجنبي، وخلافا للهبة العادية يعني إذا كان محلها غير مشاع فإنها لا تتم إلا بالحيّزة أما إذا كان محلها عقارا مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيّزة².

وفي هذا الإطار نخلص إلى أنه للشركاء المشاعين مجتمعين التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية، وتجدر الإشارة إلى الحالة التي يمتلك فيها الشركاء عدة عقارات في الشيوخ كأن تكون قطعة أرض ومباني وقرروا مجتمعين التصرف في بيع القطعة الأرض فإنها تخرج من الملكية الشائعة لهم وتصبح مفرزة بالنسبة للمشتري سواء كان أحد الشركاء أجنبي وتبقى ملكيتهم شائعة فيما يخص المباني فقط ولا يتأثر نقل ملكية العقار محل البيع بما ستفسر عنه باقي العقارات.

2- وصية الشركاء مجتمعين للعقار الشائع:

عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184³ من القانون الأسرة بأنها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

¹ - المادة 202 من الامر 58/75 ، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

² - عبد الحفيظ بن عبّدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص215.

³ - المادة 184 من الأمر 11/84 ، المتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

كذلك فقد نصت عليه المادة 766 قانون مدني جزائري بانه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر شرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف".

وعلى ورثة التصرف ان يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا¹.

من خلال المواد السابقة يتضح ان الوصية هي تملك للمال عيني منقولاً كان او عقارا كما يمكن الوصية بالمنافع من سكن او أرض أو غيره من الأموال.

فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أي أنها تتم في حياة الموصي ولا تنفذ إلا بعد وفاته، وتتم عن طريق التبرع أي تصرف بدون عوض لا يقابله أي التزام من جانب الموصى له، يجعل تنفيذ الوصية مسبق على استيفاء الورثة لتركته. لذلك تستبعد الوصايا التي تتم بعوض أي تكون مقابل بيع او ايجار او غيره لشخص ما².

نصت المادة 1/191 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع لم يفرق بين المنقول والعقار في وجوب تصريح الموصى بها امام الموثق وتحرير عقد بذلك، وجوب التغيير الصريح عنها في شكل رسمي لغرض اثباتها وإلا يتم استبعادها، وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا المبدأ في قرار صادر من غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا جاء فيه مايلي:

من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصى امام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاصر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، ومن ثم فإن القضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون³.

كذلك نصت المادة 185 من قانون الاسرة الجزائري على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

¹ - المادة 766 من الأمر 58/75، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص230.

³ - المادة 185 من الامر 11/84 ، المتضمن قانون الاسرة، المرجع السابق.

من خلال نص المادة يتضح ان الوصية تكون جائزة إذا لم تتجاوز الثلث من الشركة اما إذا زاد عن ذلك فإنها تتوقف على موافقة الورثة.

من خلال ما سبق يتضح أنه يحق للشركاء مجتمعين ان يوصوا بالعقار الشائع بالثلث كل حسب نصيبه أما يزيد عن ذلك ، فإنه يتوقف على إجازة الورثة ومنه فتعتبر الوصية الصادرة من الورثة صحيحة من مجموع الورثة صحيحة ونافاذة في حث جميع الشركاء¹.

الفرع الثاني: ترتيب الشركاء حق عيني أصلي أو تبعي على العقار كله:

فقد لا يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء ناقلاً للملكية وانما يقتصر على ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على العقار الشائع كله فمثل هذا التصرف يعتبر صحيح ونافذ في حق جميع الشركاء وخلفهم ما دام الشيوع قائماً².

اولا - ترتيب حق عيني أصلي:

- إذا كان للشركاء عقاراً شائعاً يجوز لهم ترتيب حق عيني أصلي عليه كحق الارتفاق وحق الانتفاع لكن بشرط حصول موافقتهم جميعاً على هذا التصرف وهو ما سنتطرق له:

1- حق الانتفاع:

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني نجد أن المشرع لم يورد أي تعريف لحق الانتفاع واكتفى بتنظيم أحكامه إلا أن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عرفه بأنه: "حق عيني يخول للمنتفع سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله مع وجوب المحافظة على ذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع³.

فحق الانتفاع هو حق عيني متفرع عن حق الملكية فيقتطع من المالك سلطتي الاستعمال والاستغلال وتمنح لشخص آخر غير المالك فهو بذلك يخول لصاحبه سلطة مباشرة الشيء تمكنه من الاستفادة بمنافعه من غير وساطة من شخص آخر ويمنح أيضاً للمنتفع حق الأفضلية والتتبع مع بقاء ملكية الرقبة للمالك الأصلي⁴.

¹ - العيد شايبي، رمضان قنفود، مقال الجوانب القانونية لانتقال الملكية العقارية بطريق الوصية، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 13، عدد 15، سنة 2021، ص 400.

² - وهاب عياد، المرجع السابق، ص 71.

³ - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 861.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 190.

وبذلك تختلف عن الحق الشخصي الناشئ لمصلحة المستأجر عن عقد الإيجار باعتبار حق الانتفاع حق عيني يقع على شيء مملوك للغير سواء كان عقارا أو منقولاً¹.

كما وضع المشرع الجزائري اكتساب حق الانتفاع من خلال المادة 844 من القانون المدني الجزائري وأسباب اكتسابه بقوله: "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم او بمقتضى القانون".

يجوز أن يوصي بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصي به للحمل المستكن².

اكتساب حق الانتفاع بالعقد يكون العقد ناقلا لحق سواء بصورة مباشرة كترتيب المالك لهذا الحق للغير على العين التي يملكها او بصورة غير مباشرة عن طريق احتفاظ المالك بمنفعة العين ونقل الرقبة إلى الغير حيث أن عقد الانتفاع قد يكون بعوض او بدونه بخلاف عقد الإيجار الذي تعد الأجرة ركنا من أركانه³.

اكتساب حق الانتفاع بالشفعة: وذلك لما جاء في نص المادة 795 قانون مدني جزائري بقولها: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الامر المتعلق بالثورة الزراعية.

لصاحب الانتفاع إذا يبعث الرقبة كلها أو بعضها"⁴.

التقادم: يمكن أن يكتسب حق الانتفاع عن طريق التقادم المكسب فإن رتب شخص ما حق انتفاع على عقار لا يملكه حق منفعة لمصلحة شخص آخر فان هذا الأخير يكسب حق الانتفاع بالتقادم القصير إذا كانت حيازته لهذا الحق بحسن نية وسند صحيح وإذا لم تشتري بحسن نية أو لم تستند إلى سند صحيح فإن كسب الحق يكون بالتقادم الطويل⁵.

¹ - محمدي فريدة زواوي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، الطبعة 8، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص 21.

² - الامر 58/75 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 197.

³ - رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية (الحقوق العينية التبعية)، دون طبعة، دون سنة نشر، جامعة نبيها، مصر، د.س.ن، ص 141.

⁴ - الأمر 58/75، المعدل و المتمم، المرجع السابق، ص 186.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 192.

الوصية:

تكون الوصية منشئة لحق الانتفاع إما بالصورة مباشرة كأن يوصي مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين وتبقى ملكية الرقبة للورثة وقد تكون بصورة غير مباشرة فتكون الوصية منشئة لملكية الرقبة حيث يوصي مالك العين بالرقبة لشخص معين فيبقى للورثة حق الانتفاع ويجوز ان يوصي المالك الأشخاص متعاقدين إذا كانوا على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز ان يوصي بحق الانتفاع للحمل المستكن وذلك بشرط أن تتم ولادته حيا¹.

ينقضي حق الانتفاع على العقار الشائع بانقضاء الأجل المعين أو بموت المنتفع وهو ما جاءت به المادة 852 قانون المدني الجزائري: " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين".

كما ينتهي كذلك بهلاك الشيء حسب المادة 853: "ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء إلا أنه ينتقل من شيء هالك إلى ما قد يقبل قيمته" وينتهي كذلك لعدم الاستعمال نتيجة انقضاء الأجل المحدد طبقا لأحكام المادة 854 قانون مدني جزائري "ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة (15 سنة)².

ونخلص إلى أنه للشركاء في الشيوخ أن يقرروا بإدماجهم ترتيب حق الانتفاع على العقار الشائع كله لفائدة شخص أجنبي وفي حالة تقرير لأحد الشركاء فإنه يكون منتفعا بالعقار الشائع كله ومالكًا لحصته الشائعة بالنسبة للعقار وحق الانتفاع إذا كانوا جميعًا هم المنتفعون بالعقار الشائع.

أما إذا كان حق الانتفاع مقررًا لفائدة شخص أجنبي، ومهما كان السند الذي اكتسب به هذا الحق فإن الشركاء في الشيوخ يحتفظون بملكية العقار الشائع (الرقبة)³.

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل علوم القانونية الجزء 2، دروس في نظرية الحق، الطبعة 1، دار الهومة الجزائر، 2011، ص122.

² - المادة 853، من الأمر 58/75 المرجع السابق

³ - وهاب عياد، المرجع السابق، ص76.

2- حق الارتفاق:

لقد عرف المشرع الجزائري حق الارتفاق ضمن نص المادة 867 من القانون المدني الجزائري ب: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

من خلال نص المادة يتضح ان حق الارتفاق هو حق عيني عقاري يترتب لمصلحة عقار على عقار آخر حيث يقيم المالك الاصلي عقارين يخدم احدهما الآخر بحيث يكون لهذه التبعية مهمة اقتصادية محددة، وتنتقل مع انتقال ملكية العقارين ويسمى العقار الأول العقار المرتفق أو المخدوم والعقار الثاني المرتفق به أو العقار الخادم فيجد العقار الأول من منفعة العقار الثاني أو يجعله مثقلا بتكليف لفائدته¹.

ويمتاز حق الارتفاق بعدة خصائص هي:

أنه حق عيني عقاري ، يخول صاحبه الحق في استعمال شيء معين واستغلاله فهو ينتقل مباشرة على العقار ويعتبر تكليف عليه لا مالكا له².

حق تابع: لا ينفصل عن العقار فهو يتبع العقار الخادم او المخدوم وينتقل معه ويجري عليه ما يجري على العقار من تصرفات فلا يجوز التصرف فيها مستقلا عن العقار بالبيع او الرهن او غير ذلك، ويترتب عليه تصرفات ما يترتب على العقار الأصلي³.

حق دائم: هو حق دائم وصفة الدوام تأتي من كونه حقا تابعا فما دام ضروريا للانتفاع بعقار فإن مثله حق دائم ولكن يلاحظ أن صفة الدوام وإن كانت من طبيعة حق الارتفاق فإنها مع ذلك ليست من مستلزماته وبالتالي فإنه يجوز باتفاق خاص تحديده بوقت معين⁴.

زيادة على الخصائص الثلاثة فإن حق الارتفاق لا يقبل التجزئة فالأصل أن الارتفاق ينتقل لفائدة كل العقار وعلى كل عقار مرتفق به، ويقصد بعدم قابلية التجزئة إذا جزء العقار

¹ - المادة 867 من الأمر 58/75، المرجع السابق

² - زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، دار الثقافة، بيروت، دون سنة نشر، ص207.

⁴ - المرجع نفسه، ص3080.

المخدوم (المرتفق) فإن الارتفاق يظل مقررا لكل جزء منه وإذا جزء العقار الخادم (المرتفق) فإن الارتفاق يظل واقعا على جزء منه¹.

وقد وضع المشرع الجزائري أسباب نشوء حق الارتفاق في المادة 860 بقوله: "ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".
ومنه فأسباب نشوئه هي:

الموقع الطبيعي للأمكنة: ان الطبيعة هي الشيء تحدد الوضعية الطبيعية للعقار المرتفق به وهي التي تنشأ حق لارتفاق مثل عندما يكون العقار محصورا لا يوجد له طريق أو منفذ يوصله إلى الطريق العام فيكون مالك العقار مضطرا للمرور على العقار هو الذي ينشأ حق الارتفاق بالمرور².

العقد:

يكون التصرف القانوني مصدر لحق الارتفاق كالبيع او الهبة أو الوصية وغيرها من التصرفات القانونية فيقرر مالك العقار المرتفق به ارتقاقا لمصلحة العقار المرتفق يكون الأول بائعا وبالتالي مشتريا له يلتزم بدفع الثمن³.

الميراث:

يكتسب حق الارتفاق بالميراث وهو ما نصت عليه المادة 868 قانون مدني جزائري ولكن الواقع أن الذي يكتسب أصلا بالميراث هو حق الملكية العقار المرتفق بحيث لا يكون اكتساب الارتفاق حينئذ إلا بالتبعية كما أنه تحكمه القواعد العامة، تسري عليه القواعد المشار لها في قانون الأسرة ولا يعتبره أغلب الفقهاء كسبب من أسباب اكتساب حق الارتفاق⁴.

¹ - زيدان محمد، حق الارتفاق في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق،

جامعة الجزائر، 2003-2004، ص101.

² - بوزياني رجاء، حق الارتفاق، مذكرة نهاية التريص المعهد الوطني للقضاء الجزائر، 2001، ص65.

³ - أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص295.

⁴ - زيدان محمد، المرجع السابق، ص49،45.

التقادم المكسب:

يعتبر كذلك التقادم المكسب سبب من أسباب كسب حق الارتفاق إذ يمكن بعد مرور فترة من الزمن أن يكتسب حق الارتفاق بواسطة التقادم المكسب ويقتصر الأمر إلا على الارتفاقات الظاهرة وحدها ووجب أن يكون الارتفاق ظاهرا حيث يجوز كسبه بالتقادم وأن يكون جائزا كسب الارتفاق الظاهر المستمر بالتقادم¹.

كذلك حسب نص المادة 869 يجوز أيضا في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي.

ينتهي حق الارتفاق حسب المادة 878 بانقضاء الاجل المحدد وبهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً باجتماع العقار المرتفق به والعقار في يد مالك واحد، يعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقاري.

كذلك ينتهي حسب المادة 879 بعدم استعماله لمدة 10 سنوات أو لمدة 33 سنة إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة مال مورث تابع لعائلة، وكما يسقط حق الارتفاق بالتقادم فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها.

وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع فانتهى أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين كما إن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة الباقيين.

ينتهي كذلك بتغيير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال وهو ما نصت عليه المادة 880 قانون مدني جزائري².

إن اجتماع الشركاء في الشيوع بترتيب حق ارتفاق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر محلول لشخصية آخر يعد نافذاً صحيحاً في حقهم جميعاً كما يمكن لهم الاستفادة جميعاً من حق الارتفاق يرتب لفائدة العقار الشائع المملوك لهم من قبل مالك عقار آخر³.

¹ - بوزياني رجاء، المرجع السابق، ص 20.

² - المادة 880، الأمر 58/75، المعدل و المتمم، المرجع السابق

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، حق الملكية، د.س.ن، ص 837، 838.

كذلك فحسب قرار المحكمة العليا رقم 29501 المؤرخ في 1963/10/26 بـ أن حق الارتفاق هو حق عيني لا تنتقل الملكية إلا بالكتابة عقد الرسمي مع الإشهار وتطبيقا للمادة 12 من قانون التوثيق¹.

ثانيا- حق عيني تبعي:

كما يجوز للشركاء المالكين للعقار ترتيب حق عيني تبعي على العقار كله سواء كان رهنا رسميا او رهنا حيازيا فيبقى صحيحا نافذا في حقهم جميعا ،أيا كانت نتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد او على بيعه لعدم امكان قسمته.

1-الرهن الرسمي:

طبقا لنص المادة 1/890 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه يبقى نافذا لرهن الصادر من جميع الشركاء المالكين للعقار الشائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته من خلال نص المادة يتضح أن رهن الشركاء المشاعين للعقار الشائع كله يقع صحيحا ونافاذا سواء قبل القسمة أو بعدها او ما يترتب على بيعه لعدم امكان قسمته لأنه صدر منهم جميعا².

فالرهن يكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة فإذا بيع العقار المرهون شائعا ينتقل إلى المشتري مثقل بالرهن ليتبع الدائن المرتهن العقار الشائع في يد المشتري الحائز اما العقار الشائع في ملكة للشركاء وأراد أحد دائني شريك التنفيذ عليه فإن الدائن المرتهن يتقدم على هذا الدائن العادي وفي حالة موت بعض الشركاء أو كلهم انتقل العقار مرهونا إلى الورثة فيشتري الرهن في حقهم جميعا وفي حق لدائنيهم والخلف الخاص والعام³.

اما مصير الرهن بعد القسمة العينية لكل العقار الشائع او لعدم امكان قسمته، فأخذ كل واحد من الشركاء حصة مفرزة منه، فإن هذه الحصة المفترزة الواقعة في نصيب كل الشركاء تكون مثقلة بحق الرهن ذلك أنه صادر بالإجماع إما كان العقار شائعا لي طرح اشكال حالة

¹ - المحكمة العليا، الغرفة المدنية قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 29501، المجلة القضائية 1989، العدد الأول، ص45.

² - المادة 890، الأمر 58/75، المرجع السابق .

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية المجلد، العاشر، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1970، ص323.

وجود عدة عقارات شائعة وانتمت لأحد الشركاء عند القسمة بكامل العقار المرهون فعل يمكن الاعتراض على ذلك؟

قد يحتج هذا للشريك بعدم ملكيته إلا جزءا شائعا في العقار الشائع وقت رهنه ومن ثم لا يبق الرهن إلا في حدود هذا الجزء الباقي فهو مرهون من الشريكين الآخرين و قد تبين بعد القسمة عدم ملكيته له فيبطل الرهن منها ،أي إذا كانت حصص الشركاء الثلاث متساوية وبين انتقال العقار متقلا بالرهن في ثلاثة على الشيوخ فقط طبقا لمبدأ الأثر الرجعي للقسمة¹.

لكن إذا اعتراض هذا الشريك يتماشى مع فكرة الأثر الرجعي للقسمة القضاء الفرنسي فإن للموتقين ذهبوا إلى أن جميع الشركاء قد وافقوا على رهن العقار الشائع فيبقى الرهن نافذا في حقهم حتى بعد القسمة مهما كانت نتيجتها فمصدر في فرنسا قانون 1910/12/31 أضاف فقرة لنص المادة 2125 قانون مدني فرنسي: تنص على أن الرهن يقرره جميع الشركاء ويبقى أثره القانوني مهما كانت نتيجة القسمة، فإخذ به المشرع الجزائري في المادة 1/890 منه كما ان العقار ينتقل مرهونا كله حالة تعذر القسمة عينا اين يتم بيعه².

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم 0990768 صادر في 2016/7/14 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد2، لسنة 2016 صفحة 167 أنه: "لا يعد عقد الرهن عائقا للقسمة العينية للعقار".

2-الرهن الحيازي:

-تنص المادة 948 قانون مدني جزائري على أنه: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمان لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينا يخوله حسن الشيء إلى أن يستوفي الدين، وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"³.

-يكون الرهن صحيحا نافذا في حق جميع الشركاء لأنه صدر منه جميعا وأنه يقع على المال كله ولا شك أن الرهن في هذه الصورة صحيح صادر من مالك يملك التصرف في المال

¹ - مريم تومي، "رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والقانون، عدد38، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، جوان 2014، ص239.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - المادة 948الامر 58/75 المعدل و المتمم، المرجع السابق.

المرهون ولا توجد أي صعوبة استمرت حالة الشيوخ إلى وقت حلول الوفاء بالدين المضمون وتمت الإجراءات في مواجهة الملاك على الشيوخ.

فكما تناولنا سابقا في المادة 890 قانون مدني جزائري: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع".

والمادة 949 قانون م ج: "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول او عقار"¹.

ويستنتج من هذا أن المشرع الجزائري لم يتعرض لأحكام الرهن الحيازي الذي يرتبه الشركاء في الشيوخ على العقار الشائع. على خلاف ما أورده بخصوص الرهن الرسمي، وطالما أنه لا يوجد نص يحدد احكام هذا التصرف ولا يوجد إحالة صريحة على أحكام الرهن الرسمي فغنه وحسب رأينا إلا مانع من تطبيق أحكام الرهن الرسمي وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه².

لكن يشترط أن يكون العقار المرهون رهنا اجباريا أن يكون قابلا للبيع مستقلا بالمزاد العلني ويجدر التسوية إلى ان تصرف الشركاء في العقار الشائع قد يشمل العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه ورهن الشركاء للعقار الشائع كله يعتبر رهنا صحيحا نافذا في حق جميع الشركاء ولا يمكن الاحتجاج من قبل أحدهم حتى بعد القسمة وفي حالة موت بعض الشركاء او كلهم انتقل العقار مرهونا إلى الورثة فيرى الرهن في حقهم جميعا³.

المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين في الجزء مفرز من العقار الشائع:

يجوز للشركاء مجتمعين في التصرف في جزء من العقار الشائع وذلك على غرار ما رأيناه في جواز تصرف الشريك منفرد في جزء مفرز من العقار الشائع وإذا كنا قد رأينا في المطلب الأول المتعلق بتصرف الشركاء في العقار الشائع محل التصرف وبالتالي يكون تصرفهم صحيحا ونافذا في حقهم جميعا ولا يمكن الاحتجاج من قبل أحدهم حتى بعد القسمة فإنه أيضا في حالة تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع سواء بنقل

¹ - تمرانت ريمة ، "رهن العقار الشائع رهنا حيازيا عقاريا في التشريع الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة، عدد50، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة (الجزائر)، ديسمبر 2018، ص151.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص326.

³ - تمرانت ريمة، المرجع السابق، ص152.

ملكية هذا الجزء المفرز أو ترتيب حق عيني أصلي كالارتفاع أو الارتفاق أو حق عيني أصلي أو حق عيني تبعية كالرهن الرسمي وقد يكون التصرف الناقل للملكية في بعض المال الشائع فقط كان يتعلق على حصة شائعة ويتم تعديل الحصص بينهم نتيجة لدخول شريك جديد في المال الشائع. وسنعرض لحكم الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار شائع بتصرف ناقل الملكية كالبيع مثلا ثم إلى حكم ترتيبهم لحق عيني أصلي أو تبعية على جزء مفرز من العقار الشائع ومدى تأثير القسمة على ذلك¹.

الفرع الأول: تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع الجزء مفرز من العقار الشائع:

يحق للشركاء مجتمعين أن يقوم ببيع جزء مفرز من العقار الشائع ويعتبر البيع صحيحا وناظرا في حقهم جميعا فيما يخص الجزء المفرز محل البيع.

ومثاله لو أن ثلاثة أشخاص يملكون في الشيوع منزلا يتكون من طابقين. واجمع على بيع طابق الأول باعتباره جزء مفرز من العقار الشائع فإن ملكية هذا الطابق تنتقل إلى المتصرف إليه سواء كان احد الشركاء أو أجنبيا بإتمام إجراءات نقل الملكية من التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية وبذلك يخرج الطابق محل البيع من الشيوع ويبقى الطابق الثاني شائعا بينهم في ثلاثة ويكون ثالثهم كالذي كان التصرف صادر إليه لبيع الطابق الأول مالكا ملكية مفرزة لذلك الطابق ويترتب على ذلك أنه لا يدخل في أية قسمة قد يقع بين الشركاء².

أي انه التصرف لصادر من الشركاء مجتمعين ببيع جزء مفرز من المال الشائع ، خرج الجزء الذي تم فيه التصرف من الشيوع و اقتصر الشيوع بين الشركاء على الجزء الباقي كذا فان البيع الصادر على جزء مفرز يسجل و يترتب عليه نقل الملكية في الجزء المباع مفرزا الى المشتري ولا يتوقف على ابرام عقد آخر بقسمة العقار او بافراز القدر المباع³.

ويأخذ بحكم البيع الصادر من الشركاء مجتمعين الجزء مفرز من العقار الشائع حكم الهبة والوصية باعتبارها من التصرفات الناقلة للملكية وهو ما جاء في القرار المحكمة العليا رقم

¹ - ونوقي صدام حسين، التصرف في الملكية العقارية المشاعة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر،

تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سنة 2015، ص 57.

² - وهاب عياد، المرجع السابق، ص 89.

³ - رمضان ابو السعود المرجع السابق، ص 141.

196140 المؤرخ 28 جوان 2000 الغرفة العقارية الجزء 1، العدد2، الصفحة 186" إن الذي يدير المال الشائع دون اعتراض باقي الشركاء يعد وكيلا عنهم¹.

الفرع الثاني: ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني أصلي أو تباعي على جزء مفرز من العقار الشائع:

الشركاء مجتمعين تمكن لهم ترتيب حق عيني أصلي للانتفاع أو الارتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع ويكون ذلك نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها ولا يمكن لأحد أن يحتج إذا ما وقع الجزء المنقل بحق الارتفاق كحق المرور مثلا: في نصيبه بعد القسمة بأنه لم يقرر ذلك لأنه على جزء مفرز بنسبة حصته الشائعة ليبقى الجزء المفرز الذي آلت إليه بعد القسمة منقل بالارتفاق المرتب عليه مهما كن نوعه ويخضع ذلك لإجراءات التي يخضع لها التصرف الناقل للملكية².

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 29501 المؤرخ في 26 أكتوبر 1983 الذي كرس بأن حق الارتفاق هو حق عيني لا تنتقل الملكية إلا بكتابة عقد الرسمي مع الاشارة تطبيقا للمادة 12 من قانون التوثيق وجاء فيه إنها الطبيعة القانونية المضافة على حق الارتقاء كحق عيني هي التي أدت إلى الانتقال الملكية في المادة 12 من قانون التوثيق للإشكال الجوهرية يترتب على مخالفتها عدم جواز الاحتجاج وتولي إجراءات اشهاده ليصبح بالتالي التمسك حصول التصرف ومن ثمة فإن اثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرآن³.

كما أن يمكن لشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تباعي على ذلك الجزء المفرز من العقار الشائع كله ذلك أن الرهن يبقى نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها ويكون من نصيبه بعد القسمة إن أحكام المادة 890 من القانون المدني الجزائري المقررة للقاعدة العامة والمبدأ العام وهو نفاذ الرهن الصادر من جميع الملاك العقار الشائع مهما كانت نتيجة عنه ونلاحظ أن المدة جاءت على إطلاقها ولم تحدد فيها كان الرهن الصامد لجميع الملاك

¹ - حمدي باشا، الفضاء العقاري، الطبعة 3، دار الهومة، الجزائر، 2013، ص 112.

² - يعني وسام، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد المجيد بن باديس مستغانم سنة 2021، ص 74.

³ - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 26 أكتوبر 1983، تحت رقم 29501، المجلة القضائية، العدد1، 1989،

العقار الشائع وقرر الاثنتين ترتيب رهن رسمي على قطعة الأرض لفائدة شخص أجنبي¹، وفائدة أحدهما ضمان لدين ما فإن الرهن يكون نافذا في حقها قبل القسمة ولا يطرح أشكال أما إذا وقعت القسمة واختص أحدهما بالقطعة الأرضية المرهونة فإنه وتطبيقا لأحكام المادة من 890 القانون المدني فإنه يمكنه الاحتجاج بالانتفاض من الرهن الرسمي وتنتقل الملكية المسكن خالية من أي رهن إلى الشريك المشارع لآخر وقد ورد في المذكرة الاضاحية لشيوع كان صحيحا حتى ولو وقع المال بعد ذلك في نصيب واحد منهم أو بيع لأجنبي لعدم امكان قسمته. لذلك سندرس بالتفصيل في المطلب الأول شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء في العقار الشائع والمطلب الثاني ضمانات الأقلية المعارضة من الشركاء في العقار الشائع.

المبحث الثاني: تصرف اغلبية الشركاء في الملكية العقارية الشائعة

تنص المادة 720 قانون مدني جزائري على أنه: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك على أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا".

ويتضح من هذا النص أنه بالرغم من أن التصرف في العقار الشائع يقتضي اتفاق جميع الشركاء، إلا أنه قد تعرض ظروف هامة وتقوم أسباب قوية تؤدي للتصرف في هذا العقار ومع ذلك يتعذر اجماع الشركاء على التصرف فتدخل المشرع في هذه الحالة الاستثنائية وأجاز² لأغلبية معينة من الشركاء سلطة التصرف في العقار الشائع شروط معينة ألا وهي ثلاثة أرباع العقار الشائع سواء كانت بيد الأغلبية أو الأقلية وإن كانت بيد شريك واحد وإن يستندوا على أسباب قوية وتحت رقابة القضاء مما يحفظ للأقلية حقوقها كما هو المال في الإدارة المعتادة³.

لذلك سندرس بالتفصيل في المطلب الأول : شروط التصرف الصادر من اغلبية الشركاء في العقار الشائع و المطلب الثاني: ضمانات الاقلية المعارضة من الشركاء في العقار الشائع.

¹ - جعني وسام، مرجع سابق، ص75.

² - عبد الرزاق السنهوري، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص840.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص122.

المطلب الأول: شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء في الملكية العقارية الشائعة

يشترط لمباشرة أغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع كله أو حصة شائعة أو جزء مفرز منه سواء كان ناقل للملكية أو اقتصر على ترتيب عيني أن يصدر التصرف من أغلبية خاصة من الشركاء وان تستدعي إلى ذلك لأسباب قوية.

الفرع الأول: الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في العقار الشائع:

إذا كان الأصل هو أن التصرف في المال الشائع يكون من حق الشركاء جميعاً إلا أنها قد تدعو أسباب قوية تبرر قيام الأغلبية بالتصرف في المال الشائع فقد يحدث أن يتم إساءة استغلاله وهو باق على الشيوع¹، ولا توجد طريقة لتلاقي هذا النقص كذلك في حالة إذا كانت قسمة العقار الشائع بين الشركاء ضار بمصالحهم فعندئذ يتبين أن الأجدى ليس هو بقاء الشيوع أو القسمة بل هو التصرف في العقار الشائع. كذلك أن تأتي فرصة مواتية تجعل من التصرف في العقار الشائع صفقة رابحة يخشى من فواتها وأن لا تعود²، مثل بيع العقار الشائع بثمن مرتفع³،

وقد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من كل الوسائل التي هيأها القانون لإدارته فيكون استغلال في حالته التي هو عليها متعذراً مما يتعين بيعه⁴، وتكون القسمة ضارة بالشركاء ويكون التصرف في العقار الأجنبي هو خير وسيلة لقسمة وقد تحتاج العقار الشائع إلى تعمیر يستدعي نفقته ولا سبيل في الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن أو أن تقرر الاقتراض وتقرر نفس الوقت انشاء رهن على الشيء لضمان القرض بل يمكن أن يقرر طريقة أخرى أفضل لاستغلال العقار الشائع مثل أن تكون أرضاً مثلاً وفي إقامته مبان عليه مضاعفة لغتها، والحصول على المال اللازم لإقامة المباني يقتضي رهن الأرض فهذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسباب قوية تستدعي التصرف في العين الشائعة تارة بالبيع وتارة أخرى بالرهن.

وكالتصرف في العين الشائعة كلها التصرف في جزء مفرز منها فتقوم أسباب قوية تستدعي عدم التصرف في كل العقار الشائع وإنما في جزء مفرز منه فقط ويتعذر إجماع

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 92.

² - عبد الرزاق السنهوري، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 840.

³ - عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص 175.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 175.

الشركاء على هذا التصرف فيجوز للأغلبية سالفة الذكر، من باب أولى التصرف في هذا الجزء المفرز¹. وفي هذا الصدد يثير الباحثون سؤالاً حول طبيعة الأسباب القوية التي تستدعي تصرف الشركاء المالكين لثلاثة أرباع العقار الشائع في تصرفهم، بمعنى هل هي من الموضوع و بالتالي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليهما انها من القانون و تمارس المحكمة رقابتها عليها.

و تاصيلاً لفكرة السلطة التقديرية للقاضي، فقد انقسم الفقه في هذا الصدد الى اتجاهين الاتجاه الاول: يرى ان القاضي يمارس نشاطه القضائي ويستمد ولايته من المشرع، تبعاً للنصوص التشريعية القاطعة الدلالة، ومن ثم فلا حديث عن السلطة التقديرية للقاضي اثباتاً ممارسته مهنة القضاء، فالقاضي لا يملك سلطة التقدير².

في حين اتجاه الثاني: يرى انه لا مناص من الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية عند ممارسته لنشاطه القضائي فولاية القضاء تحوي ولاية التقدير بمعنى وجود توافق بين الولايتين و هو الراي الغالب، فلا ملجأ من الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية للقاضي في سبيل ملائمة الواقع مع القانون.

اما حول مسألة الأسباب القوية التي تستدعي التصرف فثار تناقض حول ما ان كانت من القانون ام من الموضوع. ويرى اغلب الفقه في ذلك ان مسألة تقدير ما ان كانت الأسباب التي استند عليها الشركاء في الشروع المشكلون على الاقل لاغلبية 3/4 الملك العقاري الشائع كله او مفرز منه هي مسألة موضوع. تخضع لتقدير القاضي الناظر في دعوى الاعتراض، فما يراه قاض بمحكمة ما سببا قويا يبرر التصرف في العقار الشائع. قد لا يراه قاض اخر بحكمة اخرى سببا قويا. و بالتالي فان مسألة تقدير سبب التصرف و قوته مسألة موضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليها ن و انما تبسط رقابتها فقط في مدى مناقشة هذا الشرط من طرف القاضي باعتباره من المسائل القانونية.³

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 840.

² - حنيتت عمار، "قيود نظام الاغلبية عند التصرف في الشروع العقاري"، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 14، العدد2، ص109.

³ - المرجع نفسه، ص 110.

الفرع الثاني: الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف في العقار الشائع:

ما دام إجماع الشركاء متعذرا والتصرف تقوم به أسباب قوية فلا بد من الترخيص في شرط الإجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة وذلك في مصلحة جميع الشركاء.

فحسب المادة 720 قانون مدني جزائري: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه".

وبالتالي ومن نص المادة فقد اشترط القانون أن تكون الأغلبية الموصوفة هي عدد الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع وهي: نفس الأغلبية المقررة في الإدارة غير المعتادة والعدد الذي يملك هذا القدر من العقار الشائع قد يكون من كثير الشركاء وقد يكون قليل، بل يمكن أن يكون شريكا واحدا فإذا ملك الشريك ثلاثة أرباع العقار الشائع، كان له أن يقرر وحده التصرف في هذا المجال، إذا قامت أسباب قوية تدعوه إلى ذلك¹.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 92343 مؤرخ في 1992/10/28 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك لأسباب قوية"².

وعليه فاذا كان خمسة اشخاص شركاء في ملكية عقار على الشيوخ، وكان شريكان منهم يملكان نسبة ثلاثة ارباع العقار الشائع، فهما يمثلان الاغلبية، و الثلاثة الاخرين يمثلون الاقلية بالرغم من عددهم ، و عليه يجوز للشريكين المالكين لاغلبية الحصص التصرف في العقار الشائع كله او جزء مفرز منه ، وفي نفس الوقت و طبقا لذات المادة التي حددت الاغلبية على اس نسب الملك فقد يملك شريك واحد النسبة الغالبة المتمثلة في 4/3 الملك العقاري الشائع على عكس الاقلية من الشركاء و بذلك يكون لهذا الشريك وحده الحق في التصرف في العقار الشائع.³

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد اخذ بما سار عليه اغلب التشريعات العربية حول منح الاغلبية المتمثلة في 3/4 العقار الشائع سلطة التصرف في العقار الشائع كله او جزء مفرز منه

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص75.

² - المحكمة العليا قرار رقم 92343 مؤرخ في 1992/10/28، الصادر عن الفرقة المدنية، المجلة القضائية، عدد1، 1994، ص38.

³ - حنتيت عمار ، المرجع السابق، ص106.

كالمشرع المصري في المادة 832 قانون مدني و المادة 827 قانون مدني كويتي غير ان المشرع الكويتي لا يجيز للشريك الواحد ان يشكل الاغلبية مهما بلغت حصته في العقار الشائع و بالتالي لايجوز له التصرف لوحده.

و بالتالي فتى تحقق شرط الاغلبية يحق لهم التصرف في العقار الشائع كله او جزء مفرز منه بمختلف انواع التصرفات سواء كانت ناقلة للملكية بعوض كالبيع و المقايضة او تصرفات ناقلة للملكية بغير عوض كالهبة و الوصية، و سواء اكانت مرتبة لحق عيني اصلي كالانتفاع و الارتفاق ام تصرفات كرتبة لحق عيني تبعي كالرهن الرسمي و الحيازي.

و يعنى بذلك انه يحق للشركاء المالكين ل 3/4 العقار الشائع ان يتصرفوا فيه بالبيع ويكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا سواء على العقار كله و ينقضي بذلك الشيوخ او على جزء مفرز منه كان المشتري مالكا ملكية مفرزة للجزء المبيع فاذا قرر مثلا الشركاء بيع طابق من منزل مكون من طابقين باعتباره جزءا مفرزا من العقار الشائع فتنقل ملكية الطابق المبيع الى المشتري بتمام الاجراءات من تسجيل و شهر بالمحافظة العقارية و يخرج بذلك الطابق المبيع من الشيوخ و المشتري يكون مالكا لطابقه ملكية مفرزة مع بقاء باقي المنزل على الشيوخ¹ و نفس الامر اذا قام اغلبية الشركاء بمقايضة العقار الشائع لاي سبب كان ، فالمقايضة الصادرة منهم تعتبر صحيحة و نافذة سواء كنت على كل العقار الشائع او على جزء مفرز منه ، كذلك يمكن لهم ترتيب حق انتفاع لفائدة احد الشركاء و يكون بذلك منتفعا بالعقار الشائع و مالكا لحصته اما ان كانت الى شخص اجنبي فان الشركاء يحتفظون بملكية العقار الشائع.

و قد يقوم الحائزون على 3/4 العقار الشائع ترتيب حق ارتفاق لشريك منهم او لشخص اجنبي على العقار الشائع كله او على جزء مفرز منه و يكون صحيحا نافذا في حق الشركاء جميعا.²

المطلب الثاني: ضمانات الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في الملكية العقارية الشائعة

لم يترك المشرع الجزائري الأقلية من الشركاء دون حماية فاقر لهم ضمانات قانونية تحفظ حقوقهم، وقام بتقييد القرار الذي يصدر من الأغلبية بالتصرف في العقار الشائع بوجوب إعلانه الى الأقلية، ويكون الإعلان بأي طريقة، ورقة على يد محضر، أو كتاب مسجل أو

¹ - حنتيت عمار المرجع السابق ، ص 107.

² - المرجع نفسه ، ص 108.

غير مسجل، أو إخطار شفوي ويقع عبء إثباته على الأغلبية، ولأي شريك من فريق الأقلية، وفي خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية ما أن يعارض في هذا القرار أمام المحكمة المختصة.¹

والمحكمة تستند أولاً من قيام أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع، فإن لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية.

أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية، فإنها تنتقل بعد ذلك إلى النظر فيما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة لتخليص الشركاء من الشيع، ويصبح كل شريك له نصيب مفرز، وبالتالي لا يحتاج الأمر إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية، كما أن نص المادة 720 من القانون المدني الجزائري صريحة بهذا المعنى وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة لمصالح الشركاء، أن تغير تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً.²

أما إذا كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، فإنها تنتقل إلى تقرير ما إذا كان التصرف الذي قرره الأغلبية تصرفاً حكيماً تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح، وما إذا كان التصرف واجباً فإن رأته واجباً فإنها تأمر به وتتفذه الأغلبية وفقاً للقرار الذي اتخذته، بعد أن أعطيت الضمانات لصحة هذا القرار للأقلية، وإن تره المحكمة واجباً، ألغت قرار الأغلبية، ولم يعد التصرف ممكناً إلا بإجماع الشركاء.

الفرع الأول: طبيعة الإعلان الموجه إلى الأقلية

لقد جاء المشرع الجزائري في نص المادة 720 من القانون المدني بأنه على الأغلبية أن تعلن قراراتها إلى الأقلية بعقد غير قضائي، وستفاد من ذلك أن المشرع أوجب الكتابة في الإعلان عن طريق محضر قضائي ولا يعتمد حينها الإعلان الشفوي وذلك بأن يكون الإعلان عن طريق محضر قضائي أو برسالة مضمونة الوصول.³

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للإثبات والأموال،

الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، 2000.

²- المادة 720 من القانون المدني الجزائري.

³- المرجع نفسه.

واستثناء شكلية الكتابة للإعلان فإن المشرع لم يشترط على الأغلبية أن تذكر فيه بيانات محددة على سبيل الحصر، فيكفي أن تذكر في الإعلان قراراتها في التصرف دونما حاجة إلى ذكر نوع التصرف.

غير أن المحكمة العليا أكدت في اجتهاداتها، ونذكر هذا القرار رقم 92343 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1992، الإعلان لباقي الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرر التصرف فيه إذا استند في ذلك إلى الأسباب القوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولما ثبت في مستندات القضية الحالية، أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع العقار المشاع إلى المدعى عليهم جون إعلان هذا التصرف وإلى باقي الشركاء كما يختصه القانون، إضافة إلى أن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض.¹

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الاعتراض

إن إعلان الأغلبية بقرارها الذي يتضمن التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، فإن هؤلاء في حالة عدم موافقتهم قرار الأغلبية، يحق لهم اللجوء إلى المحكمة برفع دعوى موضوعها الاعتراض على قرار الأغلبية وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان.

ويسقط حقهم في ذلك عند انقضاء مدة شهرين، ويتم حساب الأجل المحدد في المادة 720 من القانون المدني الجزائري يبقى مفتوحا في حالة عدم توجيه الإعلان بالكيفية السابقة، إلا في حالة رفع الأقلية لدعوى الاعتراض قبل اتصالها بالإعلان، أي بمجرد علمهم بقرار الأغلبية بالتصرف في العقار الشائع.²

وترفع دعوى الاعتراض أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار الشائع محل التصرف، كون ان الدعوى هي دعوى عقارية تهدف إلى حماية حق الأقلية في الملكية.

وقد جاء في نص المادة 4/512 أنه: "ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية: في الملكية المشتركة للعقارات والملكية على الشيوع".³

¹- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 1992/10/28، تحت رقم 29501، المجلة القضائية، العدد 1، 1994، ص 38.

²- المادة 720 من الامر 58/75، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

³- المادة 512 من الامر 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

وبعد رفع الدعوى من قبل الأقلية أمام المحكمة المختصة، فإن هذه الأخيرة تنظر فيما إذا كانت كذلك قبلتها وتخصصت موضوعها، تبدأ في النظر للأسباب التي استندت عليها الأغلبية في قرارها بالتصرف في العقار الشائع.

فإذا ما قدرت بأنها أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع من قبل الأغلبية وتنظر بعد ذلك فيما إذا كانت قسمة العقارات تضر بمصلحة الشركاء، فإذا رأت إن القسمة لا تضر بمصالح الشركاء قضت من تلقاء نفسها بقسمة العقار، وبذلك تنتهي حالة الشروع.

أما إذا قدرت أن قسمة العقار الشائع من شأنها الإضرار بمصالح الشركاء، خاصة إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة، وكان التصرف الذي تقوم به الأغلبية مستندا إلى أسباب قوية، فإنها تقضي بأحقيتها في ذلك التصرف ومن ثم يصبح ذلك التصرف نافذا في حق الأقلية التي لا يمكنها بعد ذلك الاعتراض عليه، وأما إذا تبين للمحكمة أن الأسباب التي استندت إليها الأغلبية لا تبرر إقدامها على التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه أو أنه غير لازم، فإنها تقتض قرار الأغلبية بالإلغاء، ولا يكون التصرف ممكنا إلا بإجماع الشركاء.¹

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء 8، ص 841.

ملخص الفصل الثاني:

يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه سواء قبل القسمة أو بعدها بكامل التصرفات الناقلة للملكية أو ترتيب حق عيني أو أصلي أو تباعي كحق الارتفاق، الانتفاع، الرهن الرسمي والحيازي.

وقد خول المشرع لأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع حق التصرف فيه مستنديين في ذلك لأسباب قوية تستوجب تقرير التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه إذا كانت القسمة العينية تضر بمصالحهم كان يتطلب العقار الشائع أو صيانتة أو تعيينه ولذلك فقد ألزم عليهم المشرع أن يعلنوا قرارهم إلى الأقلية منهم بعقد غير قضائي مكتوب عن طريق محضر قضائي أو رسالة مضمونة الوصول فإن خالفت هذه الأخيرة قرار الأغلبية بوصول الإعلان فلهم الحق في رفع دعوى الاعتراض أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار الشائع محل التصرف فبذلك تكون قد منحت لهم ضمانات تحميهم من تعسف الأغلبية.

خاتمة

خاتمة:

من خلال الدراسة والبحث يتضح جليا الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لهذه الملكية وكيفية التصرف فيها من خلال تنظيم أحكامها ووضعيتها نتيجة إدراكه بما يشوبها من نقائص وثغرات قانونية وعراقيل يتحملها الشركاء نظرا لتساوي حقوقهم في الشيوخ وتمتعهم بنفس السلطات حول الملك الشائع نفسه.

وقد توصلنا بعد هذه الدراسة والبحث في موضوعنا إلى عدة نتائج أهمها:

- منح المشرع الجزائري للشريك في الشيوخ الحق التام في التصرف منفردا في حصته الشائعة بكافة التصرفات القانونية شرط عدم المساس وإلحاق الضرر بحقوق سائر الشركاء كالتصرف في كل العقار الشائع او جزء مفرز منه بترتيب حق عيني أو تبعي.
- خول المشرع الجزائري للشركاء في الملكية العقارية الشائعة رخصتان قانونيتين لاسترداد الحصة الشائعة التي التصرف فيها احد الشركاء دون موافقتهم وإذن منهم لمنع الأجنبي من الدخول معهم في الشيوخ.
- للشركاء مجتمعين الحق في التصرف في العقار الشائع كله او جزء مفرز منه بكامل التصرفات سواء الناقلة للملكية او العينية.
- أعطى المشرع الجزائري لأغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الملكية العقارية الشائعة ان يتصرفوا فيه متى استندوا على أسباب قوية و منح الأقلية الغير الموافقة على التصرف الضمانات الكافية لحمايتهم.

وبالتالي من خلال النتائج السابقة نوصي بالتوصيات التالية:

- تشير الملكية الشائعة العديد من الإشكالات القانونية خاصة فيما يتعلق بمزاولة كل شريك لسلطاته الثلاثة المخولة له، ولذا يكون الحل الأمثل هو قسمة العقار الشائع و بالتالي وجب على المشرع الجزائري أن يضع نصوصا دقيقة لقسمة هذا العقار وان لا تبقى خاضعة للقواعد العامة .
- وجب على المشرع الجزائري أن يضع أحكام ونصوص قانونية تنظم استغلال الملكية العقارية الشائعة ومنع التصرف فيها من طرف الشريك او غالبية الشركاء إلا بعد قسمتها كونها سبب في حدوث الخلافات.

- على المشرع أن ينص صراحة على مصير التصرفات الصادرة من أحد الشركاء على كل العقار الشائع ومدى نفاذها واحصاء مختلف الثغرات القانونية المسكوت عنها والعمل على تعديل أحكامها.
- بما أنه لأغلبية الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع التصرف فيها بكامل أنواع التصرف فعلى المشرع أن يحدد الأسباب القوية التي يستندون عليها لتبرير تصرفهم لكي يسري صحيحا نافذا في حقهم جميعا والقيام بإعطاء ضمانات أكثر للأقلية والتي تجعل حقهم في الملك الشائع مكفولا تماما.
- تكوين قضاة متخصصين في القانون العقاري.
- السهر على إزالة الغموض من النصوص القانونية المنظمة للتصرف في ملكية العقارية الشائعة لأنه السبب في عدم تطابق الأحكام القضائية مع هذه النصوص ونقص الاجتهادات القضائية يؤدي إلى إعطاء تكييف آخر للوقائع المعروضة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المصادر

I- النصوص القانونية

أ- الأوامر:

01- الامر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق ل 30 سبتمبر 1975.

02- الامر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، و المتضمن قانون الاسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 15، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 12/6/1984.

03- الامر 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23/04/2008 ، المعدل و المتمم.
ب- المجالات القضائية:

01- المحكمة العليا الغرفة المدنية ، قرار رقم 0983369، بتاريخ 16 جوان 2016، المجلة القضائية العدد1، سنة 2016.

02- المحكمة العليا الغرفة المدنية، قرار رقم 186043 بتاريخ 24/03/1990 المجلة القضائية لسنة1992 العدد،4، ص 195.

03- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 29501 بتاريخ 26 أكتوبر 1983، المجلة القضائية، العدد1، 1989.

04- المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ،قرار رقم 63765 مؤرخ في 29 اكتوبر1992،، المجلة القضائية، عدد4، 1992.ص28

05- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 28 اكتوبر1992، تحت رقم92343، المجلة القضائية، العدد 1، 1994ص 16

ج- المعاجم:

01- ابن منظور، ابو فضل جمال الدين محمد بن مكرم المنضاري، لسان العرب ، الجزء 8

ثانياً_ المراجع:

ا. الكتب :

01- احمد فلاح عبد البخيت، الملكية العقارية الشائعة والقانون، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية سنة 2012

- 02- انور طلبة، الملكية الشائعة، "اسباب الشيوخ، ادارة المال الشائعة ،سلطة المدين نطاق حق الشريك ،التصرف في حصة مفرزة، الحلول العيني، القسمة الرضائية والقضائية، ملكية الطبقات" دون طبعة ،المكتب الجامعي الحديث الازريطه الاسكندرية سنة 2004
- 03- احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والطباعة، سنة 2011
- 04- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 05- بن مداني عائشة، بن عربي احمد حمزة، مقال: "طرق قسمة الملكية"، المجلد2، عدد6، يناير2011.
- 06- زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، دار الثقافة، بيروت، دون سنة نشر.
- 07- حمدي باشا، الفضاء العقاري، الطبعة 3، دار الهومة، الجزائر، 2013.
- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة(اكتسابها، اثباتها، حمايتها، ادارتها)، الدار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.
- 08- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة الاردن عمان، 2019.
- 09- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، طبعة1، الإسكندرية، 2007
- 10- محمدي فريدة زاوي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، الطبعة8، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002
- 11- محمد سعيد جعفرور، مدخل علوم القانونية الجزء 2، دروس في نظرية الحق، الطبعة 1، دار الهومة الجزائر، 2011
- 12- نبيل إبراهيم سعد الشفعة علما وعملا، منشأ المغارف، بلال خزي وشركائه لنشر الإسكندرية، 1997
- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية الجزء، العاشر، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1970
- 15- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع، المجلد الرابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 16- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، الجزء الرابع،

2008-2007

- 17- عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيد في ضوء احكام النقض القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2007.
- 18- علي جبيل صكيل الاسدي، الملكية الشائعة و احكام ازالة الشيوغ، :دراسة مقارنة في ظل احكام القانون المدني العراقي و لمصري و الليبي و الجزائري و المغربي و السوري و الاردني و اللبناني"،مكتبة الرضوان للنشر و التوزيع ، دون طبعة.
- 19- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية، طبعة الاولى، عمان، دار ثقافة للنشر والتوزيع 2005.
- 20- عبد المنعم البدرابي ، الحقوق العينية الاصلية و الحقوق المنتزعة عنها و اسباب كسبها ، طبعة 3، مطبعة الكيلاني 1968
- 21- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، سنة 1994.
- 22- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003
- 23- فرج حسين توفيق، الحقوق العينية الاصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، د.س.
- 24- رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، احكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية طبعة 2001.
- 25- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ،الوجيز في الملكية (الحقوق العينية التبعية)، دون طبعة، دون سنة نشر، جامعة ن بها، مصر، د.س.ن.
- 26- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعية، الاسكندرية، دون طبعة.، د.س.
- 27- غزوان محمود غناوي الزهيري، ادارة المال غير المنقول الشائع، الطبعة الاولى، دار زهران للنشر والتوزيع، 2018.

II- المقالات:

- 01- أسعد فاطمة، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في قانون المدني الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني المجلد14، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية الجزائر، السنة 2016.
- 02- العيد شابيبي، رمضان قنفود، مثال الجوانب القانونية لانتقال الملكية العقارية بطريق الوصية، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد13، عدد15، سنة 2021
- 03- بن موسى عبد المجيد، آثارالحكم في دعوى الاستحقاق العقار في القانون الجزائري،مجلة القانون

- و المجتمع، المجلد 09، العدد2، جامعة احمد دراية ادرار ، الجزائر، سنة 2021.
- 04- بن مداني عيشة ، بن غربي احمد حمزة ، طرق قسمة الملكية ، المجلد2، العدد6، يناير2011، المدية.
- 05- درار عبد الهادي، قسمة النهائية كآلية لادارة الملكية الشائعة في ظل القانون المدني الجزائري، مجلة تشريعات البناء والتعمير، العدد 3، جامعة ابن خلدون تيارت الجزائر سنة 2017.
- 06- حوباد حياة، حدود تصرف الشريك في المال المشاع، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات ، مجلد6 ، العدد2 ، جامعة وهران 2 محمد بن احمد الجزائر، سنة 2023.
- 07- حنيتت عمار، "قيود نظام الاغلبية عند التصرف في الشيوخ العقاري"، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، المجلد 14، العدد2، جامعة جيجل، سنة2023.
- 08- يعقوب بن حدة، تنظيم تجارة المقايضة في القانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، مجلد14، العدد12، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة امحمد بوقرة بودواو بومرداس، سنة 2022
- 09- محمد عقوني، حق الشفعة الثابت للشريك المشاع في العقار في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد3، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، سنة2019.
- 10- تومي مريم، رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والقانون، عدد38، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، جوان 2014.
- 11- علي دحامية ، ناريمان خمار، مقال حول " احكام قسمة المهياة في لتشريع الجزائري ، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات المجلد6، العدد1، سنة 2023
- 12- عقوني محمد، البيع الواقع على الحصة الشائعة في العقار، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد 3، العدد1، جامعة مخمد خيضر بسكرة، سنة 2019.
- 13- فراحي كوثر ،سلام عبد الرحمن، " اجراءات تحرير عقد الشفعة المتعلقة بحصة شائعة من عقار شائع في التشريع الجزائري" مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 9، العدد2، جامعة وهران 2 الجزائر، سنة 2021.
- 14- فرقاق معمر، فاتح حسين، " بيع العقارات المملوكة على الشيوخ في القانون المدني الجزائري"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد21، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جانفي 2019.
- 15- تمداري طاهر، قماري بن ددوش نضرة، اثر بيع الشريك لحصته الشائعة في العقار بين الشفعة والاسترداد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاكاديمية للدراسات اجتماعية وانسانية، 2020.
- 16- تمرانت ريمة ، "رهن العقار الشائع رهنا حيازيا عقاريا في التشريع الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة، عدد50، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة (الجزائر)، ديسمبر

2018

17- ضحى محمد سعيد ،التصرف القانوني للشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة) مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد17، جامعة الموصل، العراق سنة 2011.

III- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الماجستير:

- 01-بوزياني رجا،حق الارتفاق ، مذكرة نهاية التبرص ، المعهد الوطني للقضاء الجزائر، 2001.
- 02- وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ن مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، سنة 2008.
- 03- زيدان محمد، حق الارتفاق في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.
- 04- نسرين خليل سقا، سلطة الشريك بالتصرف في المال الشائع، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2021.

ب-مذكرات الماستر:

- 01- بيهاني حورية، احكام التصرف القانوني للشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر كلية الحقوق ، سنة 2014
- 02- هطال رضا، حق الشفعة بين الأشخاص الطبيعيه، مذكرة نيل شهادة ماستر في القانون، جامعة بويره، 2013
- 03- ونوقي صدام حسين، التصرف في الملكية العقارية المشاعة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، سنة 2015
- 04- يعني وسام، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد المجيد بن باديس مستغانم سنة 2021
- 05- سلموني آسيا ، بن دية حنان ، حق الامتياز الخالص على العقار في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية بوداوا ، قسم القانون الخاص ، جامعة محمد بوقرة بومرداس، سنة 2019.

الفهرس

الفهرس:

1	مقدمة:
5	الفصل الاول: تصرف الشريك منفردا في الملكية العقارية الشائعة:
5	المبحث الاول: ماهية الملكية العقارية الشائعة
5	المطلب الاول: مفهوم الملكية العقارية الشائعة
6	الفرع الاول: تعريف الملكية العقارية الشائعة
6	الفرع الثاني: مصادر الملكية العقارية الشائعة
7	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للملكية العقارية الشائعة
8	المطلب الثاني: صور الملكية الشائعة وتمييزها عن ما شابهها
8	الفرع الاول: صور الملكية الشائعة:
9	الفرع الثاني: تمييز الملكية الشائعة عن ما يشابهها:
10	المطلب الثالث: ادارة العقار الشائع وطرق انقضائه
10	الفرع الاول :ادارة العقار الشائع:
12	الفرع الثاني: طرق انقضاء الشيووع
13	المبحث الثاني: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع
14	المطلب الاول: حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة من العقار
14	الفرع الاول : ترتيب تصرف ناقل للملكية على الحصة الشائعة
16	الفرع الثاني: ترتيب حق عيني اصلي على الحصة الشائعة
17	الفرع الثالث: ترتيب حق عيني تبعي على الحصة الشائعة
21	الفرع الرابع: اثار تصرف الشريك في حصته الشائعة

- 35المطلب الثاني : تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع:
- 36الفرع الاول: حكم جهل المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع:
- 38الفرع الثاني: حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا:
- 40المطلب الثالث : تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله:
- 41الفرع الاول :حكم جهل المشتري ان البائع شريك في العقار الشائع:
- 42الفرع الثاني: حكم علم المشتري أن المالك البائع شريك في العقار الشائع:
- 43الفرع الثالث: أثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله على حقوق شركائه فيه:
- 46ملخص الفصل الأول:
- 47الفصل الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في الملكية العقارية الشائعة:
- 47المبحث الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع:
- 47المطلب الأول: تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله:
- 47الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية:
- 54الفرع الثاني: ترتيب الشركاء حق عيني أصلي أو تبعي على العقار كله:
- 62المطلب الثاني: تصرف الشركاء مجتمعين في الجزء مفرز من العقار الشائع:
- 63الفرع الاول: تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع الجزء مفرز من العقار الشائع:
- الفرع الثاني: ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني أصلي أو تبعي على جزء مفرز من العقار الشائع:
- 64
- 65المبحث الثاني: تصرف اغلبية الشركاء في الملكية العقارية الشائعة
- 66المطلب الأول: شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء في الملكية العقارية الشائعة
- 66الفرع الأول: الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في العقار الشائع:
- 68الفرع الثاني: الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف في العقار الشائع:
- 69المطلب الثاني: ضمانات الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في الملكية العقارية الشائعة.....

70	الفرع الأول: طبيعة الإعلان الموجه إلى الأقلية.....
71	الفرع الثاني: المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الاعتراض.....
73	ملخص الفصل الثاني:
75	خاتمة:.....
78	قائمة المصادر والمراجع.....
85	الفهرس:.....

ملخص

ملخص الدراسة:

توصلنا من خلال هذه الدراسة انه تعتبر الملكية العقارية الشائعة صورة من صور الملكية المملوكة لمجموعة من الأشخاص، والتي قام المشرع الجزائري بتنظيم احكامها في القانون المدني الجزائري، فمنح للشريك سلطة التصرف في حصته الشائعة والمفرزة بكامل أنواع التصرفات الناقلة للملكية او ترتيب حقوق عينية. وعالج الحالة التي يتصرف فيها الشريك في كل العقار الشائع والآثار التي يترتبها فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الشركاء اضافة لإمكانية الشركاء مجتمعين او الأغلبية منهم الحق في التصرف في العقار الشائع كله أو جزء منه مستندين في ذلك إلى أسباب قوية تبرز تصرفهم مع حماية الأقلية منهم بمنحهم ضمانات قانونية تحفظ حقوقهم.

الكلمات المفتاحية: شيوخ، الشريك، المشاع، التصرف في العقار الشائع، ملكية شائعة، حق تصرف الشركاء، حق عيني، حق أصلي، الحصة الشائعة.

Abstract :

We have concluded from this study that common real estate ownership is considered a form of ownership owned by a group of people, the provisions of which were regulated by the Algerian legislator in the Algerian Civil Code, granting the partner the authority to dispose of his common and divided share with all types of actions transferring ownership if a real, right is arranged. He addressed the situation in which a partner disposes of all of the common property and the effects that it creates between the contracting parties and vis-à-vis the partners. He also acknowledged the possibility of the partners collectively or the majority of them who own three-quarters of the common property having the right to dispose of all or part of the common property based on strong reasons that highlight their action with... Protecting the minority among them by giving them legal guarantees that preserve their rights.

Keywords: Commonality, partner, common property, to dispose of common property, common ownership, right to dispose of partners, right in rem, original right, common share.