



التصرف في الملكية العقارية الشائعة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

فرع : القانون العقاري

تحت إشراف :

الأستاذ الدكتور : عبد الرزاق بو بندير

إعداد الطالب :

وهاب عياد

أعضاء لجنة المناقشة :

الأستاذ الدكتور : مكي دردوس رئيسا . جامعة منتوري قسنطينة

الأستاذ الدكتور : عبدالرزاق بوبندير مشرفا ومقررا . جامعة منتوري قسنطينة

الأستاذ الدكتور : عبدالحفيظ طاشور عضوا . جامعة منتوري قسنطينة

المقدمة

تعرف المادة 674 من القانون المدني الجزائري الملكية بحق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط الاستعمال استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة .

ويعني نص المادة 674 من القانون المدني أن لمالك الشيء — وفي موضوع بحثنا العقار — الحق في أن يتصرف في ملكه بجميع أوجه التصرف، فله أن يبيع ما يملكه أو جزء منه بمقابل كالبيع، أو بدون مقابل كالهبة، وله أيضا أن ينقل أي عنصر من عناصر ملكيته كأن يرتب على ملكه حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو إن يرتب على ملكه حق الارتفاق أو رهن رسمي أو حيازي وما إلى ذلك .

ويتميز حق الملكية، أو حق المالك على ملكه بأنه حق مانع ، حق مقصور على المالك دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته .

ويترتب على ميزة حق الملكية كونه حق مانع ، إن الشيء الواحد ، وفي موضوع بحثنا العقار ، لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد ، فيجوز أن يكون هذا الشيء أو العقار مملوكا لشخصين على الشيوع، ولكن لا يملك أي منهما الشيء أو العقار كله، وإن كل ما يملكه كل منهما هو جزء من الشيء أو العقار شائعا .

ولا خلاف في أن حق الملكية ليس حقا مطلقا بالنظر إلى وظيفته الاجتماعية التي يتعين على المالك القيام بها حتى يحظى بحماية القانون لملكه ، فلم يراعي هذه الوظيفة كان غير مستحق لهذه الحماية، وترتبا على ذلك إذا تعارض حق المالك مع مصلحة عامة أو مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، قدمت المصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة أولى بالرعاية .

وقد تقتضي المصلحة العامة أن يقيد حق المالك فيمتنع عليه الاحتجاج بالاعتداء على حرمة ملكيته للاعتراض على ما تقوم به الدولة من أعمال فوق سطح الأرض المملوكة له أو تحتها دون أن يسبب له ضررا .

وقد تقتضي المصلحة الخاصة الأولى بالرعاية أن يقوم الغير بأعمال معينة تتعارض مع عقار مالك الشيء أو العقار موضوع بحثنا ، أو يقومون بإجبار المالك على القيام بأعمال معينة .

ففي الملكية الشائعة موضوع بحثنا يخول المشرع ، بموجب المادة 714 من القانون المدني ، لشريك في الشيوع الحق في أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة التي يملكها ملكا تاما بأن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف، ويخول المشرع في نفس الوقت لأغلبية الشركاء في الشيوع أن يتصرفوا في العقار الشائع كله ، رغم معارضة الأقلية بدعوى حماية هذه الأغلبية من تعنت الأقلية ، وذلك بموجب المادة 720 من القانون المدني .

وإذا كان ظاهر المادة 720 من القانون المدني أن إحكامها تهدف إلى توفير الحماية للأقلية من الشركاء من تعسف الأغلبية لاستعمالها لحقها في التصرف في العقار الشائع كله دون موافقة الأقلية منهم. فإن عدم اهتمام المشرع ببيان الأسباب التي يمكن أن تستند إليها الأغلبية في التصرف في العقار الشائع دون موافقة جميع الشركاء من شأنه أن يعرض مصالح الأقلية من الشركاء في الشيوع إلى الضياع .

وقد آثرت البحث في موضوع التصرف في العقار الشائع لماله من أهميه علمية وعملية في بيان أحكامه في القانون المدني الجزائي أساسا، وما يعتري هذه الأحكام من نقائص التي من شأنها أن تثير إشكالات نظرية وعملية ولا سيما في ما يتعلق في حماية الأقلية من الشركاء في الشيوع من تعسف أغليبتهم في العقار الشائع

دون رضائهم وأضراراً بهم مقارنة بالقوانين المقارنة مسترشداً بذلك بآراء الفقهاء واجتهاد القضاة.

ولما كان التصرف في العقار الشائع قد يكون من طرف الشريك منفرداً في حصته الشائعة وقد يكون من طرف أغلبية الشركاء في الشيوع، فقد عالجنا موضوع البحث في فصلين، تناولت في الفصل الأول تصرف الشريك في الشيوع منفرداً في العقار الشائع وفيه تطرقت في المبحث الأول إلى تصرف الشريك منفرداً في حصته الشائعة في العقار، وفي المبحث الثاني إلى تصرف الشريك منفرداً في جزء مفرز من العقار الشائع، وفي المبحث الثالث تعرضت إلى تصرف الشريك منفرداً في العقار الشائع كله. فيما خصصت الفصل الثاني إلى تصرف الشركاء في الشيوع مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع، وفيه تعرضت إلى تصرف الشركاء في الشيوع مجتمعين في العقار الشائع في المبحث الأول فيما خصصت المبحث الثاني إلى تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في الشيوع في العقار الشائع. ناهياً موضوع البحث بخاتمة تضمنتها أهم ما خلصت إليه من نتائج.

الفصل الأول

تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع

الفصل الأول

تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع

تنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على أن "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها. وإذا كان تصرفه منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيبه انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل للشريك المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه أن يبطل التصرف إذا كان مجهل أن الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."

يفهم من هذا النص أن للشريك في الشيوخ الحق أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة في العقار، أو يتصرف في جزء مفرز منه، وقد يتصرف في العقار الشائع كله. ومن هذا المنطلق سنتعرض فيما يلي لأحكام كل نوع من هذه التصرفات على أن نخصص مبحث أولا لتصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار، وتتناول في مبحث ثانٍ تصرف الشريك منفردا في جزء من العقار الشائع، ونعالج الكل، وذلك وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول : تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار.

المبحث الثاني: تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع.

المبحث الثالث: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله.

المبحث الأول

تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار

لقد قرر المشرع الجزائري في نص المادة 714 من القانون المدني أن "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها...".

إنطلاقا من هذا النص، يحق للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف؛ ذلك أن الملكية الشائعة هي حق ملكية تام، فهي ملكية فردية شأنها شأن الملكية المفردة.

وقد يكون التصرف الصادر من الشريك في الشيوع إلى أحد الشركاء، إلى بعضهم أو إلى جميع الشركاء، كما يمكن أن يكون التصرف صادرا إلى أجنبي عن الشركاء. وفي حالة التصرف إلى أجنبي، يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المتصرف فيها⁽¹⁾.

بناء على ذلك سنبحث حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة في العقار، ثم آثار هذا التصرف في أحقية باقي الشركاء في استرداد هذه الحصة أو ممارسة حق الشفعة، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار

تنص المادة 714 من القانون المدني أنه يجوز للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف، سواء أكان هذا التصرف بعوض (تصرف معاوضة) كالبيع أو المقايضة أم كان تصرف تبرع كالهبة.

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني — حق الملكية — المجلد الثامن، ص

ويجوز أن يتصرف الشريك في الشيوع في حصته الشائعة إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعا. وإذا ترتب على تصرف الشريك إلى شريك آخر زوال حالة الشيوع، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية، كما لو بيع العقار الشائع كله لأحد الشركاء⁽¹⁾.

يجوز كذلك أن يتصرف الشريك في حصته الشائعة إلى أجنبي من غير شركائهم وفي هذه الحال يكون لهؤلاء الشركاء ممارسة حقهم في استرداد هذه الحصة طبقا للمادة 721 من القانون المدني، أو ممارسة حق الشفعة عليها طبقا للمادة 795 من نفس القانون.

إن الحصة الشائعة هي نصيب الشريك في مجموع المال المشاع مع امتداد الحق في الملكية إلى كل جزء من الأجزاء التي يتكون منها المال الشائع بقدر نصيبه فيه⁽²⁾. وعليه فإن الشيوع في الملك يتوفر عندما نكون بصدد عقار أو مجموع متكون من عقار ومنقول مملوك في مجموعه لشخصين فأكثر، دون أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين، وقد تكون الأنصبة فيه متساوية، كما قد تكون متفاوتة، وهذا بالرجوع إلى مصدر الشيوع سواء أكان بيعا أو وصية أو ميراثا أو غيره من المصادر المختلفة للشيوع، ومنه يكون لكل شريك في الشيوع الحق في كل جزء من أجزاء العقار المشاع بقدر نصيبه⁽³⁾. وبتفحص النصوص القانونية التي نظمت الملكية الشائعة من المادة 713 إلى 743 من القانون المدني، فإننا لا نجد أثرا لتعريف الحصة الشائعة، وإنما عمدت إلى تعريف الشركاء في الشيوع، كما أن المشرع لم يخصص مجالا للملكية العقارية الشائعة، وإنما جاءت النصوص بصفة العموم (الملكية الشائعة).

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية المجلد الثامن، ص 843 .

(2) — انور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الحادي عشر، ص 346، ط 2004 .

(3) — انور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الحادي عشر، ص 347 .

إن ما يهمنا في موضوع البحث هي الملكية العقارية الشائعة، والتي يجوز فيها للشريك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة على النحو الذي يخوله القانون للمالك ملكية مفرزة، باعتبار أن الملكية الشائعة تتوفر على جميع عناصر الملكية من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، بإمكان الشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة بوجه لا يتعارض مع حالة الشيوع القائمة بأن يستعملها أو يستغلها أو يتصرف فيها، إن تصرف الشريك في حصته الشائعة منفردا، يقع صحيحا ومنتجا لكل آثاره القانونية شريطة أن لا يترتب على تصرفه هذا ضرر لباقي الشركاء المشاعين.

وقد يكون تصرف الشريك في حصته الشائعة ناقلا للملكية لكل الحصة أو لبعضها أي جزء شائع منها، وفي حالة كون التصرف ناقلا للملكية لكل حصة، فإن الإشكال لا يطرح، ذلك أن المتصرف له كل محل الشريك المتصرف ويصبح بدوره مالكا على الشيوع أو شريكا على الشيوع لباقي الشركاء في العقار الشائع⁽¹⁾ مع مراعاة الإجراءات الخاصة واللازمة لإحداث الأثر في نقل الملكية (تسجيل + إشهار).

أما إذا كان التصرف الصادر من الشريك في الشيوع منصبا على بعض أو جزء من حصته الشائعة، كأن يبيع أو يهب جزءا من حصته، فإن المتصرف له يصبح شريكا في الشيوع بنسبة الحصة التي اشتراها مثلا، ويبقى الشريك الأصلي المتصرف في جزء من حصته شريكا أيضا بنسبة ما تبقى له من حصته الشائعة. وللتوضيح أكثر نسوق المثال التالي:

إذا كان الشريك في الشيوع يملك حصته في العقار بنسبة النصف ($\frac{1}{2}$) وتصرف بالبيع إلى شخص آخر في جزء من حصته، ولتكن الربع ($\frac{1}{4}$) فإن

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية المجلد الثامن، ص 843 .

المتصرف له أي المشتري يصبح شريكا جديدا في الشيوع بنسبة الربع (1/4). ويبقى الشريك الأصلي مالكا على الشيوع بنسبة ما تبقى له والمقدر بالربع (1/4).
أما إذا كان العقار داخلا في مجموع مال شائع. كأن تكون، مثلا، شركة مكونة من مجموعة عقارات شائعة من بينهما قطعة أرضية وتصرف الشريك في الشيوع منفردا في حصته الشائعة في قطعة الأرض فقط فإن تصرفه صحيحا ومنتجا لآثاره. ويجل المشتري محل الشريك المتصرف في القطعة الأرضية فقط دون باقي المال الشائع. وإذا ما أراد الشركاء في الشيوع إزالة وإنهاء حالة الشيوع فلا بد لهم في هذه الحالة، إجراء قسمتين:

القسمة الأولى : تقع بين الشركاء في الشيوع في القطعة الأرضية وبين المشتري الذي حل محل الشريك الأصلي في قطعة الأرض التي باعها له.

القسمة الثانية: تكون بين الشريك الأصلي الذي تصرف في حصته الشائعة في قطعة الأرض وبين باقي الشركاء في باقي المال الشائع.

ويلاحظ على تصرف الشريك في حصته الشائعة الداخلة في مجموع المال الشائع، حصول تعقيدات بعده، وهذا ما جعل بعض التشريعات لا تجيز مثل هذا التصرف إلا إذا كان باتفاق جميع الشركاء وهذا ما أخذ به التشريع الألماني⁽¹⁾، في حين أن بعض الفقه الفرنسي يجيز التصرف في الحصة الشائعة، ولكن أثره متوقف على نتيجة القسمة فيما بعد، فإذا وقع العقار الشائع (الحصة) المتصرف فيه في نصيب التصرف، فإن تصرفه صحيحا، ويأخذ حكم المتصرف في حصته الشائعة. أما إذا وقعت الحصة التي تصرف فيها في نصيب أحد الشركاء الآخرين، فإن تصرفه يقع باطلا لأنه تصرف في ملك غيره⁽²⁾.

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص

(2) — المرجع نفسه، ص 845 .

غير أن القضاء المصري ذهب في اجتهاده إلى غير ذلك، حيث أقرت محكمة النقض المصرية أن للشريك في الشيوع في مجموع عقارات، أن يتصرف في حصته الشائعة في بعض هذه العقارات بالبيع، وفي هذه الحالة يصبح المتصرف له (المشتري) مالكا في الشيوع مع باقي الشركاء المشاعين في العقارات التي آلت إليه وبذلك يكون هو صاحب الشأن في القسمة التي سوف تجري بين الشركاء المشاعين، وهذا متى سجل المشتري عقد البيع الذي أبرم بينه وبين البائع (الشريك الأصلي في الشيوع) (1).

أما المشرع الجزائري وفيما يخص هذه النقطة، فإنه كان واضحا، إذ بالرجوع إلى نص المادة 714 من القانون المدني نجده قد أقر للشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة، ولكن بشرط عدم الإضرار بمصالح باقي الشركاء. فكل تصرفات الشريك في المال الشائع سواء بنقل ملكيتها أو بترتيب حق عيني معين عليها صحيحة سواء أكان التصرف الناقل للملكية — يباع أو هبة — منصبا على كل حصته الشائعة أو على جزء منها، فالعبرة دائما تكون في التصرف بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء في الشيوع، وهذا ما أقرته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في عدة قرارات منشورة في المجلات القضائية. ونذكر في هذا الصدد، على سبيل المثال، القرار الصادر بتاريخ 1990/10/29 الذي جاء فيه ما يلي: " ولما كان من الثابت — في قضية الحال — أن قضاة الموضوع بإبطاهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع، أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" (2).

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص 845 .

(2) — المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 29 1990/10/ 29 تحت رقم 63765 ،المجلة القضائية ، العدد الرابع، سنة 1992 .

كما أكدت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا نفس الموقف في قرارها رقم 186043 الصادر بتاريخ 1999/03/24 إذ جاء فيه أنه "يجب لأحد الشركاء على الشيوع التصرف في منابه المفرز شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء". وجاء في أسبابه : " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه في صفحته الثالثة يتضح أن قضاة المجلس أكدوا أنه طالما أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه دون فرزه طالما أنه لم يلحق أي ضرر بمناب شركائه، وهو ما لم يثبت في قضية الحال، وعليه قرروا إلغاء الحكم المستأنف وقضوا من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

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

وحيث أن أنه يتبين مما سبق أن القرار المطعون فيه معلل تعليلا كافيا وله أساس قانوني على خلاف ما جاء في هذا الوجه الذي يجب رفضه"⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم ذكره من اجتهاد المحكمة العليا وذلك على سبيل المثال، نستنتج أن المحكمة العليا أكدت المبدأ القانوني الذي وضعه المشرع بأحكام نص المادة 714 قانون مدني، بإقرار حق الشريك في الشيوع التصرف في حصته الشائعة أسواء كانت عقارا أو منقولاً أو مجموع عقار ومنقول غير مفرز، شريطة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء. فالتصرف في كل حصة شائعة أو بعض هذه الحصة تصرف صحيح طالما أنه لا يضر بحقوق باقي الشركاء في الشيوع.

(1) — المحكمة العليا — الغرفة العقارية — قرار بتاريخ 1999/03/24 تحت رقم 186043 ، المجلة القضائية العدد الرابع، سنة 2000 ص 195.

كما نخلص إلى أن الشريك متى تصرف منفردا في حصته الشائعة يترتب عنه حلول المتصرف له " المشتري، الموهوب له " محل الشريك المتصرف بنقل ملكية حصته الشائعة، ويصبح هو الشريك في الشيوع بدلا من الشريك الأصلي⁽¹⁾. وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بإجراءات الشهر التي ترتب الأثر الناقل للملكية تطبيقا لأحكام المادة 793 قانون مدني.

هذا إذا كان التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع ناقلا للملكية كالبيع أو الهبة مثلا، فما هو الحكم لو كان التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع من التصرفات التي ترتب حقا عينيا أصليا كان أم تبعا على حصته الشائعة؟.

إذا كان للشريك الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة في العقار بجميع أنواع التصرف الناقل للملكية، فإنه لا يمكنه أن يرتب على هذه الحصة الشائعة جميع الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، وسوف نبين فيما يلي الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية التي يمكن للشريك في الشيوع ترتيبها على حصته الشائعة في العقار.

إن الحق العيني هو سلطة فعلية على شيء معين بالذات وهو نوعان: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية⁽²⁾. وسنتناول بالبحث ذلك في ما يلي:

أولا: الحقوق العينية الأصلية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار من قبل الشريك في الشيوع

إن أهم الحقوق العينية الأصلية، عدا حق الملكية، هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر. وبالنظر إلى طبيعة كل من حقي الحكر والارتفاق، فإنه يستعصي على الشريك في الشيوع كترتيب حق حكر على حصته الشائعة، لأن

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن ص 843.

(2) — عبد المنعم فرج الصدة، - الملكية في قوانين البلاد العربية ص 38- دار الفكر العربي.

الحكر يستوجب البناء والأغراس. بمعنى إقامة منشآت في أرض مفرزة، هذا بالإضافة إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه على أرض موقوفة، فالأرض الموقوفة، كما هو معلوم، لا تكون شائعة لأنها ملك للوقف⁽¹⁾.

وأما حق الارتفاق فإنه لا يرد على حصة شائعة ومن ثم فلا يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق لأنه يتطلب قيام صاحب الارتفاق مباشرة بأعمال لا تصح ولا يمكن مباشرتها إلا على عقار مفرز. ويرى بعض الفقه أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يرتبوا حق ارتفاق على هذا العقار ويبقى قائما مهما كانت نتيجة القسمة⁽²⁾.

أما حق الانتفاع فإنه يمكن للشريك في الشيوع ترتيب ذلك على حصته الشائعة في العقار وبذلك يكون للمنتفع (صاحب حق الانتفاع) جميع الحقوق التي يخولها له الانتفاع بما يتلاءم وطبيعة الشيوع، فيمكنه استغلال الحصة الشائعة والقيام بإدارتها أو المشاركة في إدارتها مع باقي الشركاء، وتسري على ذلك أحكام الإدارة المعتادة للمال الشائع وفيها يقيد بصوت المنتفع ورأيه وليس بصوت أو رأي الشريك الأصلي صاحب الرقبة.

وإذا تجاوز الأمر إلى الإدارة غير المعتادة، وكذلك في أعمال التصرف وطلب القسمة، فإن الأمر يعود للشريك الأصلي صاحب الرقبة ولا شأن لصاحب حق الانتفاع في ذلك أما عند إنقضاء حق الانتفاع قبل القسمة أي قبل انقضاء الشيوع يستجمع الشريك الأصلي صاحب الرقبة عناصر الملكية كاملة ويمارس جميع حقوق الشريك في الشيوع. وإذا استمر حق الانتفاع إلى ما بعد القسمة أي بعد إنهاء حالة

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص

(2) — المرجع نفسه، ص 845 .

الشيوع بأن قسمت العين الشائعة ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك الأصلي صاحب الرقبة، انتقل حق الانتفاع المرتب على ذلك الجزء الذي أصبح مفرزا بعد القسمة إلى المنتفع بحكم الحلول العيني⁽¹⁾.

وبناء على الإمكانية المتاحة للشريك الأصلي ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة فإنه يكون كما سلف الذكر لصاحب الانتفاع أي المنتفع الحق في الانتفاع بتلك الحصة ولكن يبقى في الشيوع. وطالما أن حالة الشيوع قائمة، فله حق الاستعمال والاستغلال بدون وماطة لأن حق الانتفاع باعتباره حقا يخوله سلطة مباشرة على العقار محل الانتفاع، كما يمتد ذلك الانتفاع إلى ملحقات العقار. بمعنى ينتفع به كما لو كان مالكا له ولكن في حدود الغرض الذي أعد له ذلك العقار، فإذا كان مسكنا انتفع به بالسكن فيه، وإذا كان أرضا زراعية انتفع بها أي استغلها في حدود طبيعتها. بما في ذلك انتفاعه بما عليها من حقوق ارتفاق كالمرور وغيره. وفي المقابل يتحمل التزام الصيانة والحفاظة على العقار محل الانتفاع. بمعية باقي الشركاء⁽²⁾.

ونخلص في هذا الإطار إلى أنه للشريك في الشيوع الحق في ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة في العقار كلها أو جزء منها مع إحتفاظه بملكية الرقبة واستجماع عناصر الملكية كاملة بعد إنقضاء حق الانتفاع قبل انتهاء حالة الشيوع، كما نخلص أيضا إلى أن المنتفع أي صاحب حق الانتفاع له جميع السلطات والحقوق التي يخولها له حق الانتفاع من استعمال واستغلال وتصرف في الانتفاع بالبيع أو التنازل أو الرهن في حدود ما يخوله حق الانتفاع، ودون المساس بملكية

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص

(2) — نبيل إبراهيم سعد،- الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني- دراسة مقارنة ص 260.

الرقبة التي تبقى قائمة للشريك الأصلي، ويتحمل كذلك عبء الإدارة والصيانة والحفاظ على العقار محل الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع قبل انتهائه.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار

الشائع

خلافًا للحقوق العينية الأصلية التي تعطي لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء، فإن الحقوق العينية التابعة توجد مستقلة وتكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به، ولذلك وردت بإسم التأمينات العينية وتشمل حق التخصيص وحق الامتياز والرهن الرسمي والرهن الحيازي. وستكلم علي كل واحدة منها على حدة.

1 - حق التخصيص

وقد نظم أحكامه المشرع الجزائري في القانون المدني بنص المواد من 937 إلى 947، ولم يورد له تعريفا وإنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه وآثاره وانقضائه. وحق التخصيص أو الاختصاص هو حق عيني تبعي يختص فيه الدائن بعقارات مدنية، ويكون بناء على حكم واجب التنفيذ يقضي بإلزام المدين بالدين، فيستطيع الدائن بموجب هذا السند أن يستوفي حقه من مدينه متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة⁽¹⁾. وصورته أن الشريك في الشيوع مدين لشخص آخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ فإنه يمكن لهذا الدائن الحامل للسند القضائي أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار تخصيص على الحصة الشائعة التي يملكها مدينه ضمانا لدينه، ويقدم ذلك الطلب في شكل عريضة إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين وتكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري، - الوسيط في شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية والعينية) المجلد

العاشر، ص 660 .

بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم وتشمل بالإضافة إلى ذلك البيانات المذكورة في المادة 941 من القانون المدني.

وبعد ذلك يدون رئيس المحكمة متى توافرت لديه الشروط اللازمة لذلك في ذيل العريضة، أمره بالتخصيص مراعيًا في ذلك مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة. ويمكنه جعل الاختصاص مقصورًا على جزء من الحصة الشائعة التي يملكها المدين إذا ما كان ذلك كافيًا لضمان وتأمين دفع أصل الدين، وما ترتب عليه من مصاريف. ويكون أمر الاختصاص واجب التنفيذ بقطع النظر عن جميع طرق الطعن، وهذا طبقًا لأحكام المادة 942 من القانون المدني. غير أنه يجوز للمدين الذي هو الشريك في الشيوع، أن يرفع تظلمه من الأمر بالتخصيص. أما القاضي الذي أصدره، وهو رئيس المحكمة وفي حالة رفض هذا الأخير طلب التخصيص المقدم من الدائن سواء أكان الرفض في بادي الأمر أو بعد قيام المدين بإجراءات النظم، فإنه يجوز للدائن أن يتظلم من أمر رفض التخصيص إلى المجلس القضائي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على الرهن ويسرى على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام خاصة منها ما يتعلق بالقيود وتحديدده وشطبه وعدم تجزئته وآثاره وإنقضائه تطبيقًا لأحكام المادة 947 من القانون المدني.

نخلص في هذه الإطار أنه للشريك في الشيوع، إذا ما كان مدينًا لشخص آخر بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، أن تكون حصته الشائعة في العقار محلاً للتخصيص كلها أو بعضها بحسب مقدار الدين.

2 - حق الامتياز

إذا كان التخصيص أو الاختصاص يتقرر لفائدة الدائن بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على وجود حكم قضائي واجب التنفيذ، فإن حق الامتياز لا يتقرر إلا بموجب نص قانوني تتحدد به مرتبة الدائن صاحب الامتياز لأن في هذه الحالة نجد أن الحق هو المختص بالامتياز وليس الدائن، وبذلك فإن حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية، (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي والاختصاص) يمثّل، في كون حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص في القانون. وما لم يوجد نص بذلك لا يوجد امتياز، فهو لا يتقرر لا بالارتفاق ولا بالحكم القضائي، وكذلك من حيث كون الممتاز هو الحق في حق الامتياز وليس الدائن على عكس باقي الحقوق العينية التبعية التي يكون فيها الدائن هو محل الإعتبار⁽¹⁾.

وينقسم حق الامتياز إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة. فأما العامة فهي التي تكون على جميع أموال المدين كامتياز النفقة والمبالغ المستحقة للأجراء في حين أن الخاصة هي التي تكون إما على منقول معين كامتياز بائع المنقول وامتياز المؤجر، أو على عقار معين كامتياز بائع العقار وامتياز المتقاسم في العقار. فالبائع العقار حق الامتياز فيما يستحق من الثمن وملحقاته⁽²⁾. وهو الشأن بالنسبة للشريك في الشروع الذي يتصرف بالبيع في حصته الشائعة في العقار كلها أو جزء منها، ولم يقبض الثمن كله أو جزءاً منه، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي تصرف فيها وانتقلت ملكيتها للمتصرف له الذي أصبح مدينا بثلث الحصة كله أو بعضه في حدود المبلغ كاملاً أو في حدود ما تبقى منه.

تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري نظم أحكام حقوق الامتياز في التقنين المدني في المواد من 982 إلى 1001 منه.

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) المجلد

العاشر، ص 922 .

(2) — المرجع نفسه، ص 922 .

3 - الرهن الرسمي

وردت أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري في المواد من 882 إلى 936 منه وما يهمنا في هذا البحث هو نص المادة 890 التي تنص على ما يلي: "يقتضى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز من العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل. ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

من خلال هذا النص يتضح أنه يجوز رهن العقار الشائع. إذ يمكن رهنه كاملا من كل الشركاء المشاعين أو رهن حصة شائعة من العقار كلها أو بعضها من قبل أحد الشركاء في الشيوع ويكون ذلك نافذا أو صحيحا مع ما يترتب عليه من آثار في حالة القسمة أي إنهاء الشيوع.

فإذا أقام الشريك في الشيوع رهنا رسميا على حصته الشائعة في العقار كلها أو بعضها، يكون تصرفه صحيحا مادام العقار شائعا بين كل الشركاء المشاعين.

وإذا باع حصته الشائعة المرهونة انتقلت مثقلة بالرهن إلى المشتري، أما إذا اقتصر تصرف الشريك على الرهن فقط وقسم الشركاء العقار الشائع بعد ذلك

فوق كله أو بعضه في نصيب الشريك الراهن، فإنه ينتقل أو ينتقل مرهونا بعضه في الشيوخ بمقدار حصة للشريك الراهن فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه⁽¹⁾. ولكن قد ينتج عن القسمة أن يقع في نصيب الشريك الراهن، لا العقار المرهون ولا جزء منه وإنما يقع في نصيبه عقار آخر. ففي هذه الحالة تطبق نظرية الحلول العيني، وذلك بأن يحل العقار الجديد محل العقار الذي كان يشكل الحصة الشائعة المرهونة وبذلك ينتقل مرهونا بدلا من العقار الأول ويتبع الدائن المرتهن في ذلك إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول. ولولا الحلول العيني، لقبل إن العقار الآخر الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك، وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار.

كما أنه قد لا يقع في نصيب الشريك الراهن لا العقار المرهون ولا عقار آخر، وإنما يقع في نصيبه منقول، ففي هذه الحالة يفقد الدائن المرتهن حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول لأنه لا يقبل ذلك أصلا⁽²⁾.

أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحقه في التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود. نخلص في هذا الإطار إلى أن المشرع الجزائري أقر للشريك في الشيوخ حق رهن حصته الشائعة في العقار الشائع كلها أو بعضها، من باب أن كل شريك يملك بقدر حصته في كل جزء من أجزاء العقار الشائع، ولكنه لا يملكه وحده، وإنما يشترك معه باقي الشركاء كل بقدر حصته. ويظل هذا الوضع حتى ينقضي الشيوخ بالقسمة قضاء أو رضاء. وطالما أن لكل شريك ملكية جزء في العقار الشائع، فإنه من ثم يكون له الحق في رهن ما

(1) — عبد الرزاق أحمد السنهوري، - الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) المجلد

العاشر، ص 329 .

(2) — المرجع نفسه، ص 331 .

يملك. ويكون رهنه صحيحا وناظدا سواء تعلق الرهن بخصته شائعة أو مفرزة. إلا أنه إذا تمت القسمة واختص الشريك الرهن بخصه غير التي كان قد رهنها مفرزة، انتقل الرهن إلى الخصه التي اختص بها الشريك الرهن بناء على القسمة بما لها من أثر مفاده أن الشريك الرهن كان يمتلك تلك الخصه وحدها منذ نشوء الشيوع فينتقل إليها الرهن بحكم القانون إذا كان من قبل واردا على خصه غير مملوكة للراهن⁽¹⁾.

وعلى الدائن المرهن القيام بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 890 من القانون المدني وخصه المتعلق منها بالقيود بالمحافظة العقارية المتخصصة وهي التي يقع في دائرتها العقار المرهون.

4 - الرهن الحيازي

خلافا للرهن الرسمي الذي يمكن للشريك في الشيوع أن يرتبه على حصته الشائعة في العقار الشائع أو على جزء منها بموجب أحكام المادة 890 من التقنين المدني، فإن المشرع لم يخصص أي نص في التقنين المدني للرهن الحيازي. وهو بذلك يخضع للقواعد العامة، وبذلك يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب رهنا حيازيا على حصته الشائعة في العقار الشائع أو جزء منها ضمانا لحقوق الدائن المرهن، باعتبار أن الرهن الحيازي هو عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق القبول والإيجاب وتبقى الحيازة التزاما ينشأ عن العقد وقابلية الخصه الشائعة للحيازة. ويمكن أن تتصوره الرهن الحيازي في صور مختلفة، كأن يوضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرهن رهنا حيازيا وفي هذه الحالة تكون له أي للدائن المرهن صفتان، صفة الدائن المرهن فيما يخص الخصه الشائعة، وصفة مدير المال الشائع بالنسبة لباقي حصص الشركاء. وفي هذه الصورة يجب موافقة الشركاء.

(1) - أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني الجزء الحادي عشرة ص 355 .

أما الصورة الثانية التي يمكن أن يتحقق فيها الرهن الحيازي، فهي الصورة التي يوضع فيها المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء الآخرين أو تحت يد أجنبي. وفي هذه الحالة يتمتع الشخص الذي وضع تحت يده المال الشائع بصفتين: الأولى هي صفة العدل بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة. والثانية يكون فيها مديرا لباقي الحصص، كما يمكن أن يتحقق الرهن الحيازي في الصورة التي يكون فيها المال الشائع مقسما قسمة مهيأة بأن يحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي عاد إليه من قسمة المهيأة⁽¹⁾.

ونخلص في هذا المطلب أنه للشريك في الشيوع في عقار شائع أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها بجميع أنواع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة مع مراعاة دائما عدم الإضرار بمصلحة باقي الشركاء في الشيوع. ويحل المتصرف له محل الشريك المتصرف، ويصبح بدوره شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء، وله جميع حقوقهم والتزاماتهم في إدارة المال الشائع وطلب إنهاء حالة الشيوع.

كما يمكن للشريك في الشيوع أن يرتب حقا عينيا أصليا على حصته الشائعة، كحق الانتفاع، أو حقا عينيا تبعا كالرهن الرسمي أو التخصيص أو الامتياز أو الرهن الحيازي. وإن كان المشرع الجزائري قرر ذلك صراحة فيما يخص الرهن بموجب المادة 890 من التقنين المدني، وسكت عنه فيما يخص الرهن الحيازي، من يصنع المجال أمام أعمال القواعد العامة التي تتوفر فيها إمكانية حيازة الحصة المرهونة رهن حيازيا.

وبحسب ذلك وبالنظر لعدم وجود اجتهاد قضائي في هذا الباب يمكن الإستئناس به، يمكننا أن نقترح مراجعة النصوص الخاصة بباب التأمينات العينية والشخصية لإدراج نصوص صريحة علي غرار ما فعله المشرع فيما يخص الرهن

(1) – أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني الجزء الحادي عشرة ص 355 .

الرسمي، وذلك بالنظر إلى أسباب نشوئها لاسيما الميراث، وكذلك لتسهيل التعامل في الملكية العقارية الشائعة والاستفادة منها على حالتها دون اللجوء إلى خيار الفرز الذي يأخذ وقتا وجهدا وإجراءات طويلة قد لا يستفيد منها المالك على الشيوع من ملكيته.

المطلب الثاني

أثر تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة على حق شركائه في استرداد الحصة

تنص المادة 721 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها لشريك 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.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته".

وتنص المادة 795 من نفس التقنين على 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".

يستفاد من نص المادتين 721 و795 من التقنين المدني بأن للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر، وذلك إما عن طريق حق

الاسترداد المنصوص عليه في المادة 721، وإما عن طريق حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 795، ولكل من هذين الحقلين إجراءاته الخاصة وهو ما سوف نبحثه فيما يلي :

أولا : شروط حق الاسترداد وإجراءاته.

ثانيا : شروط حق الشفعة وإجراءاتها.

أولا : شروط حق الإسترداد وإجراءاته

إن حق الإسترداد أقره المشرع لكل شريك في الشيوع لمنقول أو لمجموع من المال المنقول أو العقار، إذا ما أقدم أحد الشركاء في الشيوع. ومن ذلك فهو يختلف عن حق الشفعة الذي قرره المشرع في حالة التصرف في العقار الشائع المعين بالذات.

ويتضح من خلال نص المادة 721 من التقنين المدني ان نطاق حق الإسترداد لا يرد إلا في منقول شائع قائم بذاته أو في مجموع من المال، ولو إشتمل هذا المجموع على عقار⁽¹⁾.

ومثال المجموع من المال ، التركة والمحل التجاري، فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة، جاز لباقي الورثة إسترداد هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد حتى ولو كانت التركة تشمل عقارات مادامت مندمجة في هذا المجموع من المال.

أما المنقول فغني عن المثال، إذ يكون لكل شريك في الشيوع حق إسترداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها شريك آخر لأجنبي. وعلى هذا الأساس يمكن حصر شروط حق الإسترداد فيمايلي:

(1) – عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية – المجلد الثامن، ص

1 - شروط حق الإسترداد

تحدد شروط الإسترداد بناءا على نطاقه كما أسلف بيانه وتنعصر في أربعة شروط⁽¹⁾ هي:

1 - 1 - أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوخ

إن المشرع في نص المادة 721 من التقنين المدني ذكر على سبيل الحصر، التصرف المتمثل في البيع دون غيره من التصرفات، بمعنى أنه حتى يمكن لأي شريك من الشركاء في الشيوخ في المنقول الشائع أو مجموع المال المنقول أو العقار، أن يمارس حقه في إسترداد الحصة الشائعة، أن يكون التصرف الذي قام به الشريك في الشيوخ لفائدة أجنبي، يباع دون غيره من التصرفات. فلا يجوز ممارسة حق الاسترداد في التصرفات الأخرى حتى وإن كانت ناقلة للملكية بعوض أو بدون عوض، كالهبة أو الوصية، كما لا يمكن ممارسته في البيع بالمزاد العلني على غرار حق الشفعة، إذ يمكن للشريك في هذه الحالة أن يدخل في المزاد العلني، وهذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي أجاز الإسترداد في جميع عقود المعاوضة ولم تكن يباعا⁽²⁾.

وحتى يمكن ممارسة حق الإسترداد من قبل الشركاء في الشيوخ على الحصة الشائعة يجب أن يكون البيع تاما، إذ لا يمكن ممارسة ذلك في المراحل الأولى للبيع أو قبل إتمام إجراءاته اللازمة لتمامه وذلك ما يستنتج من الصيغة التي إستعملها المشرع في نص المادة 721 من التقنين المدني بقوله: "..... الحصة الشائعة التي باعها...." أي أن عملية البيع قد تمت بجميع أركانها وعناصرها.

(1) - عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - المجلد الثامن، ص

(2) - المرجع نفسه ، ص 855 .

1 - 2 - أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار

إن الحكمة من تقرير حق الاسترداد لباقي أو أحد الشركاء في الشيوخ هي منع المتصرف له الأجنبي من الدخول ضمن الشركاء. ولذلك فإن من الشروط التي أوجبها المشرع لممارسة الشركاء أو أحدهم حقه في الاسترداد، هي أن يقع البيع على حصته شائعة كاملة أو بعضها من الشريك المتصرف، لأن ورود التصرف على حصته أو جزء مفرز من المال الشائع يخضع لأحكام مختلفة سوف نبحثها في حينها.

1 - 3 - أن يقع البيع إلى أجنبي عن الشركاء

كما سبقت الإشارة إليه أن الحكمة من تقرير حق الاسترداد هي منع أي أجنبي من الدخول بمعية الشركاء في المال الشائع ولذلك اوجب المشرع بصريح النص أن يقع البيع أو يكون صادرا إلى أجنبي عن الشركاء. وتكون الحصة أو الحصص الشائعة محل التصرف محل الاسترداد كاملة، فلا يمكن أن يسترد الشريك أو باقي الشركاء أجزاء منها بنسبة حصصهم أو حصته لتعارضها مع الحكمة من حق الإسترداد في منع الاجنبي من الدخول شريكا مع الشركاء في المال الشائع .

1 - 4 - أن يكون المسترد أحد الشركاء

واضح من نص المادة 721 من التقنين المدني أن حق إسترداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحد الشركاء المشتاعين، مقرر لفائدة الشريك في الشيوخ دون غيره، سواء كان هذا الشريك أصليا أي انه شريك مند بدء حالة الشيوخ أو شريكا جديدا، كأن يكون خلفا للشريك الأصلي كالورثة مثلا في حالة وفاة مورثهم، وهو شريك أصلي في المال الشائع. وفي حالة تعدد المستردون فإنه لكل منهم أن يسترد من الحصة أو الحصص المتصرف فيها بنسبة حصته في المال الشائع.

وإذا كانت هذه أهم الشروط التي يجب توافرها لإمكانية ممارسة حق إسترداد الحصة الشائعة محل التصرف الصادر من أحد الشركاء إلى أجنبي، مستخلصة من نص المادة 721 قانون مدني، فإن السؤال الذي يطرح: ما هي الإجراءات والكيفية التي يتم بها إسترداد الحصة الشائعة محل التصرف؟.

2 - إجراءات الاسترداد

دائما بالرجوع إلي نص المادة 721 قانون مدني جزائري التي حولت للشريك في الشيوع أن يسترد الحصة الشائعة إذا ما تصرف فيها أحد الشركاء بالبيع إلى أجنبي نستخلص الإجراءات التي يتم بها ممارسة هذا الحق، وتتمثل في ميعاد الإسترداد والكيفية أو الوسيلة التي يتم بها.

2 - 1 - ميعاد الإسترداد

تنص المادة 721 قانون مدني على أنه : " للشريك وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ... " .

من خلال النص نفرق بين فرضيتين هما أن يقوم الشريك في الشيوع المتصرف في حصته الشائعة كاملة أو جزء منها بالبيع إلى أجنبي (المشتري) بإعلام باقي الشركاء بتصرفه. ويكون ذلك إما كتابة أو شفاهة، وإما لا يقوم بذلك ويكون حساب الميعاد من تاريخ علم الشركاء أو احدهم بالتصرف، ذلك لأن النص لم يلزم المتصرف و المتصرف له بإعلام باقي الشركاء بالتصرف. ففي الفرضية الأولى التي يقوم فيها المتصرف (البائع) والمتصرف له (المشتري) بإعلام باقي الشركاء، فإن ميعاد ممارسة حق الإسترداد يكون شهرا من تاريخ إعلامهم وفي الحالة الثانية، يكون أيضا شهرا من تاريخ علمهم أو علم أحدهم بالتصرف. وواقعة العلم هنا هي واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الطرق المقررة في الإثبات.

إذن وبغض النظر عن عدم إلزامية المشرع المتصرف و المتصرف له بإعلام باقي الشركاء بالتصرف، فإن ميعاد ممارسة حق الإسترداد للحصة الشائعة محل التصرف بالبيع يكون في خلال مدة شهر من تاريخ العلم، وإلا سقط حقهم أو حقه في ذلك، ويتحصن بذلك المتصرف من ممارسة حق الإسترداد⁽¹⁾.

2 - 2 - الكيفية التي يحصل بها الإسترداد

يتم إسترداد الحصة الشائعة المتصرف فيها من قبل الشريك الذي علم بالبيع أو من قبل باقي الشركاء خلال مدة شهر من تاريخ العلم أو الإعلام بواسطة تصريح يبلغ إلي كل من البائع (الشريك المتصرف) والمشتري (الأجنبي المتصرف له). وهذا بحسب نص المادة 721 قانون مدني. ويستفاد من ذلك أن المشرع لم يحدد شكلا معيناً لهذا التصريح، كأن يكون رسمياً على غرار ما فعل في ممارسة حق الشفعة، وبذلك يمكن أن يكون هذا التصريح مبلغاً عن طريق المحضر القضائي أو بموجب رسالة مضممة الوصول. وبحسب رأينا أن التصريح الشفوي طالما أنه أوجب ضرورة تليغه إلى كل من المشتري والبائع لإعلان الرغبة في استرداد الحصة الشائعة محل البيع، ولا يتم الاسترداد بمجرد تبليغ التصريح بالرغبة في الاسترداد، بل يجب علي المسترد أن يدفع ثمن الحصة والفوائد والمصاريف التي أنفقها المشتري في ذلك إن كان قد دفع ذلك، أو ثمن الحصة إلى البائع، إن كان لم يستوف ذلك بعد من المشتري، ويتوفر التصريح بالرغبة في الاسترداد ودفع المستحقات اللازمة لذلك فإن المسترد يحل محل المشتري، إذا كان قد دفع المستحقات، ويحل محل الشريك البائع إذا هو لم يقبض المستحقات من المشتري الأجنبي، وتتخذ بعد ذلك الإجراءات الخاصة بنقل الملكية، إذا كانت الحصة الشائعة محل البيع تتمثل في مجموع المال المنقول أو العقار، والمتمثلة في التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية.

(1) - عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية، المجلد الثامن ، ص

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

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

ونخلص إلى أن حق الاسترداد قرره المشرع بموجب نص المادة 721 قانون مدني جزائري لفائدة الشريك في المنقول الشائع، أو في مجموع المال المنقولة الذي يشمل على عقار، ولا يكون له الحق في ممارسته إذا كان شريكا في عقار معين بذاته. إن الحكمة من تقرير هذا الحق هي منع المشتري الأجنبي من الدخول ضمن الشركاء في المال المنقول الشائع، أو في مجموع المال المنقول الذي يشتمل على عقار.

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني — حق الملكية ،المجلد الثامن، ص

ثانيا: شروط حق الشفعة و إجراءاتها

إذا كان المشرع الجزائري قرر في التقنين المدني للشريك أو باقي الشركاء حق استرداد الحصة الشائعة محل التصرف الذي قام به أحد الشركاء في المال الشائع المنقول أو مجموع المال المنقول الذي يشتمل علي عقار طبقا للمادة 721 قانون مدني، فإنه قرر أيضا بموجب نص المادة 795 من نفس القانون حق الشريك في استرداد الحصة الشائعة محل التصرف في العقار الشائع عن طريق الشفعة.

وقد نصت المادة 795 قانون مدني علي أنه : " يثبت حق الشفعة و ذلك 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 إلي أجنبي.

لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها."

وما يهمننا في هذا البحث من نص المادة 795 قانون مدني الفقرة الخاصة بحق الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلي أجنبي. ومن خلال ذلك يمكننا استخلاص شروط الشفعة و بعدها سوف نبحت إجراءاتها.

1 - شروط حق الشفعة

حتى يمكن للشريك في الشيوع أن يسترد الحصة الشائعة محل التصرف بالبيع عن طريق الشفعة لابد من توافر الشروط التالية:

1 - 1 - أن يكون هناك عقار شائع

بمعني أن لا يكون المال الشائع منقولا أو مجموعا من المال المنقول الذي يشتمل علي عقار، لأن ذلك يخضع لأحكام الاسترداد التي سبق التعرض إليها طبقا للمادة 721 قانون مدني. كما يجب أن يكون هذا العقار شائعا قبل أو أثناء التصرف بالبيع

الذي قام به أحد الشركاء لحصته الشائعة، و بذلك يخرج من هذا المجال العقار الشائع الذي تمت قيمته قبل التصرف بالبيع للحصة الشائعة، لأن بعد القيمة يستأثر كل واحد من الشركاء بحصته مفرزة. وفي حالة بيعها، فإنه لا يحق لباقي الشركاء الحق في التمسك بالشفعة.

1 - 2 - أن يكون التصرف بالبيع منصبا علي حصته شائعة

لأن التصرف في الحصة المفرزة يأخذ أحكاما مختلفة و سوف سنتعرض إلي ذلك في حينه، لذلك فإنه حتى يمكن للشريك أو للشركاء حق استرداد الحصة الشائعة محل التصرف في العقار الشائع أن البيع منصبّ علي حصة شائعة.

1 - 3 - أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا لأجنبي

إن الحكمة، كما رأينا حق الاسترداد، هي عدم دخول أجنبي بوسط الشركاء في الشيوخ، والحفاظ علي المال من خروجه إلي غير الشركاء، وهي نفسها في تقرير الشفعة لفائدة الشريك في الشيوخ عندما تكون حصة شائعة من العقار الشائع محل تصرف بالبيع إلي أجنبي، وكذلك لتجميع عناصر الملكية في حالة ما إذا تصرف أحد الشركاء بالبيع لحصته الشائعة في حق الانتفاع الشائع⁽¹⁾.

1 - 4 - أن يكون التصرف بيعا

بمعني أنه حتى يمكن للشريك أو الشركاء في الشيوخ استرداد الحصة الشائعة عن طريق الشفعة، يجب أن يكون التصرف الذي قام به الشريك في الشيوخ بيعا، و بذلك لا تكون باقي التصرفات كالهبة و الوصية و المقايضة وغيرها سببا لممارسة حق الشفعة من أجل استرداد الحصة الشائعة. كما أن المشرع الجزائري يجب أن يكون هذا البيع قد وقع صحيحا، ويستثني من ذلك بعض البيوع، منها — علي

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني- اسباب كسب الملكية ، المجلد التاسع ، ص 553 .

سبيل المثال البيع — بالمزاد العلني و في البيوع الواقعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية. وكذلك إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق محل عبادة وهذا ما قرره المادة 798 قانون مدني.

إذن ومن خلال نص المادة 795 قانون مدني في فقرتها المتعلقة بأنه للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلي أجنبي، نقول إن شروط الأخذ بالشفعة من قبل الشريك أو باقي الشركاء لاسترداد الحصة الشائعة محل البيع لأجنبي في العقار الشائع، هي أن يكون هناك عقار شائع و أن يكون التصرف بيعا و أن يكون هذا البيع صادر لأجنبي و أن يكون منصب علي حصة شائعة. ويبقي لنا أن نتعرض إلي إجراءات الشفعة.

2 - إجراءات الشفعة

بالرجوع إلي نصوص القانون المدني نجده حدد في نص المواد 799 إلي 802 الإجراءات الواجب إتباعها عند الأخذ بالشفعة إذا ما توافرت شروطها وتحققت أسبابها. وهذه الإجراءات هي الواجب إتباعها عند الأخذ بالشفعة إذا ما توافرت شروطها وتحققت أسبابها. ويمكن حصر هذه الإجراءات من خلال استقراء النصوص المذكورة آنفا فيما يلي:

2 - 1 - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

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

ويستفاد من هذا النص أنه علي من يريد الأخذ بالشفعة لاسترداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحد الشركاء بالبيع إلى أجنبي عن طريق الشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من الشريك البائع والأجنبي المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي تلقاه من البائع أو المشتري. و يلاحظ هنا أن المشرع أخذ بضرورة أن يقوم كل من البائع أو المشتري بإنذار من له الحق في الأخذ بالشفعة. غير أن الشراح يذهبون إلى الأخذ حتى بالعلم الشخصي لمن له الحق في الأخذ بالشفعة، وإذا لم يتم من له الحق في الأخذ بالشفعة في إعلان رغبته إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما ترتب عليها سقوط حقه في ذلك.

وقد حددت المادة 800 من التقنين المدني البيانات التي يجب أن يتضمن الإنذار الذي بوجهه البائع و المشتري إلى من له الحق في ذلك، وإلا أعتبر باطلا، و ذلك بنصها علي مايلي : " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 علي البيانات التالية وإلا كان باطلا:

— بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

— بيان الثمن والمصاريف الرسمية و شروط البيع وإسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 " .

وباستقراء هذا النص نجد أن المشرع لم يحدد صيغة و شكل الإنذار بإشتناء ضرورة احتوائه البيانات المذكورة في صلب النص، وبذلك يمكن أن يكون هذا الإنذار موجهها عن طريق محضر قضائي، أو يمكن أن يكون بموجب رسالة مضمونة الوصول لإثبات بداية حساب المواعيد. ويرى بعض الشراح أنه يجب أن يكون الإنذار رسميا علي يد محضر قضائي. فالإخطار الشفوي، بل الإخطار المكتوب ككتاب من البريد حتى وإن كان مسجلا بعلم وصول وإذا لم يكن إنذارا رسميا

علي يد محضر، لا يكفي لجعل ميعاد الثلاثين يوما لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يسري⁽¹⁾.

وإذا كان المشرع قد أوجب ذكر بعض البيانات تحتوي الإنذار الذي يوجهه البائع أو البائع والمشتري إلي من له الحق في الأخذ بالشفعة، ودون تجديد شكل ذلك الإنذار، فإنه على العكس من ذلك فيما يخص الإعلان في الرغبة بالأخذ بالشفعة حيث نصت المادة 801 من التقنين المدني على ما يلي : " 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.

— يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة."

— ويستفاد من هذا النص أنه متى أُنذر الشفيع بوقوع البيع، فإنه يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة، أن يبدي رغبة في ذلك بأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من البائع والمشتري. ويكون هذا الإعلان رسميا أي عن طريق كتابة ضبط المحكمة سابقا، وعن طريق المحضر القضائي حاليا. ويكون التصريح بالرغبة في الشفعة في شكل عقد رسمي يحرر بمعرفة موثق، وإلا كان باطلا ولا ينتج آثاره بالنسبة للغير إلا إذا كان مسجلا. ثم بعد ذلك يجب على الشفيع الذي أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة أن يقوم بدفع ثمن البيع والمصاريف اللازمة بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، وأن يكون هذا الإيداع سابقا لتاريخ وقوع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة.

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني- أسباب كسب الملكية ، المجلد التاسع ، ص 625 .

وقد تساءل البعض عن الجدوى من تسجيل التصريح بالرغبة في الشفعة المنصوص عليه بالمادة السالفة الذكر، نقول جوابا عن ذلك أن تسجيل عقد التصريح بالرغبة في الشفعة بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا، أي التي يقع بدائرتها العقار محل التصرف، ليس بإجراء إلزامي وإنما هو مقرر لمصلحة الشفيع حتى يحصن الحصة الشائعة محل التصرف التي هي أساس الشفعة من خطر قيام المشتري الأجنبي بالتصرف فيها إلى شخص آخر. ولكي لا يكون هذا التصرف الذي أقدم عليه المشتري الأول نافذا في حق الشفيع، لا بد من أن يكون عقد التصريح بالرغبة في الشفعة مستمرا بالمحافظة العقارية حتى يكون حجة على الغير. والشفيع حر في أن يقوم بإجراء أو لا يقوم به طالما أنه مقرر لمصلحته ويمكنه القيام به في أية مرحلة حتى ولو بعد رفع دعوى الشفعة.

2 - 2 - رفع دعوى الشفعة

بعد استفتاء الإجراءات السابقة من قبل الشفيع يجب عليه أن يقوم برفع دعوى الشفعة علي النحو الذي نصت عليه المادة 802 من التقنين المدني : " يجب رفع دعوي الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق". وسندرس في هذا الإطار الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة و المحكمة المختصة في النظر فيها و ميعاد رفعها والحكم فيها.

2 - 2 - 1 - الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة

تستمد كل دعوي طبيعتها من الحق الذي تحميه، ذلك لأن لكل حق دعوي تحميه تستمد منه طبيعتها. فإذا كان الحق شخصا، كانت الدعوي شخصية، و إذا كان الحق عينيا عقاريا كانت الدعوي عينية عقارية. والشفعة، كما يراها بعض الفقه إذا ليست حقا وإنما رخصة، أي خيار ترد علي العقار، فتنتقل ملكيته إلي

الشفيع، و بالتالي فهي سببا من أسباب كسب الملكية، يثبت الحق فيها بتوافر شروط حددها القانون إذا التزم الشفيع بالإجراءات والمواعيد المقررة، وإلا سقط الحق فيها⁽¹⁾.

وطالما أن دعوى الشفعة تهدف إلى حماية الحق في استرداد العقار محل التصرف بالبيع إلى أجنبي فإنه يمكننا القول بأنها دعوي عينية عقارية متى اختارها الشفيع.

2 - 2 - 2 - المحكمة المختصة في نظر دعوى الشفعة

باعتبار أن دعوي الشفعة هي دعوي عينية عقارية. بمعنى أنها تحمي حق عيني عقاري، فإن الاختصاص في نظرها ينعقد إلى المحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة وهذا إعمالا بنص المادة 802 من التقنين المدني وكذلك تطبيقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية، يبقى التساؤل يطرح من الناحية العملية بالنظر إلى نوعية التقسيم المعمول به علي مستوي الجهات العملية بالنظر إلى نوعية التقسيم المعمول به علي مستوي الجهات القضائية.

وفي ظل غياب محاكم متخصصة يكون اختصاصها نوعيا، فهل يمكن مثلا أن يرفع الشفيع دعوى الشفعة أمام المحكمة التي يقع في ذاكرتها العقار، وتقيّد أمام قسم شؤون الأسرة أو القسم التجاري أو المدني. بمفهومه الضيق ويكون القاضي مختصا أم لا وعلى أي أساس إذا علمنا توزيع الأقسام على مستوى المحاكم هو توزيع لا يتحدد باختصاص النوعي وبالتالي يمكن للقاضي التجاري أن يفصل في دعوى الشفعة التي هي عقارية كما يمكن ذلك تقاضي شؤون الأسرة طالما أنه لا يوجد اختصاصا نوعي بين الأقسام بذات المحكمة، لكن يمكن اعتماد معيار مصاريف كل دعوى والتي تختلف من قسم إلى قسم أو حتى من فرع إلى فرع،

(1) - أنور طلبة - المطول في شرح القانون المدني الجزء الثالث عشر، ص 334 .

فرسوم رفع الدعوى العقارية تختلف عن رسوم الدعوى التجارية وشؤون الأسرة وغيرها وهي الرسوم التي يحددها قانون المالية، وطالما أن تلك النظام العام وبالتالي فإنه ومن وجهة نظري الشخصية فإنه للقاضي الذي ترفع أمامه دعوى موضوعها لايتعلق بالفرع الذي يترأسه أن يرفضها على أساس هناك إهدار الحقوق الخزينة المتمثلة في الرسوم المحددة بموجب قانون المالية، وعليه يمكننا أن نقول أن دعوى الشفعة و باعتبارها تحمي حق عقاري عيني فإنه يجب أن ترفع أمام القسم العقاري بالمحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة.

2 - 2 - 3 - ميعاد رفع دعوى الشفعة

يستفاد من نص المادة 802 من التقنين المدني الأجل الذي ترفع فيه دعوى الشفعة أمام الجهة القضائية المختصة، هو ثلاثين يوما تسري من تاريخ الإعلان عن الرغبة في الشفعة وبعد استنفاد الشروط والإجراءات السابق بيانها، ويترتب علي رفع هذه الدعوي بعد الأجل المحدد بسقوط الحق في الشفعة، والميعاد المحدد في نص المادة 802 من التقنين المدني يعتبر من النظام العام طالما أن النص جاء ضمن القواعد القانونية الآمرة، وترفع دعوي الشفعة من الشفيع علي كل من البائع و المشتري ولا يجوز رفعها علي أحدهما دون الأخر وذلك لما يترتب علي الحكم بالشفعة من آثار.

2 - 2 - 4 - الحكم في دعوي الشفعة

نصت المادة 803 من التقنين المدني علي أنه: " يعتبر الحكم الذي نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإحلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

قبل الحديث عن الحكم في دعوي الشفعة تجدر الملاحظة إلي أن صياغة نص المادة 803 أعلاه يشوبها الغموض ذلك أن صياغتها باللغة العربية تفيد أن الحكم في دعوي الشفعة يصدر نهائيا وكأنه لا يقبل الطعن فيه بطريق الطعن العادي المعروفة ذلك أنه جاء بصياغة " الحكم الذي يصدر نهائيا " والأصح حسب رأينا بمقارنة النص المحرر باللغة الفرنسية هو أن الحكم الذي يصدر في دعوي الشفعة التي ترفع أمام المحكمة المختصة في أول درجة يكون قابلا للاستئناف أمام المجلس القضائي ومن تم قابليته للطعن فيه أيضا بمختلف طرق الطعن غير العادية كالطعن بالنقض مثلا.

ويستفاد من مضمون نص المادة أن الحكم الذي يصدر في دعوي الشفعة و الذي بقضي بثبوت حق الشفعة لمصلحة الشفيع 36 ويصير ذلك الحكم نهائيا، يكون سنداً للملكية الشفيع و يخضع لقواعد الشهر العقاري التي تخضع لها جميع العقود المتضمنة نقل حقوق عينية عقارية و يترتب حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وهب الآثار التي رتبها المشرع الجزائري في نص المواد من 804 إلي 806 من التقنين المدني تحت عنوان أثر الشفعة.

وسواء كانت الشفعة رضائية بمعنى أنه عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق في جانبه الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يشرع في إجراءاتها ويبدأ بإعلان رغبته في ذلك إلي كل من البائع والمشتري ففي هذه الحالة قد يقبل المشتري من الخروج من عقد البيع المشفوع فيه وإحلال المشتري محله فتقع الشفعة، وتتم الشفعة بالتراضي في هذه الحالة يتحقق رضاء المشتري بحلول الشفيع محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع وحتى تكون نافذة في حق البائع لا بد من استفتاء إجراءين معا وهما بإعلان الرغبة وأن يقرها البائع باعتبار أن شخص المدين يكون دائما محل اعتبار من جانب الدائن⁽¹⁾.

(1) - نبيل إبراهيم سعد - الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني - دراسة مقارنة - ص 536 ، ط 2003 .

أو قضائية علي النحو الذي رأيناه سابقا، أهم أثر يترتب علي الحكم بثبوت الشفعة إذا كانت قضائية أو تمامها صحيحة إذا كانت رضائية هو حلول الشفيع محل المشتري فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع ويترتب علي ذلك التزام المشتري بتسليم الحصة الشائعة محل الشفعة إلي الشفيع بالحالة التي كانت عليها وقت البيع، ولكن في الحالة التي يكون المشتري قد أقام منشآت أو أغراس علي ملك الحصة، فنفرق بين ما إذا كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة وفيها يكون الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة القار بسبب البناء أو الأغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة فإنه للشفيع أن يطلب إزالة ذلك، أو الإبقاء عليها و لايلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل و نفقات الأغراس، وهذين الحكمين خاصين بالالتصاق ويتعلقان بمن يبني أ و يغرس علي أرض ملك لغيره لحسن نية سوء نية⁽¹⁾. وهي الأحكام التي كرسها المادة 805 من التقنين المدني الجزائري بنصها علي ما يلي :

"إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري

أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد من قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة وإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم ألا يدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس "

ويكون البائع ملزما بتسليم الحصة محل الشفعة إلي الشفيع ونقل ملكيتها بإتمام إجراءات ذلك مع التزام الشفيع طبعا بدفع الثمن الذي يكون قام بإيداعه قبل مباشرة إجراءات الشفعة.

(1) — نبيل إبراهيم سعد — المرجع نفسه، ص 541 .

وتحدد المادة 806 من التقنين المدني الجزائري علاقة الشفيع بالغير، ذلك أنه لايمكن أن يحتج على الشفيع، بكل التصرفات التي صدرت من المشتري أو ما ترتب عليه من حقوق كالرهون والاختصاصات إذا كانت قد تمت بعد شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة.

نخلص في هذا المبحث إلى أن الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف على النحو الذي سبق تبيانه، فله أن يبيعها أو يرهنها أو يرتب علي حق عيني أصلي كأن يملك الغير حق الإنتفاع بها بالاستعمال أو الاستغلال أو بهما معا وذلك بدون حاجته إلي موافقة باقي الشركاء مع مراعاة عدم الإضرار بحقوقهم.

وبمراجعة و تفحص الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الإطار فإنه ومن خلال ما تيسر لنا العثور عليه من القرارات المنشورة بمختلف المجالات القضائية نجدها أي المحكمة العليا وقبلها المجلس الأعلى للقضاء قد وافقت النصوص القانونية من ما جاء في القرار المؤرخ في 1987/4/8 ملف 39496 الذي جاء فيه : " ملكية شائعة تصرف شريك في حقه دون الحاق ضررباقي الشركاء — إبطال البيع — خرق القانون.

ذلك أنه من المقرر قانونا أن الشريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون الحاق ضرر بباقي الشركاء ومن تما فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

وجاء فيه لما كان من الثابت — في قضية الحال — أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تنجز القسمة لتحديد ما إذا وقع الجزاء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطلهم البيع و طرد المشتري وتعويض المدعي عليها خرقوا القانون.

ومتى كان كذلك تعين نقض القرار⁽¹⁾.

ويتضح من خلال هذا القرار أنه للشريك فب الشيوخ حق التصرف بالبيع في حصته الشائعة شرط عدم الإضرار بمصلحة باقي الشركاء وهو القيد الوحيد الوارد علي الشريك في الشيوخ الذي يجب عليه مراعاته عند إقدامه عاي الصرف في العقار الشائع.

وهو ما كرسته أيضا المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1999/3/24 ملف 186043 الذي جاء فيه، " ملكية شائعة — إبطال تصرف أحد الشركاء — عدم وجود ضرر — انعدام المصلحة .

حيث أنه تبين لما سبق أن قضاة المجلس لاحضوا أن الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوخ في منابه وعليه قضوا —علي حق- برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال هذا التصرف وهذا طبقا لأحكام المادة 714 قانون مدني⁽²⁾.

كما أن اجتهاد المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1990 /10/29 ملف رقم 63765 كرس حق الشريك في أن يتصرف في حصته في العقار الشائع إذ جاء فيه: "ولما كان من الثابت — في قضية الحال — أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض التي ألت إلي الطاعن عن طريق الإرث علي أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك الشيوخ، أخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽³⁾.

(1) — المحكمة العليا — الغرفة المدنية — قرار بتاريخ 1987/04/08، تحت رقم 39496 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث ، ص 09 .

(2) — المحكمة العليا — الغرفة العقارية- قرار بتاريخ 1999/03/24 ، تحت رقم 186043 ، المجلة القضائية لسنة 2000 ، العدد الرابع ، ص 195 .

(3) — المحكمة العليا — الغرفة المدنية — قرار بتاريخ 1990/10/29 ، تحت رقم 63765 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد الرابع ، ص 28 .

من خلال إستقراء هذه العينات من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء سابقا — المحكمة العليا — حاليا يتضح لنا وأن القضاء في الجزائر كرس عمليا ما قرره المشرع في التقنين المدني ولاسيما المادة 714 منه، حق الشريك في الشيوع في التصرف في حصته الشائعة في العقار الشائع بشرط عدم الإضرار بمصلحة باقي الشركاء وكذلك في حصته المفروزة في العقار الشائع مع مراعاة ما حددته الفقرة الثانية من نفس المادة، وهو ما سوف نتعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع

تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من التقنين المدني الجزائري علي أنه: "إذا كان التصرف منصبا علي 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 إلي المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " .

إن نص هذه الفقرة يستوجب التمييز بين حالتين : الحالة الاولى التي يكون فيها المتصرف إليه يعتقد أن الشريك المتصرف يملك المبيع مفرزا. والحالة الثانية التي يكون فيها المتصرف إليه يعلم أن البائع يملك المبيع شائعا وسنعرض فيما يلي لكل حالة علي حده على أن نخصص لكل منها مطلبا مستقلا.

المطلب الأول حكم جهل المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع

إن مؤدي التصرف في جزء مفرز، 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 أن شريكين يملكان في الشيوع أرضا بنسبة النصف في الشيوع، فيقوم أحدهما بتحديد جزءا من تلك الأرض علي أنها تشكل حصته بمقدار النصف، فيقدم على التصرف فيه لفائدة شخص آخر، وهذا الأخير يجهل بأن البائع يملك الجزء المبيع مفرزا في العقار الشائع. ولتبيان حكم ذلك لا بد من تبيان حكم تصرف الشريك في جزء من العقار الشائع في الحالة التي يكون فيها المشتري يجهل أن الشريك يملكه، وحكم ذلك قبل قسمة العقار الشائع وبعد قسمته.

1 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع

إذا ما تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز في العقار الشائع، وكان المشتري يعتقد أن الشريك يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل البيع، إذ أنه اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزا لا شائعا. ومن ثم فإن البيع يكون قابلا للإبطال بسبب الغلط وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 81 وما بعدها من القانون المدني، على أن يقدم ذلك الطلب قبل القسمة، لأنه غير ملزم بانتظار القسمة و نتيجتها. وفي ذلك إتجه القضاء المقارن الذي أخذ بالرأي القائل ببطالان البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالما بحالة الشيوع⁽¹⁾.

(1) - عبد الرزاق احمد السنهوري- وسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - ، المجلد الثامن، ص

و الغلط الذي يمكن علي أساسه إبطال العقد الذي بموجبه تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز في العقار الشائع، يجب أن يكون جوهريا أي أنه بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه المتعاقد لأمتنع عن التعاقد.

كما انه يجوز للمشتري في هذه الحالة ألا يطلب إبطال العقد، وإنما يجيزه طبقا لأحكام المادة 100 من القانون المدني التي تنص علي أنه: "يجوز حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلي التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إحلال بحقوق الغير".

فإذا ما أجاز المشتري العقد أصبح صحيحا، وغير قابل للإبطال، ويكون حكمه حكم البيع الذي صدر لمشتري غير واقع في غلط أو مشتري يعلم أن الشريك البائع يملك المبيع شائعا وليس مفرزا.

نخلص إذا في هذا الإطار، إلي أنه إذا كان المتصرف له على فرض المشتري يعتقد بأن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا قبل القسمة، فإنه يكون أمام خيارين، أولهما المطالبة بإبطال العقد الذي بموجبه تم التصرف، وهو البيع في مثالنا، لوقوعه في غلط جوهرى، لأنه لو علم بأن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا وهي صفة جوهرية في محل البيع لما أقدم علي التعاقد — الشراء — وأنه غير ملزم بانتظار القسمة و نتيجتها ، وهذا تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 81 وما بعدها من القانون المدني، وثانيهما أن يجيز التصرف — البيع — صراحة بإعلانه ذلك وموافقته علي إتمام إجراءات البيع ، أو ضمنا بقيامه بإجراءات التسجيل والشهر. ومن ثم فإنه لا يجوز له بعد ذلك المطالبة بإبطال البيع الذي أخذ حكم البيع الصحيح الصادر لمشتري يعلم بأن البائع يملك المبيع شائعا وليس مفرزا ، وذلك إعمالا دائما للقواعد العامة التي نصت عليها المادة 100 من القانون المدني.

2 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار

الشائع

إن كون المشتري يجهل أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع يكون علي إحدى الصورتين : أولهما أن الجزء المفرز المبيع يقع بعد القسمة في نصيب البائع، والثانية أن الجزء المفرز المبيع يقع بعد القسمة في غير نصيبه. ولذا سنميز بين الصورتين كما يلي:

أ - الجزء المفرز المبيع يقع في نصيب الشريك البائع

وفي هذه الصورة يتحقق اعتقاد المشتري ، و بذلك يخلص له الجزء المشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية العقارية من تسجيل و شهر بالمحافظة العقارية. حينها لا يجوز له المطالبة بإبطال العقد للغلط حتى ولو لم يجزه، ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد علي الوجه الذي قصد إليه المشتري، وذلك ما نصت عليه المادة 85 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به علي وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ العقد."

وبذلك نقول إنه في هذه الصورة أو الفرضية، وهي التي يقع فيها الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، أن الأمر لا يطرح أي إشكال وذلك بتحقيق الهدف من العقد بإمكانية تنفيذه بنقل ملكية الجزء المبيع و كذلك تسليمه للمشتري، الذي لا يستطيع أن يحتج بالغلط لأجل إبطال العقد.

ب - الجزء المفرز المبيع لا يقع في نصيب الشريك البائع

إذا لم يقع الجزء المفروز المبيع من العقار الشائع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فإن اعتقاد المشتري بأن الشريك يملك هذا الجزء مفزرا لم يتحقق، وبالتالي يجوز له إبطال العقد للغلط طبقا للقواعد العامة علي النحو الذي رأيناه سلفا. غير أن بعض الفقه يرى بأنه إذا لم يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فإن المشتري لا يجبر علي قبول الآخر الذي وقع في نصيب البائع، ومن ثم طلب فسخ البيع، أو إبطاله علي أساس أنه صدر من غير مالك، وتطبق في ذلك أحكام بيع ملك الغير⁽¹⁾. غير أن المادة 714 من القانون المدني في فقرتها الثانية تعطي للمشتري الخيار في قبول البيع إذا أجازته، وبالتالي ينتقل حقه إلي الجزء الذي وقع في نصيب البائع بأثر رجعي، أي يعتبر مالكا له من وقت البيع لا من وقت القسمة. كما له أن يطالب بإبطال البيع بسبب الغلط الجوهرى الذي وقع فيه نتيجة إعتقاده بأن الشريك البائع يملك الجزء المبيع مفزرا.

ونخلص إلى أنه إذا كان المشتري يجهل أن الشريك البائع يمتلك الجزء المبيع شائعا، وإعتقد بأنه يملكه مفزرا، فإنه يكون له الحق في إبطال البيع لوقوعه في غلط جوهرى في صفة المبيع، وأنه لو علم به لما أقدم علي التعاقد أي الشراء. ويجب عليه لإبطال البيع أن يطالب به قبل القسمة، لأنه بتمام القسمة ووقوع الجزء المبيع في نصيب الشريك البائع، فإن الملكية تخلص للمشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية العقارية طبقا لأحكام الشهر العقارى. وبذلك يكون الشريك البائع قد نفذ العقد بتسليم المبيع و إتمام إجراءات نقل الملكية. أما إذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب الشريك البائع، فإن للمشتري أن يطلب إبطال البيع إذا لم يكن قد أجازته من قبل، كما يجوز له بعد القسمة، إجازة البيع ومن ثم لا يجوز له العودة إلي طلب

(1) — عبد الرزاق احمد السنهورى- وسيط في شرح القانون المدني — حق الملكية -، المجلد الثامن، ص

إبطاله، ويتحول التصرف إلي الجزء الذي وقع في نصيب البائع بعد الشهر بالمحافظة العقارية.

وتجدر الملاحظة إلي أن القضاء المقارن استقر علي أنه إذا حاز المشتري الجزء المبيع الذي اشتراه علي أنه مفرزا وتوافرت شروط الحيازة لاسيما المدة المقررة للتقادم المكسب قصير المدة المحددة بعشر سنوات في القانون المدني الجزائري، فإنه يمتلكها لتوفر السبب الصحيح ، وهو عقد البيع – السند الصحيح – الصادر له من الشريك الذي لا يملك المبيع مفرزا ولتوفر حسن النية في شخص المشتري الحائز، وفي هذه الحالة لا يكون لباقي الشركاء الحق في استرداد حصصهم من تحت يده⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا

إن تصرف الشريك في حصته أو جزء مفرز في عقار شائع لفائدة المتصرف له والذي يعلم بأن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا ، وإنما يملكه شائعا، متوقعا على غرار البائع بأن المبيع سوف يقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، يترتب عنه أن تخلص ملكية المبيع للمشتري بفضل الأثر الكاشف للقسمة⁽²⁾. ولا يكون المشتري بذلك واقعا في غلط، وبالتالي فإنه لا يحتج بإبطال التصرف، و طالما أن الأمر يختلف بين ما إذا كان التصرف صادرا قبل القسمة أو بعدها فإننا سنعرض للفرضيتين.

(1) – أنور طلحة – الملكية الشائعة - ، ص42 ، ط 2004 .

(2) – عبد الرزاق احمد السنهوري- وسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية - ، المجلد الثامن، ص

1 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار

الشائع

- إن نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية لم تبيّن حكم أو الوضعية التي يقوم فيها الشريك بالتصرف في حصته مفرزة أو جزء مفرز منها في عقار شائع معتقدا بأن ذلك سوف يقع في نصيبه بعد القسمة، واكتفت بتبيان حكم التصرف بعد قسمة العقار الشائع بنصها علي ما يلي: "... وإذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة....".

وإعمالا للقواعد العامة في هذا الإطار، فإنه إذا باع الشريك في الشيوع جزءا مفرزا في عقار شائع قبل القسمة، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك. ما يملك هو حصته الشائعة في العقار، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في المبيع. وهنا البيع أو التصرف يقع صحيحا فيما بين المتصرف و المتصرف إليه عن طريق الأثر الكاشف للقسمة، ولكنه في الوقت نفسه يكون التصرف غير نافذ في حق سائر الشركاء فيما يتعلق بحصتهم الشائعة في الجزء المفرز محل المبيع لأن الشريك البائع تصرف أو باع ما يملك ولأن المشتري ليس واقعا في غلط جوهرى من شأنه التأثير علي إرادته في قبول التصرف، بمعنى لو علمه لما أقدم علي التعاقد، لا بالنسبة إلى حصة أو حصص سائر الشركاء في الشيوع في الجزء المفرز محل البيع بحكم أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير، ذلك أن البيع الواقع علي حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير، كونه يحتمل أن تقع تلك الحصص في نصيب الشريك البائع عند القسمة. و تعتبر بذلك مملوكة له بفضل الأثر الكاشف للقسمة، وعندها لا يكون قد تصرف أو باع ملك غيره. بالإضافة إلى أن المشتري، وهو

يعلم أن البائع لا يملك المبيع مفرزا يكون قد قبل أو ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة وبذلك يكون البيع صحيحا فيما بين البائع و المشتري في كل الجزء المفرز محل البيع.

غير أنه يجوز للشريك أو سائر الشركاء في الشيوع، إذا ما أنكر عليهم المشتري حقهم في حصتهم الشائعة في الجزء المفرز المبيع أن يطلب أو يطلبوا عن طريق دعوى الاستحقاق التي ترفع ضد كل من البائع و المشتري للمطالبة باستحقاق هذه الحصة الشائعة في الجزء المفرز المبيع.

كما يجوز أو يمكن للشريك الآخر أن يقر أو يميز البيع الصادر من أحد الشركاء في الشيوع لجزء مفرز في عقار شائع ، و بذلك يصبح البيع نافذا في حقه في حصته الشائعة، وتتحقق بذلك ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمشتري بعد إتمام إجراءات التسجيل و الشهر بالمحافظة العقارية.

2 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد القسمة

في هذه الفرضية أو الحالة يمكن أن يتحقق احد الاحتمالين، أولهما أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع وعندئذ لا يحدث أي إشكال، ذلك أن ملكية الجزء المفرز المبيع تخلص أو تتحقق للمشتري بإتمام إجراءات نقلها بشهره بالمحافظة العقارية. و الاحتمال الثاني ألا يقع في الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع و إنما يقع في نصيب الشريك الآخر إذا كان العقار مملوكا في الشيوع لشريكين، في هذه الحالة الأصل أو القواعد العامة لا تجبر المشتري على قبول الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك البائع وهو الجزء الذي لم يكن محلا للبيع ومن حقه أن يطالب بفسخ البيع أو إبطاله بإعتباره صادرا عن غير مالك. غير أن أحكام المادة 714 من القانون المدني قررت حكما خاصا بذلك بقولها: " 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 بطريق القسمة".

ومعنى ذلك أن ملكية الجزء المفرز لم يكن محلا للبيع ووقع في نصيب البائع بعد القسمة تنتقل إلى المشتري، و يحل بذلك هذا الجزء المفرز حلولا عينيا محل الجزء المفرز الذي كان محلا للبيع و لم يقع في نصيب البائع وذلك تأسيسا على أن المشتري، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء مفرزا الذي تصرف فيه بالبيع، يكون قد ارتضى مسبقا شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة.

ويأخذ حكم البيع، في هذه الحالة، حكم باقي التصرفات علي غرار الرهن الرسمي طبقا لأحكام المادة 890 من القانون المدني وتتخذ فيه نفس الإجراءات المنصوص عليها بالمادة السالفة الذكر.

وخلاصة لما تقدم نقول إن المشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوع الحق في التصرف في جزء مفرز في العقار الشائع سواء بالبيع أو بأي تصرف آخر طبقا للمادتين 714 و890 من القانون المدني و رتب أحكاما خاصة بذلك، حيث أخذ بنظرية الحلول العيني في حالة عدم وقوع الجزء المفرز في الحصة الشائعة محل التصرف إذا لم تقع في نصيبه بعد القسمة. غير أن الفقه فرق بين علم و جهل المتصرف إليه فيما إذا كان المتصرف يملك الجزء المبيع مفرزا أو شائعا، و أعطى له الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف يملك المبيع مفرزا أو شائعا تأسيسا على وقوعه في غلط جوهري. كما اعتبر التصرف صحيحا و منتجا لأثره إذا ما كان المتصرف له يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المبيع مفرزا، سواء قبل القسمة أو بعدها بحكم أنه ارتضى مسبقا ذلك. وللشريك الآخر أن يقر أو يجيز

ذلك بالنسبة لحصته الشائعة في الجزء المفرز المبيع، أو يطلب استحقاق ذلك إذا ما أنكر عليه المتصرف إليه حقه في ذلك.

المبحث الثالث

تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله

الأصل في الملكية العقارية الشائعة، أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها، شائعة أو مفرزة على النحو الذي سبق تبيانه، غير انه قد يقدم الشريك في الشيوع على التصرف في كل العقار الشائع، وهو الأمر الذي لم يتعرض إليه المشرع الجزائي في النصوص المنظمة للملكية الشائعة، وبذلك تكون القواعد العامة هي الأساس في تعرضنا لهذا النوع من التصرفات. وتصرف الشريك في كل العقار الشائع يتحدد حكمه فيما إذا كان المتصرف إليه يعلم أو يجهل أن المتصرف شريكا في العقار على الشيوع، وهو ما سنعرض له في المطلب الأول تحت عنوان حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله ثم نعرض في المطلب الثاني لأثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله على حقوق سائر الشركاء.

المطلب الأول

حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله

إن حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله، يقتضي التمييز بين ما إذا كان المتصرف إليه - المشتري - (إذا كان التصرف بيعا)، يعلم أو يجهل أن الشريك المتصرف (البائع) شريكا في العقار الشائع، وهو ما سنعرض له فيما يلي:

1 - حكم جهل المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع

إذا ما أقدم الشريك في الشيوخ على التصرف بالبيع للعقار الشائع كله لفائدة المشتري، وكان هذا الأخير مجهل أن البائع شريكا في العقار الشائع، بمعنى أنه كان يتوقع بأن البائع يملك العقار محل البيع ملكية مفرزة تامة، فإنه يكون قد وقع في غلط جوهري في محل البيع، وأنه لو علم بذلك لما أقدم على إبرام العقد، ومن ثم كان له حق المطالبة بإبطال البيع تأسيسا على الغلط الذي وقع فيه طبقا لأحكام المادة 81 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، ويوصف الغلط بأنه جوهريا إذا ما بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط طبقا لأحكام المادة 82 من القانون المدني.

كما أن للمشتري ان يطالب بإبطال البيع فيما يخص الحصة الشائعة للشريك الآخر أو باقي الشركاء، غير الحصة العائدة للشريك البائع، وذلك تأسيسا على أن الشريك البائع يكون قد باع ملك غيره طبقا لأحكام المادة 397 من القانون المدني التي تنص على أنه : "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه.

وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري".

والأمر هنا يختلف عن الحالة التي يقوم فيها الشريك بالتصرف في جزء مفرز في العقار الشائع والتي لا يكون فيها للمشتري حق إبطال البيع على أساس بيع ملك الغير، وذلك لاحتمال وقوع الجزء المفرز محل البيع في نصيب البائع بعد القسمة، و منه تخلص ملكيته تامة للمشتري، أما في حالة بيع كل العقار الشائع فإنه للمشتري أن يطالب بإبطال البيع لوقوعه في غلط جوهري في محل البيع، أو أن يطالب بإبطال البيع فيما يخص الحصة الشائعة الخاصة بالشريك الآخر أو باقي

الشركاء على أساس أن البائع باع ما يملك وما لا يملك، فهو باع ما يملك بالنسبة لخصته الشائعة و باع ما لا يملك بالنسبة لباقي الحصص الشائعة، وتأخذ حكم بيع ملك الغير، وسوف نعرض ولو بإيجاز لأحكام هذا النوع من البيوع أي بيع ملك الغير.

من خلال نص المادة 397 قانون مدني يمكننا التمييز بين حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك الحقيقي.

أ - فيما بين المتعاقدين

إن نص المادة 397 قانون مدني قررت لمصلحة المشتري وحده حق طلب إبطال البيع إذا كان صادرا من غير مالك الشيء المبيع، و الأمر نفسه لو باع الشريك في الشيوع للعقار الشائع كله، فإنه يعتبر تصرفا في حصة الشريك الآخر، وبذلك يكون قد باع فيما يخص هذه الحصة ملك غيره. وللمشتري حق المطالبة بإبطال البيع فيما يخص هذه الحصة على أساس بيع ملك الغير. و ليس للبائع أن يطالب بإبطال البيع على أساس أنه باع ملك غيره، لأن طلب الإبطال مقررا لمصلحة المشتري بنص القانون. ويذهب بعض الفقه إلى أن للبائع طلب إبطال البيع على أساس أنه وقع في غلط إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له⁽¹⁾.

كما أن للمشتري أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر و من خسارة لحقت به، أو كسب فاتته، وذلك بعد الحكم بإبطال البيع بشرط أن يكون حسن النية، بمعنى أن لا يكون وقت البيع عالما بأن البائع لا يملك المبيع. أما إذا كان يعلم ذلك فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال البيع ولا يسترد إلا الثمن دون أي تعويض ولا ما أنفقه في سبيل ذلك.

(1) - عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في الشرح القانون المدني - البيع - المجلد الرابع، ص 290.

ويصح البيع إذا ما اكتسب البائع العقار المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية، لأنه بذلك يتحقق الغرض من البيع. حتى وإن كان للمشتري طلب إبطال البيع فيما يخص حصة الشريك الآخر. ويكون له ذلك إذا رفع دعواه قبل أن يكتسب البائع ملكية العقار كله.

ب - بالنسبة إلى المالك الحقيقي

إذا لم يقر المالك الحقيقي للبيع سواء أجازته المشتري أو لم يجيزه فإن المالك الحقيقي يعتبر أجنبيا عن هذا البيع، فلا يسري في حقه البيع ويبقى مالكا ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري. وفي حالة تسليم المبيع فإنه يحق له استرداده من يد المشتري عن طريق دعوى الاستحقاق. إلا أنه في الحالة التي يكتسب فيها المشتري المبيع عن طريق التقادم، فإنه يبقى أمام المالك الحقيقي حق المطالبة بالتعويض بالرجوع على البائع. أما إذا أقر المالك الحقيقي البيع فإن البيع يحدث آثاره وتنقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري، وهي خاصية يتميز بها بيع ملك الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 398 من القانون المدني التي جاء فيها : " إذا أقر المالك البيع، سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري "

ونخلص إلى أنه إذا باع الشريك العقار الشائع كله، وكان المشتري وقت البيع يجهل أن البائع شريكا في العقار الشائع، فإن البيع يكون قابلا للإبطال في حصة الشريك البائع على أساس وقوع المشتري في غلط جوهري في صفة الشيء المبيع. ويكون قابلا للإبطال في حصص سائر الشركاء أو حصة الشريك الآخر على أساس أن بيع الشريك لها هو بيع ملك غيره. وتخلص ملكية العقار المبيع كاملا إلى المشتري، إذا ما اكتسب الشريك البائع الحصة الشائعة بأي طريق من طرق اكتساب الملكية، وبذلك تنتقل الملكية للمشتري بعد إتمام إجراءات نقلها.

2 - حكم علم المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع

على عكس ما رأيناه في الحالة الأولى و التي يكون فيها المشتري جاهلا بأن البائع شريكا في العقار الشائع، فإن في هذه الحالة أي التي يكون فيها عالما وقت البيع بأن البائع شريكا في العقار الشائع، فإنه لا يستطيع المطالبة بإبطال البيع على أساس أنه وقع في غلط جوهري في صفة الشيء المبيع، لأنه بعلمه أن البائع شريكا في العقار الشائع كان يعتقد أنه ستؤول إليه ملكية العقار الشائع كله، ومن ثم تنقل إليه ملكية ذلك العقار. ويجب التمييز بين ما إذا تملك الشريك البائع كل العقار، بمعنى أنه إكتسب ملكية الحصة أو الحصص الشائعة الخاصة بسائر الشركاء بأي سبب من أسباب كسب الملكية. وبذلك يصبح مالكا لكل العقار المبيع وهي الصورة التي يتحقق فيها الهدف من البيع ولا يجوز فيها حينئذ للمشتري طلب فسخ البيع. وأما الحالة التي لا يمكن فيها للشريك البائع اكتساب باقي الحصص الشائعة، فإنه في هذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين أن يبقى على الحصة التي آلت إلى الشريك البائع ويقبل بها علي أن يدفع ثمنها المقابل فقط أو يطلب فسخ البيع لأنه لا يرغب في تفرق الصفقة عليه لأن إرادته كانت تتجه لشراء كل العقار و يستخلص من ذلك أنه إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في العقار الشائع المبيع، ولم يستطيع الشريك البائع أن يستخلص ملكية كل العقار، كان للمشتري طلب فسخ البيع، فإن وقع جزء مفرز من العقار الشائع المبيع في نصيب البائع عند القسمة، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن، وإما طلب فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه، وإذا استطاع الشريك البائع استخلاص ملكية العقار المبيع كله، كأن حصل علي إقرار من باقي الشركاء أو اشتري حصصهم أو انتقلت إليه ملكية هذه الحصص بأي سبب من أسباب كسب الملكية، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع⁽¹⁾.

(1) - عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - المجلد الثامن، ص

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

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أثناء التصرف أن المتصرف شريك في العقار، بمعنى آخر أن المتصرف إليه سئ النية، فإنه لا يجوز له إلا التمسك بفسخ التصرف، مهما كان نوعه، إذا لم يتمكن المتصرف من استخلاص ملكية كل العقار محل التصرف.

المطلب الثاني

أثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع

كله على حقوق شركائه فيه

إذا ما تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله. لفائدة شخص ما، بأن باعه مثلا سواء كان هذا الأخير يعلم أو يجهل بأن الشريك البائع يملك أو لا يملك العقار كله مفرزا أو في الشيوع، فإن باقي الشركاء يعتبرون من الغير في التصرف -البيع- الذي أبرمه الشريك، وذلك بالنسبة لحصصهم الشائعة في العقار الشائع. ولا يكون البيع نافذا في حقهم، باستثناء الحصة الشائعة التي للشريك البائع. بمعنى أن البيع ينفذ في حق باقي الشركاء بالنسبة للحصة الشائعة التي تعود للبائع فقط. ويظل البيع غير نافذ في حقهم بالنسبة لحصصهم الشائعة، وذلك بأن يحل المتصرف إليه (المشتري) محل الشريك البائع في حصته الشائعة، ويصبح شريكا

مع سائر الشركاء، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن لأي شريك من سائر الشركاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة أو يطالب بإبطال البيع أو يدعي استحقاقها⁽¹⁾.

ويأخذ هذا التصرف حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة، ذلك أنه يعتبر قد تصرف فيما يملك و ما لا يملك. وعليه وتطبيقا للقواعد العامة لأحكام البيع، فإن حقوق سائر الشركاء لا تتأثر بهذا التصرف مهما كان نوعه، ولا يكون نافذا في حقهم بالنسبة إلى حصصهم الشائعة إلا إذا أقروه ومتى أقروا ذلك، فإن البيع أو التصرف ينتج أثره بنقل الملكية تامة إذا كان من التصرفات الناقلة للملكية بإتمام إجراءات نقلها طبقا للقانون.

وفي حالة إنكار المتصرف إليه (المشتري مثلا) حق سائر الشركاء في حصصهم الشائعة في العقار، فإن لهؤلاء حق رفع دعوى الاستحقاق على كل من المشتري و الشريك البائع للمطالبة بإستحقاقهم لحصصهم الشائعة وذلك بموجب دعوى الإستحقاق⁽²⁾ والتي سنعرض لها فيما يلي:

دعوى الاستحقاق وطرق الإثبات فيها:

أ - ماهية دعوى الاستحقاق وتمييزها عن باقي الدعاوى

إن دعوى الاستحقاق هي تلك التي تقوم لحماية الملكية، يقيمها من يدعي ملكية عقارا ما، وهي بذلك تصنف على أنها دعوى عينية، مجالها المطالبة بملكية العقار الذي صار تحت يد الغير نتيجة تصرف ما.

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني — حق الملكية — المجلد الثامن، ص

(2) — المرجع نفسه ، ص 874 .

وعليه فإن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك للمطالبة بملك له تحت يد الغير، محلها ينصب على المطالبة بالملكية ولا يمتد إلى طلب رد الشيء إلى المالك بعد أن حازه الغير بناء على التزام في جانب المالك. فتلك دعوى شخصية، كدعوى المؤجر ضد المستأجر لرد العين المؤجرة بعد نهاية عقد الإيجار، ودعوى المودع ضد المودع لديه لرد الشيء المودع، ودعوى المعير ضد المستعير لرد الشيء المعار. فكل هؤلاء لا يرفعون دعوى الاستحقاق، بل دعوى شخصية قائمة على وجود التزامات نشأت بموجب العقود المختلفة المنشئة للالتزام. ولا تعتبر أيضا من دعاوى الاستحقاق، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي برد الحيازة لا الملكية، فهي تعتبر دعوى حيازة، كما لا تعتبر دعوى استحقاق، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فهي دعوى عينية تسمى دعوى إقرار. وفي حالة رفعها من المالك علي من يدعي بحق عيني علي عقاره، تسمى دعوى إنكار⁽¹⁾. ودعوى الاستحقاق هي التي تعرف بدعوى استرداد الملكية وتختلف عن دعوى استرداد الحيازة من خلال محلها و طرق الإثبات فيها.

و أما أطراف دعوى الاستحقاق (استرداد الملكية) فهما المدعي بملكية العقار بمعني المالك والمدعى عليه وهو الحائز أي الذي يوجد العقار محل الدعوى تحت يده. وترفع دعوى الاستحقاق في أي وقت يرى من يدعي ملكية العقار رفعها فيه. فهي غير مقيدة بأجل محدد، وبذلك فهي دعوى لا يمسه التقادم طالما أنها مرتبطة بحق الملكية وهو حق دائم، اللهم إلا إذا استطاع المدعى عليه إثبات تملكه للعقار عن طريق الحيازة (التقادم المكسب). ففي هذه الحالة نقول أن دعوى الاستحقاق

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني — حق الملكية — المجلد الثامن، ص

لم يطلها التقادم نتيجة عدم الاستعمال، وإنما لوجود شخص آخر (الحائز) قد اكتسب ملكية ذلك العقار عن طريق الحيازة متى توافرت شروطها، وهي وضع اليد بصفة هادئة و مستمرة لمدة حددها المشرع بمدة قصيرة بشرط وجود سند صحيح ومدة طويلة.

ب - طرق الإثبات في دعوى الاستحقاق

إذا كانت طرق الإثبات في الدعوى الشخصية قد حددها التقنين المدني في النظرية العامة للإثبات في المواد من 323 إلى 350 وهي الكتابة و البينة، و القرائن، و الإقرار واليمين، فإن هذه الطرق لا تصلح إلا لإثبات الالتزام الذي نشأ في ذمة الغير. بموجب أحد مصادر الالتزام المعروفة، وهي العقد و الإرادة المنفردة و الفعل الضار و الفعل النافع أو القانون كمصدر مباشر.

أما الإثبات في دعوى الاستحقاق فإنه لا ينصب على مصدر نشؤ الالتزام في ذمة الغير، وإنما يرد على الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر لكسب الملكية، أو حق عيني آخر، وهي التصرف القانوني، الشفعة، (الحيازة التقادم المكسب) في العقار والإستلاء، والميراث. وهذه الأسباب لا تثبت إلا بمحرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وفقا لأحكام المادة 29 من قانون التوجيه العقاري التي تنص علي مايلي: "يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"⁽¹⁾.

ذلك أن انتقال الملكية ليس له أثر بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة إلي الغير إلا من يوم شهر السند الذي أنشا حق الملكية، باستثناء نقل الملكية عن طريق الوفاة، فإن الشهر يسري بأثر رجعي فتعتبر الملكية قد انتقلت إلي الورثة من تاريخ وفاة المورث حتى ولو تم إشهار الحقوق الميراثية بموجب الشهادة التوثيقية بعد مدة

(1) — قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 ، يتضمن التوجيه العقاري.

معينة من تاريخ الوفاة، وذلك وفقا لأحكام المادتين 15، 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري، حيث تنص المادة 15 منه علي ما يلي : " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"⁽¹⁾.

و بناءا على ما تقدم فإنه يفترض أن يكون للمدعي في إطار إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق أربع فرضيات، فقد يكون له دفتر عقاري، وقد يكون له محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية، وقد يكون له محرر عرفي مسجل بمصلحة الطابع والتسجيل ثابت التاريخ قبل 1971/01/01 و أخيرا قد يدعي ملكية العقار و ليس له أي محرر. وفي جميع هذه الفرضيات يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار.

1 - وجود دفتر عقاري بعد عملية المسح

وهي الحالة التي يكون فيها إثبات الملكية بدلالة قطعية يقينية. و يحتج صاحب الدفتر العقاري علي الجميع بما في ذلك الحائز لمدة طويلة، فلا يستطيع الحائز أن يدحض هذا الدليل بالحيازة الهادئة العلانية الظاهرة المستمرة دون لبس، لأن اكتساب الملكية بالتقادم يشترط فيه إعداد عقد شهره. ويتم شهره بالمحافظة العقارية وفقا للمادة 88 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص علي ما يلي: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق التصرف أو صاحب الحق الأخير، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه.

(1) - الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري.

و المتصرف أو صاحب الحق الأخير يعني الشخص الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو تثبيته أو ترتيب حقوق عليه أو إنقضائه بموجب الإجراء الذي طلب الإشهار من أجله.

إنه إبتداء من الإشهار المعطي للعقد أو القرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة الحق لصاحبه الجديد، لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد صاحب السابق لهذا الحق دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حق عيني عقاري" (٦).

وهذا الأمر غير متيسر للحائز مادامت الملكية مسجلة باسم شخص آخر، وإلا كان هذا طريق للأشخاص للتحايل على القانون و نقل ملكيتهم بواسطة هذا الأسلوب، تهربا من الضرائب و الرسوم المفروضة على إنتقال الملكية العقارية بين الأفراد.

كما أنه لا يجوز للواقع وهو الحيازة أن يدحض دليلا قانونيا حدد آثاره القانون، ذلك أن الحيازة هي مجرد قرينة على الملكية قابلة لإثبات العكس بدليل أقوى منها إلي أن يقوم الحائز بشهر عقد ملكيته بالتقادم دون اعتراض أحد، فحينئذ يصبح مالكا بموجب سند قانوني، فتصبح القرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها طبقا للمادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية و التي تنص علي ما يلي: " كل شخص يجوز في تراب البلدية التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المذكور أعلاه، عقارا من نوع (الملك) حيازة مستمرة، غير منقطعة ولا متنازع عليها و علانية و ليست مشوبة بلبس، طبقا لأحكام الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، يمكنه أن

(٦) – المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية⁽¹⁾. وذلك بعد قيام المعني بإتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بنفس المرسوم.

أما قبل إعداد المسح العقاري فإن الحائز لعقار يفترض أنه صاحب هذا العقار حتي يثبت خلاف ذلك. كما تقضي به المادة 823 من التقنين المدني، وهو ما أيدته المادة 39 من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري التي تنص علي أنه: " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 يمارس في أراضي الملكية الخاصة، التي لم تحرر عقودها، ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة و علانية لا يشوبها شبهة أن يحصل علي سند حيازي يسمى " شهادة الحيازة ". وهي تخضع لشكليات التسجيل و الإشهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي.

ويبقى تسليم شهادة الحيازة في المناطق الرعوية خاضعا للقانون الخاص المعلن عنه في المادة 64 أدناه⁽²⁾.

ويتبين بمفهوم المخالفة لهذا النص أن شهادة الحيازة لا تسلم لمن يجوز عقارا في الأراضي التي تم تحرير عقود ملكيتها بعد المسح العقاري⁽³⁾.

2 - وجود محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية

وهي الحالة أو الفرضية التي يعد فيها هذا المحرر سندا لملكية الحائز طالما أن الحيازة لم تنتقل إلي الغير لمدة 15 سنة أو عشر سنوات، إذا كان الحائز حسن النية.

(1) — المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 ، يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية .

(2) — قانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 ، يتضمن التوجيه العقاري.

(3) — عبد الرحمان ملزي — محاضرة بعنوان : نطاق حق الملكية وحمايته- المدرسة العليا للقضاء ، سنة 2002 - 2003 .

فهذا الدليل مجرد قرينة علي الملكية يمكن دحضها بالحيازة إذا توافرت شروطها، ذلك أن من يجوز محررا رسميا وفقا لنظام الشهر الشخصي لا يقوم أو لا ينهض دليلا قاطعا علي أن المالك قد تلقي الملكية من صاحبها نظرا لما يمكن أن يثيره تشابه الأسماء من خلط في اسم المالك الحقيقي الذي تلقي منه المالك الأخير الملكية.

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

إن هذا المحرر رغم انه غير رسمي، لا يختلف بقوته على المحرر الرسمي لكونه دليلا صحيحا لإثبات التصرف الناقل للملكية لوقوعه في ظل القانون الفرنسي المطبق في الجزائر قبل صدور قانون التوثيق في 1970/12/25. فإذا كان المحرر العرفي ثابت التاريخ طبقا لأحكام المادة 328 من التقنين المدني وصدر من المالك الحقيقي قبل 1971/01/01 فإنه يكون حجة علي المالك المتصرف إذا كان هو الحائز لأن التصرف صدر منه وهو ملزم بتنفيذ التزامه، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 89 من المرسوم رقم 63/76 المعدل و المتمم للمرسوم 123/93 والتي تنص علي ما يلي :
"تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

— عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 8 إلي 18 من هذا المرسوم.

— عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971"⁽¹⁾.

كما يكون حجة علي الحائز غير المالك بعد شهر هذا المحرر وفقا لأحكام المادة السالفة الذكر، إلا إذا كان الحائز قد اكتسب الملكية بسند مشهر قبل شهر المحرر العرفي، فإن صاحب المحرر العرفي يرجع علي المالك بدعوى شخصية علي أساس ضمان الاستحقاق المقرر في عقد البيع.

(1) — المرسوم رقم 63/76 ، المؤرخ في 1976/03/25 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

4 - وجود محرر غير ثابت التاريخ أو ثابت التاريخ بعد 1971/01/01

وهي الفرضية أو الحالة التي تأخذ حكم عدم وجود سند ملكية لدى المدعي، فإذا كان الحائز هو المالك لمحرر رسمي مشهر، فإنه يبقى هو المالك ولا يلزم بنقل الملكية لحائز المحرر العرفي لأنه لا يوجد أي تصرف قانوني يلزمه بذلك لبطلان التصرف الواقع بين الطرفين. ولا يستطيع حائز المحرر العرفي شهر محرره طبقا للمادة 88 من المرسوم رقم 63/76 المذكور أعلاه.

أما إذا كان الحائز هو المالك بمحرر عرفي تلقاه من مالك فإن حيازته أقوى من دليل المدعي، ذلك أنه بإمكان الحائز تملك العقار بالحيازة عن طريق التقادم المكسب، بينما ليس للمدعي طريقا للتملك، وإذا انتزعت الحيازة عنوة من الحائز، فله أن يستردها بدعوى استرداد الحيازة دون أن يطلب منه إثبات الملكية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/10/26 المنشور بالمجلة القضائية العدد الثالث لسنة 1989، والذي قضى بنقض القرار القاضي بطرد شخص من عقار استولى عليه بالقوة لعدم تقديم المدعي عقد الملكية، وجاء في تأسيس المحكمة العليا انه: "حيث انه وبالرجوع إلى أوراق القضية يتضح أن دعوى الطاعن كانت ترمي إلى طرد المطعون ضدهما من قطعة ترايبية ملكا له استحوذا عليها حسب قوله بالقوة.

حيث إن هذه الدعوى هي دعوى حيازة خاضعة لأحكام المواد المستند إليها في الطعن، وبما أن قضاة الموضوع تأسسوا في رفضهم تلك الدعوى علي كون " الطاعن لم يقدم عقد ملكية رسمي "، فإنهم يكونون قد أساءوا تطبيق القانون مجردين بذلك قضائهم من القاعدة القانونية مما يستوجب النقض⁽¹⁾.

(1) - المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 28369 المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الثالث ، ص 16 .

تلك هي دعوى الاستحقاق (استرداد الملكية) وطرق الإثبات فيها. فإذا باع الشريك في الشيوع كل العقار الشائع، فإن البيع يكون نافذا في حق باقي الشركاء بنسبة حصته الشائعة فقط والتي تنتقل ملكيتها للمشتري بعد إتمام إجراءات نقل الملكية، فيما يبقى البيع غير نافذا في حق سائر الشركاء بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في العقار ولهم في حالة إنكار المشتري عليهم حقهم في ذلك أن يطالبوا باسترداد الملكية عن طريق دعوى الاستحقاق. وفي حالة تمكنهم من ذلك، فإنه يبقى أمام المشتري الرجوع على البائع بدعوى الاستحقاق الجزئي بقدر حصص الشركاء الآخرين.

الفصل الثاني

تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم
في العقار الشائع

الفصل الثاني

تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع

تنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري علي أن: " للشركاء الذين يملكون علي الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلي أسباب قوية، علي أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارهم إلي باقي الشركاء ولن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلي المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة لمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجبا ."

يستفاد من هذا النص أن التصرف في العقار الشائع يقتضي اتفاق جميع الشركاء. ولكن قد يتعذر إجماع الشركاء علي التصرف في هذا العقار. مع إعطاء الأقلية غير الموافقة علي التصرف الضمانات الكافية. وعلى هذا الأساس سوف نعرض في مبحث أول إلي تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع، ونخصص المبحث الثاني لتصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع كما يلي أو وفق الخطة التالية:

المبحث الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع.

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

المبحث الأول

تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع

إن تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع، قد يشمل العقار الشائع كله، وقد ينصب علي جزء مفرز من العقار الشائع. وعليه سنعرض لذلك في مطلبين كمايلي:

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

إذا ما وقع إجماع الشركاء في الشروع على التصرف في العقار الشائع كله بأي نوع من أنواع التصرف، سواء أكانت ناقلة للملكية، كالبيع مثلا أو ترتيب حق عيني أصلي كحق الإنتفاع أو الإرتفاق، أو حق عيني تبعي كرهنه رهنا رسميا أو حيازيا. وسنعرض لهذه التصرفات بنوع من التفصيل.

أولا : التصرفات الناقلة للملكية

للشركاء مجتمعين حق التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية. و سنتنصر في هذا المجال على البيع بحكم أنه التصرف الأكثر شيوعا او استعمالا في الحياة العملية و بعده الهبة.

1 - بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله

يكون هذا النوع من البيوع، أي بيع العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين في حالة إقدامهم على إنهاء حالة الشروع و استحالة قسمة العقار الشائع عينا، و بذلك يسمى هذا النوع من البيوع بيع التصفية، و مثاله أن مجموعة من الأشخاص يملكون عقارا في الشروع، مهما كان سبب الشروع، و أرادوا إنهاء حالة الشروع، سواء باتفاقهم أو بطلب من أحدهم وكانت القسمة العينية للعقار مستحيلة بالنظر إلي عدد الشركاء ومساحة العقار الشائع، أو أن القسمة العينية تؤدي إلي الإنقاص من قيمته كما لو بيع كاملا، فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع بالمزاد العلني، ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه أو حصته في العقار الشائع. وهنا نتصور فرضيتين، فإما أن يرسو المزداد العلني على احد الشركاء أو يرسو المزداد العلني على شخص أجنبي.

ففي الحالة التي يرسو فيها المزاد العلني على أحد الشركاء، فإنه يدفع الثمن الراسي به المزاد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار. وفي حالة رسو الماد العلني على شخص أجنبي، فإنه يكون ملزماً بدفع كامل الثمن⁽¹⁾ والمصاريف والرسوم التي تترتب علي التسجيل والشهر والحقوق النسبية التي تؤول إلى الخزينة العمومية، ويخضع هذا النوع من البيوع إلى إجراءات خاصة نظمها قانون الإجراءات المدنية، وهي التي تختص بها محكمة مقر المجلس القضائي على خلاف القاعدة العامة التي يؤول فيها الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرتها العقار طبقاً لأحكام المادة 8 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية التي تنص علي مايلي : "..... ويؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المحالس القضائية، للفصل دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، في المواد التالية: الحجز العقاري، وتسوية قوائم التوزيع و بيع المشاع....".

غير أن القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بالجريدة الرسمية في عدد 21 بتاريخ 2008/04/23 أعاد الاختصاص إلى القاعدة العامة. ومنه سيؤول الاختصاص في بيع المشاع إلى المحكمة التي يقع في دائرتها هذا العقار الشائع وذلك وفق أحكام المادة 722 منه ، مع ملاحظة أن سريان هذا النص الجديد يكون بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

كما يمكن أن يكون هذا البيع باتفاق جميع الشركاء رضائياً، أي دون اللجوء إلى القضاء وذلك بتعاقدهم مع المشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي عنهم. ويأتمام شكلية الكتابة الرسمية و إتمام إجراءات نقل الملكية المتمثلة في التسجيل

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني — عقد البيع، المجلد الرابع—ع، ص 306.

والشهر بالمحافظة العقارية، تنتقل ملكية العقار إلى المشتري، و يكون البيع بذلك صحيحا و نافذا في حق جميع الشركاء، و لا يمكن بعد ذلك لأي منهم الاحتجاج بغير ذلك.

2 - الهبة

يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في العقار الشائع كله بالهبة، وهي من التصرفات الناقلة للملكية و عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بنصه: " الهبة تملك بلا عوض " .

وتخضع لأحكام قانون التوثيق من كتابة رسمية، و إجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية حتى تحدث أثرها في نقل الملكية. وقد تكون الهبة صادرة من جميع الشركاء إلى أحدهم أو إلى أجنبي. و خلافا للهبة العادية، بمعنى إذا كان محلها غير مشاعا، فإنها لا تتم إلا بالحيازة، أما إذا كان محلها عقارا مشاعا، فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة بحسب نص المادة 208 من قانون الأسرة التي تنص علي مايلي: " إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة " .

ونخلص في هذا الإطار إلى أنه للشركاء المشتاعين مجتمعين التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية. و تجدر الإشارة إلى أنه في الحالة التي يملك فيها الشركاء عدة عقارات في الشيوع، كأن تكون قطعة أرض و مباني و قرروا مجتمعين التصرف ببيع قطعة الأرض، فإنها تخرج من الملكية الشائعة لهم و تصبح مفرزة بالنسبة للمشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي. و تبقى ملكيتهم شائعة فيما يخص المباني فقط، و لا يتأثر نقل ملكية العقار محل البيع بما ستسفر عنه قسمة باقي العقارات الشائعة.

ثانيا: ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين

إذا كان للشركاء في الشيوع الحق في التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية، فإنه يجوز لهم مجتمعين ترتيب أي حق عيني سواء كان أصليا، كالانتفاع والإرتفاق، أو تبعا كرهنه رهنا رسميا أو رهن حيازي. وسنعرض لذلك فيما يلي بنوع من التفصيل.

1 - ترتيب حق عيني أصلي

لشركاء في الشيوع أن يقرروا على العقار الشائع كله حقا من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، كأن يرتبوا حق انتفاع أو إرتفاق لفائدة الغير، أو أحد الشركاء. نتناول ذلك فيمايلي:

أ - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق انتفاع على العقار الشائع كله

تنص المادة 844 من القانون المدني علي ما يلي: "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون.

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين علي قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن".

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرف حق الانتفاع، وإنما حدد أسباب اكتسابه.

وباعتباره متفرعا عن حق الملكية، فهو حق عيني، وذلك بأن يقتطع من المالك سلطتي الاستعمال والاستغلال وتمنح لشخص آخر غير المالك، وهو بذلك يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستفادة بمنافعه دون وساطة من آخر. ويعطي أيضا للمنتفع حق الأفضلية والتبعية، ومنه نقول بأن حق الانتفاع يختلف عن

حق المستأجر الذي يعتبر حقا شخصيا الذي لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر الذي يقع على عاتقه الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وبذلك فإن لحق الانتفاع عدة خصائص أهمها: أنه حق عيني يرد علي عقار و بالتالي يجوز رهنه رهنا رسميا أو التصرف فيه، ويخضع في ذلك لأحكام نقل الملكية العقارية⁽¹⁾ مع بقاء ملكية الرقبة لصاحبها، وهي خاصية أخرى لحق الانتفاع، بأن يرد علي عقار مملوك للغير.

وتنحصر مصادر أو أسباب حق الانتفاع بحسب المادة 844 من القانون المدني الجزائري في العقد و الشفعة و التقادم و القانون، فيكون بالعقد عندما يتم ذلك عن طريق الاتفاق على إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفاع بالعقار و احتفاظ المالك بسلطة التصرف في العقار. فيجوز بيع أو هبة حق الانتفاع من مالك الرقبة والانتفاع بأن يقدم على بيعه حق الانتفاع أو بيعه الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع فيصبح هو المنتفع والمشتري هو المالك للرقبة، كما يمكن أن يكون ذلك عن طريق الهبة وهي كلها من العقود التي يتم بموجبها اكتساب الانتفاع.

وتكون الشفعة أيضا من أسباب كسب حق الانتفاع، و ذلك إذا بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة أو بعضه، إذ يحق لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع المبيع على عقاره بالشفعة، فتخلص له الملكية التامة، وهو ما قرره المادة 795 من القانون المدني التي نصت على مايلي: " 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 الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي.
لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها "

(1) — نبيل إبراهيم سعد — الحقوق العينية الأصلية — دراسة مقارنة، ص 255 .

كما يمكن أن يكون التقادم سببا من أسباب كسب حق الانتفاع بنص القانون ويكون ذلك، إما بالتقادم الطويل المحدد بخمسة عشر سنة أو التقادم القصير بشرط وجود سند صحيح وهو بذلك لا يختلف عن حق الملكية.

ويمكن أن تكون الوصية أيضا سببا لكسب حق الانتفاع إذا كان الموصى له قيد الحياة. وذهب المشرع إلي أنه يجوز أن يوصي بحق الانتفاع حتى للحمل المستكن، وتجدر الملاحظة أنه ورد خطأ مطبعي في نص المادة 844 من القانون المدني باللغة العربية إذ وردت عبارة "متعاقدين" و الأصح هو "متعاقبين" بحسب النص باللغة الفرنسية ومعناه أن يوصي مالك العقار بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب، فيكون إذا انتهى حق الانتفاع لأحدهم نشأ حق انتفاع جديد للذي يليه يستمد مباشرة من الوصية و ليس من المنتفع الذي سبقه⁽¹⁾.

ومتى تقرر حق الانتفاع لشخص المنتفع، يكون لهذا الأخير حق الاستعمال والاستغلال محل الانتفاع و يحتفظ المالك بملكية الرقبة، فيكون للمنتفع حق استعمال العقار استعمالا شخصيا في كل ما أعد له، فيكون له أن يسكن البناء المعد للسكن وزراعة الأرض المعدة للزراعة، فيستعمل العقار كما لو كان مالكا له في حدود الغرض الذي أعد له بشرط أن لا يسئ استعماله، فلا يجوز له أن يستعمله استعمالا غير مشروع أو استعمال غير متفق عليه. وفي ذلك تنص المادة 847 من القانون المدني على أنه: "على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة.

وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء. فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من اعتراض المالك في استعمال الشيء استعمالا

(1) — نبيل إبراهيم سعد — الحقوق العينية الأصلية — دراسة مقارنة، ص 258.

غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فللقاضي أن يترع العين من تحت يده وأن يسلمها إلي الغير ليتولى إدارتها بل له تبعاً لخطورة الحال، أن يقرر انتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير. "

وفي سبيل أن يتمكن المنتفع من ممارسة حقه في الانتفاع بالعقار محل الانتفاع، له أن يقوم بأعمال إدارته التي يتطلبها الانتفاع، وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف بالنسبة إلى حقه في الانتفاع، وأخيراً أن يباشر الدعاوى اللازمة لحماية حقه في الانتفاع⁽¹⁾.

وبالمقابل تقع على عاتق المنتفع التزامات تتمثل في التقييد بالانتفاع بالعقار بحسب الغرض الذي أعد له، وكذلك الحفاظ عليه وإدارته إدارة حسنة وصيانتته، ورده بالحالة التي استلمه عليها. وهو ما حددته المادتين 847 و848 من القانون المدني، وما بعدهما. وينقضي حق الانتفاع بانتهاء المدة المتفق عليها، وإذا كانت المدة غير محددة فإنه يعد مقرر لحياة المنتفع. وفي كل الأحوال ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع حتى ولو قبل انقضاء المدة إذا كانت محددة. وفي ذلك تنص المادة 852 من القانون المدني على أنه: " 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، وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل، أو عند موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلي حين إدراك الزرع، بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن ". "

كما ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء بحسب نص المادة 853 من القانون المدني التي تنص على أنه: " ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء إلا أنه ينتقل من شيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته، وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلي خطأ المالك فلا يجبر

(1) — نبيل إبراهيم سعد — الحقوق العينية الأصلية — دراسة مقارنة، ص 264 .

المالك علي إعادة الشيء إلي أصله ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع إلي المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه وفي هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848 " .

وأخيرا ينقضي حق الانتفاع بالتقادم المسقط وذلك بعد الاستعمال لمدة خمسة عشر سنة طبقاً لأحكام المادة 854 من القانون المدني.

وتجدر أخيراً الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري وعلى عكس ما ذهب إليه بعض التشريعات كالمشرع المصري و المشرع اللبناني، لم يميز بين حق الانتفاع كحق متفرع عن حق الملكية وحق الاستغلال الذي هو سلطة مستمدة من حق الانتفاع مكتفي بالتنصيص على حق الانتفاع و الاستعمال و السكن.

ونخلص هنا إلي أنه للشركاء في الشيوع أن يقرروا بإجماعهم ترتيب حق الانتفاع على العقار الشائع كله لفائدة احد الشركاء أو لفائدة شخص أجنبي. وفي حالة تقريره لأحد الشركاء فإنه يكون منتفعا بالعقار الشائع كله، ومالكا لحصته الشائعة بالنسبة للعقار وحق الانتفاع إذا كانوا شركاء جميعا هم المنتفعون بالعقار الشائع.

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

ب - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق ارتفاق على العقار الشائع كله

تنص المادة 867 من القانون المدني على أنه : " الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له " .

ويلاحظ في بداية الأمر أن صياغة النص باللغة العربية يشوبه نقص أو بتر بالنظر إلى النص بالغة الأجنبية، ذلك أن هذا الأخير حدد بأن الارتفاق هو حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر ملك أو مملوك لشخص آخر و يجوز أن يترتب علي مال عام (ملك للدولة) إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له، بمعنى آخر نسجل سقوط عبارة "مملوك لشخص آخر" وكذلك "مال عام أو مملوك للدولة" من النص العربي، وهو ما أفضى عليه نوعا من الغموض والركاكة في الصياغة.

انطلاقا من النص نقول إن الارتفاق هو حق عيني عقاري لأنه لصيق بالعقار و لا يتصور في غير العقارات، ذلك أنه كرس لجعل عقار ما في خدمة عقار آخر مملوك لشخص آخر لسبب الحصر.

وعلى هذا الأساس فإن حق الارتفاق يمتاز بعدة خصائص، أهمها أنه حق عيني عقاري، فهو الذي يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به. وهو حق دائم لأنه مرتبط بدوام العقارين المرتفق و المرتفق به، وكذلك غير قابل للتجزئة. وهو مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لشخص آخر بمعنى يجب أن يكون العقارين المرتفق و المرتفق به مملوكا لشخصين أو مالكين مختلفين. وعلى ضوء ما تقدم فإن حق الارتفاق هو حق عيني عقاري يترتب لمصلحة عقار على عقار آخر. و يسمى العقار الأول بالعقار المرتفق أو العقار المخدوم، ويسمى الثاني بالعقار المرتفق به أو العقار الخادم وينصرف حق الارتفاق إلى الحق في المرور أو المسيل، ويتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به ويكون من ملحقاته عند التصرف فيه، فينتقل معه إلى المتصرف إليه دون الحاجة الى ذكره في العقد. ولا يقبل الانقسام إذا ما تم التصرف في العقار المرتفق على أجزاء أو إذا أصبح هذا العقار مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص، فيظل الارتفاق على ما كان

عليه. و يمتنع على الملاك الجدد للعقار المرتفق طلب قسمة الارتفاق فيما بينهم لأن طبيعته تأتي الانقسام لانتفاء ذلك مع الإنتفاع المرجو منه.

كما يجوز أن يترتب الارتفاق علي المال العام، بمعنى ملك الدولة، إذا كان ذلك لايتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال⁽¹⁾.

وقد حددت المادة 868 من القانون المدني المصادر التي ينشأ أو يكتسب بها حق الإرتفاق بنصها علي مايلي : " ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور "

كما يمكن أن تترتب الإرتفاقات الظاهرة بالتخصيص من المالك الأصلي.

ويستفاد مما سبق أن مصادر حق الارتفاق هي التصرف القانوني كالعقد وكذلك التخصيص من المالك الأصلي، والتقادم في الإرتفاقات الظاهرة و الميراث، وكذلك بما تفرضه الحالة المادية أو الموقع الطبيعي للأمكنة.

ويكون التصرف القانوني مصدرا لحق الإرتفاق كالبيع أو الهبة أو الوصية وغيرها من التصرفات القانونية. فيقرر مالك العقار المرتفق به إرتفاقا لمصلحة العقار المرتفق، فيكون حينها الأول بائعا لحق الإرتفاق و الثاني مشتريا له يلتزم بدفع الثمن. ويخضع التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق إلي نفس الإجراءات التي تتطلب نفس التصرف إذا كان يتعلق بالموضوع، فيخضع البيع إلي الكتابة و الشهر بالمحافظة العقارية ويكتسب المتصرف إليه حق الإرتفاق اعتبارا من تاريخ الشهر ويصبح حق الإرتفاق من ملحقات العقار المرتفق. أما قبل شهره فلا ينشأ حق الإرتفاق، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير. ومفاد ذلك أن مالك العقار

(1) – أنور طلبية – المطول في شرح القانون المدني – الجزء الرابع عشر ، ص 278 .

المرتفق به إذا باع عقاره وأتم إجراءات نقل الملكية قبل شهر البيع وهو التصرف المنشئ لحق الارتفاق، فإن العقار ينتقل إلى المشتري حالياً من حق الارتفاق. أما التقادم كمصدر لحق الارتفاق، فإنه يشترط في ذلك أن يكون ظاهراً. فإن كان غير ظاهر كالإرتفاق بعدم التعلية فلا يرد عليه التقادم، إذ ليست له علامة خارجية تنبئ بوجوده. فحق الارتفاق بالمرور مثلاً يكون ظاهراً بالمعنى العام للظهور إذا كان الشخص يمر علانية في أرض جاره⁽¹⁾ مع توافر شروط الحياة المكسبة للحق، من هدوء وعلانية واستمرارية للمدة القانونية اللازمة في التقادم المكسب وهي على نوعين: طويلة محددة بخمسة عشر سنة وقصيرة بشرط وجود سند صحيح يدعمها وهي عشرة سنوات.

ويكون أيضاً مصدراً لحق الارتفاق التخصيص من المالك الأصلي ذلك أنه يجوز ترتيب حقوق إرتفاق علي عقارات مملوكة لمالك واحد بمعرفة هذا المالك، بحيث إذا إنتقلت هذه العقارات إلى أشخاص آخرين ظلت الإرتفاقات باقية على نحو ما رتبها المالك الأصلي، إذ يكون المتصرف إليه قد أرتضى ضمناً هذه الإرتفاقات ومثالها أن يكون للمالك أرضان متجاورتان بإحداها منبع مائي وقام بشق قناة من هذا المنبع إلى أرضه المجاورة، فإذا ما باع الأرضين لشخصين مختلفين، ظل حق الإرتفاق بالسقي أو الشرب قائماً بتخصيص المالك الأصلي، وكذلك لو فتح مطلات علي أرض فضاء مجاورة له ثم باع تلك الأرض فيلتزم المشتري بإرتفاق المطل، فلا يبني في أرضه إلاّ علي النحو الذي لا يتعارض مع هذا الإرتفاق. ويشترط لترتيب هذا الإرتفاق، ضرورة وجود عقارين منفصلين كانا مالك واحد، ولا يشترط فيهما التلاصق. غير أنه يجوز أن يكون هناك عقارا واحدا قسمه المالك وجعل لقسم إرتفاق علي قسم آخر ويحدث الإنفصال أو التقسيم بتصرف

(1) - أنور طلبية - المطول في شرح القانون المدني - الجزء الرابع عشر ، ص 295 .

ناقل للملكية أو بقسمة أو تقادم مكسب، فلا يترتب الإرتفاق إذا كان الإنفصال بسبب فسخ أو بطلان، كأن يشتري المالك عقارا مجاورا يرتب عليه حق إرتفاق لعقاره الأول ثم يفسخ هذا العقد فيزول حينها الإرتفاق وفقا للآثر الرجعي للفسخ، أيضا من شروطه ان يترتب الارتفاق ب معرفة المالك نفسه فلا يكون من صاحب حق إنتفاع أو مستأجر، وأن يكون الإرتفاق ظاهرا لاغموض فيه فتكون له علامة ظاهرة تدل عليه، كنافذة يفتحها المالك الأصلي مقررا بها حق المثل وفي حالة عدم وجود ما يفيد ظهور الإرتفاق فإنه لا يتحقق بتخصيص المالك الأصلي، لأن وجود العلامات الظاهرة تحقق علاقة التبعية بين العقارين بحيث اذا تصرف المالك الاصلي في أحدهما، توافرت الإرادة الضمنية بينه وبين من تصرف له على الإبقاء على تلك العلاقة بين العقارين فيظل الإرتفاق قائما بينهما⁽¹⁾. وهذا ما كرسته المادة 869 من القانون المدني التي تنص علي أنه: "يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي. ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين، ففي هذه الحالة إذا إنتقل العقاران إلي ملاك مختلفين دون تغير في حالتهم عدّ الإرتفاق مرتبا بين العقارين لهما و عليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك".

ويستعمل حق الإرتفاق علي الوجه الذي حددته المواد 872 وما بعدها من القانون المدني الجزائري والتي يتضح من خلال إستقرائها أنه يجب علي مالك العقار المرتفق أن يراعي في إستعماله لحقه عدم مجاوزته حدود حق الإرتفاق وفقا للسبب المنشئ له، فلا يجوز له أن يغير من نوع الإرتفاق، كأن يكون إرتفاق مرور فيحوله

(1) – أنور طلبة – المطول في شرح القانون المدني – الجزء الرابع عشر ، ص 311 .

إلى إرتفاق مطل أو سقي أو أن يغير في موضعه دون موافقة مالك العقار المرتفق به، كما لا يجوز له أن يستعمل الإرتفاق لفائدة عقار غير العقار المرتفق ولا ان يستعمله على عقار غير العقار المرتفق به حتى ولو لم يترتب عليه زيادة في العبء الواقع على العقار المرتفق به، كما يجب عليه عدم زيادة العبء على العقار المرتفق به و يجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه في الإرتفاق على الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن⁽¹⁾.

وذلك ما نصت عليه المادة 872 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه: "لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الإرتفاق و يحفظه، ويجب عليه أن يياشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق به ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الإرتفاق."

وفي مقابل ذلك يلتزم صاحب العقار المرتفق به بعدم قيامه بما من شأنه الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق، فموقفه في مواجهة صاحب حق الإرتفاق سلبيا، ذلك أن نص المادة 875 من القانون المدني تنص على أنه: "لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شئ يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاقا، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر."

غير أنه إذا كان الموضع الذي عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق، أو أصبح الإرتفاق مانعا في إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو على عقار آخر يملكه هو، أو يملكه أجنبي إذا رضي الأجنبي بذلك، كل هذا متى كان

(1) — نبيل إبراهيم سعد — الحقوق العينية الأصلية — دراسة مقارنة — ص 314 .

إستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسورا به في وضعه السابق ."

ويتضح من خلال ذلك أن القاعدة أن مالك العقار المرتفق به لا يلتزم بأي عمل إيجابي يتعلق بجوهر حق الإرتفاق، حيث الإرتفاق حق عيني يعطي لصاحبه سلطة مباشرته، دون حاجة إلي تدخل صاحب العقار المرتفق به. لذلك فإن موقف صاحب العقار المرتفق به مجرد موقف سلبي، ينحصر في ترك صاحب العقار المرتفق يباشر الأعمال التي يخولها إياه حق الإرتفاق⁽¹⁾.

ويبقى أنه قد يحدث وان يتجزأ العقار المرتفق به بسبب ما، كالقسمة أو بيع جزء منه فما هو أثر ذلك علي حق الإرتفاق؟.

الأصل أن الإرتفاق لا يتأثر نتيجة تجزئة العقار سواء كان مرتفقا أو مرتفقا به، فيبقى على وضعه الذي نشأ به دون تغيير. بمعنى انه مقررا لمنفعة كل جزء من العقار المرتفق وعلى كل جزء من العقار المرتفق به.

ففي حالة تجزئة العقار المرتفق نصت المادة 876 من القانون المدني على انه :
" إذا جزئ العقار المرتفق بقي الإرتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يزد ذلك عبء تكاليف العقار المرتفق به.

غير أنه إذا كان الإرتفاق لايفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الإرتفاق عن الأجزاء الأخرى ."

ومؤدي ذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق لأي سبب من الأسباب كبيع جزء منه أو قسمته، فإن حق الإرتفاق يظل مستحقا لكل جزء بشرط ألا يترتب عن التجزئة زيادة في العبء الواقع علي العقار المرتفق به. ومثالها إذا كان حق الإرتفاق المقرر هو حق المرور في موضع معين من العقار المرتفق به، فإن المرور

(1) — نبيل إبراهيم سعد — الحقوق العينية الأصلية — دراسة مقارنة — ص 317 .

يبقى مستحقا حتى بعد تجزئة العقار المرتفق وفي نفس الموضع المعين. لكن إذا ما تبين بعد هذه القسمة أن حق الارتفاق لم يعد يفيد إلا جزء من العقار المرتفق دون غيره، فإنه يجوز لمالك العقار المرتفق به حق المطالبة بزواله عن الأجزاء الأخرى⁽¹⁾.

أما إذا كانت التجزئة تخص العقار المرتفق به فإن نص المادة 877 من القانون المدني تقرر أنه : " إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه.

غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء و كان لا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الارتفاق عن الجزء الذي يملكه "

ويستفاد من ذلك أن تجزئة العقار المرتفق به، لأي سبب من الأسباب، لا تؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه، ويبقى واقعا على كل جزء من أجزائه. فإذا كان إرتفاقا بالمرور. مثلا فإنه يبقى واقعا على كل أجزاء العقار، إلا إذا تبين بعد التجزئة إنحصار موضع المر في جزء معين، فإنه يكون بالتالي بدون موضوع بالنسبة للأجزاء الأخرى، ويجوز للملكي هاته الأجزاء المطالبة بزوال هذا الارتفاق.

وأخيرا فإن حق الارتفاق ينتهي بحسب ما قرره مواد القانون المدني التي جاءت في هذا المجال، ذلك أن المادة 878 منه تنص على أنه: " تنتهي حقوق الارتفاق بإنقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما أو بإجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال إجتماع العقارين."

ونصت المادة 879 منه على أنه: " ينتهي حق الارتفاق بعدم إستعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم إستعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة إذا كان

(1) – المرجع نفسه، ص 311

الإرتفاق مقررًا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، وكما يسقط حق الإرتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها.

وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع فإنتفاع أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفًا لمصلحة الباقيين".

يستفاد من هذين النصين أن حق الإرتفاق ينتهي بإنقضاء الأجل المحدد بسند السبب المنشئ له، ثم ينقضي بهلاك العقار المرتفق هلاكًا تامًا. و يلاحظ أن المشرع الجزائري إعتبر هلاك العقار المرتفق هلاكًا تامًا سببًا لإنهاء حق الإرتفاق، ولم يتعرض إلي الفرضية التي يهلك فيها العقار المرتفق به، أو يهلك جزء من أحد العقارين؟ و يمكننا القول في هذا الخصوص أنه إذا هلك العقار المرتفق به هلاكًا كليًا، كما لو إنهدم البناء، فإن حق الإرتفاق ينتهي بزوال محله. فإذا أعيد بناءه من جديد، عاد حق الإرتفاق، ما لم يكن قد إنتهي بعدم الإستعمال أو بسبب آخر. أما إذا هلك العقار المرتفق به جزئيًا، فإن حق الإرتفاق يبقى واقعا على الجزء الباقي.

كما ينتهي حق الإرتفاق بإجتماع العقارين المرتفق و المرتفق به في يد مالك واحد، وهو ما يعرف بإتحاد الذمة. ذلك أنه قد تنتقل ملكية العقار المرتفق إلي مالك العقار المرتفق به بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أو أن يتملك شخص آخر هذين العقارين فتتحد الذمة في شخص مالك العقارين، و بها ينتهي حق الإرتفاق لكون المالك أصبح واحدا ولا يستساغ أن يكون للشخص إرتفاق على ملكه. ولكن إذا زال هذا الإجتماع أو الإتحاد للعقارين فإن حق الإرتفاق يعود واقعا كما نشأ في البداية.

وينتهي حق الإرتفاق أيضا بعدم الإستعمال لمدة عشر سنوات وهي مدة سقوط وكذلك الشأن بالنسبة للحالة التي يكون فيها حق الإرتفاق مقررًا لمصلحة مال موروث، فإنه ينتهي أو يسقط بعدم إستعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة.

وأخيرا ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبح حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق. وقد جاءت هاته الكيفية الأخيرة لإنتهاء حق الارتفاق، لتقابل السبب المنشئ لحق الارتفاق، والذي أوضحنا بأنه قد يكون الوضع الطبيعي للأمكنة مصدرا لنشوء حق الارتفاق.

نخلص في هذا الإطار إلى أن للشركاء مجتمعين الحق في ترتيب حق إرتفاق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، ويكون نافذا في حقهم جميعا.

و بالمقابل يمكن أن يستفيدوا جميعا من حق إرتفاق يرتب لفائدة العقار الشائع كله المملوك لهم من قبل مالك عقار آخر.

ويخضع حق الارتفاق لكونه حقا عينيا عقاريا، للإجراءات اللازمة في التصرفات التي يخضعها القانون لهذه الإجراءات، والمتمثلة في الكتابة الرسمية و الشكلية المطلوبة، و التسجيل و الشهر العقاري بالمحافظة العقارية.

2 - ترتيب حق عيني تبعي

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

2 - 1 - الرهن الرسمي

تنص المادة 890 من القانون المدني على أنه : " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " .

يستفاد من هذا النص أن الرهن الرسمي الذي يرتبه جميع الملاكين لعقار شائع، يكون نافذا في حقهم جميعا ، سواء أكان ذلك قبل القسمة أو بعد القسمة، أو حتى بعد بيعه لاستحالة القسمة العينية.

فالرهن يكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة لأنه صدر منهم جميعا. فإذا تصرف هؤلاء الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله بعد رهنه، إنتقل هذا العقار إلى المتصرف إليه مثقلا بالرهن وما يرتبه من آثار. فيكون للدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في يد المتصرف إليه، وكذلك التقدم في الحالة التي ينفذ فيها أحد دائني شريك منهم، كما أنه ينتقل إلى الورثة مثقلا بالرهن في حالة وفاة الشركاء جميعا أو بعضهم، وبذلك فإن الرهن يسري في حق الشركاء وفي حق دائنيهم وفي حق الخلف الخاص و الخلف العام⁽¹⁾.

أما بعد القسمة فإنه وتطبيقا لأحكام المادة 890 الفقرة الأولى من القانون المدني، نقول إن المشرع رتب نفس الحكم أي أن الرهن الصادر من المالكين لعقار شائع يبقى نافذا وصحيحا في حقهم جميعا، فتكون كل حصة مفرزة بعد القسمة مثقلة بالرهن الذي رتبه الشركاء قبل القسمة. ولكن يبقى التساؤل مطروحا في الحالة التي يختص فيها أحد الشركاء بكل العقار بعد القسمة. ويختص باقي أو كل واحد من باقي الشركاء بحصة مفرزة من عقارات لم تكن مشمولة بالرهن قبل

(1) - عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية - المجلد العاشر، ص 323 .

القسمة، ومثالها أن شخصين يملكان في الشيوع قطعة أرض ومسكن مستقل عن القطعة الأرضية. وقررا قبل القسمة رهن القطعة الأرضية، ولكن بعد القسمة إختص أحدهما بالقطعة الأرضية فيما إختص الثاني بالمسكن. فما هو مصير الرهن المرثب علي القطعة الأرضية؟.

والجواب يكون من خلال نص المادة 890 التي كرست صحة و نفاذ الرهن الصادر من المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة، حتى وإن كانت قاعدة الأثر الرجعي للقسمة تقتضي أن ينتقل الرهن بنسبة حصة الشريك الذي إختص بالعقار كله أي بنسبة النصف في مثالنا السابق. غير أن المشرع لم يأخذ بهذه القاعدة وقرر إنتقال العقار مثقلا بالرهن حتى وإن إختص به شريكا واحدا بعد القسمة.

وفي حالة عدم إمكانية قسمة العقار، قسمة عينية لإستحالتها وتم بيع العقار الشائع، فإنه ينتقل مثقلا بالرهن المترتب عليه سواء كان البيع حاصل لأحد الشركاء أو لأجنبي وهذا ما قررته المادة 890 من القانون المدني.

ونخلص في هذا الإطار إلى أن الرهن الرسمي الذي يرتبه الشركاء مجتمعين على العقار الشائع كله لا يثير أي إشكال، وذلك لوجود النص القانوني الذي قرر بأنه يبقى نافذا الرهن الذي يرتبه المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة. بمعنى آخر أنه لا يتأثر بنتيجة القسمة، أو حتى بعد بيع العقار في حالة إستحالة قسمته عينا.

2 - 2 - الرهن الحيازي

تنص المادة 948 من القانون المدني على أن " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو علي غيره، أن يسلم إلي الدائن أو إلى أجنبي يعينه

المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلي أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

وتضيف المادة 949 من نفس القانون علي أنه "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلاّ ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار".

يستفاد من هذين النصين أن الرهن الحيازي يمكن ترتيبه على المنقول و العقار بشرط أن يكون قابلاً للبيع مستقلاً عن طريق المزاد العلني.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض لأحكام الرهن الحيازي الذي قد يرتبه الشركاء في الشيوخ على العقار الشائع، خلافاً لما أورده بخصوص الرهن الرسمي. وطالما أنه لا يوجد نص يحدد أحكام هذا التصرف، و لا توجد إحالة صريحة على أحكام الرهن الرسمي، فإنه وحسب رأينا، لا مانع من تطبيق أحكام الرهن الرسمي وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء⁽¹⁾، من أنه إذا رهن الشركاء مجتمعين العقار الشائع كله رهناً حيازياً، فإنه يبقى نافذاً أو صحيحاً أياً كانت نتيجة القسمة أو حتى بعد بيعه عند إستحالة قسمته، بشرط مراعاة أن يكون العقار المرهون رهناً حيازياً قابلاً للبيع مستقلاً بالمزاد العلني.

المطلب الثاني

تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع

يجوز للشركاء مجتمعين التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع، وذلك على غرار ما رأيناه في جواز تصرف الشريك منفرداً في جزء مفرز من العقار الشائع. وإذا كنا قد رأينا في المطلب الأول المتعلق بتصرف الشركاء مجتمعين في

(1) — عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية - المجلد العاشر، ص 326 .

العقار الشائع كله، ورأينا بأن تصرفهم إذا كان ناقلا للملكية يعد بمثابة إنهاء حالة الشيوخ، بالنسبة للعقار الشائع محل التصرف، وبالتالي يكون تصرفهم صحيحا وناظدا 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 ملكية هذا الجزء المفرز، أو ترتيب حقا عينيا أصليا، كالإنتفاع أو الإرتفاق، أو حقا عينيا تبعا كرهنه رهنا رسميا. و سنعرض لحكم تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع، بتصرف ناقل للملكية كالبيع مثلا، ثم إلى حكم ترتيبهم لحق عيني أصلي أو تبعي على جزء مفرز من العقار الشائع ومدى تأثير القسمة على ذلك.

1 - تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع لجزء مفرز من العقار الشائع

يحق للشركاء مجتمعين أن يقوموا ببيع جزء مفرز من العقار الشائع، ويبقى ذلك البيع نافذا وصحيحا في حقهم جميعا فيما يخص الجزء محل البيع. ومثاله لو أن ثلاثة أشخاص يملكون في الشيوخ متزلا يتكون من طابقين، وأجمعوا على بيع الطابق الأول بإعتباره جزءا مفرزا من العقار الشائع، فإن ملكية هذا الطابق تنتقل إلى المتصرف إليه، سواء كان أجنبيا أو أحدهم بإتمام إجراءات نقل الملكية من تسجيل وشهر. وبذلك يخرج الطابق محل البيع من الشيوخ ويبقى الطابق الثاني شائعا بينهم الثلاثة، ويكون ثالثهم الذي كان التصرف صادرا إليه ببيع الطابق الأول مالكا ملكية مفرزة لذلك الطابق وشريكا في الشيوخ بنسبة نصيبه في ذلك فيما يخص الطابق الثاني الباقي في حالة الشيوخ ويترتب على ذلك أنه لا يدخل في أية قسمة قد تقع بين الشركاء.

ويأخذ حكم البيع الصادر من الشركاء مجتمعين لجزء مفرز من العقار الشائع، الهبة والوصية بإعتبارهما من التصرفات الناقلة للملكية ويراعى في ذلك إتمام إجراءات نقل الملكية فقط.

2 - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني اصلي أو تباعي على جزء مفرز من العقار الشائع

يمكن للشركاء مجتمعين أن يقرروا ترتيب حق عيني أصلي كالإنتفاع أو الإرتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع، ويكون ذلك نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها. ولا يمكن لأحدهم أن يحتج إذا ما وقع الجزء المثقل لحق الإرتفاق، كالمروور مثلا في نصيبه بعد القسمة بأنه لم يقرر ذلك لأنه رتبه على جزء مفرز بنسبة حصته الشائعة، بل يبقى ذلك الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة مثقلا بالإرتفاق المرتب عليه مهما كان نوعه، ويخضع ذلك الارتفاق للإجراءات التي يخضع لها التصرف الناقل للملكية من رسمية وتسجيل و شهر بالمحافظة العقارية، وذلك بإعتباره حقا عينيا. وهذا ما كرسه الإجتهد القضائي، ذلك أن المجلس الأعلى للقضاء في قراره المؤرخ في 1983/10/26 ملف رقم 29501، كرس بأن حق الإرتفاق هو حق عيني لا تنتقل ملكيته إلا بكتابة عقد رسمي مع الإشهار تطبيقا للمادة 12 من قانون التوثيق وجاء فيه: "إن الطبيعة القانونية المضافة علي حق الإرتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع إنتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق، لأشكال جوهريية يترتب عن تخلفها عدم جواز الإحتجاج به تجاه الغير، ومن ثمة كان وجوبا علي الأطراف إفراغ الإرتفاق المبرم حوله، في عقد رسمي وتولي إجراءات إشهاره ليصبح بالتالي التمسك بحصول التصرف ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن"⁽¹⁾.

كما أنه يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تباعي على جزء مفرز من العقار الشائع وذلك برهنه رهنا رسميا مثلا. ويأخذ نوع التصرف نفس حكم رهن

(1) - المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 29501 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول، ص 45 .

جميع الشركاء للعقار الشائع كله، ذلك أن الرهن يبقى نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعد قسمة العقار الشائع. والإشكال لا يطرح قبل القسمة ولكن قد يختص أحد الشركاء بالجزء المفرز المرهون ويكون من نصيبه بعد القسمة. فهل له أن يحتج بإنقاص الرهن إلي حدود حصته بإعتباره رهن بنسبة ذلك؟.

إن أحكام المادة 890 من القانون المدني مقررة لقاعدة عامة أو لمبدأ عام، وهو نفاذ الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة. ونلاحظ أن المادة جاءت علي إطلاقها ولم تحدد فيما إذا كان الرهن الصادر من الملاكين لعقار شائع، مرتبا على العقار الشائع كله أو على جزء مفرز منه.

ولذلك وعلى سبيل المثال لو أن قطعة أرضية ومسكن يملكها شخصين بنسبة النصف لكل واحد منهما ملكية شائعة وقررا الإثنين ترتيب رهنا رسميا على قطعة الأرض لفائدة شخص أجنبي أو لفائدة أحدهما، ضمنا لدين ما، فإن الرهن يكون نافذا في حقهما قبل القسمة ولا يطرح أي إشكال، أما إذا وقعت القسمة وإختص أحدهما بالقطعة الأرضية المرهونة، فإنه وتطبيقا لأحكام المادة 890 قانون مدني فإنه لا يمكنه الإحتجاج بالإنقاص من الرهن الرسمي بل تنتق إليه القطعة الأرضية مثقلة بالرهن الرسمي وتنتقل ملكية المنزل خالية من أي رهن إلى الشريك المشتاع الآخر.

المبحث الثاني

تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع

تنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري على أنه : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، علي أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارهم إلى باقي الشركاء ولن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلي المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان،

وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجبا".

يستفاد من هذا النص أنه قد يتعذر إجماع الشركاء على التصرف في العقار الشائع سواء كله أو جزء مفرز منه، رغم وجود أسباب قوية لذلك التصرف، فأجاز المشرع للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع أن يقرروا التصرف فيه أو في جزء مفرز منه، وبالمقابل قرر لفائدة الأقلية ضمانات كافية.

وتشترط المادة أن تكون الأغلبية لتقرير التصرف في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، أن يكون عددا من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، والعبارة بالأغلبية هي من يملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع، بغض النظر عن الأغلبية العددية، فقد يملك شريكا واحدا نسبة ثلاثة أرباع من العقار الشائع، وبذلك يشكل الأغلبية المطلوبة في نص المادة، وفي المقابل قد تكون الأقلية تتشكل من عدد من الشركاء أكثر ممن يملك ثلاثة أرباع العقار الشائع، وبذلك يجوز لهذا الشريك الذي يملك ثلاثة أرباع العقار الشائع والمشكلا للأغلبية أن يقرر التصرف في العقار الشائع، إذا ما وجدت أسباب قوية لذلك. وعليه سوف نبحث في الأسباب القوية لتصرف الأغلبية الكبيرة في العقار الشائع في مطلب أول، ونخصص المطلب الثاني لبحث ضمانات الأقلية المعترضة على تصرف الأغلبية الكبيرة في العقار الشائع.

المطلب الأول

الأغلبية اللازمة و الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع

حتى يمكن للشركاء في الشيوع في حالة تعذر إجماعهم، أن يتصرفوا في العقار الشائع إشرط المشرع توفر أغلبية محددة وقيام أسباب قوية لذلك.

1 - الأغلبية اللازمة للتصرف في العقار الشائع

إذا ما تعذر إجماع الشركاء على التصرف في العقار الشائع بالرغم من قيام أسباب قوية لذلك، فإن المشرع أعطى للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع العقار الشائع حق التصرف فيه، والأغلبية التي أقرها النص القانوني ليست أغلبية عددية، وإنما محددة بنسبة من يملك ثلاثة أرباع علي الأقل من العقار الشائع. وبذلك يمكننا أن نتصور أن شريكا واحدا قد يشكل الأغلبية وذلك بإمتلاكه نسبة ثلاثة أرباع من العقار الشائع. وفي المقابل يملك معه أكثر من اثنين الربع الباقي. ويصبح عدد الشركاء الذين يملكون الربع مشكلين للأقلية بالنسبة له.

ونستنتج من ذلك أن الأغلبية اللازمة التي يمكنها تقرير التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، تتحدد بنسبة من يملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع وليس بعدد الشركاء المشتاعين.

والرأي في ذلك أن المشرع إعتد في تحديد الأغلبية على غير القاعدة العامة، معيارا موضوعيا وذلك بإقرار نسبة الملك، وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي أو شكلي.

وحتى يمنع تعسف الأغلبية في إستعمال حقها في التصرف في العقار الشائع، قرّر ضرورة قيام أسباب تكون قوية لذلك، بالإضافة إلى تقريره ضمانات كافية للأقلية.

2 - الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في العقار الشائع

إشترط المشرع لإمكانية تصرف الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع، إستنادها في ذلك إلى أسباب قوية تستوجب تقرير التصرف في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، لاسيما إذا كانت القسمة تضر بمصالحهم، كأن يتطلب العقار الشائع أموالا لصيانتها أو تحسينه تستدعي رهنه صمانا لقرض من أجل ذلك، أو عرض ثمن مربح في حالة بيعه يخشى عدم تحققه مستقبلا في حالة عدم بيعه.

ويثار التساؤل هنا حول طبيعة هاته الأسباب القوية التي يستند عليها الشركاء الذين يشكلون الأغلبية في تصرفهم، والقول فيما إذا كانت من الموضوع أي أنها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وبالتالي لا رقابة للمحكمة العليا؟. أم أنها مسألة قانون يمكن للمحكمة العليا ممارسة الرقابة عليها؟.

وحسب رأينا فإن مسألة تحديد وتقدير ما إذا كانت الأسباب التي إستند إليها الشركاء في الشروع الذين يشكلون الأغلبية اللازمة في تصرفهم في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، هي مسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في وقائع الدعوى. ذلك ان ما قد يراه قاضي ما بمحكمة ما سببا قويا قد يراه قاضيا آخر، حتى بنفس المحكمة، سببا غير قوي و لا يسمح بالأغلبية بإعتماده للتصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه. وبالتالي فإنه مسألة موضوع لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقدير ما إذا كان السبب المعتمد قويا أو ضعيفا، وإنما تبسط رقابتها فقط في مدي مناقشة هذا الشرط بإعتباره من المسائل القانونية، ولا يجوز لها أن تقرر أن السبب قويا أو ضعيفا.

وإذا كان المشرع أعطي للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع الحق في التصرف فيه كله أو في جزء مفرز منه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية، فإنه في المقابل أعطي بنفس النص للأقلية من الشركاء الذين يملكون في نفس

العقار الشائع ضمانات كافية تحميهم من تعسف الأغلبية، وذلك بتقريره إجراءات خاصة لمصلحتهم. وهو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

ضمانات الأقلية مت الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع

يتضح من خلال نص المادة 720 من القانون المدني أن المشرع وازن بين حقوق الأقلية، وذلك بإقراره لإجراءات وشروط أوجبها علي الأغلبية المتصرفة إتجاه الأقلية. فبالإضافة إلي وجوب توفر شرط ملكية ثلاثة أرباع من العقار الشائع والإستناد إلي أسباب قوية، لابد من إعلان هذا التصرف إلي الأقلية بواسطة عقد غير قضائي، ليكون للأقلية حق الاعتراض على ذلك التصرف خلال شهرين من تاريخ الإعلان، وذلك أمام المحكمة التي لها أن تفصل في ذلك بالنظر إلي نتيجة القسمة فيما إذا كانت تضر بمصالح الشركاء. وستعرض لذلك بتبيان نوعية الإعلان ومدى وجوبه لعلم الأقلية، ثم إلي المحكمة المختصة وكيفية الفصل في دعوى الاعتراض.

1 - طبيعة الإعلان الموجه إلي الأقلية

لقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 720 من القانون المدني بأنه على الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع العقار الشائع عند تقرير التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز، وكانت مستندة لأسباب قوية، أن تعلن قرارها إلي الأقلية (باقي الشركاء) بعقد غير قضائي. ويستفاد من ذلك أن المشرع أوجب الكتابة في الإعلان ولا يعتد حينها بالإعلان الشفوي، وذلك بان يكون الإعلان عن طريق محضر قضائي أو برسالة مضمونة الوصول. وبإستثناء شكلية الكتابة للإعلان، فإن المشرع لم يشترط على الأغلبية أن تذكر فيه بيانات محددة على سبيل الحصر،

فيكفي عندئذ أن تذكر في الإعلان قرارها في التصرف دونما حاجة إلى ذكر نوع التصرف.

ويطرح التساؤل حول علم الأقلية بقرار الأغلبية في التصرف دون إتصالها بالإعلان، أي بمجرد علمها بقرار الأغلبية بالتصرف في العقار.

غير أن المحكمة العليا أكدت في إجتهادها القضائي، وأذكر هنا القرار رقم 92343 الصادر بتاريخ 1992/10/28 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1994 في عددها الأول، شرط الإعلان لباقي الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قرارهم إلى باقي الشركاء.

ولما ثبت — من مستندات القضية الحالية — أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام، قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع؟ إلي المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء لما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض"⁽¹⁾.

2 - المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الاعتراض

بمجرد إعلان الأغلبية بقرارها الرامي إلى التصرف في العقار الشائع كله أو جزء منه، إلى الأقلية، فإن هؤلاء في حالة مخالفتهم قرار الأغلبية، حق اللجوء إلى المحكمة برفع دعوى موضوعها الاعتراض على قرار الأغلبية، وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان. ويسقط حقهم في ذلك عند فوات مدة الشهرين، ويطرح التساؤل في الحالة التي يوجه فيها الإعلان، غير أن الأقلية لم تتوصل به، خاصة وأن

(1) — المحكمة العليا — الغرفة المدنية — قرار بتاريخ 1992/10/28 ، تحت رقم 92343 ، المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الأول ، ص 38 .

النص يحدد بداية حساب مدة الشهرين من وقت الإعلان؟ فهل المقصود به بداية الأجل من تاريخ الإعلان؟ أم من تاريخ توصل الأقلية بالإعلان؟.

أن بداية حساب الأجل المحدد بشهرين يبدأ حسب رأينا من تاريخ الإعلان وليس من تاريخ توصل الأقلية به، بشرط أن يكون الإعلان صحيحا، أي أنه موجه بموجب عقد غير قضائي، سواء عن طريق المحضر القضائي أو بموجب خطاب مضمون الوصول وثابت التاريخ. غير أن الأجل المحدد في المادة 720 من القانون المدني يبقى مفتوحا في حالة عدم توجيه الإعلان بالكيفية السابقة، إلا في حالة رفع الأقلية لدعوى الاعتراض قبل إتصالها بالإعلان، أي بمجرد علمهم بقرار الأغلبية بالتصرف في العقار.

وترفع دعوى الاعتراض أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار الشائع محل التصرف، وذلك على أساس أن هذه الدعوى هي دعوى عقارية تهدف إلى حماية حق الأقلية في الملكية وهي القاعدة العامة في مثل هذه الدعاوى، وبها عمل المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية.

وبعد رفع الدعوى من قبل الأقلية أمام المحكمة المختصة، فإن هذه الأخيرة تنظر فيما إذا كانت تلك الدعوى قد رفعت في الأجل. فإذا كانت كذلك قبلتها وتمحصت موضوعها، بدءا بالنظر في الأسباب التي إستندت عليها الأغلبية في قرارها بالتصرف في العقار الشائع. فإذا ما قدرت بأنها أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع من قبل الأغلبية، تنظر بعد ذلك فيما إذا كانت قسمة العقار الشائع تضر بمصالح الشركاء. فإذا رأت أن القسمة لا تضر بمصالح الشركاء، قضت من تلقاء نفسها بقسمة العقار وبذلك تنتهي حالة الشروع.

أما إذا ما قدرت أن قسمة العقار الشائع من شأنها الإضرار بمصالح الشركاء، خاصة إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة، وكان التصرف الذي سوف تقوم به الأغلبية مستندا إلى أسباب قوية، فإنها تقضي بأحققتها في ذلك ومن ثم يصبح ذلك التصرف نافذا في حق الأقلية التي لا يمكنها بعد ذلك الاعتراض عليه.

وأما إذا تبين للمحكمة أن الأسباب التي إستندت إليها الأغلبية لا تبرر إقدامها علي التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، وأنه غير لازم، فإنها تقضي بإلغاء قرار الأغلبية ولم يعد بعد ذلك التصرف ممكنا إلا بإجماع الشركاء⁽¹⁾.

(1) – عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية – المجلد الثامن، ص

الخاتمة

الخاتمة

نخلص من بحثنا لموضوع التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، إلى أن المشرع وضع مبدأ عاما قوامه أن الشريك يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله أن يتصرف فيها بجميع أوجه التصرف، وان أخذ أغلبية الشركاء في الشيوخ الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، أن يتصرفوا في العقار الشائع كله متى استندوا في ذلك إلى أسباب قوية دون الحاجة إلى موافقة الأقلية منهم بل حتى في حالة اعتراضهم على التصرف .

وإذا كان غرض المشرع من منح الحق للأغلبية، التصرف في العقار الشائع وحمايته من تعنت الأقلية منها، فإن إغفال المشرع بيان الأسباب القوية التي يمكن أن تستند إليها الأغلبية في العقار الشائع، من شأنه أن يمكن هذه الأغلبية من التعسف في حق الأغلبية، التي يبدو من ظاهر النصوص القانونية المنظمة ل التصرف في العقار الشائع، أن المشرع قد حرّمها من حقها في التصرف في الجزء الذي تملكه بمجموعة .

و لذلك وجب أن يتدخل المشرع ، قصد إيجاد أو وضع أحكام دقيقة وواضحة، تنظم التصرف في العقار الشائع على نحو يحول دون تعسف أي شريك في الشيوخ، سواء كان يمثل الأغلبية من الشركاء أو الأقلية منها، مع بيان الأسباب التي يمكن أن تستند إليها الأقلية أو الأغلبية للقيام بأي تصرف في هذا العقار، وبالتالي سد الفراغ، الذي تنطوي عليه نصوص القانون المدني، في باب الملكية الشائعة، حسب ما هو مفصل في متن البحث .

ولعل أن غموض النصوص المنظمة للتصرف في الملكية العقارية الشائعة، هو السبب في أن تكون بعض الأحكام القضائية لا تتطابق و ظاهر هذه النصوص، وفي قلة الاجتهاد القضائي والفكري الذي غالبا ما يعطي للوقائع المعروضة عليه في مجال الملكية الشائعة، تكييفا آخر كوسيلة لفض النزاعات المتعلقة .

قائمة المراجع

المراجع

أولاً : الكتب

- ن** أنور طلبية ، المطول في شرح القانون المدني - الأجزاء ، 2 ، 11 ، 13 ، 14 .المكتب الجامعي الحديث - الازاريطة - الإسكندرية . الطبعة 2004 .
- ن** أنور طلبية، الملكية الشائعة - المكتب الجامعي الحديث - الازاريطة - الإسكندرية ، الطبعة 2004 .
- ن** بشير قدوج، نظام القانوني للملكية العقارية من خلال النصوص الصادرة من 1962 إلى 1999 - الديوان الوطني للأشغال التربوية - الجزائر ، الطبعة 2003
- ن** حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق - الجزء الأول والثاني - توزيع دار الفكر العربي ، دون سنة .
- ن** عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - الأجزاء ، 1 ، 4 ، 8 ، 9 ، 10 ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ، الطبعة 1970 .
- ن** عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية - توزيع دار الفكر العربي، سنة 1991 .
- ن** عبد المنعم فرج الصدة ، الملكية في القوانين البلاد العربية - توزيع دار الفكر العربي، دون سنة .
- ن** عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العقارية في التشريع الجزائري - دار هومة - الجزائر ، الطبعة 2003 .
- ن** مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية - توزيع دار الكتاب الحديث، دون سنة .
- ن** نبيل إبراهيم سعد ، حقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، دون سنة .

ثانياً : المحاضرات

- ن** عبد الرحمان ملزي ، نطاق حق الملكية و حمايته - المدرسة العليا للقضاء ، سنة 2002 - 2003 .

ثالثاً : النصوص القانونية

- ن** الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني - المعدل والمتمم - .
- ن** الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 تتضمن قانون الإجراءات المدنية - المعدل و المتمم -

- ن الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .
- ن قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 يتضمن التوجيه العقاري .
- ن قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ن المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .
- ن المرسوم رقم 352/83 المؤرخ 21/05/1983 يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

رابعاً : الأحكام والقرارات القضائية

- ن المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 28/10/1990 تحت رقم 92343 ، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول ص 38 .
- ن المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 26/10/1983 تحت رقم 29501 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول ص 45.
- ن المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 08/04/1987 تحت رقم 39496 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث ، ص 9 .
- ن المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 29/10/1990 تحت رقم 63765 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد الرابع ، ص 28 .
- ن المحكمة العليا - الغرفة العقارية - قرار بتاريخ 24/03/1999 تحت رقم 186043 ، المجلة القضائية لسنة 2000 ، العدد الرابع ، ص 195 .
- ن المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 26/10/1983 تحت رقم 28369 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الثالث ص 16 .

خامساً : مواقع الإنترنت

- ن رلي صفير - ملكية الشائعة لاستغلالها وإدارتها والتصرف بها وقسمتها - بتاريخ 01/08/2002 مجلة الجيش، عدد 2006 .

www.lebarmy.gov.lb/article.asp

- ن الملكية - قسم التحرير (دون ذكر صاحب المقال) .

www.f-law.net

- ن الحقوق المترتبة على الملكية العقارية وطرق إثباتها، التعمير دوت كوم (دون ذكر صاحب المقال).

www.ar.jurispedia.org/index.php

فهرس المحتويات

فهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
	الفصل الأول
04	تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع
05	المبحث الأول : تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار
05	المطلب الأول : حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار
11	أولا : الحقوق العينية الأصلية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار من قبل الشريك في الشيووع
14	ثانيا: الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار الشائع
14	1 - حق التخصيص
15	2 - حق الامتياز
17	3 - الرهن الرسمي
19	4 - الرهن الحيازي
21	المطلب الثاني : أثر تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة على حق شركائه في سترداد الحصة
22	أولا : شروط حق الإسترداد وإجراءاته
23	1 - شروط حق الإسترداد
23	1 - 1 - أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيووع
24	1 - 2 - أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار
24	1 - 3 - أن يقع البيع إلى أجنبي عن الشركاء
24	1 - 4 - أن يكون المسترد أحد الشركاء
25	2 - إجراءات الاسترداد
25	2 - 1 - ميعاد الإسترداد
26	2 - 2 - الكيفية التي يحصل بها الإسترداد
28	ثانيا : شروط حق الشفعة و إجراءاتها
28	1 - شروط حق الشفعة
28	1 - 1 - أن يكون هناك عقار شائع
29	1 - 2 - أن يكون التصرف بالبيع منصبا علي حصته شائعة
29	1 - 3 - أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا لأجنبي
29	1 - 4 - أن يكون التصرف بيعا
30	2 - إجراءات الشفعة
30	2 - 1 - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

الصفحة	الموضوع
33	2 - 2 - رفع دعوى الشفعة
33	2 - 2 - 1 - الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة
34	2 - 2 - 2 - المحكمة المختصة في نظر دعوى الشفعة
35	2 - 2 - 3 - ميعاد رفع دعوى الشفعة
35	2 - 2 - 4 - الحكم في دعوى الشفعة
40	المبحث الثاني : تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع
41	المطلب الأول : حكم جهل المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع
41	1 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع
43	2 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع
43	أ - الجزء المفرز المبيع يقع في نصيب الشريك البائع
43	ب - الجزء المفرز المبيع لا يقع في نصيب الشريك البائع
45	المطلب الثاني : حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا
45	1 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع
47	2 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد القسمة
49	المبحث الثالث : تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله
49	المطلب الأول : حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله
49	1 - حكم جهل المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع
49	أ - فيما بين المتعاقدين
51	ب - بالنسبة إلى المالك الحقيقي
52	2 - حكم علم المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع
53	المطلب الثاني : أثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله على حقوق شركائه فيه
54	- دعوى الاستحقاق وطرق الإثبات فيها :
55	أ - ماهية دعوى الاستحقاق وتمييزها عن باقي الدعاوى
55	ب - طرق الإثبات في دعوى الاستحقاق
55	1 - وجود دفتر عقاري بعد عملية المسح
57	2 - وجود محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية
58	3 - وجود محرر رسمي عرفي اكتسب تاريخا ثابتا قبل
60	1971/01/01
61	4 - وجود محرر غير ثابت التاريخ أو ثابت التاريخ بعد
62	1971/01/01

الصفحة	الموضوع
	الفصل الثاني
64	تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع
64	المبحث الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع
65	المطلب الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله
65	أولا : التصرفات الناقلة للملكية
65	1 - بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله
67	2 - الهبة
68	ثانيا : ترتيب حق عيني أصلي أو تباعي على العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين
68	1 - ترتيب حق عيني أصلي
68	أ - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق انتفاع على العقار الشائع كله
72	ب - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق ارتفاق على العقار الشائع كله
81	2 - ترتيب حق عيني تباعي
82	2 - 1 - الرهن الرسمي
83	2 - 2 - الرهن الحيازي
84	المطلب الثاني : تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع
85	1 - تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع لجزء مفرز من العقار الشائع
86	2 - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني أصلي أو تباعي على جزء مفرز من العقار الشائع
87	المبحث الثاني : تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع
88	المطلب الأول : الأغلبية اللازمة و الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع
89	1 - الأغلبية اللازمة للتصرف في العقار الشائع
89	2 - الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع
91	المطلب الثاني : ضمانات الأقلية مت الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع
91	1 - طبيعة الإعلان الموجه إلي الأقلية
92	2 - المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الاعتراض
95	الخاتمة
96	قائمة المراجع
98	فهرس المحتويات

Résumé :

Les conflits qui se posent à la juridiction concernent essentiellement la propriété immobilière ainsi que la propriété immobilière indivisible. Ceci est dû au nombre important de ce genre de propriété en Algérie suite au facteur de l'héritage qui constitue la cause majeure de l'origine des divergences, et suite également au besoin des propriétaires à gérer leur propriété sans pour autant mettre fin aux divergences. Cet état de fait est une des raisons principales qui nous a poussé à choisir ce thème de recherches et à le traiter. Nous avons donc adopté une approche descriptive et déductive des textes en plus de notre activité juridique basée sur la jurisprudence.

Pour traiter la problématique du jugement de la gérance assurée envers la propriété immobilière indivise par un partenaire ou par la majorité des partenaires ou par leur totalité, nous avons élaboré un plan constitué de deux chapitres ; le premier est consacré à la recherche de la gérance d'un partenaire de façon individuelle d'une propriété immobilière indivisible tout en traitant les conséquences de cet impact sur le droit de tous les autres partenaires ou sur celui du gérant.

Nous avons complété notre recherche par une conclusion qui englobe les principaux résultats et suggestions qui se résument comme suit :

- 1- La non délimitation précise des vraies raisons sur lesquelles se base la majorité des partenaires en divergence lui interdit d'empiéter sur le droit de la minorité.
- 2- L'ambiguïté des textes juridiques qui régissent la gérance de la propriété indivise en général et la propriété immobilière indivisible en particulier a rendu les décisions de justice dans ce contexte non conformes aux textes en vigueur.
- 3- Obligation de l'intervention du législateur pour la réorganisation et la délimitation des textes juridiques relatifs à la propriété immobilière indivisible en conformité avec les problèmes concrets exposés dans ce sens.

Mots-clés :

Propriété immobilière, propriété immobilière indivisible, conflit, héritage, gestion de propriété, impact, Algérie.

Abstract :

The conflicts exposed to justice concern essentially the estate property in addition to the indivisible estate property. This is due to the important number of this type of property in Algéria generated by the factor of heritage which constitutes the main cause of the origin of divergences. This is one of the major reasons that pushed us to select this topic for our recherche. We have, then, adopted a descriptive and deducative approach over texts, in addition to our legal activity based on jurisprudence.

To treat the statement of the problem related to the judgment of managing an indivisible estate property by a partner or by the majority of them or by their totality, we have established an outline which consists of two chapters. The first deal with a research about managing an indivisible estate property by a partner alone showing at the same time the impact generated on the right of all other partners or on that of the manager. The second chapter deals with the management of the indivisible estate property by partners gathered, or by a great majority of them with a glimpse on the consequences of this impact on the right of the minority or on that of the manager.

We have completed our recherche with a conclusion that includes the principale results and suggestions summarised as follows :

- 1- The imprecise definition of the real reasons on which the majority of partners in divergence rely on forbids this majority infringe on the right of the minority.
- 2- The ambiguity of the legal texts that rule the management of a popular property in general, and the indivisible estate property in particular, has made the decisions of justice in this contexte not in order with the legal texts that applied.
- 3- The necessary interference of the legislator for the re-organisation and the definition of the legal texts related to the indivisible estate property in conformity with the concrete problems exposed in this matter.

Key-words :

Estate property, indivisible estate property, conflicts, heritage, property management, impact, Algeria.

المخلص

إن ما يطرح من نزاعات حول الملكية العقارية ، بصفة عامة ، و الملكية العقارية الشائعة بصفة خاصة على مستوى القضاء ، وذلك بسبب كثرة هذا النوع من الملكية في الجزائر بالنظر إلى عامل الميراث كأهم سبب من أسباب نشؤ الشيوع ، وحاجة الملاكين إلى التصرف في ملكيتهم دون حاجة إلى إنهاء حالة الشيوع، هو من أهم الأسباب التي جعلتني أقدم على اختيار هذا الموضوع لتناوله بالبحث.

ولقد انتهجت في ذلك منهجا وصفيا استقرائيا للنصوص والاجتهاد القضائي، مسترشدا بالفقه .

واعتمدت في بحث الإشكالية المتمثلة في حكم التصرفات الواردة على الملكية العقارية الشائعة، من احد الشركاء أو الأغلبية منهم، أو جميعهم ، على خطة تشمل فصلين خصص أولهما لبحث تصرف الشريك منفردا في الملكية العقارية الشائعة وما يترتب عن ذلك من آثار على حقوق سائر الشركاء، أو بالنسبة للمتصرف له، فيما خصص الفصل الثاني لتصرف الشركاء مجتمعين أو أغلبية كبيرة منهم، في الملكية العقارية الشائعة ، وما يترتب عن ذلك من آثار على حقوق الأقلية أو المتصرف له.

و قد أنهيت البحث خاتمة تضمنتها أهم ما خلصت إليه من نتائج و اقتراحات في أجزها في الآتي:

1 — عدم تحديد الأسباب القوية التي تستند إليها الأغلبية من الشركاء في الشيوع، تحديدا دقيقا يمنعها من التعسف في حق الأقلية منها .

2 — عدم وضوح النصوص القانونية المنظمة للتصرف في الملكية الشائعة عموما، والملكية العقارية الشائعة خصوصا، الأمر الذي جعل أحكام القضاء في هذا الشأن لا تتطابق وظاهر هذه النصوص.

3 — وجوب تدخل المشرع لإعادة تنظيم وتحديد أحكام الملكية العقارية الشائعة، وجعلها متناسقة مع ما هو معروض من إشكالات واقعية في هذا الخصوص .