



جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم حقوق

التصرف في الملك المشاع

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذ:
د/ دخلافي سفيان

إعداد الطالبة:
جبار ليندة

لجنة المناقشة:

أ.د/ قلي احمد، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو رئيسا؛
أ.د/ دخلافي سفيان، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو مشرفا ومقررا؛
أ.د/ سعد الدين أحمد، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 2024/06/27

إهداء

أهدي تخرجي:

إلى أبي الغالي الذي لا يزال حيا في قلوبنا.

وإلى أمي الغالية التي أنارت لي درب النجاح.

وإلى كل من كان سندا لي في هذه الحياة.

من عائلتي وأحبتي وكل من ساعدني في مسيرتي.

جبار ليندة

شكرو

عرفان

بسم الله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وخاتم الأنبياء سيدنا

محمد صلى الله عليه وسلم.

أتقدم بالشكر والامتنان الى كل من ساعدني في إتمام هذا العمل المتواضع

سندي في الحياة أمي الغالية وأخواتي وصديقاتي.

كما نتقدم بخالص الشكر والعرفان الى الأستاذ المشرف دخلافي سفيان الذي

لم يبخل علي بالنصائح والتوجيهات.

كما نوجه الشكر الجزيل إلى كل من رافقني طوال مشواري الدراسي المثمر

من أساتذة في كل الأطوار خصوصا أساتذة كلية الحقوق بوخالفة.

مقدمة

يعتبر حب التملك الذي يسيطر على الطبيعة الإنسانية، أساس اكتساب الافراد سلطات تساهم في جعل المالك ينفرد بملكيته، حيث يتمكن من الانتفاع بها واستغلالها، كما يمكنه أيضا التصرف فيها بكل حرية، دون أن يشاركه شخص اخر فيها، ونضرا لأهميتها البالغة سواء في الجانب النظري أو العملي، خص لها المشرع الجزائري أحكاما تضبطها في القانون المدني الجزائري²¹، في الكتاب الثالث المعنون بالحقوق العينية الأصلية، في بابه الأول بعنوان حق الملكية، في الفصل الأول المتعلق بحق الملكية بوجه عام، القسم الأول ضمن المادة 674 التي جاء فيها أن > الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمله استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة <، إلا أنه قد يجد الفرد نفسه مالكا مع غيره في ملكية واحدة وبذلك يشتركون كل السلطات التي خولها القانون للمالك ملكية فردية، ويطلق عليها الملكية الشائعة، حيث بين المشرع الجزائري الحالة القانونية التي تكون فيها الملكية على الشيوع في نص المادة 713 من القانون المدني الجزائري >إذا ملك اثنان أو أكثر وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك<، وبالتالي فإن القانون منح للشركاء على الشيوع حقوق عليها، كحق التصرف الذي قد يصدر باتفاق جميع الشركاء، سواء بنقل الملكية التي تنقضي بها حالة الشيوع، أو بترتيب حق عيني عليها، كما قد يصدر التصرف بإرادة الشريك المنفردة، سواء في حصته الشائعة أو في جزء مفرز من الحصة الشائعة، وذلك دون موافقة باقي الشركاء بشرط عدم إلحاق أي ضرر بهم، ومن ثم يكون تصرفه صحيحا وناظدا في حقهم جميعا، ويكون التوفيق بين الشركاء أمر صعب، فإن تصرفهم في المال المشاع، لا يخلو من منازعات تدفع بهم إلى اللجوء للقضاء، سواء تعلق الأمر بالقسمة فقد لا تسره النتيجة المتوصل إليها، خاصة فيما يتعلق بتكوين

1. 21. أمر رقم 58.75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، معدل ومتمم.

الحصص، حيث يرفع الشركاء دعوى القسمة، التي تفصل في النزاع، ويعتبر الحكم الصادر فيها نقطة انتقال الملكية من شائعة إلى مفرزة بصفة نهائية، كما كرس القانون لباقي الشركاء ضمانات تقيد حرية الشريك في التصرف، بالبيع إلى أجنبي كونهم أولى بها، والمتمثلة في حق الشفعة وحق الاسترداد، اللذان اثارا العديد من النزاعات التي تؤدي بالشركاء إلى القضاء، متى كان لهم أسباب ودوافع قوية لرفع دعاوى قضائية، لثبوت حقهم المنتهك من قبل أحد الشركاء، وإبعاد الضرر الذي قد يلحق بهم من التصرف.

تكمن أهمية الموضوع في كون أن التصرف في المال المشاع من الأمور الأكثر صلة بالواقع العملي، كما أنه يعتبر من المسائل الأكثر عرضة على القضاء، ولذلك لا بد من دراسته وتبيان أحكامه.

وتعد أسباب اختياري لموضوع التصرف في المال المشاع كونه يدخل ضمن تخصصي الا وهو القانون الخاص، الى جانب ذلك يعتبر موضوع الساعة حيث أن كثير من الافراد يملكون ملكية شائعة إلا أنهم يجهلون أن القانون منح لهم حق التصرف بها، فهذا ما دفعني لدراسة هذا الموضوع وتبيان أحكامه.

يستدعي البحث في هذا الموضوع إتباع المنهج التحليلي لأنه الأنسب لتحليل المواد القانونية.

بناء على ذلك نطرح الإشكالية التالية: ماهي الأحكام القانونية التي تحكم التصرفات

الواردة على المال المشاع؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة سنتناول في الفصل الأول أحكام التصرف في الملك

المشاع، كما خصصنا الفصل الثاني للمنازعات القضائية المتعلقة بالملك المشاع.

الفصل الأول

أحكام التصرف في الملك المشاع

إن الملكية بوجه عام ملكية فردية ينفرد بها المالك وحده لامتلاكه كل من السلطات الثلاث التي تعطي الشخص صفة المالك، وتتمثل في سلطة الاستعمال و الاستغلال و التصرف، وبالتالي فإنه لا يثور أي إشكال في استعمال هذه السلطات، لكن الأمر يكون أكثر تعقيدا حين يشترك الملاك في ملكية واحدة، إذ يصبحون ملاك على الشيوع، ففي هذه الحالة يكون التصرف في الملكية الشائعة صعب التنفيذ إذ أنه قد يؤدي إلى نشوء خلاف أو نزاع بين الشركاء فيما يتعلق بمباشرة كل شريك سلطاته، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى سن أحكاما خاصة لحماية حالة الشيوع أثناء إبرام التصرفات القانونية، يظهر ذلك في القسم الرابع من الباب الأول المتعلق بحق الملكية من الكتاب الثالث الحقوق العينة الأصلية ابتداء من 713 إلى المادة 742 من القانون المدني الجزائري.

يتم التصرف في الملكية الشائعة إما تصرفا جماعيا باتفاق كل الشركاء إما بالبيع أو الهبة أو الوصية (المبحث الأول)، وإما تصرفا فرديا يكون ناتجا عن تصرف أحد الشركاء في جزء من الملكية الشائعة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التصرف الجماعي في الملك المشاع

وفقا لأحكام المادة 720 من القانون المدني الجزائري > للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذ استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا¹، وبالتالي فإن التصرف الجماعي في الملك المشاع يكون صحيحا وناظدا في حقهم لأنه غالبا ما يكون صادر عن اتفاق كل الشركاء بإحداث أثر قانوني (المطلب الأول)، إلا انه يمكن أن لا يتفق جميع الشركاء حول مسألة التصرف في الملك المشاع ويكون التصرف صادر من أغلبيتهم فقط بشرط مراعاة حق الأقلية منهم (المبحث الثاني).

المطلب الأول

التصرف الصادر من جميع الشركاء

إن الاتفاق أساس استمرار كل التصرفات ونجاح كل العلاقات ويعتبر مقياسا لصحة المعاملات في الحياة العملية لذا فإن تصرف الشركاء مجتمعين في الملكية الشائعة يكون صحيحا وناظدا في حقهم جميعا لأنه صادر باتفاق كل منهم أي أنه لا يمكن الدفع ببطلانه. يكون التصرف إما بنقل الملكية كالبيع والهبة (الفرع الأول) وإما باتفاق الشركاء على إنشاء حق عيني سواء كان أصلي أو تبعي (الفرع الثاني).

1-الأمر رقم 58.75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية

إن تصرف الشركاء مجتمعين يأخذ عدة صور كتصرف الشركاء في كل الملكية العقارية، وبالتالي تنتهي حالة الشيوخ، أما في حالة تصرفهم في جزء مفرز فإن هذا الأخير يخرج من نطاق الملكية الشائعة، أما إذا كان الجزء المتصرف فيه غير مفرزا اعتبر الشاري مالك مع باقي الشركاء¹، ويجوز لكل الشركاء أن يتفقوا على التصرف في المال الشائع سواء بعوض كالبيع أو بدون عوض كالهبة والوصية²

أولا/ البيع

يقصد بالبيع في المادة 351 من القانون المدني الجزائري أنه <عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي> بالرغم من كون البيع من أهم التصرفات الناقلة للملكية إلا أن المشرع أغفل تناول أحكام بيع الشركاء مجتمعين للملك المشاع وعليه فإن الأحكام العامة تطبق على الشيوخ في البيوع³.

ويرد البيع على شئ سواء كان ماديا أو معنويا، ويختلف بيع الأشياء باختلاف طبيعتها فإذا كان واردا على عين لها صفات خاصة تميز العين عن غيرها كمنزل أو لوحة أو غيرها فإن تعيينها يتحدد بتحديد ذات الشيء مثلا بيع عقار يكون ببيان موقعه، أما إذا كان التصرف يترتب على أشياء مثلية كالقمح فلا بد من بيان النوع والصفة⁴.

¹ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة الخاصة الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015، ص79
² بن أحمد كهينة، بن عيسى نجاه، تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015-2016، ص52.

³ مولاي اليزيد باقلاّب، مهدي القايم، أحكام التصرف في الملكية الشائعة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2017-2018، ص27.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دط، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص122.

وتأسيسا على ذلك يعتبر التصرف صحيحا في حالة إجماع الشركاء على بيع حصة مشاعة، وبذلك يصبح المشتري شريكا جديدا يدخل مع باقي الشركاء ويكون له حق التصرف في الحصة الشائعة¹.

أما فيما يخص اتفاق الشركاء ببيع العقار بأكمله لعدم قابليته للتجزئة لأن قسمته تنقص من قيمته فيتم بيع العقار ويأخذ كل شريك نصيبه فيسمى هذا النوع من البيوع ببيع التصفية².

ثانيا/ الهبة

نصت المادة 202 من قانون الأسرة أن الهبة تملك بلا عوض، نستخلص بعد استقراء نص المادة أن الهبة من الأعمال الخيرية فهي تصنف ضمن عقود التصرف وعلى هذا الأساس فإن أحكام الهبة تنطبق على تصرف الشركاء في المال الشائع وفي جزء مفرز منه بالهبة سواء كانت لأحد الشركاء أو شخص أجنبي فهي صحيحة وناذة في حقهم جميعا بشرط احترام الشركاء لأحكام التوثيق في العقار لانتقال الملكية، أما فيما يخص المنقول تخضع لإجراءات خاصة³ وفقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري⁴.

ثالثا/ الوصية

وفقا لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري فإن الوصية تكون في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة وبالرجوع لنص المادة المذكورة أعلاه يحق للشركاء أن

¹قليف حنان، درامشية فطيمة صورية، حق التصرف في المال المشاع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة. بجاية، سنة 2021\2022 ص20.

²وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2007\2008 ص69.

³مولاي اليزيد، مهدي القايم، مرجع سابق، ص29.

⁴قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 24، الصادرة سنة 1948، معدل ومتمم بموجب أمر، 05.02.

يوصوا بالمال الشائع في حدود الثلث ويكون صحيحا وناظا في حقهم جميعا، أما الباقي الذي زاد عن الثلث فإن صحته من عدمه يتوقف على إجازة الورثة¹

الفرع الثاني: التصرف المنشئ لحق عيني

إن الحياة العملية التي تحكم الأفراد وتدفعهم إلى إبرام عدة تصرفات لا تستدعي نقل الملكية إلى المتصرف إليه وإنما فقط إنشاء حق عيني، ومثل هذه التصرفات تعطي للشركاء حق التصرف في الملكية الشائعة إما برهنها أو انتفاع الغير بها...دون انتقال الملكية، والحقوق العينية نوعان حقوق عينية أصلية كحق الانتفاع والارتفاق وحقوق عينية تبعية تتمثل في الرهن الرسمي والرهن الحيازي.

أولا الحقوق العينية الأصلية

تماشيا مع ما تم ذكره قد يتصرف الشركاء جميعا بترتيب حق عيني أصلي على المال الشائع لا أكثر كترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق.

1 احق الانتفاع:

مما لا شك فيه أنه يمكن أن يكون لأكثر من شخص حق الانتفاع على شيء واحد وعندئذ يكون حق كل منهم هو "حق انتفاع شائع"² وعليه فإن للشيوخ مجتمعين حق التصرف في المال الشائع كلها وفي جزء مفرز منه بترتيب حق الانتفاع وهذا ما يعطي للشخص المنتفع حق الاستعمال والاستغلال أما الشركاء في الشيوخ فيحتفظون بملكية الرقبة، وبالتالي يكون للشريك المنتفع

¹ ابن أحمد كهينة، بن عيسى نجاه، تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015-2016، ص56.

² أحمد أشرف عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، الملكية الشائعة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص15.

صاحب حق الانتفاع أعمال الإدارة المعتادة ويكون للشركاء الآخرين أعمال الإدارة الغير المعتادة والتصرف وطلب القسمة.¹

2) حق الارتفاق:

هو حق عيني أصلي يرد على عقار فيحد من منفعته لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر فيطلق على العقار المثقل بالارتفاق "العقار الخادم أو المرتفق" كما يطلق على العقار المستفيد من الارتفاق "العقار المخدوم أو المرتفق به"² كما نصت المادة 667 من قانون المدني الجزائري >الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز إن يرتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له.

ثانياً الحقوق العينية التبعية

وجدت الحقوق العينية "التأمينات العينية" لحماية حق الدائن في حالة تعسف المدين عن الوفاء بالدين فتعتبر تلك العين كضمان أي انه في حالة عدم الوفاء يحق للدائن التنفيذ على الشيء وبيعه في المزاد العلني لاستفاء حقه³ وذلك ينطبق على الملكية الشائعة حيث أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1\890 من القانون المدني الجزائري حيبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته <، استنادا إلى ما سبق نستخلص أن الرهن الصادر من الشركاء رهن صحيح أي كانت نتيجة القسمة أو البيع في حالة استحالة القسمة بشرط أن يكون العقار المرهون رهنا حيازيا قابلا للبيع مستقلا بالمزاد العلني وهذا ما نصت عليه المادة 949 من القانون المدني الجزائري "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول و عقار"، و تجدر الإشارة إلى أن رهن العقار الشائع كله يسري في

¹قليف حنان، درامشية فاطمة صورية، حق التصرف في المال المشاع، مرجع سابق، ص 23.

²عبد المجيد زعلاني، الوجيز في القانون المدني الجزائري، دط، دار برتي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص182.

³زعلاني عبد المجيد، المرجع نفسه، ص183.

حق كل الشركاء حتى في حالة وفاتهم ينتقل إلى الورثة، أما في حالة رهن جزء مفرز من العقار يكون صحيحا و نافذا في حقهم جميعا إلا انه يمكن أن يثور إشكال بعد القسمة إذا كان كل العقار المرهون من قبل كل الشركاء من نصيب أو في الجزء الذي يختص به أحد الشركاء فيحق لهذا الأخير الرجوع إلى باقي الشركاء بالتعويض إذا رعي في القسمة أو يعود عليهم بدعوى ضمان المتقاسمين¹.

أما فيما يخص بيع العقار المرهون فإنه ينتقل إلى المشتري متقلا بالرهن وللدائن المرتهن حق تتبع العين في أي يد كانت وأيضا له حق التقدم على باقي الدائنين العاديين لاستثناء حقه².

المطلب الثاني

التصرفات الصادرة عن أغلبية الشركاء

يعتبر تعدد الملاك في الملكية الشائعة إشكالا لصعوبة التوفيق بينهم خاصة فيما يخص التصرف في الملكية وهذا ما دفع بالمشرع إلى السماح لأغلبية الشركاء بالتصرف في الملكية مع مراعاة شروط وأحكام لا بد من احترامها (الفرع الأول) لكن هذا لا يعطي للأغلبية سلطة مطلقة في التصرف لأن للأقلية حق الاعتراض إذا كان ذلك يمس بمصالحهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط نفاذ تصرف أغلبية الشركاء

نصت المادة 720 من القانون المدني الجزائري "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف في المال فيه إذ استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن

¹ تمرانت ريمة، رهن العقار الشائع رهنا حيازيا عقاريا في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 50، المجلد 1، صادر عن كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة الجزائر، 2018، ص 151

² قليف حنان، درامشية فاطمة، مرجع سابق، ص 24

يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ... " وبعد استقراء نص المادة نستخلص جملة من الشروط الواجب توافرها لتمكين أغلبية الشركاء من التصرف في المال الشائع منها:

أولاً امتلاك الشركاء ثلاثة أرباع المال الشائع

أجاز المشرع الجزائري بصريح العبارة في نص المادة 720 من القانون المدني الجزائري لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بالتصرف في هذا الأخير سواء بالبيع أو بالرهن ... أو غيره من التصرفات .عندما أشار المشرع الجزائري لأغلبية الشركاء لم يقصد الأغلبية العددية لأنه يمكن أن تتمثل الأغلبية في عدة أشخاص كما يمكن تمثّل شخص واحد يملك هذه النسبة وذلك بخلاف القاعدة العامة, لقد اعتمد في تحديد الأغلبية على المعيار الموضوعي وذلك بإقرار نسبة الملك(4\3 من المال الشائع) ومن هذا المنطلق فإن من يملك هذه الأغلبية جاز له التصرف في المال الشائع ولو كان شريكا واحد¹.

ثانياً الدوافع الأساسية التي تتبناها الأغلبية من أجل تأييد قرارها في التصرف في المال المشاع

من الشروط الواجب توافرها هو إسناد الأغلبية في قرارها بالتصرف في المال المشاع إلى أسباب قوية ومثال على ذلك أن يكون المال الشائع في حاجة إلى ترميمات تقضي الاقتراض مع رهنه ضمانا للقرض أو تعذر استغلال المال الشائع فتقرر الأغلبية بيعه².

إلى جانب ذلك يعتبر تعدد الآراء واختلاف وجهات النظر في إدارة وتسيير المال الشائع إشكالا كبيرا إذ أنه يؤدي إلى تعطيل الانتفاع به وبالتالي فإن التصرف في هذه الحالة يكون لصالح جميع الشركاء³.

¹قليف حنان، درامشية فاطمة صورية، المرجع نفسه، ص26

²محمد حسين قاسم، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، لبنان، 2006، ص131.

³قسمي أحلام، تصرف الشريك في العقد الجماعي في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 02، المجلد 05، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2022، ص174.

ثالثا إعلام باقي الشركاء بقرار الأغلبية في التصرف في المال الشائع

إذا ساهم أغلبية الشركاء بالتصرف في المال الشائع لأبد من إعلام هذا القرار إلى باقي الشركاء بغية ممارسة حقهم في الاعتراض أمام القضاء¹ كما يعد التصرف باطلا في حالة اتفاق الأغلبية ببيع الملكية الشائعة دون إعلان باقي الشركاء وكان هذا التصرف يمس بمصالحهم فيكون للمحكمة في هذه الحالة سلطة تقدير الضرر اللاحق بهم من عدمه².

الفرع الثاني: حق الأقلية في المعارضة

بالرغم من الحماية التي كرسها المشرع لأغلبية الشركاء في التصرف بالملكية الشائعة إلا أنه رعى مصالح الأقلية منهم وبالتالي منح لهم حق الاعتراض في حالة أي تعسف يلحق لهم ضرر.

وبالرجوع لنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري >... ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان < يفهم أن القانون أجاز للأقلية اللجوء إلى المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها المال الشائع حسب نص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ والطعن في قرار الأغلبية خلال مدة أجلها شهرين من وقت الإعلان يبلغ الإعلان مكتوبا وليس شفويا أو عن طريق محضر قضائي أو برسالة وفي حالة عدم تبليغ قرارها للأقلية يكون التصرف باطلا⁴، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 92343 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1992 "من المقرر قانونا أنه يكون للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استند والى أسباب أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء

¹ علاوي لخضر، مرجع سابق، ص22.

² يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015، ص80.

³ قانون رقم 08.09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية (ج ر 21 مؤرخة في 2008.04.23)

⁴ ملاي اليزيد ياقلاب، مهدي القايم، مرجع سابق، ص42

لما ثبت -من مستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعي عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون¹

إذا تم الإعلان عن التصرفات المراد إبرامها من قبل أغلبية الشركاء بالطرق التي نص عليها القانون وتظلم أحد الشركاء ذلك القرار لكن بعد فوات الآجال القانونية أي بعد مرور شهرين يصبح قرارهم ملزماً وناظراً في حق جميع الشركاء، أما إذا تم الاعتراض في الميعاد القانوني فإن المحكمة تنظر في مدى إمكانية قسمة المال الشائع².

للحكمة السلطة التقديرية في النظر حول إمكانية قسمة المال الشائع، فإذا توصلت إلى أن قسمة المال الشائع يخدم مصلحة الشركاء في هذه الحالة تحكم بقسمة المال الشائع وبالتالي ينتهي الخلاف، لكن الإشكال يكون عندما تكون القسمة غير ممكنة فالمحكمة تستعين بمبررات الأغلبية إذا وجدتها جدية وناظرة ويصبح التصرف كأنه صدر من جميع الشركاء، لكن إذا رفضت المحكمة قرار الأغلبية إلا أن هذه الأخيرة تمسكت بموقفها وأبرم التصرف واعتبر باطلاً وغير نافذ في حق الأقلية³.

إذا أصبح التصرف الصادر من الأغلبية نهائياً سواء لعدم الاعتراض عليه في الميعاد من الأقلية وإما لصدور حكم بإقرار الأغلبية على إبرامه، كان هذا التصرف نافذاً تجاه الجميع وقت الشيوع وبعد القسمة أياً كانت نتيجتها⁴.

¹قرار المحكمة العليا، رقم 92343، مؤرخ في 1992.10.28 المجلة القضائية، سنة 1992، عدد 1، ص 38

²محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص

³زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص 60.

⁴همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 60

المبحث الثاني

التصرف الفردي في الملك المشاع

يعد التصرف الجماعي كونه صادر نتيجة اتفاق بين الشركاء من المعاملات التي لا تحدث أي اشكال، مقارنة بتصرف الشريك منفردا بالرغم من كل الحقوق الممنوحة له من طرف المشرع باعتباره مالكا، إلا أنه تواجهه العديد من العوائق سواء كانت مع باقي الشركاء، أو مع المتصرف إليه، حيث يتمحور حقه في التصرف إما في حصته وذلك بنقل ملكيتها أو ترتيب حق عيني عليها (المطلب الأول)، كما له أن يتصرف في جزء مفرز من الحصة الشائعة، ويختلف حكم التصرف في حالة علم المتصرف إليه، وحالة جهله لطبيعة الجزء المتصرف فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائع

منح المشرع الجزائري للشريك في الشيوخ حق التصرف في حصته بصفة انفرادية، أي بدون أخذ موافقة باقي الشركاء، بشرط ألا يلحق بهم ضررا وغير ذلك فإنه تصرفا صحيحا صادر من مالك، ويكون التصرف إما بنقل ملكية الحصة الشائعة سواء بالبيع أو الهبة... (الفرع الأول)، أو بترتيب حق عيني يكون إما حق عيني أصلي كحق الانتفاع، أو حق عيني تباعي كالرهون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نقل الشريك ملكية الحصة الشائعة

وفقا للصلاحيات التي قدمها المشرع الجزائري للشريك في الشيوخ بالتصرف في الملكية الشائعة بصفة انفرادية ويظهر ذلك في نص المادة 714 السالفة الذكر فإن تصرف الشريك بنقل حصته الشائعة سواء بالبيع أو الهبة لا يطرح أي إشكال لباقي الشركاء بشرط أن لا يلحق بهم ضرر.

أولاً بيع الشريك حصته الشائعة

لكل شريك في الشيوخ الحق بنقل ملكية حصته الشائعة والتصرف فيها بالبيع سواء إلى أحد الشركاء أو إلى غيره بشرط عدم إلحاق ضرر لباقي الشركاء حسب نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري.

وهذا ما توجهت إليه المحكمة العليا في قرار لها رقم 186043 "عن قضاة المجلس أكدوا انه طالما أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوخ في منابه دون فرزه طالما انه لم يلحق أي ضرر بمناب شركائه وهو ما لم يثبت في قضية الحال وعليه قرروا بإلغاء الحكم المستأنف وقضوا من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

وحيث أنه يتبين مما سبق أن قضاة المجلس لاحظوا الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوخ في منابه وعليه قضوا على حق برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال هذا التصرف وبهذا طبقوا أحكام المادة 714 من القانون المدني الجزائري.¹

¹قرار المحكمة العليا، رقم 186043، المؤرخ في 24\03\1990، الغرفة العقارية، المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990، عدد خاص، الجزء الثاني، ص 190

ولانتقال الملكية بالبيع لابد من تواجد جملة من الشروط وهي توافر كل أركان العقد ليكون صحيحا وناظدا في حقهم جميعا إلى جانب مشروعية المحل والسبب وجب توافق إرادتي كلا الطرفين، أما فيما يخص البيع الواقع على العقار لابد من تفرغته في قالب رسمي وهذا ما تضمنته المواد 793 و 324مكرر 1 حيث اعتبرت الرسمية شرطا لتحرير العقود المتضمنة نقل الملكية مع دفع ثمن إلى الموثق ويجب أن تكون الكتابة محررة عن طريق ضابط عمومي، كما يجب إتباع إجراءات التسجيل والشهر العقاري في المحافظة العقارية.¹

و بالرغم من الحرية التي قدمها المشرع الجزائري للشريك عند تصرفه في حصته الشائعة إلا أنها ليست حرية مطلقة إذ أنه لا يمكن بيع ملكيته قبل القسمة لأجنبي دون موافقة سائر الشركاء لأنهم أحق بها فحسب نص المادة 721 من قانون المدني الجزائري "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ، و يتم الاسترداد بواسطة تسريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقته" وبعد الاطلاع على نص المادة يتضح انه يمكن للشركاء استرداد الحصة الشائعة عن طريق تصريح يحل بموجبه المسترد محل المشتري أما في حالة تعدد المستردين يحل كل منهم بمقدار حصته فور انتهاء إجراء التصريح إلا أنه يكون غير جائز الاسترداد في حالة إتمام البيع بالمزاد العلني.²

كما نصت المادة 795 من القانون المدني الجزائري "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية...الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي...".

¹عقوني محمد، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، دط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2020، ص 32ص 34.

²زكريا سراش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص62.

ثانيا هبة الحصاة الشائعة

تعد الهبة من العقود العينية فهي تتعد بالإيجاب والقبول أي بتوافق إرادة كلا الطرفين، ولانعقاد العقد وجب تسليم العين محل التعاقد إلى الموهوب له بمعنى أن تكون تحت حيازة هذا الأخير، أما إذا تعلق الأمر بالهبة العقارية وجب مراعاة أحكام التوثيق والإجراءات الخاصة في المنقولات التي تستوجب التسجيل وغير ذلك يعد باطلا¹، وهو ما أكدت عليه المادتين 206 و207 من القانون المدني.

فيحق للشريك على الشيوع هبة حصته المشاعة لشريك آخر أو لأجنبي بشرط عدم إلحاق الضرر لباقي الشركاء مهما كانت طبيعة العين أو حالتها سواء عقار أو منقول، قابلا للقسمة أو غير قابل للقسمة أعتبر تصرفه صحيحا وناظا في مواجهة باقي الشركاء²، إذ يصبح الموهوب له خلفا خاصا منذ شهر العقد في المحافظة العقارية فيصبح هذا الأخير بدوره شريكا مع باقي الشركاء أما الواهب فيخرج من الشيوع إذا وهب كل حصته ويحل محله الموهوب له، أما إذا تصرف في جزء من ملكيته يبقى شريكا في الشيوع في حدود الجزء المتبقي فقط، بالإضافة إلى ذلك فإن الموهوب له يكتسب حقوق و يتحمل التزامات فيكون له الحق في إدارة العقار الشائع سواء الإدارة المعتادة أو الغير المعتادة كما يكون له حق طلب القسمة³.

الفرع الثاني: ترتيب حق عيني على الحصاة الشائعة

منح القانون للشريك في الشيوع سلطة ترتيب حق عيني على الملكية المشاعة لفائدة شخص آخر كترتيب حق عيني أصلي كحق الانتفاع أي أن يكون للمتصرف إليه حق في استعمال واستغلال الشيء دون انتقال الملكية، كما له حق ترتيب حق عيني تبعي المتمثل في الرهن سواء رهن رسمي أو تبعي.

¹ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون الجزائري، د ط، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016، ص 189

² قليف حنان، درامية فاطمة سورية، مرجع سابق، ص 8

³ عقوني محمد، مرجع سابق، ص 44، 45

أولاً ترتيب حق عيني أصلي

يجوز للشريك التصرف في حصته الشائعة كونه يملك حق الرقبة وحق الانتفاع معا لكن استثناء للأصل فإن القانون أجاز للشريك حق التنازل عن حق الانتفاع في الشيء لصالح شخص آخر، وبذلك يكون الشريك قد رتب حق انتفاع للغير.

يحل المنتفع محل الشريك في اقتضاء ثمار هذه الحصة إلا أن المتصرف يبقى مالك الرقبة ويكون للمتصرف إليه أعمال الإدارة المعتادة ويكون لمالك الرقبة أعمال الإدارة الغير المعتادة¹، أي يبقى من حق الشريك كونه مالك الرقبة أعمال التصرف وطلب القسمة.²

أما عن إيجار الشريك للحصة الشائعة فقد نصت المادة 467 من القانون المدني الجزائري "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشي لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم" وبعد النظر في نص المادة يتضح لنا أنه يمكن للشريك تأجير حصته الشائعة لشخص آخر وانتفاع هذا الأخير بها مقابل بدل إيجار.

يصبح المنتفع بالإجارة شريكا في الانتفاع دون الرقبة التي تبقى كما ذكرنا سابقا للشريك المتصرف، أما موقف الشريعة الإسلامية حول مسألة تأجير الشريك لحصته الشائعة فهي فاسدة وليست باطلّة كون العين المؤجرة غير مفرزة لأنها مختلطة بحصص الشركاء الآخرين أما إذا تم فرزها فيصبح إيجارها جائزا.³

أما فيما يتعلق بمصير الحصة الشائعة عند ترتيبه حق انتفاع بعد القسمة فإن المشرع لم يتناول هذه المسألة و بالتالي يطبق عليه عن طريق القياس أحكام الرهن الرسمي بالرغم من اختلاف طبيعة كلا هذه الحقوق العينية فلهذا لا يمكن الاعتماد في كل الحالات على القياس كون الرهن

¹ محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 133

² زكريا سراش، مرجع سابق، ص 61

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 188 189

وفقا لنص المادة 2\890 من القانون المدني الجزائري " إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قسمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل" و بالتالي فكرة الحلول العيني لا تتطابق دائما مع طبيعة حق الانتفاع مثلا منزل و قطعة أرض فلاحية و رتب الشريك على حصته الشائعة في قطعة أرض حق انتفاع للغير و بعد القسمة وقع من نصيب الشريك المتصرف المنزل في حين حق الانتفاع ينصب على قطعة أرض ولم ينتهي مدته فإن من غير المعقول تطبيق فكرة الحلول العيني وانتقال حق الانتفاع لصالح المتصرف إليهم قطعة أرض إلى منزل كون الغرض من الانتفاع مختلف أي أنه لا يمكن إنشاء حقوق و التزامات لم تنصب نية المتعاقدين إلى ترتيبها، وينقضي حق الانتفاع بانقضاء سبب التعاقد و يرد الشريك ثمن ما زاد عن مدة الانتفاع إذا كان بعوض.¹

ثانياً ترتيب حق عيني تبعي

يجوز لشريك على حصته الشائعة عقود عينية تبعية بما فيهم حق التخصيص وحق الامتياز والرهن سواء رهنا رسميا أو رهن حيازي.

لقد تولى الفقه تعريف حق التخصيص بأنه حق عيني تبعي يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين يأمر به رئيس المحكمة المختصة بناء على طلب دائن محكوم له بدينه²، وبالتالي يمكن للشريك ترتيب حق اختصاص على الحصة الشائعة تكسب دائن صاحب الحصة في عقار على اختصاص بهذه الحصة إذا استوفى الشروط الواجب توافرها³، كون الشريك في الشيوخ مدين لشخص آخر ثابت بحكم قضائي فإن القانون منح لدائن حق اللجوء إلى القضاء لاستصدار تخصيص على الحصة الشائعة ضمانا لدينه بموجب عريضة يتقدم بها إلى رئيس

¹ عقوني محمد، مرجع سابق، ص 47 ص 48

² عماري اسية، حجوة مروة، حق التخصيص في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية تخصص قانون الاعمال والاستثمار، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي قالمة، السنة الجامعية 2016\2017، ص 8

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، لبنان، سنة 1986، ص 847

المحكمة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم¹، ولا بد أن تشمل على البيانات المذكورة في نص المادة 941 من القانون المدني الجزائري وبعد ذلك يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالتخصيص مراعيًا بذلك الشروط المذكورة في نص المادة 942 من نفس القانون².

كما يمكن للشريك ترتيب حق امتياز على حصته الشائعة إذا باعها مالکها دون قبض ثمنها فيكون له حق امتياز على حصته الشائعة التي باعها بما تبقى له من ثمن سواء كانت عقارا أو منقولاً³، فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 982 من ق م ج أنه "أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني"، كما يظهر في المواد 986، 987، 988، أنه يسري على حق الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي سواء الأحكام المتعلقة بهلاك الشيء، أو بانقضاء الحق في حد ذاته.

كما يمكن أيضا للشريك رهن حصته الشائعة بغض النظر عن طبيعة هذه الأخيرة سواء عقارا معينا أو مجموعة أموال فإن تصرفه صحيحا وناظرا دون انتظار نتيجة القسمة كون له ملكية الحصة وله الحق في أن يتصرف فيها كيف ما يشاء⁴.

فيكون الرهن إما رهنا رسميا أشار إليه المشرع في المادة 882 من ق م ج " أنه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه..." ولا يتوقف صحة التصرف على نتيجة القسمة أو إجازة باقي الشركاء كون طبيعة الرهن لا تستدعي الحيابة فإن باع الشريك حصته تنتقل مثقلة برهن، وتختلف أحكام الرهن الرسمي للحصة المشاعة في العقار حول حلول أجل الدين قبل القسمة ولم يوفي المدين دينه، في هذه الحالة يحق للدائن المرتهن التنفيذ على العقار وبيع الحصة المرهونة بالمزاد، ويحل من رسا عليه المزاد محل الراهن بعد استثناء الدائن المرتهن حقه

¹ وهاب عباد، مرجع سابق، ص 14

² أنظر المواد 941، 942 من القانون المدني

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 847.

⁴ مريم تومي، رهن العقار الشائع في العقار الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، سنة 2014، ص 241

من ثمن البيع¹، أما إذا حل أجل الدين بعد القسمة سنكون أمام عدة احتمالات أولها وقوع جزء مفرز من نصيب الشريك الراهن مساويا للحصة الشائعة المرهونة وبذلك يصبح محل الرهن بعدما كان شائعا، و قد يختص الشريك بكامل العقار الذي رهن حصة شائعة فيه اختلف الفقهاء حول هذه المسألة، منهم من يرى أن الرهن يضم كل العقار، أما البعض الآخر يرى أن هذا التصرف يشمل فقط الحصة المرهونة دون أن يمتد إلى كل العقار لأن ذلك يلحق ضررا بباقي دائني المرهون كما يلحق ضررا بهاذ الأخير في حالة رغبته برهن الجزء المتبقي من هذا العقار²، أما في حالة اختصاص الشريك الراهن في عقار غير الذي رهنه فإنه تطبق نظرية الحلول العيني المذكورة في نص المادة 21890 من القانون المدني الجزائري³، وقد يكون نصيب الشريك الراهن منقول وبالتالي اختلف الفقهاء حول هذه المسألة منهم من يرى أن الدائن المرتهن يسقط حقه كون الرهن الرسمي يرد على العقار والبعض الآخر يرى ضرورة انتقال الرهن قياسا لفكرة الحلول العيني، ويعتبر الرأي الأول أقرب للصواب لاختلاف طبيعة الرهن الرسمي عن الحيازي وبالتالي لا يوجد مجال لتطبيق فكرة الحلول العيني، وتبقى هذه المسألة ثغرة قانونية مما يلزم الرجوع للأحكام العامة⁴.

وقد يكون الرهن حيازي كونه من العقود العينية لا ينعقد إلا بالتسليم بمعنى انتقال حيازة العقار المرهون من الراهن إلى المرتهن، أو إلى شخص ثالث يطلق عليه العدل، والتسليم يعتبر ركنا في العقد وليس شرط لنفاذه⁵، أما فيما يخص الرهن العقاري لابد من قيده وبالتالي تسري عليه أحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي المادة 966 من ق م ج⁶.

¹ روية محمد رشيد، سلطات الشريك في التصرف في العقار الشائع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة، سنة المناقشة 2016_2017، ص 77

² عقوني محمد، رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا، مجلة الفكر، العدد العاشر، الصادر عن كلية الحقوق جامعة محمد خضير، سنة 2014، ص 526 ص 527

³ أنظر لنص المادة 21890 من القانون المدني الجزائري

⁴ عقوني محمد، رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا، مرجع سابق، ص 529 ص 530

⁵ تمرانت ريمة، مرجع سابق، ص 149

⁶ أنظر إلى المادة 966 من القانون المدني الجزائري

أما ما يتعلق بمصير الرهن بعد القسمة فإنه تتفق مع الرهن الرسمي في جميع الآثار، ويخالفه في فكرة الحلول العيني إذ ورد نص يبين حول هذه الفكرة في الرهن الرسمي، بينما المشرع أغفل ذلك في الرهن الرسمي¹، في حالة ما إذا كان اختصاص الراهن مبلغ من النقود لتعذر قسمة العقار عينا وبالتالي يتم بيعه بالمزاد إما لرسوه على أحد الشركاء بموجب قسمة التصفية وبالتالي يتقاضى الراهن نصيبه من العقار، وإما لرسو المزاد على أجنبي ففي هذه الحالة يظهر العقار من الرهن باستحقاق الدائن المرتهن حقه من ثمن رسو المزاد².

المطلب الثاني

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

تعتبر الملكية في الشيوع من المسائل الأكثر انتشارا نظرا لطبيعتها الغامضة التي تستدعي أحكاما خاصة غير التي تطبق على الملكية الفردية، ومن المعاملات الأكثر تعقيدا فيها تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع وهو مازال شريك في الشيوع وبالتالي فإن تصرفه يعتبر تعرضا لحقوق باقي الشركاء.

أشار المشرع الجزائري إلى هذا التصرف في نص المادة 2\714 من القانون المدني الجزائري "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

وعلى هذا الأساس لا بد من دراسة طبيعة التصرفات التي يبرمها الشريك في جزء مفرز (الفرع الأول) وبعدها وجب تبيان حكم تصرف الشريك في العين المفرزة (الفرع الثاني)

¹ عقوني محمد، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 79

² تمرانت ريمة، مرجع سابق، ص 149

الفرع الأول: طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز

لقد اختلف الفقهاء حول طبيعة التصرف في الجزء المفرز للملكية الشائعة فمنهم من يرى أن الشريك تصرف مالا يملك والبعض الآخر يؤكد صحة التصرف لصدورها من مالك للشيء المتصرف فيه، والبعض الآخر أوقف صحته على نتيجة القسمة إلى غير ذلك.

أولاً تصرف الشريك فيما لا يملك

إن اعتبار المتصرف لا يملك في الجزء الذي المتصرف فيه إلا قدر نصيبه في الشئوع، أما الباقي يعتبر ملك لباقي الشركاء، وبالتالي فكل ما زاد عن حصته يعتبر تصرف في ملك الغير¹، وعلى ذلك يمكن للمتصرف إليه المطالبة بإبطال التصرف كونه اشترى ملك الغير²، كما لباقي الشركاء حق رفع دعوى الاستحقاق على المتصرف والمتصرف إليه خاصة في حالة كون التصرف ناقلاً للملكية وذلك لهدف تأكيد ملكيتهم في العين المراد إبرام التصرف عليها³.

وبما أن التصرف معلق على نتيجة القسمة، فإنه معلق على شرط واقف وهو وقوع العين المتصرف بها أو الجزء المفرز من نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط صح التصرف ونفذ بأثر رجعي، فإذا لم يتحقق أصبح حكم معدوم وبالتالي فإن المتصرف إليه لا يمكنه التمسك بإبطال التصرف قبل القسمة أي طلبه يتوقف على نتيجة القسمة⁴.

تم نقد هذا الرأي كونه يؤدي إلى تأخير مصير التصرف إلى غاية إتمام القسمة بمعنى أن هذا التصرف معلق على احتمالية التملك وقد تطول مدة القسمة، كذلك قياس هذا التصرف بالعقد المعلق على شرط واقف غير ممكن كون الشرط الواقف كون تعليق العقد على هذا الشرط لا

¹فراجي كوثر، براهيم عبد الرزاق، إجراءات بيع الشريك في الشئوع لجزء مفرز من المال الشائع في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الثاني، الأغواط، سنة 2019، ص50

²محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص139

³عقوني محمد، تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية، سنة 2009، ص60

⁴مولاي اليزيد باقلاّب، مرجع سابق، ص55

ينتج أي أثر قبل تحقق الشرط، ويكون نتيجة لإرادة المتعاقدين بعكس هذا التصرف الذي يكون نتيجة لتقرير المشرع قاعدة أثر القسمة الكاشف، وفي الأخير فإن هذا التصرف لا يمنح للمتصرف إليه حق إبطال العقد على أساس الغلط¹، وعلى هذا الأساس فإن هذا الرأي غير صائب.

ثانياً تصرف الشريك موقوفاً على نتيجة القسمة

يرى أنصار هذا المذهب أن التصرف الصادر من الشريك فيما يخص الجزء المفرز من المال الشائع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ووقع من نصيب المتصرف ذلك الجزء اعتبر التصرف صحيحاً، لاعتبار الشريك تصرف في ملكه، أما إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز من نصيب شريك آخر غير المتصرف اعتبر التصرف تصرفاً في ملك الغير، وللمتصرف إليه حق طلب إبطال العقد².

ثالثاً صحة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بين الأطراف وغير نافذ في حق باقي الشركاء

يعد التصرف الصادر من الشريك في جزء مفرز من المال الشائع صحيحاً كونه صادر من مالك، غير أنه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء كون المتصرف لا يملك في الجزء الذي تصرف فيه إلا بمقدار نصيبه في الشيوع، وينتج عن عدم نفاذ التصرف عدم اعتبار المتصرف إليه شريكاً في الشيوع ولا يكون له حقوق مثل الشخص المتصرف كطلب القسمة وغير ذلك طوال فترة الشيوع³.

لقد وجهت انتقادات لهذا الرأي بما فيها أن الشريك في الشيوع لا يمكن له أن يعطي له ملكية مفرزة وهو لا يملكها إلا ملكية شائعة، إضافة إلى ذلك يؤدي إلى نتائج غير مقبولة كونه نافذ

¹ اسعد فاطمة، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 2 الصادر عن كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، سنة 2016، ص 194

² محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 139

³ عقوني محمد، تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع، ص 61

في حق البعض وغير نافذ في حق البعض الآخر...، وبالرغم من الانتقادات المقدمة لهم إلا هذا الرأي يعتبر الرأي الراجح من بين آراء الفقهاء كونه أكثر تماشياً مع الأحكام العامة المتعلقة بالملكية الشائعة، حيث أخذ المشرع الجزائري به، وهو ما استقرت عليه أيضاً المحكمة العليا في قرارات عديدة لها من بينها رقم 39496 بتاريخ 08\04\1987¹.

الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في الجزء المفرز من العقار الشائع

نصت المادة 714 من القانون المدني الجزائري على صحة تصرف الشريك في جزء مفرز من الحصة الشائعة، لكن يختلف حكم هذا التصرف بناء على علم المشتري أن المتصرف شريك في الشيوع، وعدم علمه بطبيعة العين وعلى هذا الأساس فإن المشرع منح للمتصرف إليه حق إبطال التصرف لجهله أن الشريك لا يملك الحصة مفرزة.

يجوز إثبات علم المتصرف إليه أو جهله بطبيعة الحصة بكافة الطرق القانونية، بما في ذلك البينة والقرائن، وفي حالة إبطال التصرف يعود المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد وفقاً للأثر الرجعي للبطان، ويسقط حق المتصرف إليه في إبطال العقد بانقضاء خمس سنوات من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط، وبانقضاء عشر سنوات من وقت تمام العقد وفقاً لما نصت عليه المادة 101 من القانون المدني الجزائري².

أولاً علم المشتري بحالة الشيوع

قد يبرم المشتري تصرفاً مع شخص بأن يشتري مثلاً جزء مفرز من حصة شائعة وهو يعلم أن المتصرف لا يملك إلا شائعاً، سواء كان ينتظر حصول المتصرف على إقرار باقي الشركاء بالتصرف، أو كان يضمن أن الجزء المتصرف فيه يقع من نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة³، فيعتبر تصرفه صحيحاً بالنسبة للطرفين وغير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء بحصتهم

¹ روبة محمد رشيد، مرجع سابق، ص 19 ص 20

² يعقوني محمد، مرجع سابق، ص 118

³ همام محمد محود زهران، الحقوق العينية الأصلية، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2007، ص 301

المشاعة في الجزء المفرز محل التصرف وينتج عن هذا عدم تمكن المتصرف إليه من أن يكون شريكا في الشيووع و بالتالي لن يستطيع التصرف فيها كيفما يشاء، بالإضافة إلى ذلك يجوز لبقية الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لضمان حقهم في الجزء المتصرف فيه في حالة إنكار المتصرف إليه ذلك¹.

كما يسقط حق المتصرف إليه المتمثل في طلب إبطال التصرف كونه يعلم أن الحق المتصرف فيه على الشيووع²، وبعد القسمة نكون أمام احتمالين إما وقوع الجزء المفرز من نصيب المتصرف، وإما وقوعه في نصيب شريك آخر في الشيووع غير المتصرف.

أ- وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف

إذا وقع الجزء المفرز من نصيب المتصرف يعتبر التصرف صحيحا، كون المتصرف إليه على دراية من الأول أن تلك العين لا يملكها الشريك مفرزة، وبالتالي يصبح المتصرف إليه مالكا نتيجة الأثر الكاشف للقسمة بمجرد التسجيل³.

ب اوقوع الجزء في نصيب شريك آخر غير المتصرف

يسقط حق المشتري في طلب إبطال البيع، حتى ولو وقع الجزء المفرز من نصيب شريك اخر غير المتصرف⁴، كونه على دراية أن المتصرف لا يملك العين ملكية مفرزة وبالتالي فإنه ارتضى مسبقا شراء بما يكون من نصيب المشتري بعد القسمة⁵.

نص المشرع الجزائري في نص المادة السالفة الذكر أنه في هذه الحالة يستقر حق المشتري في نصيب البائع من وقت الشراء، لا من وقت القسمة، أي تطبيق فكرة الحلول العيني، بمعنى

¹ قليف حنان، درامشية صورية، مرجع سابق، ص 17

² محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني، د ط، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص 124.

³ بن أحمد كهينة، بن عيسى كهينة، مرجع سابق، ص 43.

⁴ فراحي كوثر، براهيم عبد الرزاق، إجراءات بيع الشريك في الشيووع لجزء مفرز من المال الشائع في التشريع الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، الأغواط، سنة 2019، ص 52.

⁵ وهاب عياد، مرجع سابق، ص 52.

حول العين التي وقعت في نصيب البائع محل العين المتفق عليها سابقاً¹، وبهذا ينتقل حق المشتري إلى العين الجديدة.

ثانياً جهل المتصرف إليه بالشيوع

في هذه الحالة وفقاً لنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري فإنه يحق للشريك إبطال العقد، لكون المشتري قد وقع في خطأ جوهري وقت إبرام العقد²، وتأسيساً على ذلك وفقاً للقواعد العامة فإنه لا يمكن إجبار المشتري على قبول الجزء المفرز الذي يشترك فيه الشيوع، وتأسيساً على ذلك يحق للمتصرف إليه طلب الإبطال لعدم توفر المحل المتفق عليه³.

كما يستطيع إجازة التصرف وبالتالي يكون حكمه حكم متصرف إليه لم يقع في خطأ، أي كما لو أن هذا الأخير كان يعلم بطبيعة العين.

لكن إذا كانت نتيجة القسمة وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، فلا مجال للمتصرف إليه التمسك بإبطال العقد كونه وقع في خطأ، تماشياً مع مبدأ حسن النية⁴.

في نهاية الأمر نتصور أن هذا التصرف يرد على المنقولات، لأن التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع غير ممكن من الناحية العملية، لأنه تستوجب الشكل الرسمي وباعتبار الشريك لا يملك سنداً رسمياً يثبت ملكيته، فإن الضابط العمومي يمتنع عن توثيق التصرف⁵.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 124، ص 125.

² عומר فتيحة، بن خيضر فيروز، النظام القانوني للملكية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2019، 2020، ص 23

³ وهاب عباد، مرجع سابق، ص 43

⁴ زكريا سرايش، مرجع سابق، ص 64

⁵ المرجع نفسه، ص 65

الفصل الثاني

المنازعات القضائية المتعلقة بالملك المشاع

يعتبر حق التملك من الحقوق التي تعطي الملاك على الشيوع سلطة مباشرة على المال الشائع، وتماشيا مع متطلبات الحياة العملية أو الشخصية، قد تدفع بالشركاء أو بأحدهم فقط إلى إبرام تصرفات حول ذلك المال، وأي تصرف يقوم به الشيوع يكون عرضة لمنازعات قضائية لصعوبة التوفيق بينهم، خاصة إذا كان عددهم كبيرا، فقد يؤدي بهم الأمر إلى إنهاء الشيوع وطلب القسمة، إذ يختص كل منهم بملكية مفرزة، لكن الإشكال الذي يثور في حين عدم تقبل أحدهم نتيجة القسمة، سواء تعلق الأمر بتكوين الحصص، أو بمشاكل أخرى لا تتعلق بتكوين الحصص، قد تدفع بالمدعي للجوء إلى القضاء ورفع دعوى تحت إجراءات قانونية وجب إتباعها (المبحث الأول) كما قد يلجأ الشركاء إلى القضاء من أجل ضمان حقوقهم في حالة رغبة أحد الشركاء بالتصرف في الملكية لأجنبي، ورفع دعوى من أجل إبعاد ضرر قد يلحق بهم في حالة دخول الأجنبي بينهم، عن طريق دعوى الاسترداد ودعوى الشفعة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المنازعات المتعلقة بقسمة الملك الشائع

يعد تعدد الملاك في ملكية واحدة من الأمور الأكثر شيوعاً نظراً لأهميته الكبيرة سواء في الناحية النظرية أو العلمية، وهذا ما يجعلها محل للنزاع، حيث تعرقل حرية الأطراف خاصة عند رغبتهم بالتصرف بها، وينتج عن هذا النزاع قسمة المال الشائع وإنهاء حالة الشروع، وتتمثل أغلبية هذه المشاكل في كيفية قسمة ذلك المال خاصة في حالة ادعاء كل الأطراف ملكية الشيء، أو أن ملكية أحدهم تزيد عن ملكية الآخر، أو لكون حصة أحد الشركاء أحسن من غيرها نظراً لموقعها أو ثمنها.

يتقدم من له مصلحة بطلب القسمة، ووضع حد للإشكال وفق أحكام منصوص عليها قانوناً (المطلب الأول) وتتم قسمة المال الشائع وفق إجراءات لا بد من إتباعها لصحة القسمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أحكام القسمة

تعتبر القسمة الحل الأنسب لإنهاء حالة الشروع، ومنح كل شريك حصة مفرزة من المال الشائع، حيث يصبح الشريك منفرد بملكية حصته، إذ يتقدم الشريك بطلب القسمة سواء ناتجة عن اتفاق كل الشركاء، أو ناتجة عن إرادة أحد الشركاء (الفرع الأول)، لكن قد تنجم منه عدة منازعات سواء متعلقة بتكوين الحصص أو غيرها من المنازعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طلب القسمة

يحق للشريك في الشيوع طلب القسمة، إذ لا يمكن إجباره على البقاء في الشيوع، والقسمة تكون إما قسمة مهايأة حيث يتفق الشركاء على قسمة المنافع وبقاء الملكية شائعة وتنقسم إلى قسمة زمنية ومكانية، كما قد تتحول هذه القسمة من قسمة مؤقتة إلى قسمة نهائية، بموجبها يختص كل شريك بنصيبه في الشيوع، وتكون إما كلية تتضمن قسمة جميع الأموال الشائعة، كما قد تكون جزئية تتعلق بقسمة بعض الأموال فقط¹.

يتم طلب القسمة إما باتفاق الشركاء فيما بينهم، يطلق عليها قسمة اتفاقية، وقد تكون قضائية بمعنى لجوء الشركاء إلى القضاء، وطلب القسمة نتيجة نزاع قائم بينهم.

أولاً: القسمة الاتفاقية

يقصد بالقسمة الاتفاقية اتفاق كل الشركاء على قسمة الملكية المشاعة فيما بينهم، بتخصيص جزء مفرز لكل منهم يظهر ذلك في نص المادة 723 من القانون المدني الجزائري > يستطيع الشركاء اقتسام المال الشائع بالطريقة التي يروها فإذا كان بينهم من هو ناقص أهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون>، ولصحتها لا بد من إتباع بعض الإجراءات مثلًا في البناء المملوك على الشيوع، أو بالنسبة للأراضي الصالحة للبناء يجب على الأطراف اللجوء إلى خبير عقاري ليقوم بإعداد مخطط لقسمة العقار بقدر حصة كل شريك، وبعد ذلك وجب على الشركاء أخذ مخطط القسمة إلى البلدية لاستخراج شهادة التقسيم هو هذا ما نصت عليه المادة 26 و 7 من المرسوم التنفيذي 91-176 ثم بعد ذلك وجب التوجه إلى مكتب احد الموثقين ليقوم بإعداد عقد قسمة الأطراف².

ولانتقال ملكية أي عقار عند القسمة يجب إفراغ العملية في قالب رسمي حيث أشار المشرع الجزائري في المادة 15 من أمر رقم 75-76 المؤرخ في 12_11_1975 انه > كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار غير موجود له بالنسبة للغير إلى من تاريخ يوم

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 888 ص 889

² زكريا سراش، مرجع سابق، ص 66

إشهارهما في مجموعة من البطاقات العقارية > وكذا المادة 16 من نص الأمر تضمنت >إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء ونقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون له حتى بين الأطراف إلى من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية >.

كما استقرت المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 2002_04_24 تحت رقم 229161 > القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي يجب ان يكون في الشكل الرسمي >.

كما يجوز لأحد الشركاء في حالة وقوعه في غبن يزيد عن الخمس نقض القسمة الحاصلة بالتراضي وفقا لنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري >يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع القسمة خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته >، يقصد بالغبن الاحتيايل في أحد الشركاء وإطلاق ضرر به مثل تخصيص حصة له تكون اقل جودة من حصص باقي الشركاء، ونقض القسمة للغبن يقتصر فقط على القسمة الاتفاقية، حيث يرفع المدعي دعوى نقض القسمة ويتم الحكم بإبطال القسمة فيرجع التصرف كأنه لم يكن، أما الشركاء فيرجعون إلى حالتهم قبل التعاقد¹.

أما فيما يخص ملكية الأسرة فانه لا يجوز لأي شريك أن يتصرف أو أن يقتسم المال الذي يدخل في ملكية الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا، وإن تصرف به لأجنبي لن يصبح شريكا إلا بموافقة باقي الشركاء² حسب ما نصت عليه المادة 740 من القانون المدني الجزائري. ولانعقاد ملكية الأسرة لابد من توفر شروط منصوص عليها في نص المادة 738 قانون المدني

¹ مريم تومي، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، العدد 45، عنابة، سنة 2016، ص132

² فلاح سفيان، قسمة المال المشاع دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون مدني معمق كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، سنة 2019، ص311

الجزائري > لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من مال آخر لهم، وبعد الاطلاع على نص المادة نستخلص انه يجب لانعقادها أن يكونوا من أسرة واحدة، كما يجب أن تجمعهم وحدة العمل والمصلحة، ويكون الاتفاق على ذلك كتابي، كما يجب التقيد بالمدة القانونية لملكية الأسرة المنصوص عليها في نص المادة 739 القانون المدني الجزائري > يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على 15 سنة غير انه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك.

ثانيا: القسمة القضائية

أ_ تعريف القسمة القضائية

هي القسمة التي تستلزم تدخل القاضي إما لعدم اتفاق الشركاء فيما بينهم حول كيفية اقتسام المال الشائع أو أن أحد الملاك في الشيوع غائب أو ناقص أهلية، يشترط لصحة القسمة الاتفاقية أن تكون بطلب من أحد الشركاء يتقدمون به أمام المحكمة المختصة، من قبل أحدهم يرفعها ضد كل الشركاء وتتم هذه القسمة بالرغم من امتناع أحدهم عن القسمة أو تتم جبرا حتى لو تعدد التغيب، كما للمحكمة أن تدخل أحدهم في الخصومة من تلقاء نفسها بالرغم من عدم دخوله في دعوى القسمة.¹

ب_ أنواع القسمة القضائية

• القسمة العينية:

يقصد بالقسمة العينية تجزئة الملك المشاع إلى حصص عينية وتحدد نصيب كل شريك بما يعادل حصته، كما يمكن للمحكمة الاستعانة بخبير من اجل قسمة المال الشائع إذا كان ذلك

¹دفا فوري، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني الجزائري، مذكرة من اجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1 سنة 2011، ص 95 ص 96

ممكنا دون إلحاق الضرر به، إضافة إلى ذلك ليس من الضروري تساوي الحصص فيما بينها، فإذا حصل تفاوت في الحصص تم تكميل النقص وهذا ما يطلق عليه بمعدل القسمة¹، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 2000 رقم 201854 > مادام ثابتا ان العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يرتب عنها انخفاض في قيمته فيكون تمسك ببيع العقار في المزاد العلني غير صائب.<

وتتم القسمة العينية وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري إما عن طريق الاقتراع ويظهر ذلك في نص المادة 927 من القانون المدني الجزائري > تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وثبتت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفروض >. وفي حالة تعذر قسمة العقار إلى حصص عينية متساوية يتم اللجوء إلى القسمة بطريقة المعدل حيث أشارت إليه المادة 725 ف2 انه > وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه.<

• قسمة التصفية:

نصت المادة 728 من ق م ج > إذا إن عذرت القسمة عبئا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قسمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع >.

في حالة تعذر القسمة العينية يتم قسمة المال المشاع قسمة تصفية وذلك عن طريق بيع العين في المزاد العلني وبعد ذلك يأخذ كل شريك نصيبه من ثمن المزاد عليهم.²

الفرع الثاني: أنواع المنازعات الناتجة عن قسمة المال المشاع

وفقا لنص المادة 726 من القانون المدني الجزائري > تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص< ونستخلص ان المنازعات التي تختص بها المحكمة

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 206

² عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 917

قبل القسمة اغلبها يتعلق بتكوين الحصص، كما قد تثور منازعات أخرى لا تتعلق بتكوين الحصص.

أ_ المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص

تعتبر مسألة تكوين الحصص أكثر المسائل انتشاراً، حيث تثور عدة منازعات حولها، كأن يدعي أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية، أو أن يدعي أن المعدل الذي توصل إليه الخبير اقل أو يزيد عما يجب أن يكون.¹

تفصل المحكمة قبل القسمة في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص المذكورة أعلاه حسب المادة 726 ولها أن تجري القرعة بينهم بعد تكوين الحصص كما لها أن تستعين بخبير لتقويم المال المشاع وقسمته إلى حصص مقررّة، إذ يتوقف حكمها على نتيجة الخبرة، والقاضي ليس ملزم بالأخذ بنتيجة الخبرة إلى أنه في حالة استبعادها لابد من تسبب قراره²، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 9 ديسمبر 1990 تحت رقم 65223 المتضمن > وكما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بالمصادقة على تقرير الخبير دون العمل في المنازعة المتعلقة بتشكيل الحصص، خاصة وإن الأطراف مازالوا في حالة شيع، يكونوا قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لنقض <³.

ب_ المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص

قد تثور منازعات بين الشركاء على المال الشائع لا يتعلق تكوين الحصص مثل التشكيك في ملكية أحد الشركاء لحصته الشائعة أو ادعاء أن حصة أحد الشركاء هي النصفبدلاً من الثلث⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 925

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 208

³ قرار المحكمة العليا، رقم 65223، الصادر بتاريخ 12\09\1990، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1990، ص 71

⁴ محمد ذراع الميزان، كريم حرز الله، دعوى القسمة القضائية كوسيلة قانونية لتسوية العقار الشائع، دائرة البحوث والدراسات

القانونية وسياسية، المجلد 7، العدد 2، سنة 2023 ص 216

وقد تنشأ منازعات أخرى تتعلق بتصرف الشريك في حصته كمتصرف هذا الأخير بحصته مثل بيع أحدهم حصته لأجنبي فلا يحق له الدخول في القسمة... وكل هذه المشاكل لا تتعلق بتكوين الحصص.¹

وقد تكون منازعات متعلقة بالملكية كالمطعن في الصفة كأن يدعي أحد الشركاء أن الشريك لا يملك معه الوارث أو أن يطعن في مقدار نصيبه أو غيرها من المنازعات والقاضي ملزم بالفصل فيها دون أن يتنازل لجهة أخرى بالفصل فيها.²

المطلب الثاني

الإجراءات المتعلقة بقسمة المال الشائع

يعتبر لجوء الأطراف إلى القضاء من أجل وضع حد للنزاع القائم بينهم لإنهاء حالة الشيع بعد صدور حكم القسمة، ويكون ذلك بشكل نهائي عن طريق رفع دعوى رفع دعوى القسمة من الشخص صاحب الصفة والمصلحة (فرع أول) ويكون ذلك بإتباع إجراءات منصوص عليها قانوناً وعدم التقيد بها ينتج عنه رفض الدعوى (فرع ثاني).

الفرع الأول: دعوى القسمة

تناولت المادة 724 من قانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى >إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء، أمام المحكمة.<

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 926

4 بورابل ماسيلفا، دور الخبرة القضائية في حل المنازعات العقارية² القسمة القضائية نموذجاً"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2023 ص 66

يفهم من نص المادة انه في حالة اختلاف الشركاء وعدم توافق إرادتهم لقسمة المال الشائع بطريقة ودية، فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع دعوى أمام القضاء من اجل قسمة المال الشائع. وذلك بدعوة جميع الشركاء سواء بصفتهم مدعين أو مدعي عليهم¹.

كما قد يكون محتوى الدعوى القضائية نقض القسمة الاتفاقية التي جرت بين الشركاء لوقوع أحدهم في غبن يزيد عن الخمس بشرط أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وفقا لأحكام المادة 732 السالفة الذكر.

أولاً: أطراف دعوى القسمة

_ المدعي:

هو طالب القسمة إذا منح القانون لكل شريك حق طلب القسمة ويظهر ذلك في نص المادة 2\722 من القانون المدني الجزائري >كل شريك أن يطالب بقسمة المال المشاع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق.<

وبتالي فإن لكل شريك أن يقيم دعوى القسمة، مهما صغرت حصته، سواء كان شريكاً أصلياً أو خلفاً عاماً أو خاصاً في حالة عدم اتفائه مع باقي الشركاء انتقلت إليه الملكية، كما يمكن للأجنبي الذي اشترى حصة شائعة رفع دعوى القسمة كونه مالكا بعد حلوله محل المشتري بعد شهر شرائه إذا تعلق الأمر بعقار، أما الأجنبي المشتري لحصة مفرزة فلا يجوز له دفع دعوى القسمة لأنه لا يعتبر مالكا للحصة التي اشتراها إلا بعد القسمة، أما المالك لحصة في عقار تحت شرط فاسخ، أمكن له رفع دعوى القسمة و اختصاصه، أما الشريك الذي يملك الحصة الشائعة تحت شرط واقف، فلا يمكن له رفع دعوى القسمة ضمن الإجراءات التحفظية، إلا إذا رفعت الدعوى من قبل بقية الشركاء فيجب اختصاصه في الدعوى.²

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 204

² بورايل ماسيلفا، مرجع سابق ص 59

- المدعي عليه:

تتضمن المادة 724 من القانون المدني الجزائري انه >إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع وعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة<. وبالتالي فإن دعوى إزالة الشيوخ ترفع في حق الشركاء وأصحاب الحقوق العينية فلا بد من دعوة الشركاء كافة فإن كان بينهم غائب يتم دعوة الوكيل القضائي لتمثيله، فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية يتم تمثيله من طرف الولي أو الوصي. وفي حالة عدم تواجد ناقص من يمثلهم أو شخصا ينوب عنهم فتعين المحكمة شخصا ينوب عنهم¹.

- تدخل الدائنين

وفقا لما جاء في نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري: > لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات. وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قيل رفع دعوى القسمة وإما إذا تمت القسمة فليس لدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلى في حالة الغش<. وبعد استقراء نص المادة نستخلص أن المشرع الجزائري منح للدائني الشركاء حق التدخل والمعارضة قبل القيام بإجراء القسمة ويكونوا بذلك طرف في الدعوى. إلا انه قد يسقط حقهم في التدخل إذا تمت القسمة إلا في حالة الغش، أو أن يثبت هذا الأخير أن القسمة عادت عليه بالضرر مثلا أن نتيجة القسمة اختصاص المدين بأموال منقولة فقط وبالتالي يسهل تهريبها، أو كان نصيب الشريك اقل من قيمة حصته الحقيقية أو وقوع الحصة المرهونة لدائن في نصيب شريك آخر ... وبمجرد إثبات هذا الأخير الضرر تصبح القسمة النافذة في حقهم ومن ثم يمكن طلب القسمة من جديد لتكون نافذة في حق الدائن².

ثانيا: المحكمة المختصة في الفصل في دعوى قسمة المال الشائع

¹ محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 146

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 942

تتمتع المحاكم باختصاص إقليمي ونوعي للفصل في جميع القضايا والمنازعات التي ترفع إليها.
أ_ الاختصاص الإقليمي:

تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: > على انه يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه وان لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها اخر موطن له وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

كما نصت المادة 38: >في حالة تعدد المدعي عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاص موطن أحدهم.

أما إذا كانت العين المتنازع عليها عقارا، فبالرجوع لنص المادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فانه: > يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ب_ الاختصاص النوعي:

اسند المشرع الجزائري الاختصاص في دعاوي القسمة إلى المحاكم بوجع عام فهي ذات الاختصاص العام حسب نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع.¹

وبالتالي فان الاختصاص النوعي فيما يخص دعوى القسمة في العقار يؤول إلى القسم العقاري وفقا لنص المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية > ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:

-الملكية المشتركة للعقارات المدنية والملكية على الشيوع..<

¹بورابل ماسيلفا، مرجع سابق، ص60

كما يختص القسم المدني في الفصل في المنازعات المتعلقة بالمنقولات.. ويظهر ذلك في نص المادة 32 قانون الإجراءات المدنية والإدارية >...يبقى القسم المدني هو القسم الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية..<.

الفرع الثاني: الإجراءات الواجب إتباعها لرفع دعوى القسمة

يقتضي برفع دعوى القسمة إتباع إجراءات المعمول بها قانونا التي نص عليها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلها مثل أي دعوى ترفع أمام القضاء الجزائري.

_أولا: عريضة افتتاح الدعوى

كقاعدة عامة تبدأ الخصومة بتقديم عريضة افتتاح الدعوى المتمثلة في الورقة التي يحررها المدعي أو عن طريق وكيله لهدف عرض وقائع القضية وتحديد طلباته.¹

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: <ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ تساوي عدد الأطراف>، كما تضمن في نص المادة 15² من نفس القانون البيانات الواجب توافرها لقبول الدعوى شكلا.

أما إذا تعلق الأمر بعقار وجب شهر عريضة رفع الدعوى أمام المحافظة العقارية استنادا لنص المادة 3\17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: <يجب إشهار عريضة رفع الدعوى إلى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار أو بحق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ما لم يثبت إيداعها للإشهار>.

¹فرحات فاطمة الزهراء، بوسنان وفاء، الخصومة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد2، سنة2020 ص41

²أنظر المادة 15 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثانيا: قيد الدعوى

أشارت المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه حتقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة..<

ثالثا: التكليف بالحضور

بعد تسجيل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية يسلمها للمدعي لغرض تبليغها للخصوم ويجب احترام اجل 20 يوم على الأقل حين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة وفقا لأحكام المادة 16 في فقرتها الثانية والثالثة، مع مراعاة البيانات الواجب توافرها مع تكليف بالحضور المنصوص عليها في نص المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

المبحث الثاني

المنازعات المتعلقة بتملك المال الشائع

يعتبر حق التملك من اغلب الحقوق التي تثار عليها المنازعات بين الأشخاص خاصة لما يشترك أكثر من شخص في ملكية واحدة، وباعتبارهم أصحاب حق في المال المشاع منح لهم المشرع حرية التصرف في حصصهم إلا انه قيد الشريك المتصرف بحقوق منحها لباقي الشركاء، ومن بين هذه القيود حق الاسترداد الذي يتم تناوله في (المطلب الأول)، إلى جانب حق الاسترداد نجد حق الشفعة الذي يعتبر الوسيلة الثانية التي كرسها المشرع الجزائري للشركاء لضمان حقهم(المطلب الثاني).

¹انظر المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المطلب الأول

أحكام حق الاسترداد

منح المشرع الجزائري للشيوخ حق التصرف في المال المشاع بشرط عدم إلحاق المتصرف بباقي الشركاء ضررا، ولحماية حقوقهم وضع المشرع الجزائري بعض القيود ترد على تصرفهم من بينهم حق الاسترداد، حيث منح له المشرع الجزائري نصيبا من أحكامه، وهذا ما يدفعنا لدراسة ثبوت حق الاسترداد، حيث منح له المشرع الجزائري نصيبا من أحكامه، وهذا ما يدفعنا لدراسة ثبوت حق الاسترداد (فرع أول) وكذا الإجراءات الواجب إتباعها لثبوت حق الاسترداد.

الفرع الأول: ثبوت حق الاسترداد

نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري >لشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من مال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري، في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وبعد الاطلاع على نص المادة نجد أن المشرع الجزائري منح لباقي الشركاء حق الاسترداد العين المتصرف بها وذلك قبل القسمة وينتج عنه حلول المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

أولا: تعريف حق الاسترداد

يعتبر الاسترداد حق منحه القانون لباقي الشركاء لحلولهم محل المشتري الأجنبي في الحصة الشائعة لمنح دخوله بين الشركاء في الشيوخ¹، ويكون للمسترد جميع حقوق المشتري، ويقابله مجموع من الالتزامات فيتم الحلول بأثر رجعي، حيث يصبح البيع، وكأنه بين البائع والمسترد².

ثانيا: نطاق تطبيق حق الاسترداد

وبالرجوع لنص المادة 721 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر >للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار..<

يتبين لنا أن حق الاسترداد لا يكون إلا إذا باع أحد الشركاء نصيبه من مجموع من المال الموجود على الشيوخ والذي يحتوي على عقار، أما في حالة بيع الشريك حصته في عقار معين غير موجود في مجموع من المال ففي هذه الحالة لا يجوز الاسترداد حتى لو كان ذلك العقار هو كل ما تركه المورث³.

ومثال على ذلك مجموع من المال هو التركة والمتجر، حيث باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة للأجنبي، فإنه ما دامت هذه التركة تدخل في مجموع من المال فإن لباقي الشركاء حق الاسترداد⁴.

ثالثا: شروط ثبوت حق الاسترداد

لاستعمال حق الاسترداد وجب توفر مجموعة من الشروط وهي:

1- أن يكون التصرف الصادر من أحد الشركاء بيعا:

¹عباس تركي منال، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، سنة 2021 2022، ص44.

²عقوني محمد، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة عمار تلجي، الاغواط، العدد7، سنة2018، ص302.

³عقوني محمد، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص148.

⁴عبد الرزاق احمد سنهوري، مرجع السابق، ص 154.

اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 721 من قانون المدني الجزائري أن يمارس الشريك في الشيوخ حقه في استرداد الحصة الشائعة المبيعة، أي أن حق الاسترداد الحصة يرد على البيع دون سواه، كما يستلزم لممارسة حق الاسترداد من قبل الشركاء أن يكون بيع تاما، وبالتالي تكون عملية البيع قد تمت بجميع أركانها¹.

وجب أن يكون البيع الصادر من الشريك بيع بالممارسة بالمزاد كون الشريك الذي يريد الاسترداد ويستطيع دخول المزاد، فتخلفه عن ذلك تعبير ضمني عن إرادته في الدخول المشتري الأجنبي شريكا في الشيوخ².

2- وجوب صدور البيع من أحد الشركاء لأجنبي:

بناء على ما نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري لاستعمال حق الاسترداد لابد من صدور التصرف من أحد الشركاء كونهم هم المتضررون بالبيع الصادر إلى مشتري أجنبي، لأنه لو صدر إلى شريك آخر لما تضرر باقي الشركاء من البيع، لان الحكمة من الاسترداد هو إبعاد الأجنبي ومنعه من الدخول بينهم، وبالتالي إذا اشترى الأجنبي الحصة الشائعة، أو عدة حصص وجب على الشريك أو الشركاء جميعا استرداد الحصة كلها أو الحصص الشائعة بأكملها³.

3- أن يكون المستر هو أحد الشركاء:

¹تمدراري طاهر، قماري بن دودوش نضيرة، أثر بيع الشريك لحصة شائعة في العقار بين الشفعة والاسترداد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 2، سنة 2020، ص 350.

²عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، 155

³عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 157

يثبت حق الاستيراد للشركاء على الشيوع فقط، كونهم المتضررون من دخول الأجنبي بينهم، فلا فرق إذا كان شريكا أصليا أو عرضيا لأن المشرع الجزائري بذكره كلمة "شريك" لم يشر إذا شريكا أصليا أم لا، فالمهم أن تكون لهم صفة الشريك وقت البيع¹.

4- ورود البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال:

يجوز للشريك أن يتصرف ببيع حصته الشائعة كلها أو بعضها سواء في مجموع من المال أو في عقار معين داخل هذا المجموع لأجنبي، حيث يقابله حق باقي الشركاء في استرداد تلك العين المتصرف بها، أما إذا ورد البيع على جزء مفرز من المال الشائع فإن المشتري لا يدخل شريكا معهم كونه قبل القسمة لا يعتبر شريكا، وبالتالي فإن تمسكه بحق الاسترداد غير ممكن ويستحيل استعماله².

هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم 43462 المؤرخ في 16-12-1987 المنشور في المجلة القضائية عدد 3 لسنة 1992 صفحة 14 : > أنه من المقرر قانونا بالمادة 721 من القانون المدني الجزائري أن كل شريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول أو العقارات أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة.

ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا برفض دعوى حق الاسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي بدعوى أنه من المفروض على المدعين في الطعن ان يتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم قد خرخوا نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري التي تعطي الورثة حق الاسترداد³.

¹ قليف حنان، درامثية فاطمة صورية، مرجع سابق، ص 35

² عقوني محمد، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 151

³ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 83

وبعد استقراء قرار المحكمة العليا يتضح أنها أقرت حق الاسترداد على العقار الموجود في مجموع من المال بعكس حق الشفعة الذي يرد فقط على العقار الذي يكون خارج مجموع من المال¹.

الفرع الثاني: إجراءات ثبوت حق الاسترداد

يعتبر الاسترداد حق منحه القانون لباقي الشركاء كونهم أصحاب حق، ولهم الأولوية على الحصة الشائعة المتصرف بها من قبل شريكهم الآخر، ولثبوت هذا الحق يستلزم إتباع مجموعة من الإجراءات المنصوص عليها قانوناً.

أولاً: الإعلان الرغبة في الاسترداد

أشارت المادة 721 من ق م ج السالفة الذكر أنه <للشريك... أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه...> وبالتالي فإن المسترد ملزم على ! إعلان رغبته في استرداد الحصة الشائعة خلال 30 يوم من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه به، فإذا فات لأجل و لم يبدي المسترد رغبته في الاسترداد سقط حقه فيه، أما في حالة عدم إعلان الشركاء من الأساس فإن حقهم يبقى قائم ولا يسقط إلا بعد مضي 30 يوم من تاريخ علمهم بحصول البيع علماً حقيقياً، أما فيما يتعلق بإثبات العلم فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق كونه واقعة مادية، فبمجرد إعلان الشريك المسترد رغبته في الاسترداد يحل محل المشتري بالتراضي فإذا رفض

¹ عقوني محمد، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع، مرجع سابق، ص 304

هذا الأخير ذلك فما على المسترد إلا اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى الاسترداد على كل من البائع و المشتري¹.

ثانيا: دعوى الاسترداد

يطالب المسترد برفع دعوى قضائية وثبوت حقه في الاسترداد في حالة امتناع حائز الحصة الشائعة سواء من البائع أو المشتري عن تسليمه العين المتنازع فيها، كما قد ترفع الدعوى القضائية من طرف البائع أو المشتري إذا امتنع المسترد من دفع ثمن البيع وملحقاته، يطالبه بدفع ما عليه من مصاريف².

إن المشرع الجزائري بإشارته إلى أن حق الاسترداد يتم بتصريح يوجه من المسترد إلى كل من البائع و المشتري أخضع الدعوى القضائية المتعلقة باسترداد الحصة الشائعة إلى القواعد العامة في القانون المدني، إضافة إلى ذلك علق حق الاسترداد بشرط واقف يتمثل في دفع المسترد الثمن و ملحقاته، فإذا تحقق الشرط التزم كلا من البائع و المشتري بتسليم الشيء، أما إذا تخلف الشرط وامتنع المسترد بتسليم الثمن وملحقاته في الميعاد المقرر من طرف المحكمة جاز للبائع و المشتري برفع دعوى قضائية واعتبر الاسترداد كأنه لم يكن، لتخلف ذلك الشرط المنصوص عليه في نص المادة 720 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني

الأحكام الواردة على حق الشفعة

إلى جانب حق الاسترداد الذي منحه المشرع الجزائري لباقي الشركاء كضمانة لحماية حقوقهم، نجد حق الشفعة كطريق ثاني، يلجأ إليه الشريك أو الشركاء المتضررين من التصرف الذي قم

¹محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص125 ص126

²عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص961

به شريك آخر غيرهم، حيث نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني الجزائري.

لدراسة حق الشفعة وجب أولاً إظهار كيفية ثبوت حق الشفعة (الفرع الأول) وبعدها الإجراءات الواجب إتباعها لثبوت هذا الحق أثناء نشوء الخصومة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ثبوت حق الشفعة

نصت المادة 795 من القانون المدني الجزائري أنه > يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

_لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

_للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي

_لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها>.

وبعد الاطلاع على نص المادة المذكور أعلاه نجد أن المشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوع حق الشفعة على العقار المتصرف به من طرف أحد الشركاء لأجنبي، كما يكون أيضاً للمنتفع حق الشفعة إذا أقدم مالك الرقبة ببيع جزء أو كل الحصة الشائعة بدون أي مبرر يستدعي إنهاء حق الشفعة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم 54388 الصادر بتاريخ 1988\12\25 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 3 لسنة 1992 صفحة 84 بأنه >من المقرر قانوناً أن حق الشفعة يكون لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها>¹.

أولاً: تعريف حق الشفعة

¹ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 85

اهتم المشرع الجزائري بحق الشفعة حيث قدم لها تعريف في نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري على أنها حُرصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

إن الشفعة حسب نص المادة المذكورة أعلاه تتحقق في البيع الوارد على عقار، إذا وجد سبب كافي يخول لشخص حلول محل المشتري في شراء ذلك العقار¹.

ثانياً: شروط الأخذ بالشفعة

تثبت الشفعة عند توفر جملة من الشروط المنصوص عليها قانوناً وهي:

1_ تصرف أحد الشركاء بالبيع

تثبت الشفعة للشفيع إذا تصرف أحد الشركاء ببيع حصته الواردة على عقار شائع فقط دون غيره من التصرفات الأخرى حتى ولو كانت ناقلة للملكية، وبالتالي لا تتم الشفعة إلا إذا كان محل العقد بيعاً، إذ يشترط لصحة الشفعة أن يكون العقار قد تم بيعه عن طريق الممارسة، لا عن طريق المزاد، لأن الهدف من هذا الإجراء هو منع دخول الأجنبي بين الشركاء، أما إذا كان البيع بطريق المزاد فلا يكون للشريك الحق في الشفعة حيث إن البيع في المزاد يعطي لمن أراد ذلك العقار فرصة الدخول في المزاد وشراء الحصة المعروضة للبيع، وعدم دخوله يعتبر تعبيراً ضمناً على إرادة باقي الشركاء بدخول الأجنبي بينهم².

2_ ورود البيع على حصة شائعة في عقار

¹ ربيع فتيحة، قدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2012\2013، ص5

² عقوني محمد، حق الشفعة الثابت للشريك المشاع في عقار في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد9، العدد 03، سنة 2018، ص551

بمعنى أن حق الشفعة لا يرد على المنقول الشائع، بل على العقار المملوك أثناء أو قبل التصرف بالبيع، لأن بعد القسمة يختص كل شريك بحصة مفرزة وبالتالي يكون التمسك بالشفعة غير جائز¹.

3_ أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا لأجنبي

لا تثبت الشفعة في الشيوخ إلا إذا تصرف الشريك ببيع حصته المشاعة لأجنبي عن الشركاء، حيث تعتبر الوسيلة التي خولها القانون للشركاء برفع الضرر الناتج عن تدخل أجنبي بينهم واسترجاع الحصة المباعة².

كما أنه في حالة بيع عقار شائع محل انتفاع من طرف أحد الشركاء تكون ملكية الحصة المنتفع بها المراد بيعها متجزئة إلى ملكية الرقبة التي تكون للشركاء، أما الشخص المنتفع يكون صاحب حق الانتفاع، وعند رغبة أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة في العقار يشفعه شفيعان، وبالتالي فإن صاحب الرقبة يتقدم على صاحب حق الانتفاع كونه أعلى درجة منه، أما إذا كانوا من طبقة واحدة كأن يبيع المالك في الشيوخ حصته لشريك مثله فإنه يفضل على شفيع هو مثله شريك في الشيوخ، أما إذا كان المشتري أجنبيا جاز للشريك في الشيوخ الاستعانة بحق الشفعة لأنه أعلى منه درجة³، وذلك عملا بنص المادة 796 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه > إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو طبقة أعلى.

¹تمدراري الطاهر، قماري بن ددوش نضرة، مرجع سابق، ص348

²قليف حنان، درامشية فاطمة سورية، مرجع سابق، ص 41

³عقوني محمد، حق الشفعة الثابت للشريك المشاع في عقار في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص544

الفرع الثاني: الإجراءات المتعلقة بثبوت الشفعة

نظم المشرع الجزائري الإجراءات المتعلقة بحق الشفعة في المواد من 308 إلى 799 من القانون المدني الجزائري كون الشفعة حق مخول قانونا لصحته لابد على الشفيع التماس بإجراءات دقيقة تتمثل في:

أولاً: نصت المادة 799 من القانون المدني الجزائري أنه >على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويراد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك <. وبعد استقراء نص المادة المذكورة أعلاه نجد أنه على الشفيع بمجرد تسلمه الإنذار الرسمي يجب عليه إعلان رغبته في تملك العقار الشائع عن طريق الشفعة في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار¹.

اما فيما يتعلق بشكل الإعلان عن الرغبة فقد أشارت المادة 1\801 من القانون المدني الجزائري على أنه >يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا <

كما قد يبادر الشفيع بإعلان رغبته دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ينتج هذا الإعلان هذا الإعلان جميع آثاره القانونية، وبالتالي حسب نص المادة 802 من القانون المدني الجزائري أنه ترفع دعوى الشفعة في أجل 30 يوم من تاريخ الإعلان، لكن في حالة إنذاره إنذارا رسميا تتقيد حرته في الإعلان عن الرغبة في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار، أما إذا لم يصل الإنذار وتم شهر البيع في المحافظة العقارية، في هذه الحالة يجب إعلان رغبته خلال سنة من وقت الشهر وذلك حسب نص المادة 708 من القانون المدني الجزائري، أما إذا لم ينذر الشفيع ولم

¹فراجي كوثر، إجراءات تحرير عقد الشفعة بحصة من عقار شائع في التشريع الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد، سنة 2020، ص10

يسجل عقد البيع، فله حق إعلان رغبته طالما أن شفيعته لم تسقط بمرور 15 سنة من إتمام عقد البيع عملاً بأحكام التقادم المسقط للحقوق والالتزامات¹.

أما ما يتعلق بثمن البيع والمصاريف فإنها تودع بين يدي الموثق حسب نص المادة 2\801 من القانون المدني الجزائري > يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوم من على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.

ثانياً: رفع دعوى الشفعة

نصت المادة 802 من القانون المدني الجزائري > يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل 30 يوم من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق.

لم يشر المشرع الجزائري إلى كيفية رفع دعوى الشفعة حيث أحالها إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

1_ أطراف دعوى الشفعة

ترفع الدعوى من طرف الشفيع الذي يعتبر المدعي في الخصومة، على البائع والمشتري باعتبارهما مدعى عليهم، وفقاً لأحكام المادة 802 السالفة الذكر.

أما في حالة تعدد البائعين أو المشترين ففي هذه الحالة ترفع الدعوى عليهم جميعاً، وعليه فإن أطراف دعوى الشفعة هم ثلاثة الشفيع، البائع والمشتري مع الأخذ بعين الاعتبار تعدد كل طرف³.

¹دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2007\2008، ص 306

²فراجي كوثر، سلام عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 12

³دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 331

2_ المحكمة المختصة بدعوى الشفعة

أ_ الاختصاص النوعي

نصت المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه حينضّر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية كما ذكرت المادة 512 أنه حينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:

...في الشفعة...<

ب_ الاختصاص الإقليمي

تختص المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها العقار بدعوى الشفعة حسب نص المادة 802 من القانون المدني الجزائري، كما نصت المادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك حيث ذكرت أنه > يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك <.

خاتمة

في الختام نستخلص أن امتلاك شخصين أو أكثر ملكية واحدة لا يمنع أصحاب الحق في الشيوخ من التصرف في المال المشاع.

كما يمكن التصرف في المال المشاع بصفة جماعية أو فردية، مع مراعات الشروط التي كرسها القانون، إما بنقل الملكية بالبيع أو الهبة وبالتالي تنتهي حالة الشيوخ، أو بترتيب حق عيني سواء كان أصلي (حق الانتفاع، حق الارتفاق)، أو تبعي (الرهن الرسمي، الرهن التبعي).

يبقى الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذاً أياً كانت نتيجة القسمة، وفي حالة عدم إمكانية قسمته يتم بيعه،

أما فيما يخص تصرف الشريك بصفة فردية في جزء مفرز من المال الشائع، فإن الحكم يختلف بعلم المشتري أو جهله أن المتصرف شريك في الشيوخ، فعلمه يسقط حقه في طلب إبطال

التصرف، فإن وقع الجزء التصرف فيه من نصيب المتصرف فهذا لا يثير أي إشكال، أما إذا لم يقع من نصيب المتصرف فإنه تطبق فكرة الحلول العيني، أما في حالة جهل المتصرف طبيعة العين فإن القانون أعطى له حق إبطال التصرف إن لم يقع الجزء المفرز بعد القسمة من نصيب المتصرف، أما إذا كان العكس فلا يمكن للمتصرف إليه إبطال التصرف تماشياً مع مبدأ حسن النية.

كون الشيوخ حالة غير مرغوب فيها، لا يمكن إجبار الشريك على البقاء في الشيوخ، وبالتالي يحق له طلب القسمة حيث ينجم عن ذلك عدة منازعات ناتجة عن عدم اتفاق الشركاء على كيفية قسمة المال الشائع.

كما نتوصل أيضاً أنه رغم الحرية التي قدمها المشرع للشريك على الشيوخ عند تصرفه في نصيبه من المال الشائع، إلا أنها ليست مطلقة، حيث منح بمقابل ذلك لباقي الشركاء وسائل لحماية حقوقهم عند الانتهاك أو أن ذلك التصرف ألحق بهم ضرراً، بشفعة المال المتصرف فيه واسترداده.

وفي الأخير أتقدم ببعض الاقتراحات فيما حبذا لو أعاد المشرع الجزائري النظر فيها وتتمثل في: تكريس أحكام أكثر لتصرف الشركاء جماعة في الملك المشاع خاصاً فيما يخص البيع والهبة والوصية حيث وجب لتطبيقها الرجوع دائماً للقواعد العامة.

فيما يخص تصرف أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، قد يكون إجحاف في حق باقي الشركاء، في حالة ما إذا امتلك شريك واحد تلك النسبة.

إزالة الغموض عن نص المادة 713 من القانون المدني الجزائري التي أشارت إلى حالة الشيوخ ووضع أحكام أكثر دقة.

إعادة النظر في نص المادة 714 \2 من القانون المدني الجزائري التي تنص أنه في حالة عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف ينتقل حق المتصرف إليه في الجزء الواقع في نصيب الشريك بعد القسمة، فلا بد من تخصيص أحكام أكثر حول هذه المسألة.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع:

الكتب:

1_ أحمد أشرف عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، الملكية الشائعة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2018.

2_ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016.

3_ زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، د ط، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

4_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، لبنان، سنة 1986.

5_ عبد المجيد زعلاني، الوجيز في القانون المدني الجزائري، د ط، دار برتي للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013.

6_ محمد حسين قاسم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، لبنان، 2006.

7_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.

8_ محمد عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، د ط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2020.

9_ همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2007.

10_ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015.

الرسائل والمذكرات الجامعية:

- 1_ احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، سنة المناقشة 2007\2008.
- 2_ سفيان فلاح، قسمة المال المشاع دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، سنة 2019.
- 3_ فوزي دفاص، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2011.
- 4_ محمد عقوني، تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، سنة 2009.
- 5_ بن أحمد كهينة، بن عيسى نجاه، تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة المناقشة 2015\2016.
- 6_ بورابل ماسيلفا، دور الخبرة القضائية في حل المنازعات العقارية "القسمة القضائية نموذجاً"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2023.
- 7_ ربيع فتيحة، قدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2012\2013.

8_ روبة محمد رشيد، سلطات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة المناقشة 2016\2017.

9_ عماري اسية، حجو مروة، حق التخصيص في ضل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال واستثمار، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي، قالمة، السنة الجامعية 2017\2017.

10_ عومر فتوحة، بن خيضر فيروز، النظام القانوني للملكية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2019\2020.

11_ عباس التركي منال، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية الشائعة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدية، السنة الجامعية 2021\2022.

12_ قليف حنان، درامشية فاطمة صورية، حق التصرف في المال المشاع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2021\2022.

13_ وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2007\2008.

14_ مولاي باقلاّب، مهدي القايم، أحكام التصرف في الملكية الشائعة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماستر، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أدرار، السنة الجامعية 2017\2018.

المقالات:

1. أحلام قاسمي، تصرف الشريك في العقد الجماعي في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد02، المجلد05، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2022، ص170 ص185.
2. ريمة تمرانت، رهن العقار الشائع رهنا حيازيا عقاريا في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 50، المجلد أ، صادر عن كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، ص145 ص157.
3. طاهر تندراري، نضيرة بن دودوش، أثر بيع الشريك لحصة شائعة في العقار بين الشفعة والاسترداد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاكاديمية في الدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد12، العدد02، سنة 2020، ص347 ص355.
4. فاطمة أسعد، تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد14، العدد 02، الصادر عن كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2016، ص190 ص213.
5. فاطمة الزهراء فرحات، بوسنان وفاء، الخصومة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد02، سنة 2020، ص38 ص52.
6. كوثر فراحي، عبد الرزاق براهيم، إجراءات بيع الشريك في الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للعلوم السياسية، المجلد الثالث، العدد 02، الأغواط، سنة 2019، ص47 ص61.
7. كوثر فراحي، إجراءات تحرير عقد الشفعة بحصة من عقار شائع في التشريع الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، سنة2020، ص498 ص512.
8. محمد عقوني، رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا، مجلة الفكر، العدد العاشر، الصادر عن كلية الحقوق جامعة محمد خيضر، سنة 2014، ص526،527، ص524 ص531.
9. مريم تومي، رهن العقار الشائع في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد38، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، سنة2014، ص273 ص248.

10. مريم تومي، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة، بائعة باجي مختار، العدد 45، عنابة، سنة 2016، ص127 ص137.

11. محمد عقوني، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع، مجلة الدراسة القانونية والسياسة، كلية الحقوق، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، سنة 2018، ص298 ص309.

12. محمد عقوني، حق الشفعة الثابت للشريك المشاع في عقار في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، سنة 2018، ص548 ص559.

13. محمد دراع الميزان، كريم حرز الله، دعوى القسمة القضائية كوسيلة قانونية لتسوية العقار الشائع، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، سنة 2023، ص209 ص233.

النصوص القانونية:

1. لأمر رقم 75.58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، معدل ومتمم.

2. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 24، الصادرة سنة 1948، معدل ومتمم بموجب أمر، 05.02.

3. قانون رقم 08.09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية (ج ر 21 مؤرخة في 23.04.2008).

الأحكام والقرارات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا، رقم 186043، المؤرخ في 24\03\1990، الغرفة العقارية، المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1990، عدد خاص، الجزء الثاني.

2. قرار المحكمة العليا، رقم 65223، الصادر بتاريخ 12\09\1990، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1990.

3. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 92343، مؤرخ في 28.10.1992 المجلة القضائية، عدد 1، 1994

الفهرس	
	اهداء
03-02	مقدمة
الفصل الاول: أحكام التصرف في الملك المشاع	
05	المبحث الأول: التصرف الجماعي في الملك المشاع
05	المطلب الأول: التصرف الصادر من جميع الشركاء
08-06	الفرع الأول: التصرفات الناقلة للملكية
10-08	الفرع الثاني: التصرف المنشئ لحق عيني
10	المطلب الثاني: التصرفات الصادرة من أغلبية الشركاء
12-10	الفرع الأول: شروط نفاذ تصرف أغلبية الشركاء
13-12	الفرع الثاني: حق الأقلية في المعارضة
14	المبحث الثاني: التصرف الفردي في الملك المشاع
14	المطلب الأول: تصرف الشريك في حصته الشائعة
18-15	الفرع الأول: نقل الشريك ملكية الحصة الشائعة
22-18	الفرع الثاني: ترتيب حق عيني على الحصة الشائعة
23	المطلب الثاني: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع
25-23	الفرع الأول: طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز
28-26	الفرع الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع
الفصل الثاني: المنازعات القضائية المتعلقة بالملك المشاع	
29	المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بقسمة المال الشائع
30	المطلب الأول: أحكام القسمة

34-30	الفرع الأول: طلب القسمة
36-34	الفرع الثاني: أنواع المنازعات الناتجة عن القسمة
36	المطلب الثاني: الإجراءات المتعلقة بقسمة المال الشائع
40-36	الفرع الأول: دعوى القسمة
41-40	الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتباعها لرفع دعوى القسمة
42	المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بتملك المال الشائع
42	المطلب الأول: أحكام حق الاسترداد
47-43	الفرع الأول: ثبوت حق الاسترداد
48-47	الفرع الثاني: إجراءات ثبوت حق الاسترداد
48	المطلب الثاني: الأحكام الواردة على حق الشفعة
51-49	الفرع الأول: ثبوت حق الشفعة
54-51	الفرع الثاني: الإجراءات المتعلقة بثبوت حق الشفعة
56	الخاتمة
	قائمة المراجع

ملخص

يعد التصرف في الملك المشاع من المسائل الأكثر أهمية في الحياة العملية، سواء صدر من جميع الشركاء، أو من أغلبيتهم كما قد يصدر أيضا من الشريك بإرادة منفردة إما بإبرام تصرف ينهي حالة الشيوخ كالبيع أو الهبة أو بإنشاء حق عيني كالرهن الرسمي أو الحيازي، ويكون الشيوخ حالة غير مرغوب فيها فإنه يحق لكل الشركاء الخروج منه، وذلك بطلب القسمة إلا ان هذه الأخيرة لا تخلو من منازعات قد تؤدي بالأطراف إلى القضاء، خاصة فيما يتعلق بتكوين الحصص، وفي حالة رغبة أحدهم بالتصرف بحصته إلى أجنبي فإن القانون منح لباقي الشركاء وسائل لضمان حقوقهم كونهم أحق بالحصة المتصرف فيها من الأجنبي، وتتمثل في حق الشفعة و حق الاسترداد .

الكلمات المفتاحية: الملك المشاع، الشيوخ، التصرف في الملك المشاع.

Résumé

La disposition du patrimoine commun est l'une des questions les plus importantes de la vie pratique, qu'elle soit émise par tous les partenaires, ou par la majorité d'entre eux, et peut également être émise par le partenaire unilatéralement soit en concluant un acte qui met fin à l'état de communauté de propriété comme la vente ou la donation, soit en établissant un droit en nature tel qu'une hypothèque de fonctionnaire ou de possession, et que la communauté est un cas indésirable, tous les partenaires ont le droit de s'en sortir, en demandant la division, mais cette dernière n'est pas exempte de litiges qui peuvent conduire les parties devant le pouvoir judiciaire, notamment en ce qui concerne Il s'agit de la formation de parts sociales, et dans le cas où l'un d'entre eux souhaite céder sa part à un étranger, la loi accorde au reste des partenaires des moyens de garantir leurs droits car ils ont droit à la part cédée de l'étranger, qui est le droit de préemption et le droit de rachat.

.Mots-clés : roi des communes, commun, disposition des communs rois