

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص : القانون العقاري

تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع

من طرف

عقوني محمد

أمام اللجنة المشكلة من:

رئيسا	أستاذ محاضر ، جامعة البليدة	د/ حداد العيد
مشرفا و مقررا	أستاذ محاضر ، جامعة بسكرة	د/عزري الزين
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر ، جامعة البليدة	د/ رامول خالد
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر ، جامعة البليدة	د/ بوشمة خالد

البليدة ، جوان 2009

شكر

أحمد الله حمدا كثيرا أولا على كل ما أنعمه علي .
أتوجه بأصدق آيات الشكر و العرفان إلى الأستاذ المشرف الدكتور عزري الزين
لإشرافه على هذه المذكرة ، و أثني عليه ثناء خاصا لعظيم تفهمه ووفرة دعمه.
كما أتقدم بجزيل الشكر للسادة أعضاء لجنة مناقشة هذا العمل على السهر في متابعته
و التحضير لمناقشته وإبداء الملاحظات حوله .

الفهرس

- 05.....مقدمة..... -
- 09..... 1 : تصرفات الشريك في حصته الشائعة..... -
- 09..... 1.1: طبيعة تصرف الشريك..... -
- 10..... 1.1.1 : طبيعة حق الشريك في التصرف..... -
- 10..... 1.1.1.1: مفهوم تصرفات الشريك..... -
- 12..... 2.1.1.1 : حق الشريك المشتاع حق شخصي..... -
- 13..... 3.1.1.1: حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص..... -
- 14..... 4.1.1.1 : حق الشريك المشتاع حق ملكية..... -
- 15..... 2.1.1 : تميز حق الشريك المشتاع في التصرف عن غيره..... -
- 15..... 1.2.1.1 : تميزه عن حق المالك في الملكية المفرزة..... -
- 16..... 2.2.1.1 : تميزه عن حق الشريك في الشركة..... -
- 16..... 3.2.1.1 : تميزه عن حق الشريك في الملكية الجماعية..... -
- 17..... 4.2.1.1 : تميزه عن حق الشريك في ملكية الأسرة..... -
- 17..... 2.1 : التصرفات المرتبة لحق عيني أصلي..... -
- 18..... 1.2.1 : التصرفات الناقلة للملكية..... -
- 18..... 1.1.2.1 : بيع الشريك لحصته الشائعة..... -
- 29..... 2.1.2.1 : هبة الشريك لحصته الشائعة..... -
- 30..... 2.2.1: ترتيب حق الانتفاع..... -
- 30..... 1.2.2.1 : حكم تصرف الشريك بترتيبه حق انتفاع..... -
- 31..... 2.2.2.1 : مصير التصرف بعد وقوع القسمة..... -
- 33..... 3.1 : التصرفات المرتبة لحق عيني تبعي..... -
- 34..... 1.3.1: رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا..... -
- 34..... 1.1.3.1: حكم رهن الشريك لحصته رهنا رسميا..... -
- 34..... 2.1.3.1: مصير الرهن قبل القسمة..... -
- 35..... 3.1.3.1 : مصير الرهن بعد القسمة..... -
- 51..... 2.3.1 : رهن الشريك حصته الشائعة رهنا حيازيا..... -
- 51..... 1.2.3.1 : حكم رهن الشريك لحصته الشائعة..... -
- 52..... 2.2.3.1: أهم صور حيازة الحصة الشائعة..... -
- 52..... 3.2.3.1: مصير الرهن بعد القسمة..... -
- 54..... 3.3.1: شهر تصرفات الشريك..... -
- 54..... 1.3.3.1 : تصرفات الشريك الواجبة الشهر..... -
- 57..... 2.3.3.1 : الآثار المترتبة عن الشهر..... -

- 58..... 2 : تصرف الشريك في حصة مفرزة.....
- 58..... 1.2 : حكم تصرف الشريك قبل قسمة العقار.....
- 59..... 1.1.2 : طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز.....
- 60..... 1.1.1.2 : تصرف في ملك الغير.....
- 61..... 2.1.1.2 : تصرف صحيح كالتصرف في حصة شائعة.....
- 61..... 3.1.1.2 : تصرف صحيح بين طرفيه وغير نافذ في حق باقي الشركاء.....
- 63..... 2.1.2 : حكم التصرف في العلاقة بين أطرافه.....
- 64..... 1.2.1.2 : في حالة علم المتصرف إليه بحالة الشبوع.....
- 64..... 2.2.1.2 : في حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشبوع.....
- 67..... 3.1.2 : حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء.....
- 68..... 1.3.1.2 : التصرف غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء.....
- 68..... 2.3.1.2 : أهم النتائج المترتبة عن عدم نفاذ التصرف.....
- 70..... 2.2 : حكم التصرف بعد قسمة العقار الشائع.....
- 70..... 1.2.2 : في حالة علم المتصرف إليه بحالة الشبوع.....
- 70..... 1.1.2.2 : عند اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه.....
- 71..... 2.1.2.2 : عند عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه.....
- 77..... 2.2.2 : في حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشبوع.....
- 78..... 1.2.2.2 : عند اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه.....
- 78..... 2.2.2.2 : عند عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه.....
- 80..... 3.2.2.2 : سبق تصرف الشريك في الجزء الذي اختص به.....
- 81..... 4.2.2.2 : تصرف كل شريك في حصته مفرزة (القسمة الفعلية).....
- 82..... 3.2 : صور أخرى لتصرف الشريك في العقار الشائع.....
- 83..... 1.3.2 : تصرف الشريك في كل العقار.....
- 83..... 1.1.3.2 : في العلاقة بين طرفي التصرف.....
- 84..... 2.1.3.2 : أثر التصرف في حقوق باقي الشركاء.....
- 85..... 2.3.2 : تصرف الشريك طبقاً لنص المادة 720 من ق.م.ج.....
- 85..... 1.2.3.2 : شروط صحة التصرف.....
- 86..... 2.2.3.2 : الضمانات المعطاة للأقلية.....
- 88..... 4.2 : القيود الواردة على تصرف الشريك.....
- 88..... 1.4.2 : حق الشفعة.....
- 88..... 1.1.4.2 : تعريف الشفعة.....
- 90..... 2.1.4.2 : شروط الشفعة.....
- 94..... 3.1.4.2 : إجراءات الشفعة.....
- 97..... 4.1.4.2 : آثار الشفعة.....
- 98..... 2.4.2 : رخصة الإسترداد.....
- 98..... 1.2.4.2 : تعريف حق الإسترداد.....
- 101..... 2.2.4.2 : نطاق حق الإسترداد.....

102.....	3.2.4.2 - شروط الأخذ بحق الإسترداد
104.....	4.2.4.2 - إجراءات الإسترداد
107.....	5.2.4.2 - الآثار المترتبة عن الإسترداد
109.....	6.2.4.2 - أهم أوجه الإختلاف بين حق الإسترداد وحق الشفعة
110.....	الخاتمة
116.....	قائمة المراجع

مقدمة

تعمل الدولة الجزائرية في المضي قدما من أجل تفعيل الإستثمار في جميع الميادين المختلفة وبالرغم من وجود سياسة جادة في هذا المجال ، إلا أنه عادة ما يصطدم بواقع صعب ، تكون مجمل المشاكل فيه متعلقة بالعقار ومن بينها قلة الوعاء العقاري الذي تقام عليه هذه المشاريع وصعوبة الحصول عليه . هذا بالإضافة إلى تشابك القوانين و تداخلها ، خاصة وأن الأحكام القانونية التي تضبطه غير دقيقة ومبعثرة في عدة نصوص .

و الملكية العقارية إما أن تكون ملكية فردية أو تكون ملكية مشاعة ، إذ بعد أن كانت البشرية تعيش في مشاعية مطلقة وبملكية جماعية ، انتقلت إلى الأفراد بظهور فكرة الملكية الفردية أو المفروزة وبالرغم من الإنتقال إلى فترة الملكية المفروزة والتي أصبحت تمثل الأصل ، غير أن الملكية الشائعة أو الشيوع بقي موجودا ، وإن أضحي يمثل الإستثناء ورغم ذلك فإن المال ، وخاصة العقار الشائع منتشر بكثرة في بلادنا ، وهو يتوافر في الغالب نتيجة الميراث . والشيوع حالة كما يتحقق في الملكية فإنه يتحقق في الحقوق العينية وربما هذا ما جعل المشرع لم يكن دقيقا عند تناوله لمفهوم الشيوع ، فوضع تعريفا له يقتصر على الملكية ، لأنها أكثر الحقوق شيوعا و أهمها. [1] ص 6

و الملكية الشائعة هي [2] ص 712، التي تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم ، أما حق كل شريك ، فيقع على حصة شائعة في هذا المال ، ومن ثمة يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة ، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصيا (QUOTE-PARTS) دون أن ينقسم المال ذاته.

فالشيوع هو حالة قانونية ، حيث يمارس عدة أشخاص حقوق ذات طبيعة واحدة على نفس الملكية [3] ص 157 ، دون أن يختص كل منهم بشيء مفروز فيه ، بل يملك كل شريك حصته الشائعة في كل المال و لا تتركز في جانب منه بالذات ، وبذلك يكون هذا الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتحدد نصيب كل منهم ماديا فيه ، بل يتحدد نصيب كل شريك من الناحية القانونية في ذات الحق ، فيكون له

النصف أو الثلث أو الربع ، وتتعين حصص الملاك في الشبوع عادة عند بدايته تبعاً لمصدره ، والأصل أن تكون الحصص متساوية ما لم يقر دليل على غير ذلك . [4] ص 90

وهذا النوع من الملكية ، ورغم أنها ليست بالنظام المفيد اقتصادياً ، فلا يمكن الحلول دون وجودها وإن كانت حالة الشبوع فيها مؤقتة ، غير أنها قد تطول في كثير من الحالات وباعتبار أنها متواجدة ومنتشرة في بلادنا كما ذكرنا سابقاً ، فهي تشكل وعاء عقاري لا يستهان به ، يمكن أن يكون له دور اقتصادي مهم . غير أنه ونظراً لطبيعة هذه الملكية باعتبارها نظاماً مؤقتاً وليس دائماً ، وبذلك فهو ينتهي حتماً ، مما قد يلزم النظر لما أجراه المشتاعون من تصرفات في فترة الشبوع ، وبذلك يتميز ما يرد عليها من التصرفات بعدم الإستقرار ، كما أن إخضاع سلطات الملاك المشتاعين لقيود معينة بسبب تساويهم في الحقوق على نفس الشيء غالباً ما يؤدي إلى عرقلة استغلال واستثمار العقار الشائع والإستفادة منه على الوجه الأكمل ، نتيجة اختلاف وجهات النظر والرأي حول طريقة استغلال وإدارة العقار المشاع ، والتصرف فيه .

ولأن الملكية العقارية الشائعة لها أحكام خاصة ، فمن المهم إدراك النظام القانوني لهذه الملكية ودورها في تحقيق المنفعة الخاصة لأصحابها ، والمصلحة العامة للمجتمع والدولة.

وبما أن الإشتراك في الشيء غالباً ما يؤدي إلى نزاع ، ذلك أن الشبوع قد يكون بين أفراد الأسرة الواحدة ، إذا كان مصدر الشبوع هو الميراث ، مما يترتب عنه نشوب الخلافات التي تؤدي إلى العداوة والقطيعة وحتى الإجرام في حق بعضهم البعض ، فإن تصرف الشريك في حصته ، قد يكون حلاً في تجاوز هذه الخلافات ، وعلاجاً لها في كثير من الأحيان.

ولما كان التصرف هو أهم ما يميز حق الملكية ، ولأنه يترتب آثاراً مهمة ، منها ما يساهم في تداول العقار الشائع وإدخاله في حلبة التنمية والإستثمار ، ومنها ما يؤدي إلى تحقيق غرض المشرع في إنهاء حالة الشبوع ، باعتبارها حالة غير مرحب بها اقتصادياً ، كما في حالة القسمة الفعلية ، أو في حالة بيع الحصص الشائعة إلى شريك في الشبوع ، وبذلك يتحول العقار الشائع إلى ملكية مفرزة ، ولأن التصرف في الملكية الشائعة يختلف عما هو موجود في الملكية المفرزة ، فإن الدراسة والبحث يصبح لها أهمية عملية من المفيد إدراكها.

والتصرف في العقار الشائع قد يصدر من جميع الشركاء في حالة اتفاقهم ، كما قد يصدر من أغلبية الشركاء ، إذا كانت هناك أسباب قوية تبرره مع حفظ حق الأقلية في هذه الحالة ، غير أن مجال

دراستنا ينحصر في التصرفات التي يربتها الشريك في الشيوخ منفردا سواء كان ذلك في التصرف في حصته الشائعة ، وهذا هو الغالب ، أو التصرف في شيء مفرز يعادل حصته الشائعة ، أو التصرف في كل العقار ، وهذا يرجع إلى أنه في كثير من الأحيان يختلف الشركاء في الإتفاق على التصرف في العقار الشائع ، مما يفتح المجال لكل شريك للإنفراد بالتصرف في حصته الشائعة.

ولقد اهتمت أغلب التشريعات على اختلاف توجهاتها وعقائدها بتنظيم وتقنين حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة ، وذلك لإجماعها على ضرورة احترام حق الملكية للشريك في التصرف ، لأن حق الملكية حق مقدس كرسته الدساتير والأنظمة المختلفة ، وقد سار المشرع الجزائري على منوالها ، فنص على أحكام هذا التصرف عند تناوله للنصوص المنظمة للملكية الشائعة ، وبذلك أصبح من المهم القيام بدراسة أحكام القانون المتعلق بتنظيم هذه التصرفات في طبيعتها وصحتها ، لما تكتسبه من أهمية ، وقد استمد هذا الموضوع أهميته من أهمية العقار الشائع ، والعمل على تحويله من ملكية غير مرغوب فيها اقتصاديا إلى ملكية لها دور في تفعيل الإقتصاد الوطني ، وتحقيق المنفعة المرجوة للملاك على الشيوخ كما يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية التصرفات في ذاتها ، لما لها من دور في تحقيق المصالح المختلفة للشريك ، ولما يعود منها بالمنفعة على المجتمع ، والتي يأتي على رأسها الحق في التصرفات الناقلة للملكية ، التي تعمل على تنشيط تداول العقار ، مما يعطي دفعا لإنعاش حركية الإستثمار الذي يعتمد في غالبه على الوعاء العقاري ، كما أن الشريك باعتباره مالكا في الشيوخ ، كان من المهم دراسة أنواع التصرفات التي يحق له مزاولتها ، والقيود التي قد ترد على بعض التصرفات التي قد ينشئها وما لبقية الشركاء من حق في مواجهة هذه التصرفات في الحالة التي يلحقهم فيها ضرر.

وإذا كان لقسمة العقار الشائع أهمية في إنهاء حالة الشيوخ والخروج منه ، فإنه من المهم أيضا إدراك حكم التصرفات التي ينشئها الشريك على حصته الشائعة قبل القسمة ومصيرها بعد انتهاء حالة الشيوخ واختصاص كل شريك بحصته مفرزة . وإذا كان المشرع دائم الحرص على حماية حقوق الأفراد ، سواء الشريك المتصرف أو بقية الشركاء في الشيوخ أو المتصرف إليه ، فإنه من المفيد معرفة مصير هذه التصرفات التي يربتها الشريك بعد انتهاء حالة الشيوخ.

وبالنظر إلى ما أملتة الحياة العملية من خلال ما هو مطروح في الجهات القضائية المختلفة من نزاعات ، ينصب موضوعها حول تصرف الشريك في حصته الشائعة سواء كان بترتيب تصرفات ناقلة للملكية ، أو بترتيب حق عيني أصلي أو تبعي ، مما جعله مجالا خصبا للدراسة والتنقيب ، لما يثيره من إشكالات قانونية وعملية واجبة البحث والتمحيص.

كما يستمد موضوع البحث أهميته من ضرورة إعادة النظر والتحديث للدراسات و البحوث المقدمة من طرف الشراح و الباحثين مع ما يتماشى و تطور الأحكام الخاصة بالأحكام الشائعة ، مما يتطلب توضيحها بالشرح والبيان.

ولهذا فإننا سوف نتناول في موضوع بحثنا نوعا من الملكية الفردية ، وهي الملكية الشائعة ، وعلى نوع محدد من المال الشائع ، وهو العقار الشائع ، دون النظر في التصرفات المرتبة من جميع أو أغلبية الشركاء ، بل تتحصر الدراسة في تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع .

ولقد كان من بين ما شدني إلى البحث في هذا الموضوع فضولي العلمي وميلي إلى هذا النظام الإستثنائي من الملكية ، بالإضافة إلى محاولة إثراء المكتبة القانونية بهذا البحث المتواضع ، و العمل على إدراك الإطار القانوني المنظم للملكية الشائعة فيما تعلق بالتصرفات المرتبة من طرف الشريك ، و تأثير ذلك على الوظيفة الإجتماعية والإقتصادية للعقار الشائع.

ولهذا فإن الإشكالية التي يثيرها الموضوع هي: ما حكم التصرفات التي يرتبها الشريك منفردا على العقار الشائع؟ وما هي الآثار المترتبة عنها؟ و إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم هذا النوع من التصرفات؟

وستكون الإجابة على هذه الإشكالية ، بالإعتماد على المنهج التحليلي الوصفي ، وذلك بتحليل معمق لأحكام القانون المدني الجزائري ، وكذا أحكام المراسيم الخاصة بهذا الموضوع وموقف القضاء الجزائري مع الإستعانة في بعض المواضع بموقف بعض التشريعات المختلفة ، وذلك ليس إلا على سبيل محاولة معرفة مدى نجاعة ما توصل إليه كل من القانون والقضاء الجزائري من حلول وأحكام فاصلة في كل ما أثاره الشيوخ من إشكاليات.

وللإحاطة بكل ما سبق ، ارتأينا تقسيم الموضوع إلى فصلين ، اعتمادا على محل موضوع التصرف حيث أن التصرفات الواردة على العقار الشائع ، إما أن تكون على حصة شائعة أو حصة مفرزة وعليه نتعرض في الفصل الأول إلى تصرفات الشريك الواردة على حصة شائعة ، وفي الفصل الثاني نتناول تصرفات الشريك الواردة على حصة مفرزة.

الفصل 1

تصرفات الشريك في حصته الشائعة

إن الملكية الشائعة تجمع بين عناصر الملكية الثلاثة ، الإستعمال والإستغلال والتصرف فكما للشريك الحق في استعمال واستغلال حصته الشائعة فإنه يحق له كذلك التصرف فيها.

وقد نصت المادة 714 من القانون المدني الجزائري على حق الشريك المشتاع بالتصرف في حصته الشائعة ، حيث أن المشرع نظم هذه التصرفات وخصها بأحكام ، و ميز بين التصرفات المرتبة على الحصة الشائعة و بين التصرفات المرتبة على جزء مفرز. ولكي يتسنى لنا الإلمام بدراسة ما يباشره الشريك من تصرفات على حصته الشائعة ، كان علينا بداية إدراك مفهوم الحصة الشائعة وطبيعة التصرفات الواردة عليها ، قبل الخوض في دراسة هذه الأحكام ، والتي تستدعي منا التطرق إلى حكم تصرف الشريك عند نقل حق ملكيته الشائعة بالبيع أو الهبة كأمتثلة عن أهم التصرفات الناقلة للملكية ، ثم نعرض حكم تصرف الشريك عند تقرير حق عيني على حصته الشائعة بترتيب حق الإنتفاع أو الرهن و على هذا الأساس فإننا سوف نحاول التطرق في هذا الفصل إلى طبيعة تصرف الشريك في حصته الشائعة في المبحث الأول ثم نتناول التصرفات المرتبة لحق عيني أصلي في المبحث الثاني ، أما في المبحث الثالث فسننتظر فيه إلى التصرفات المرتبة لحق عيني تبعي .

1.1 . طبيعة تصرف الشريك

بما أن محور دراستنا ينصب على التصرفات المرتبة من طرف الشريك في الشيوع فإنه يتطلب منا بداية ضرورة الإحاطة بمفهوم هذه التصرفات وطبيعة حق الشريك على حصته الشائعة ، حتى يتسنى لنا إدراك الأحكام المتعلقة بما يرتبه الشريك من تصرفات .

وعليه تستدعي منا الدراسة التطرق إلى طبيعة حق الشريك في التصرف ، ويكون ذلك في المطلب الأول ، ثم تميز تصرف الشريك المشتاع عن غيره من التصرفات في المطلب الثاني.

1.1.1 . طبيعة حق الشريك في التصرف

إذا كان التصرف أهم ما يميز حق الملكية ، و لما كانت الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفترزة العادية ، فإن التصرفات الواردة على الحصة الشائعة تختلف أيضا عن تلك التي تكون على الحصة المفترزة و عليه وجب علينا إدراك مفهوم هذه التصرفات ، ثم عرض الإختلاف الفقهي في تحديد طبيعة حق الشريك على حصته الشائعة.

1.1.1.1 . مفهوم تصرفات الشريك

نتناول معنى التصرف لغة ، ثم اصطلاحا .

أولا : المعنى اللغوي للتصرف: [5] ص 732

1- سلوك معين " تصرف الشباب " .

2- (في القانون) حق استعمال عقار و التمتع به ضمن حدود معينة " التصرف في الضيعة " .

3- إدارة " التصرف في شؤون الشركة " .

ثانيا : المعنى الإصطلاحي للتصرف (disposition) : [4] ص 16 هو استخدام المالك للشيء على نحو يستنفذ عليه كل سلطاته كليا أو جزئيا ، ذلك أن المالك يستأثر بالتسلط على كيان الشيء و وجوده و التصرف يمكن أن يكون ماديا أو قانونيا.

1- التصرف المادي: [6] ص 24 إن حق الملكية يعطي لصاحبه حق القيام بالأعمال المادية ، و لو كانت ضارة بالنسبة لأصحابها ، وهذا الحق يدخل في نطاق استعمال الشيء ، ومن ثم فإن للمالك طبقا للتصرف المادي أن يستهلك الشيء إذا كان من الأشياء القابلة للإستهلاك ، و له كذلك أن يتلف الشيء كما لو كان الشيء منزلا فهدمه أو أشجارا فقطعها .

وهذا النوع من التصرف لا يكون إلا في حق الملكية دون غيره من الحقوق العينية الأخرى والتي تمنع طبيعتها صاحب الحق من التصرف المادي في الشيء .

ومن المهم أن نذكر أن التصرف المادي لا يدخل في نطاق دراستنا ، لأنه بخلاف التصرف في الملكية المفترزة ، فإن تصرف الشريك في العقار الشائع تصرف مادي ، يؤدي إلى المساس بحقوق

باقي الشركاء ، مما يتبع بالمنع من جوازه [6] ص 39 حسبما جاءت به الأحكام التي تنظم الملكية الشائعة . وبالتالي فإن المقصود بالتصرف في هذا المقام هو التصرف القانوني.

2- التصرف القانوني: [7] ص 10 يتم بناء على إرادة المالك المتجهة إلى الإلتصاف من سلطاته على الشيء ، كما لو أنشأ المالك حق ارتفاق على عقار لمنفعة عقار آخر ، أو رتب حق انتفاع للغير ، وقد يتنازل المالك نهائيا على حق الملكية ذاته بما يتضمنه من كافة السلطات ، كما لو تصرف في حقه بناء على عقد ناقل للملكية كعقد بيع أو هبة .

وعليه فإن التصرف القانوني يعطي للمالك الحق في القيام بنقل ملكية الشيء كله أو جزء منه أو بتقرير حق عيني آخر عليه كله أو جزء منه ، سواء كان هذا الحق عينيا أصليا أو حقا عينيا تبعا.

و للمالك أن ينقل عنصرا أو أكثر من عناصر الملكية مع احتفاظه بالملكية ، فيؤدي إلى تجزئة عناصرها ، فمثلا لو قرر للغير حق انتفاع ، فإن المالك يصبح مالكا للرقبة ، وله حق التصرف ، أما الإستعمال والإستغلال فيكون لصاحب حق الإنتفاع.

و أما التصرف في حق الملكية ذاته فينقضي به حق المالك ، ولا يعود إليه إلا بناء على سبب جديد من أسباب كسب الملكية . كما أن سلطة التصرف القانوني لا تنحصر في المالك فيجوز لصاحب حق الإنتفاع أن يتصرف في حدود الحق المقرر له ، والأصل عدم جواز التصرف في حق الإستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط اتفاقي صريح ، أو مبرر قوي حسب نص المادة 856 من القانون المدني الجزائري . وسوف ندرس أحكام هذه التصرفات الواردة على الملكية الشائعة ، وفي نوع محدد منها وهو العقار ، كما تكون في جانب مهم من التصرفات والتي يرتبها الشريك منفردا .

و مما لا شك فيه أن طبيعة حق المالك على الشيوع تختلف عن حق المالك في الملكية المفردة و هذا ما يفسر وجود خلاف على سعيد الفقه في تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع بسبب خصوصية هذا الحق ، و القيود الواردة عليه لمصلحة الشركاء الآخرين فذهب البعض إلى اعتباره حقا شخصيا في حين اعتبره آخرون حقا عينيا من نوع خاص غير أن الرأي السائد هو الذي اعتبره حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وسوف نتناول هذه الآراء بأكثر تفصيل.

2.1.1.1 . حق الشريك المشتاع حق شخصي

يرى أصحاب هذا الإتجاه [8] ص 161 ، أن المال الشائع يكون مملوكا ملكية مشتركة لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن كل شريك ، وبذلك يكون حق الشريك المشتاع مجرد حق شخصي يخول له اقتسام منافع الشيء الشائع إلى أن تقع القسمة و التي بموجبها يتحصل الشريك على جزء مفرز ، فعندها فقط يتحول حقه من حق شخصي إلى حق عيني.

ويبرر أصحاب هذا الرأي ما ذهبوا إليه إلى اعتبار أن المال الشائع هو ملك لمجموع الشركاء ، كما هو قائم في ملكية الشركة ، غير أن النظامين يختلفان ، فالأموال الشائعة مملوكة على الشيوع لجميع الملاك ، أما أموال الشركة فلا تعد مملوكة للشركاء على الشيوع ، بل هي مملوكة مفرزة للشركة باعتبارها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك ، حيث أنه متى قدم كل شريك نصيبه فإنه يفقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الشركة ، ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه . إن هذا الرأي قد يصلح لتفسير بعض النظم الأجنبية ، كنظام ملكية اليد المشتركة المعروفة في القوانين الجرمانية ، غير أنه لا يمكن الأخذ به في القانون الجزائري ، لأن الحقوق لا تنشأ إلا للأشخاص ، والقانون لا يعترف بمجموع الشركاء في المال الشائع بالشخصية الاعتبارية ، وحتى لو افترضنا أن لهذا المجموع شخصية معنوية في نظر القانون ، ما استقام منطق هذا الرأي ، حيث يخرج الأمر عن الملكية المشتركة إلى الملكية الخاصة المفرزة ، بأن يمتلك المجموع باعتباره شخصا معنويا واحدا للمال المشترك ملكية مفرزة محددة على نحو ينتفي معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك [9] ص 54.

كما يؤسس هذا الإتجاه رأيه على اعتبار أن الحق العيني يلزم وجود محل معين له ، يكون شيئا محددًا مفرزا ، غير أن حق الشريك في الشيوع يكون واردا على حصة غير مفرزة وبذلك فهي ليست محددة تحديدا ماديا ، ولا يصبح حقه حقا عينيا إلا بعد إجراء القسمة وحصوله على حصة مفرزة [10] ص 331 غير أن هذا يتعارض مع ما خص به المشرع كل شريك مشتاع من سلطات مباشرة على الشيء الشائع سواء فيما يتعلق بالإستعمال أو الإستغلال أو التصرف و التي لا تكون إلا لصاحب حق عيني [11] ص 27 ، 28 ، كما سوف نرى لاحقا ، مما ينتج رابطة عينية مباشرة بين صاحب الحق وهو المالك على الشيوع و محل الحق وهي حصته الشائعة.

3.1.1.1 . حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص

لقد ظل الفقه الحديث في مجموعه متمسكا بما جرى عليه التقليد في اعتبار أن حق الشريك في الشيوع حقا عينيا ، ولكن ذلك لم يمنع الفقهاء من الإختلاف حول طبيعة هذا الحق العيني .

ولأن هناك إختلاف بين حق المالك على الشيوع ، وحق المالك ملكية مفرزة ، حيث أن سلطات كل شريك تحد منها سلطات الشركاء الآخرين ، و اعتمادا على هذه الفكرة يذهب رأي بعض الفقهاء [12] ص 104 ، على أن حق الشريك المشتاع لا يتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الملكية ، وهي خاصية الإستثناء ، حيث أن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشيء ما دام للمشتاعين الآخرين حقوق ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله ، ولذلك يفضل هؤلاء الفقهاء تكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق عيني من نوع خاص (suigeneris) .

وهذا الحق له اسمه المعروف في القانون وهي الملكية الشائعة ، ولكن هذا الرأي لا يتفق مع ما جاء به المشرع الجزائري الذي حصر مضمون الحقوق العينية الأصلية في سلطات ثلاث وهي الإستعمال والإستغلال والتصرف ، والقول بأنه حق عيني من نوع خاص لا يخرج عن هذه الحدود ، و عليه فإن حق الشريك إما أن يكون جامعا لكل هذه السلطات ، و يصبح بذلك حق ملكية ، وهو ما يتعارض مع القول بأن حق الشريك حق عيني من نوع خاص ، وإما أن تكون حقوقه مقتطعة من سلطات الملكية وفي هذه الحالة يبقى التساؤل على من يثبت له حق ملكية الشيء الشائع ، فمن غير المنطق أن يبقى الشيء الشائع طوال فترة الشيوع دون مالك [13] ص 158 ، 159 .

هذا ما جعل أصحاب هذا الإتجاه يذهبون إلى اعتبار أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك بحيث لا يكون فيها الشيء مملوكا لمجموع الشركاء ، ولا لكل الشركاء ، ومع ذلك لا يمكن القول بأن الشيء الشائع بدون مالك ، و يتضح أن ما وصل إليه أصحاب هذا الرأي يعكس عجزهم لأنه لا يستقيم مع أحكام القانون ، باعتبار الشيوع صورة من صور التملك تقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء ، أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء وإلا فمن هو مالك الشيء الشائع؟ [8] ص 161 .

4.1.1.1 . حق الشريك المشتاع حق ملكية

الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء [13] ص 159 أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، غير أن هذا الحق يتعدد فيه الملاك في نفس الوقت ، فليس له صاحب واحد مثل ما هو موجود في الملكية العادية المفروزة ، وأما الشيء الشائع وهو محل هذا الحق فلا يلحقه التعدد ، فهو واحد لا يتجزأ ، و بمقتضى ذلك فإن حق الشريك يرد على الشيء الشائع كله وإن كان محددًا بقدر حصته.

وينضح مما ذكرنا أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء ، في حين لا يكون هناك تقسيم مادي لمحل الحق ، وهذا التكيف لا يقدح فيه أن الشريك المشتاع لا يستطيع أن يستأثر بجميع مزايا المال الشائع ، إذ أن الشركاء الآخرين الذين يشاركونه في الحصول على هذه المزايا ملاك مثله فالإستناد إلى فكرة الإستثناء، والتي تعتبر ميزة أساسية لحق الملكية لا تتنافى مع حرمان الشريك من الإستثناء بجميع مزايا الشيء الشائع ، لأن المنع هنا موجه إلى الغير ، و ما دام المشتاعون جميعا ملاكا فلا يعتبرون من الغير (غير الملاك) وبذلك فإن الإستثناء الذي يميز ملكية كل منهم لا يكون موجهًا لهم [14] ص 129. أما أخذ الإستثناء في الملكية بما يعتبر عدم تصور المشاركة في الإنتفاع بالشيء فإنه يعتبر من بقايا النظرة الفردية الخالصة للملكية ، و التي لم يعد لها وجود في القانون الوضعي ، ولا في التصور النظري لحق الملكية [9] ص 55.

وهذا التكيف لحق الشريك هو التكيف السليم ، فظاهرة تعدد أطراف الحق مع بقاء محله واحد ظاهرة مسلم بها ، و معروفة في القانون ، وخاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية عند تضامن الدائنين أو عدم قابلية الدين للإنقسام مع تعدد الدائنين . و يترتب على ما ذكرناه أن لكل شريك مشتاع كافة سلطات المالك فله حق الإستعمال والإستغلال والتصرف .

لكن ليس له أن يمارس هذه السلطات إلا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق الشركاء الآخرين لأن جميع الشركاء على الشيوع يتمتعون وفي نفس الوقت وعلى نفس المحل بهذه السلطات ، ولما كانت حقوق الشركاء على الملكية الشائعة حقوق متزامنة ، فالمنطق أن يتقيد استعمال كل منهم في سلطاته بما للآخرين من سلطات مماثلة [15] ص 471 ، 497 ، وهذا ليس من شأنه أن ينفي عن حقهم وصف الملكية [8] ص 162.

فليس هناك شك في أن الملكية الشائعة هي حق ملكية عينية ، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بمعنى صريح في نص المادة 713 من القانون المدني ، وهو بصدد التعريف بالملكية الشائعة بقوله: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً ، وكانت حصة كل منهم فيه غير مقرر ، فهم شركاء على الشيوع".[16]

و يتضح من نص المادة أن المشرع اعتبر بأن الشركاء على الشيوع يملكون الشيء الشائع أي أن حقهم فيه حق ملكية ، ومن جهة أخرى فإن المادة 714 /1 من القانون المدني الجزائري تجمع بين يدي المالك في الشيوع جميع عناصر الملكية من استعمال واستغلال وتصرف فتتص على ما يلي: " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

فكل ما يختلف فيه حق الملكية الشائعة عنه في الملكية المفترزة هو أن حق المالك على الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء ، وهذا ما يجعل للمال الشائع أحكاماً خاصة به في إدارته واستعماله واستغلاله والتصرف فيه.

إن تحديد التكييف الصحيح لحق الشريك والطبيعة القانونية له تبين لنا حكم التصرفات التي تصدر من كل شريك في العقار الشائع ، ومدى صحتها . ولنبيين أكثر طبيعة تصرفات الشريك في الملكية الشائعة سوف نرى ما يميزها عن غيرها من التصرفات الواردة على صور أخرى من الملكية.

2.1.1 . تميز حق الشريك المشتاع عن التصرفات الأخرى

سوف نتطرق إلى تميز حق الشريك في التصرف عن حق المالك في الملكية المفترزة ثم عن حق الشريك في الشركة ثم عن حق الشريك في الملكية الجماعية ثم عن حق الشريك في ملكية الأسرة.

1.2.1.1 . تميزه عن حق المالك في الملكية المفترزة.

يملك الشريك في المال الشائع حصة شائعة في كل المال ، ولا تكون معينة في جزء منه بخلاف الملكية المفترزة التي تكون فيه الحصة المملوكة محددة ، فيتعين نصيب المالك على الشيوع معنوياً في العقار الشائع في حين يتعين نصيب المالك مادياً في الملكية المفترزة ، ولذلك يكون حق الشريك

في التصرف في الملكية الشائعة مقيدا بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء ، بخلاف ذلك في الملكية المفترزة [11] ص 23 ، 24 وهو يعتبر الإختلاف الجوهرى بين الملكية الشائعة والملكية المفترزة .

2.2.1.1 . تميزه عن حق الشريك في الشركة

لا تعتبر الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع بل هي مملوكة مفترزة للشركة بكونها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك ، فلا تكون هذه الأموال مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتها ، أما قبل ذلك فلا يثبت للشريك إلا حق شخصي في الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه [17] ص 35 ، بينما حق الشريك في الشيوع فهو حق عيني أصلي يتمثل في حق ملكية يعطيه حق الإستعمال والإستغلال والتصرف [1] ص 12.

3.2.1.1 . تميزه عن حق الشريك في الملكية الجماعية

تقرر الملكية لمجموع الشركاء في الصورة المتعلقة بالملكية الجماعية (la propriété collective) ، أو ملكية الأيدي المشتركة (la propriété en main commune) التي يعرفها النظام الجرمانى ، فيكون الإستعمال فيها لأغراض جماعية باعتبارها ملكية مشتركة ، بخلاف ما يكون في المال الشائع الذي يكون لأغراض فردية باعتبارها ملكية فردية (propriété individuelle) كما أن الشريك بمفرده في الملكية الجماعية لا يعتبر مالكا للمال ، ولا أي حصة فيه مفترزة أو شائعة بل الكل يملكون مجتمعين كل الشيء المملوك رغم أن للشريك الحق في الإنتفاع به . و بما أنه لا يوجد في النظام الجرمانى لملكية الأيدي المشتركة تحديد الملكية لفكرة الحصة ، فإنه لا يجوز لأي من الملاك القيام بأي تصرف ناقل للملكية ، بل ولا يجوز له استعمال المال أو الإنتفاع به دون موافقة جميع الشركاء بخلاف ما هو مقرر للشريك في الشيوع في حق التصرف باعتباره مالكا لحصة شائعة . لذلك لا يعتبر نظام ملكية الأيدي المشتركة المعروف في النظام الجرمانى من قبيل الملكية الفردية [14] ص 132، كما أنها نظام مستقر و ليس عابرا مثل الملكية الشائعة ، فلا يستطيع أي شريك أن يطلب قسمتها قبل أن يتحقق الغرض ، أو المصلحة التي أنشئت من أجلها هذه الملكية. [11] ص 25

4.2.1.1 . تميزه عن حق الشريك في ملكية الأسرة

لأفراد الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة المشتركة ، أن يتم اتفاق كتابي بينهم على إنشاء ملكية الأسرة ، ولا يشترط في أن تكون هذه الملكية من تركة ورثوها بل يمكن أن تكون من أي مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية . غير أن حق الشريك في هذا النوع من الشيوخ الذي يعتبر شيوعا إجباريا يختلف عنه في حق الشريك في الشيوخ العادي(الإختياري) ، حيث أنه لا يجوز للشريك في ملكية الأسرة أن يقوم بالتصرف في نصيبه لأجنبي عن الشركاء إلا بعد موافقتهم جميعا على ذلك ، غير أن له حق التصرف في حالة ما كان إلى شريك آخر دون أن يكون ملزما بالحصول على موافقة باقي الشركاء في حين أن للشريك في الشيوخ العادي الإختياري التصرف في حصته الشائعة ، سواء لأجنبي عن الشركاء أو لأحد منهم [4] ص 211.

انتهينا فيما سبق إلى أن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق يرد على الشيء الشائع كله ، كالملكية المفردة ، و إن كان هذا الحق يتميز عن الملكية المفردة في أنه لا يخول صاحبه إلا نسبة معينة من مزايا الشيء ، وفي أنه حق معرض منذ البداية إلى أن يستبدل به حق ملكية مفردة ترد على جزء من الشيء الشائع . وهذه الطبيعة الخاصة المزدوجة لحق الشريك المشتاع تنعكس بالضرورة على أحكامه ، فيظهر أثرها في حكم ما يجريه الشريك من تصرفات على العقار الشائع سواء فيما تعلق بحكمها قبل القسمة أو بعدها.

2.1 . التصرفات المرتبة لحق عيني أصلي

كما رأينا فإن حق الشريك على حصته الشائعة حق ملكية ، وبذلك تثبت له سلطة التصرف بكل أنواعه على حصته الشائعة ، وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، والذي أعطى للشريك حق ملكية في تصرفاته الواردة على حصته الشائعة غير أنه قيد هذا الحق بأن لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .

ويكون تصرف الشريك بترتيب حق عيني أصلي على حصته الشائعة بنقل ملكيتها إلى شريك آخر أو إلى الغير الأجنبي عن الشيوخ ، سواء كان بنقل حصته الشائعة كلها أو جزء منها ، وسواء كان ذلك بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوصية ، كما قد يكون موضوعه إنشاء حق عيني أصلي غير الملكية على هذه الحصص طالما لا يتعارض مع طبيعة حقه الشائع والحقوق العينية الأصلية التي يمكن أن يباشرها الشريك في حصته الشائعة هي حق الإنتفاع والإستعمال والسكن ، ولما كان كل من حق الإستعمال

والسكن ليسا إلا وجهها من أوجه حق الإنتفاع ، فستقتصر دراستنا على تناول حق الإنتفاع ، بينما لا يستطيع أن يرتب الشريك حق الإرتفاق عل حصته لمصلحة عقار مجاور ، لأن الإرتفاق يقتضي تحديد جزء من العقار الشائع يحمل به وطبيعة حق الشريك على الشيوع في حصته لا تجعل له الإستثناء بجزء مفرز من العقار ، مما يجعل حق الإرتفاق يخرج عن دائرة التصرفات التي نتناولها . وعليه فإن دراسة هذه التصرفات يستدعي منا التطرق في البداية إلى تصرفات الشريك الناقلة للملكية ، و نتناول من خلالها أهم هذه التصرفات ، والمتمثلة في البيع كنوع من التصرفات بعوض ، والهبة كنوع من تصرفات التبرع وذلك في المطلب الأول ، ثم نتعرض إلى ترتيب حق الإنتفاع على الحصة الشائعة في المطلب الثاني.

1.2.1 . التصرفات الناقلة للملكية

بما أن الشريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، فله بموجب ذلك أن يتصرف في هذا الحق بكافة أنواع التصرفات القانونية ، والتي من أهمها التصرفات الناقلة للملكية ، و يأتي على رأسها حق الشريك في بيع حصته الشائعة ، لما لها من أهمية سواء من الناحية الإقتصادية في تسهيل تداول العقار في السوق و بعث النشاط الإستثماري الذي يعتبر فيه العقار أهم الأعمدة القائمة عليه ، كما لها بعد اجتماعي باعتبارها موردا هاما في كثير من الأحيان للعائلات والأفراد المالكين على الشيوع ، خاصة إذا كان العقار الشائع يتمثل في ارض فلاحية و التي تعتبر مصدر رزق الكثير من العائلات . وكما يقر الشارع للشريك الحق في بيع حصته ، فله أيضا أن يتصرف فيها بالهبة أو الوصية أو المقايضة ، غير أننا سنتناول أهم هذه التصرفات الناقلة للملكية التي يباشرها الشريك على حصته الشائعة ببيعها أو هبتها ، على اعتبار أن باقي التصرفات تكون لها نفس الأحكام.

1.1.2.1 . بيع الشريك ل حصته الشائعة

قبل الخوض في حكم تصرف الشريك في حصته ببيعها ، كان علينا في البداية شرح مفهوم الحصة الشائعة.

أولاً: مفهوم الحصة الشائعة: إذا كانت الملكية الشائعة تنصب على كل العقار الشائع ، فإن حق كل مالك على الشيوع ينصب على حصته الشائعة ، فالحصة الشائعة لا كل العقار الشائع هي محل حق الشريك في الشيوع.

إن حق كل شريك يقوم على نسبة معينة (النصف ، الثلث...) ، أو حصة من مجموع أملاك الشيوخ و القسمة هي وحدها التي تمنح لكل متقاسم حقا حصريا في ملكية معينة [3] ص 159.

وعليه فالحصة الشائعة هي قدر نصيب الشريك في جميع العقار الشائع ، حيث أن كل شريك يمتلك في كل جزء من أجزاء هذه الملكية بقدر نصيبه ، وتكون مجموع هذه الأجزاء الملكية التي تكون شائعة بين الشركاء ويتحدد حق كل واحد منهم وفق ذلك [18] ص 15. و الحصة الشائعة هي النطاق المعنوي لحق الشريك على العقار الشائع ، فهي وإن كانت تسري بقدرها إلى كل أجزاء العقار الشائع ، فإن ذلك لا يمنع من أن لكل حصة فيه كيان ذاتي ، فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى غاية إجراء القسمة حينها فقط تصير متميزة بالفعل ، فالحصة الشائعة وإن لم تكن في العيان متميزة حالا ، فإنها متميزة بالقسمة مالا وبموجب ما للقسمة من أثر رجعي كاشف ، تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها منذ بداية نشأة الشيوخ [1] (ص 6 ، 7) ، وتعطي الحصة الشائعة للمالك على الشيوخ كل ماله من سلطات التصرف الذي يخوله حق الملكية على هذا العقار الشائع..

ثانيا: حكم بيع الشريك لحصته الشائعة.

استقراء لما جاء في نص المادة 1/ 714 من القانون المدني الجزائري ، التي تنص على ما يلي: " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولي على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ."

فإنه يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بالبيع ، ويكون تصرفه صحيحا وناظرا في حق الشركاء الآخرين ، حيث أنه تصرف في خالص حقه الذي لا يشاركه فيه أحد ، ويجوز أن يكون هذا التصرف إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعا ، كما يجوز أن يكون لأجنبي من غير الشركاء [2] ص 760.

ولا يشترط لصحة هذا التصرف موافقة باقي الشركاء ، ولا إعلانهم ، لأن الشريك باع ما يملك فقط [12] ص 125 ، دون أن يلحق أي ضرر بحقوق سائر الشركاء ، فكل ما جرى هو أنه تنازل عن نصيبه الشائع لشخص آخر يحل محله في الشيوخ [17] ص 35 ، و بذلك يترتب عن هذا التصرف كامل آثاره بين طرفي العقد ، وتنتقل الملكية الشائعة بقوة القانون بعد تسجيل عقد بيع الحصة الشائعة و إشهاره في المحافظة العقارية.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار النقض ، المؤرخ في 1990/10/29 ، المتعلق بالملف رقم 63765 ، الذي قضى بما يلي: " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما ، وله

أن يتصرف فيها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال ، أن قضاء الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع ، أخطأوا في تطبيق القانون ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " [19] ص 28.

أما في حالة ما إذا تم بيع العقار الشائع كله لأحد الشركاء من طرف شريكه في الشيوع فإنه يترب عن ذلك زوال حالة الشيوع ، و يعتبر هذا التصرف في حكم القسمة بطريقة التصفية [6] ص 46.

كما للشريك أن يتصرف بالبيع في نسبة معينة فقط من حصته الشائعة ، فإذا كان يملك في العقار الشائع مثلا النصف يجوز له أن يتصرف بالبيع في نصف هذه الحصة ، ويبقى شريكا مع سائر الشركاء بقدر الربع ويحل المشتري أيضا شريكا بقدر الربع مع سائر الشركاء ، و بذلك يبقى للبائع صفته كشريكا على الشيوع في حدود ما تبقى له من الحصة الشائعة والتي احتفظ بها [7] ص 94 . غير أنه إذا قام الشريك ببيع مقدار شائع يزيد عن حصته ، فإن هذا التصرف لا يكون نافذا في مواجهة سائر الشركاء فيما تعلق بالقدر الزائد عن حصته [20] ص 620.

وبذلك يكون لهم الحق في رفع دعوى تثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون أن يلزموا بالانتظار إلى غاية إجراء القسمة [18] ص 17.

وكما ذكرنا فإنه يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة ببيعها إلى أجنبي من غير الشركاء و في هذه الحالة لا يشترط موافقة باقي الشركاء على هذا البيع ، ولا إعلانهم ، لأنه متى تم كان تصرفا صحيحا نافذا في حق باقي الشركاء دون حاجة إلى القيام بأي إجراء آخر فليس ضروريا أن يعلن التصرف ولا أن يوافق عليه باقي الشركاء كما هو معمول به في حوالة الحق ، لأننا بصدد حق عيني وليس حقا شخصيا [2] ص 762، غير أن الشريك المتصرف مقيد عند التصرف بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء الآخرين ، فإذا لم يترتب هذا الضرر ولم يستطيعوا إثباته ، فإنه لا يحق لهم الاعتراض عليه والطعن في صحة عقد البيع ، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا ، المؤرخ في 24 مارس 1999 المتعلق بالملف رقم 186043 والذي قضى بما يلي: " إبطال تصرف أحد الشركاء - عدم وجود ضرر - انعدام المصلحة ، حيث أنه تبين لما سبق ، أن قضاة المجلس لاحظوا أن الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوع في ما نابيه ، وعليه قضاوا - على حق - برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال هذا التصرف، وهذا طبقا لأحكام المادة 714 من القانون المدني." [21] ص 195.

وإذا كان المشرع الجزائري قد منح للمالك على الشيوع التصرف في حصته بكل حرية من غير أن يلحق ضررا بشركائه ، فإنه على هذا الأساس وفي المقابل هيا السبل لبقية الشركاء لتوقي هذا الضرر بإحدى الوسيلتين حسب طبيعة الشيء الشائع ، الوسيلة الأولى في الحالة التي تكون فيها الحصة المبيعة حصة شائعة في عقار وباعها الشريك إلى أجنبي ، فإنه يحق لباقي الشركاء أخذها عن طريق الشفعة ، أما الوسيلة الثانية فتكون في حالة العقار الموجود في مجموع من الأموال على الشيوع ، حيث أنه إذا تصرف الشريك ببيع حصته يحق لبقية الشركاء طلبها باستعمال حق الإسترداد.

وسوف نتطرق إلى هاتين الوسيلتين اللتين وضعهما المشرع لمنع دخول الأجنبي فيما بين الشركاء بأكثر تفصيل لأهميتهما تحت عنوان القيود الواردة على حق الشريك في التصرف فيما هو آت من البحث كما أنه من المهم أن نذكر أن إعلان باقي الشركاء بهذا التصرف رغم أنه ليس شرطا لصحة عقد البيع غير أنه يكون مفيدا لأنه يجعل ميعاد الأخذ بحق الشفعة أو حق الإسترداد يسري على باقي الشركاء [2] ص 762.

ثالثا: ركن الرسمية في عقد البيع .

في الأصل أن عقد البيع هو عقد رضائي ، لكن البيع الواقع على عقار يعتبر عقدا شكليا لا يكفي لإنعقاده تراضي المتعاقدين ، بل يتعين إفراغ إرادتي كل من البائع والمشتري في شكل خاص يحدده القانون.

نظرا للأهمية التي يكتسبها العقار ، فإن المشرع الجزائري أحاطه بقيد لما يكون محل معاملة بين الأفراد بحيث لا تتعقد المعاملة إذا لم تتوافر هذه الشكلية ، ونقصد بها (الرسمية) فلكي ينشأ العقد صحيحا يجب أن تتوفر فيه الأسس اللازمة لوجوده ، و بمعنى آخر أركانه و هي التراضي و المحل و السبب بالإضافة إلى أن يكون العقد موثقا ، أي يتطلب إفراغه في قالب رسمي [22] ص 58.

وقد نظمت المادتان 793 و 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري ، الشكلية الرسمية وجعلت منها شرطا في تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو الحقوق العقارية مع دفع الثمن إلى الموثق و إلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق ، بحكم أن الشكلية ركن ركين في العقد لا مناص من التقيد بأحكامها ، إذ لا بد أن تكون الكتابة رسمية محررة من طرف ضابط عمومي ، فلا عبرة بالكتابة العرفية في التعامل العقاري ، كما كرست هذه القاعدة أيضا نص المادة 15 و ما بعدها من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 ، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، المعدل و المتمم ، وكذا المرسوم 63/76

المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري [23] ، والذي نصت المادة 61 منه أن كل عقد يكون موضوع إشهار يجب أن يقدم في شكل رسمي ، غير أنه كان من الأفضل استبدال لفظ العقد في نص المادة بالمحرر الرسمي ، لأنه ليست العقود وحدها التي تشهر بل كذلك الأحكام القضائية ، كما قد فصل المرسوم المذكور في أن الرسمية هي سبب لإنعقاد العقد ، وليس لإثباته فقط ، بالإضافة إلى أن المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري ، ذهبت إلى التتويه بأن العقد الرسمي حجة على الكافة لا يمكن دحر ما فيه إلا بالتزوير ، فهو أقوى الحجج وأعلاها مرتبة في الإثبات بحكم شهادة الضابط العمومي . وللشكلية أهمية لأنها تعمل على تنبيه المتعاقدان على خطورة التصرف المقدمين عليه و تضمن التعيين الدقيق لطرفي التصرف و العقار محل التصرف من جهة ، و من جهة أخرى فإنها وسيلة لإستقرار المعاملات والمحافظة على المراكز القانونية ، لإعتبار أن العقار ثروة كفيلة بالحماية.

وإذا تخلف ركن الرسمية في العقد الناقل للملكية العقارية ، فإن مآله البطلان المطلق [24] ص 30 و لا يكون له بذلك أي أثر قانوني ، حسب ما جاء في نص المادة 324 مكرر 1 السالفة الذكر حيث تبقى الحصة الشائعة مملوكة للبائع ، فيستطيع أن يتصرف فيها كما يريد و لا تنتقل إلى المشتري ، إذ لا يمكن لهذا الأخير أن يطالب بتسليمها ، كما لا يستطيع أن يتصرف فيها و لا أن يلزم البائع بإتمام إجراءات البيع النهائي أمام الموثق ، بل كل ما يترتب من آثار هو تخويل المشتري حق المطالبة بالتعويض عن إخلال المتعاقد الآخر بالتزام شخصي . و هذا ما كرسه قرار الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا ، الصادر في 1997/02/20 بخصوص العقد العرفي المتضمن نقل الملكية العقارية و المبرم بعد 1971/01/01 [25] ص 103 ، 104.

فضلا عن ذلك لا يفوتني في هذا المقام أن أذكر بالتعاليم الربانية التي فرضت الكتابة قبل أكثر من أربعة عشر قرنا خلت ، حيث يقول الله عز وجل في الآية 282 من سورة البقرة وهي أطول آية في القرآن الكريم " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل " .

وذلك تأكيد على ضرورة الكتابة في جميع الديون ، وإذا كان الحال كذلك في الديون والتصرفات العامة فما هو إذا حال العقار من ذلك .

كما يجب احترام الإجراءات الشكلية في إبرام العقود المنصوص عليها قانونيا . بالإضافة إلى إتباع إجراءات التسجيل والشهر العقاري تطبيقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري ، وغيرها من النصوص القانونية التي تلزم ذلك ، و كل ما ذكرناه ينطبق كذلك على كل التصرفات القانونية المنصبة على العقار.

رابعاً: الآثار المترتبة عن عقد بيع الشريك لحصته.

1- حلول المشتري محل الشريك البائع: يترتب عن عقد البيع بعد تسجيله بمصلحة الطابع والتسجيل والقيام بإجراءات الشهر في المحافظة العقارية ، انتقال حق ملكية الشريك البائع إلى المشتري ، وبذلك يصبح هذا الأخير شريكا في حدود الحق الذي تلقاه ، ويحل محل الشريك البائع [22] ص 132 ، وذلك هو ما يتبع خروج البائع نهائيا من الشبوع متى كان التصرف واردا على كل الحصة الشائعة ، ويحل محله المشتري في مركزه القائم ، أما إذا تصرف في بعض ما كان له دخل المشتري شريكا معه بقدر ما تصرف فيه مع سائر الشركاء في العقار الشائع ، وبذلك يكون للمتصرف إليه حقوق سلفه وعليه التزاماته [8] ص 190.

و يتقرر للمشتري بصفته شريكا السلطات التالية:

أ/ إدارة المال الشائع: يكون للمشتري بصفته شريكا الحق في إدارة العقار الشائع ، سواء ما تعلق بالإدارة المعتادة أو الإدارة الغير معتادة [26] ص 270 ، فيكون له حق استعمال واستغلال العقار و ذلك وفق الإجراءات التي حددها القانون ، بحيث يخول له بصفته مالكا لحصته الشائعة أن يتصرف فيها بما لا يتعارض مع طبيعة الملكية الشائعة.

ب/ طلب قسمة العقار الشائع: كل شريك في الشبوع له أن يطلب القسمة ، وهو غير مجبر على البقاء في الملكية الشائعة ، لأن القانون يعمل على تشجيع العودة إلى الملكية الفردية المفروزة فيكفي أن يطالب أحد الشركاء بالقسمة [15] ص 488 . غير أنه عند بيع الشريك لحصته الشائعة فإن المشتري يصبح هو المعني بقسمة العقار ، سواء كانت اتفاقا أو قضاء [7] ص 94 ، و بذلك فإنه في حالة ما إذا قام المشتري بشهر عقده في المحافظة العقارية ، يصبح هو صاحب الشأن في طلب قسمة العقار ، بخلاف الشريك البائع لحصته الذي يكون بتصرفه قد خرج من الملكية الشائعة.

وفي حالة ما إذا تجاهله شركاؤه وأصروا على القسمة مع الشريك الذي باع نصيبه ، فإنه لا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي أتم كل إجراءات الشهر لعقده قبل شهر عقد أو حكم قسمة العقار الشائع ، وسواء كان شراؤه سابقا لإجراء القسمة أم لاحقا لها ، وبالتالي يكون له الحق في طلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يكن طرفا فيها ، و لم يرتض القسمة التي تمت دونه [27] ص 535 ، فإن كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج بالقسمة غير المشهورة على الغير فإن الغير يستطيع أن يحتج بها على المتقاسم ، بحيث إذا أشهر المشتري عقد البيع قبل شهر القسمة يكون له أن يتمسك بالقسمة في مواجهة

الشركاء ، ولا يغير من ذلك شيئاً في حالة تصرف الشريك البائع في أكثر من نصيبه في العقار الشائع لأن البيع يكون نافذاً في القدر الذي يملكه الشريك صاحب التصرف [28] ص 304.

وفي حالة رضي المشتري بالقسمة ، فإن على البائع الالتزام بنقل ملكية ما باعه إليه شائعاً فيما اختص به بمقتضى القسمة ، ولا يكون لأي أحد من الشركاء الحق في الإعتراض [6] ص 49.

2/ تسليم الحصة المبيعة الشائعة: إن تسليم الشيء المبيع في بيع الحصة الشائعة ، يكون بوضعها شائعة تحت تصرف المشتري ، حيث أنه بموجب العقد ينقل لهذا الأخير حق الإنتفاع بالمبيع ، ولو لم يكن عقد البيع مشهراً [18] ص 17 ، ويكون حق المشتري منحصراً في طلب تسليم الحصة المبيعة في العقار الشائع دون أن يكون له الحق في طلب تسليم حصته مفرزة ، لما في ذلك من مخالفة لمحتوى عقد البيع و يتعارض مع طبيعة الملكية الشائعة ، وعليه فليس له أن يطلب التسليم الفوري ، غير أنه يتأجل هذا الحق حتى إذا تمت القسمة واختص الشريك البائع بحصة مفرزة تعادل الحصة التي باعها ، حينها فقط يجوز للمشتري طلب تسليمها إليه ، كما أنه من المقرر أنه لا يجوز للمشتري أن يطالب تسليمه حصة مفرزة في الحالة التي يكون فيها البائع لا يضع يده على هذه الحصة قبل حصول القسمة ، إلا برضا باقي الشركاء جميعاً ، فلا يمكن أن يكون للمتصرف إليه حقوق أكثر مما لسلفه ، هذا بالإضافة إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم في هذه الحالة من إفراز لجزء من العقار الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون فالتسليم الفعلي للمبيع في البيع على الشيوع يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشتري إذ يتمكن من حيازته والإنتفاع به خلفاً للبائع في حقوقه ، وهو ما لا تنتهي به حالة الشيوع ، وأما إذا كان الشريك البائع لا يضع يده على الجزء المفرز الذي قام ببيعه فلا يجوز له أن يسلمه للمشتري كما لا يجوز لهذا الأخير أن يطلب تسليمه له في دعوى صحة التعاقد التي يرفعها ، وإلا قضي برفض هذا الطلب.

أما في حالة ما إذا تجاوزت الحصة التي اختص بها الشريك البائع القدر المبيع ، فإنه تنشأ ملكية شائعة جديدة ، متمثلة في تلك الحصة بين البائع والمشتري ، وبالتالي يتعذر على المشتري هنا طلب التسليم لحصة مفرزة ، بل يجب اللجوء إلى القسمة ، سواء كانت قضائية أو رضائية ، أو أن يتم بيع ما زاد عن حصة المشتري إليه ، وفي هذه الحالة تنقضي حالة الشيوع وتسلم للمشتري كل الحصة المفرزة [18] ص 18.

خامسا: بيع الشريك لحصته الشائعة في العقار الموجود في مجموع من المال الشائع.

قد يتصرف الشريك في حصته الشائعة على عقار موجود في مجموع من المال الشائع ببيعها ، كما لو كانت دار داخلية في شركة ، وقام أحد الورثة ببيع حصته الشائعة في هذه الدار بالذات دون سائر الأموال الشائعة ، فما مصير هذا التصرف؟

لقد انقسم الفقه في حكم هذا التصرف إلى اتجاهين :

1- الرأي الأول: يذهب بعض الفقهاء إلى القول [2] ص 763 ، جاز ذلك ، وحل المشتري محل الوارث شريكا في هذه الدار مع سائر الورثة ، فيقع البيع صحيحا ، ويحل بذلك المشتري محل الشريك البائع ويكون قاصرا على العقار المعين الذي توجد فيه الحصة الشائعة ، و يظل البائع شريكا في ما تبقى من الأموال الشائعة [6] ص 50 ، حيث أن للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يتصرف ببيع حصته الشائعة في بعض العقارات دون أخرى ، وبالتالي تنتقل حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا بمجرد أن يقوم المشتري بشهر عقد البيع ، ويصبح هذا الأخير دون الشريك البائع هو المعني بالقسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان ، سواء كان ذلك اتفاقا أو قضاء ، أما في حالة تجاهله من طرف شركائه وأجروا قسمة هذه الأعيان مع الشريك البائع ، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي قام بشهر عقده قبل شهر عقد القسمة.

كما يجب في هذه الحالة إجراء قسمتين لإزالة الشيوع ، الأولى تكون بين المشتري وسائر الشركاء في العقار الشائع الذي أصبح المشتري شريكا فيه ، أما القسمة الثانية فإنها تكون بين الشريك البائع لحصته الشائعة في العقار وسائر الشركاء في بقية الأموال الشائعة ، وتجنبنا لهذا التعقيد رأيت بعض التشريعات بأن التصرف في حصة شائعة في عقار موجود في مجموع أموال شائعة لا يكون صحيحا إلا باتفاق جميع الشركاء [2] ص 763.

2- الرأي الثاني: في حين ذهب فريق آخر للقول ، [6] ص 50 ، أن بيع الشريك لحصته الشائعة من مال معين من الأموال المكونة لمجموع المال الشائع ، يكون بيعا لجزء مفرز بالقياس إلى مجموع المال.

فيعتقد أصحاب هذا الاتجاه ، أنه في حالة بيع الشريك لحصته الشائعة في عقار معين الموجود في مجموع من المال الشائع ، فإن حكم هذا التصرف يكون هو نفس الحكم عند التصرف بالبيع لجزء مفرز وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء في فرنسا ، باعتبار أن التصرف صحيح ، ولكن يكون موقوفا على نتيجة القسمة ، فإذا اختص الشريك البائع بالعقار المتصرف فيه بعد القسمة فإنه يقع تصرفه صحيحا ، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر فلا يكون للتصرف أثر ، لأن الأثر الكاشف للقسمة يظهر أن المتصرف لم

يكن مالكا للحصة التي باعها وكان حكم تصرفه هو حكم بيع ملك الغير . وبالتالي فإنه لا يحق للمشتري أن يطلب ملكية الحصة المتصرف فيها إلا بعد إجراء القسمة واختصاص الشريك البائع بالعقار المتصرف في الحصة الشائعة فيه وإلا انعدم أثر البيع [2] ص 764.

ويتضح من خلال تناول الإختلاف في حكم هذا التصرف أن مرده يرجع إلى تحديد طبيعة حق الشريك في المال الشائع إذا كان يحتوي على عدة أشياء ، فهل حق الشريك في هذه الحالة يرد على هذا المجموع أم يرد على كل شيء فيه على حدى ؟ أين تكون في كل شيء منه فيعتقد أصحاب الرأي الأول أن حق الشريك في التصرف يرد على كل شيء منها على حدى وبذلك فحصة الشريك الشائعة تتركز في كل شيء من الأشياء التي تكون المال الشائع.

وأما أصحاب الرأي الثاني ، فيذهبون إلى اعتبار أن حق الشريك يرد على كل المال الشائع وليس على شيء معين منه ، على أساس أن هذا المجموع يعتبر وحدة مستقلة عن مكوناته [6] ص 51.

ويبدو لنا أن ما ذهب إليه أنصار الإتجاه الأول أقرب إلى الصواب ، لأن البيع لجزء معين يتطلب تحديد هذا الجزء في حين أن التصرف في هذه الحالة وارد على حصة شائعة من عقار معين موجود في مجموع مال شائع ، وبالتالي فإن نية المتعاقدين انصرفت إلى بيع حصة شائعة ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار أن مجموع الأشياء يمثل وحدة مستقلة عن مكوناته بدلالة وجوب استبقاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة.

سادسا: بيع الحصة الشائعة المؤجرة في عقار.

يحق للشريك في الشيوخ الإنتفاع بجزء مفرز من العقار الشائع يعادل حصته ، مستندا في ذلك إلى حقه في الملكية الشائعة ، غير أنه يلاحظ من خلال الممارسة التطبيقية ، أنه عند لجوء بعض المتقاضين إلى رفع دعاوى قضائية يلتمسون فيها إلزام شركاء آخرين معهم في الشيوخ بالخروج و برفع اليد عن العقارات الشائعة ، فإن المحاكم تسايروهم في ذلك من خلال تعيين خبير لمعاينة المساحة المعتدي عليها و تقدير التعويض المستحق ، وهو موقف غير سديد ، لأنه يخالف محتوى النصوص المنظمة لحق الملكية في الشيوخ وكان على القاضي اجتنابه ، لأنه متى ظل الشيوخ قائما و لم تجر قسمة ودية و لا قضائية فلا يمكن القول بوجود اعتداء أو عدمه من طرف شريك على آخر ، و ما دام الأنصبة و المنايات في العقارات المشاعة غير مفرزة ، فإنه لا يمكن مطالبة مالكين آخرين في الشيوخ بالخروج أو رفع اليد [24] ص 127. وهذا ما قضت به المحكمة العليا ، في قرارها المؤرخ في 1996/06/26 ، المتعلق بالملف رقم 134535 المتضمن نزاع حول ملكية عقارية على الشيوخ بمايلي: " لا يمكن الحكم برفع اليد

عن القطعة الأرضية المشاعة ، دون القيام بعملية قسمة للخروج من حالة الشيوخ ، وتحديد نصيب كل مالك على الشيوخ " [29] ص 69.

فالمالك على الشيوخ إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازي حصته ، له الحق في حماية وضع يده ، وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو أن يرجع على واضع اليد بما يقابل الإنتفاع . وبما أن القانون قد جعل لكل ذي يد على عقار أن يحمي يده بدعاوي وضع اليد ، ولما كان وضع اليد في معناه القانوني كما يقع على العقار المفروز يقع كذلك على الحصة الشائعة ، فإنه يكون لكل واضع يد على الشيوخ أن يستعين بدعاوي وضع اليد في حماية يده لدفع التعرض الواقع له أيا كان المعترض.

وبالتالي يحق للشريك الإنتفاع بجزء مفرز من العقار الشائع يعادل حصته ، ويحق له أن يؤجر هذه الحصة المفروزة إلى أحد الشركاء ، أو إلى أجنبي عنهم ، وفي هذه الحالة تكون طبيعة العلاقة التي تربط هذا الأخير بالشريك المؤجر مبنية على أساس أحكام عقد الإيجار ، فإذا قام الشريك ببيع حصته الشائعة المؤجرة فما هو حكم هذا التصرف؟

إن تصرف الشريك ببيع حصته يترتب عليه الإلتزام بتسليم العين المبيعة تسليمًا فعليًا إلى المشتري وهذا لا يكون إلا إذا كان الشريك البائع حائزًا فعليًا لهذه الحصة بصفته مالكا لها. وفي الحالة التي يتم فيها الإتفاق بين الشريك البائع والمشتري على التسليم الفعلي في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه ، فإنه لا يسري في حق المستأجر الذي يبقى سريان عقد الإيجار يحول دون إمكانية تسليم الشريك البائع ل حصته الشائعة إلى المشتري ، ما دامت مدة عقد الإيجار لم تنته ، رغم نية الشريك المؤجر في إنهاؤها ، إلا أنه لا يتم حلول المشتري محل الشريك البائع في الإنتفاع بالحصة المبيعة إلا بعد انتهاء عقد الإيجار [18] ص 108 ، 109.

سابعاً: بيع الدولة ل حصتها الشائعة في عقار.

الملكية على الشيوخ كما تكون بين الخواص ، فإنها تكون كذلك بين الدولة و الخواص ، وقد نصت المادة 98 من القانون رقم 90-30 ، المؤرخ في 1990/12/01 ، المعدل و المتمم ، و المتضمن قانون الأملاك الوطنية [30] ، على ما يلي: " يمكن للدولة أن تنتازل عن حقوقها الشائعة لفائدة شركائها في ملكية الشيوخ إذا كانت هناك عقارات مختلفة الأنواع تحوزها على الشيوخ مع أشخاص طبيعيين أو معنويين آخرين و تستحيل قسمتها و إذا رفض أحد الشركاء في ملكية الشيوخ ، أو عدة شركاء شراء هذه الحصة لأي سبب كان يباع العقار الشائع اعتماداً على الوسائل القانونية و بأي طريقة تعتمد

المنافسة." كما حدد المشرع الجزائري الإجراءات التي تبين كيفية تنازل الدولة عن حصتها الشائعة بطريق البيع وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 91-454 ، المؤرخ في 23/11/1991 المعدل و المتمم المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها و ضبط كفاءات ذلك [31] ، و كذلك المذكرة رقم 3654 المؤرخة في 19/07/1999 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية [32] ، و يكون الهدف من عملية التنازل في العقارات المشاعة بين الدولة والخواص هو إنهاء حالة الشيوخ بالنسبة للدولة و إخراج حصتها منها ، حيث أن الدولة تعمل بداية على إنهاء حالة الشيوخ عن طريق القسمة ، وإذا كانت هذه العقارات غير قابلة للقسمة فإن الدولة تتنازل عن حصتها لشركائها في الشيوخ مقابل ثمن يتم تحديده من طرف إدارة الأملاك الوطنية بعد ما تقوم بعملية تقييم مقدار الحصة الشائعة حسب معطيات السوق العقاري ، وفق ما جاء في المذكرة الوزارية رقم 3654 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية ، و التنازل يقصد به تحويل ملكية عقار معين لفائدة شخص معين مقابل تحصيل ثمن لا يقل عن قيمته التجارية ، و يتم التنازل إما بالتراضي أو بطريق التنافس.

1- التنازل بالتراضي: بعد أن يتم إجراء تقييم من طرف مصالح أملاك الدولة للحصة الشائعة العائدة للدولة يكون مطابقا لمعطيات السوق العقارية ، و بعد أن يتم الحصول على ترخيص مسبق من طرف السيد الوزير المكلف بالمالية ، يتم التنازل عن الحصة العائدة للدولة لفائدة المالكين معها على الشيوخ في حالة رضاهم ولا يتم أبدا إلا على أساس سعر لا يقل عن القيمة التجارية للملك المعين المعمول بها في السوق العقاري الحر.

2- التنازل عن طريق البيع بالمزاد العلني: قد يحدث أن تكون الحصة العائدة للدولة غير قابلة للتقسيم و يرفض الخواص المالكين على الشيوخ مع الدولة شراءها لأي سبب كان ، كأن تتعدم عندهم القدرة الشرائية ، فإنه يتم طبقا لما جاء في نص المادة 728 من القانون المدني الجزائري ببيع العقار الشائع بالمزاد العلني وفق قانون الإجراءات المدنية ، و هذا البيع يكون بناء على إذن من الوالي ، وهنا تقوم إدارة أملاك الدولة بتحديد ثمن البيع وفق معطيات السوق العقاري الحر ، و تحصل الثمن كله ثم تدفع ما يقابل حصة كل مالك من الملاك الشركاء في الشيوخ ، و هذا ما نصت عليه المادة 2/40 من نفس المرسوم المذكور أعلاه.

2.1.2.1 . هبة الشريك لحصته الشائعة

سبق أن ذكرنا أن حق الشريك هو حق ملكية تام ، وللشريك في الشيوع أن يقوم بجميع أنواع التصرفات بشرط ألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء ، وكما له الحق في ترتيب عقود المعاوضة على حصته الشائعة ، فإنه يحق له ترتيب عقود التبرع سواء بهبتها أو يوصي بها ، غير أنه لا يمكن للشريك أن يوقف حصته الشائعة على اعتبار أن الملكية الموقوفة لا تكون شائعة بل تكون مملوكة للوقف وسوف يقتصر تناولنا في التصرفات الناقلة للملكية بدون عوض على الهبة على اعتبار أن لها نفس الأحكام مع بقية التصرفات ، كما أننا سوف لن نتطرق إلى النقاط التي تشترك فيها مع التصرف ببيع الحصة الشائعة.

أولاً: حكم هبة الشريك لحصته الشائعة.

يجوز للشريك على الشيوع في العقار أن يهب حصته الشائعة ، وتكون هبته لها سواء للشريك في الشيوع أو لأجنبي عنه ، كما يكون ذلك في العقار الشائع سواء كان قابلاً للقسمة أو لا [6] ص 72.

و رغم أن الحيابة شرط في عقد الهبة ، ويقصد بها تمكين الموهوب له من الحيابة المادية [22] ص 154، إلا أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة ، و بنص المادة 208 منه لم يشترط في عقد الهبة إذا كانت واردة على ملكية شائعة تحقيق حيابة الشيء الموهوب استثناء بقوله: " أنه إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعاً، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة ". [33].

من خلال نص المادة يتضح أنه في حالة إذا تبرع الشريك الواهب بجزء من حصته ، أو بها كاملة إلى الغير فإن العقد التوثيقي بإجراءاته القانونية يغني عن الحيابة ، وهذا الحكم ينطبق أيضا في الحالة التي يقوم فيها الواهب على التبرع بجزء من أملاكه ، أو بأملكه كلها لفائدة ابنه أو زوجته . وبذلك فإن الحيابة المباشرة والإنتفاع الشخصي في هذه الحالة لا يعتبر شرطا في العقد طالما أنه يتم إبرام الهبة وفق ما يتطلبه ذلك من إجراءات إدارية وقانونية وعليه فإن الشيوع لا يحول دون القبض القانوني وهذا مراعاة من المشرع الجزائري لطبيعة الملكية الشائعة ، غير أن هناك من أعطى تفسيراً مغايراً لنص المادة السالفة الذكر بقوله [34] ص 19 ، أنه إذا أقدم الواهب على التبرع بجزء من أملاكه ، أو بكل ما يملك و لو على الشيع لفائدة ابنه أو زوجته اللذين يعيشان معه تحت سقف واحد ، فإن العقد التوثيقي بإجراءاته القانونية يغني عن الحيابة وهو حسب ما يبدو لي تفسير خاطئ لنص المادة وفهم مغلوطنية المشرع.

إذا وهب الشريك حصته الشائعة كلها أو بعضها ، فإن الموهوب له يصبح شريكا على الشيوع بانتقال الحصة إليه فيحل محل الشريك الواهب في الحصة المتصرف فيها ، ويصبح خلفا خاصا له منذ شهر العقد في المحافظة العقارية ، وبذلك يصبح الموهوب له شريكا مع باقي الشركاء بالحالة التي كانت عليها الملكية لدى إبرام عقد الهبة [6] (ص 72 ، 73) ، و في حدود الحق الذي تلقاه وذلك ما يتبع خروج الواهب نهائيا من الشيوع متى كان التصرف واردا على كل الحصة الشائعة ، ويحل محله الموهوب له في مركزه القائم.

أما إذا تصرف في بعض ما كان له ، دخل الموهوب له شريكا معه بقدر ما تصرف فيه مع سائر الشركاء في العقار الشائع ، وبذلك يكون للمتصرف إليه حقوق سلفه وعليه التزاماته فيكون له الحق في إدارة العقار الشائع سواء الإدارة المعتادة أو الغير معتادة ، كما يكون له الحق في طلب القسمة دون الشريك الواهب [1] ص 47.

2.2.1 . ترتيب حق الإنتفاع

دراستنا لحكم تصرف الشريك بترتيب حق انتفاع على حصته الشائعة يتطلب منا التطرق إلى حكم هذا التصرف ، وبعدها إلى مصير حق الإنتفاع بعد القسمة.

1.2.2.1 . حكم تصرف الشريك بترتيبه حق انتفاع

بما أن الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ، فإنه يكون له باعتباره مالكا على هذا النحو أن يتصرف في حقه بكافة التصرفات القانونية ، فيجوز له أن يرتب على حصته حقا عينيا للغير إذا لم يكن في طبيعة هذا الحق ما يحول دون ورده عليها ، وبما أن حق الإنتفاع حق عيني أصلي وهو اقتطاع من حق الملكية ، فإنه في حالة تصرف الشريك في حصته مرتبا عليها حق انتفاع فإن تصرفه يقع صحيحا و يكون نافذا في مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم ودون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة [35] ص 40 وأما صحته ونفاذه بالنسبة للمتصرف فيكون لأنه مالك وهو من رتب الحق على الحصة التي يملكها على الشيوع ، وأما صحته ونفاذه بالنسبة لبقية الشركاء فيرجع إلى أن ترتيب الشريك المتصرف لهذا الحق ليس فيه مساس لحقوقهم [1] ص 32.

وبذلك يتجزأ حق ملكية الشريك المتصرف إلى حقين ، حق في ملك الرقبة يبقى له ، وحق في الإنتفاع يثبت للمتصرف إليه ، ويكون للمتصرف بصفته صاحب حق الرقبة اعتباره شريكا في هذه الحدود من خلال مباشرته لأعمال الإدارة الغير المعتادة وحق التصرف ، كما له الحق في طلب القسمة [35] ص 40.

أما المنتفع في هذه الحالة فله سلطة الإدارة المعتادة فيما يتعلق باستعمال وباستغلال العقار في حدود الغرض المخصص له ، كما أنه في حالة ترتيب قسمة المهايأة المكانية أو الزمنية فإنه يعتد بإرادة المنتفع في هذه القسمة لا بإرادة الشريك المتصرف [26] ص 270.

وبذلك يصبح هو صاحب الحق في ثمار الشيء بقدر الحصة التي يرد عليها حقه و يحسب صوته بقدر الحصة الوارد عليها حق الإنتفاع عند حساب الأغلبية المطلوبة في شأن هذه الإدارة ، أو عند استكمال الإجماع اللازم في شأن قسمة المهايأة ، ويكون استعمال العقار وفق حالته التي سلمه بها وبحسب ما أعد له وبذلك لا تكون له الصفة في مباشرة أعمال الإدارة غير المعتادة ولا الموافقة على القيام بها بل تكون من صلاحيات الشريك صاحب الرقبة.

2.2.2.1 . مصير التصرف بعد وقوع القسمة

عند ترتيب الشريك حق انتفاع على حصته في عقار شائع ، ثم انقضى هذا الحق لأي سبب من الأسباب سواء بإنهاء المدة المرتبة لهذا الحق ، أو بوفاة المنتفع المتصرف إليه قبل إجراء قسمة العقار الشائع ، تؤول الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة ويصبح يمارس جميع حقوق الشريك ، أما في حالة ما إذا بقي حق الإنتفاع قائما بعد إجراء القسمة وانقضاء حالة الشيوخ ، فإن التساؤل المطروح في هذه الحالة هو: ما هو مصير حق الإنتفاع بعد إجراء القسمة ؟ لم يأت المشرع بنص يبين فيه حكم هذا الإفتراض ، كما لم يسهب الفقه في الجواب عن هذا التساؤل ، وكلما تناوله هو أنه يطبق عليه عن طريق القياس الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي [1] ص 41.

غير أن طبيعة حق الإنتفاع تختلف عن طبيعة حق الرهن ، فإذا كان في الرهن الرسمي تنص المادة 890 / 2 من القانون المدني الجزائري ، على أنه في الحالة التي يختص بها الشريك الراهن على أعيان غير التي رهنا فإنه ينتقل الرهن بمرتبة إلى ما اختص به من أعيان عن طريق فكرة الحلول العيني ، فإن هذا الحكم لا يمكن أن يطبق في حالة ترتيب حق الانتفاع لأنه إذا كان شريك يملك على الشيوخ مثلا منزلا وقطعة أرض فلاحية ، ورتب هذا الشريك على حصته الشائعة في قطعة الأرض حق انتفاع للغير

وبعد إجراء القسمة اختص الشريك المتصرف بالمنزل ، في حين أن حق الانتفاع لم تنته آجاله قبل إجراء القسمة ، فإنه من غير المعقول تطبيق ما جاء في الحكم المتعلق بترتيب حق الرهن الرسمي ، وتجسيد فكرة الحلول العيني عن طريق انتقال حق الانتفاع لصالح المتصرف إليه من قطعة الأرض إلى المنزل الذي اختص به الشريك المتصرف ، لأن الغرض من ترتيب حق الانتفاع ينتفي في هذه الحالة حيث أن الهدف من الانتفاع بقطعة أرض فلاحية يختلف عن الهدف من الانتفاع بمنزل ، و لا يمكن إنشاء حقوق والتزامات لم تذهب نية المتعاقدين إلى ترتيبها ، وهذا ما قصدنا به عند القول أن طبيعة حق الانتفاع تختلف عن حق الرهن الرسمي

وعلى هذا الأساس فإننا نرى أن مصير حق الانتفاع بعد إجراء القسمة يترتب حسب عدة حالات كما يلي:

أولاً: في حالة اختصاص الشريك صاحب الرقبة بالحصّة التي رتب عليها حق الانتفاع بعد إجراء قسمة العقار الشائع ، أي وقوع الجزء الوارد عليه حق الانتفاع في نصيب الشريك المتصرف مما لا يرتب أي إشكال في هذا الافتراض ، و يستمر حق الانتفاع على نفس الجزء المفروض بعدما كان حصّة شائعة قبل القسمة ، فبموجب الأثر الكاشف للقسمة يصبح محل الحق مفروضاً بعدما كان شائعاً ، وليس كما ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن هذا الجزء قد حل محل حصته حلولاً عينياً ، فهو لم يحل وإنما تركز فيه حق صاحب الرقبة بمقتضى القسمة [1] ص 37.

ثانياً: في حالة اختصاص الشريك صاحب الرقبة بعين أخرى غير التي رتب عليها حق انتفاع و لا تكون هذه الحالة إلا إذا كان التصرف وارداً على مجموع من المال الشائع يتكون من عدة عقارات ، فيرتب الشريك حق انتفاع لصالح الغير على إحدى العقارات المكونة له. ومثال ذلك أن يكون الشريك مالكاً على الشيوع رفقة عدة شركاء آخرين قطعة أرض ومبنى ، فرتب حق انتفاع على قطعة الأرض فقط ، وبعدها أسفرت القسمة على اختصاصه بالمبنى ، في هذه الحالة ينتهي السبب المنشأ من أجله هذا التصرف والتي دعت نية التعاقد إليه خاصة من طرف صاحب حق الانتفاع الذي اتجهت إرادته إلى ترتيب حق انتفاع على قطعة الأرض والذي يختلف تماماً عن طبيعة الانتفاع بالمبنى ، وعليه فإن حق الانتفاع في هذه الحالة ينقضي لإنقضاء سبب التعاقد بين طرفيه بعد إجراء القسمة ، ويرد الشريك صاحب الرقبة ثمن ما زاد عن المدة التي تم الانتفاع بها إذا قبض عوض حق الانتفاع ، و لا يتم استمرار حق الانتفاع على الشكل المذكور إلا إذا كان اتفاق جديد بين المتعاقدين.

ثالثاً: في حالة اختص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار المرتب عليه حق انتفاع ، في هذه الحالة يمكن أن نتصور تطبيق الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي وعن طريق القياس لما نص عليه المشرع في المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، وبذلك ينتقل حق الإنتفاع إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك صاحب الرقبة بمقتضى القسمة ، فيتركز حق المنتفع على ما اختص به الشريك المتصرف ، ومثال ذلك في حالة أن يكون شريك مالك على الشيوع قطعة ارض فلاحية ، ورتب على حصته التي يستغلها عن طريق قسمة المهياة المكانية حق انتفاع وعند إجراء القسمة اختص بجزء من قطعة الأرض غير التي رتب عليها حق انتفاع فإنه في هذه الحالة ينتقل هذا الحق إلى الجزء الذي اختص به الشريك صاحب الرقبة.

رابعاً: في حالة اختص الشريك صاحب الرقبة بكامل العقار الذي رتب على حصة منه حق انتفاع ، في هذا الافتراض لا يشمل حق الإنتفاع إلا ما يقابل مقدار الحصة الشائعة المنتفع بها ولا يمتد حق الإنتفاع ليشمل كل العقار . فقد يقع العقار كله أو جزء مفرز منه أكبر من قيمة الحصة المرتب عليها الحق في نصيب الشريك المتصرف ، كما لو كان هذا الأخير يملك على الشيوع قطعة أرض ومنزلا ، فأقر حق انتفاع على حصته الشائعة في قطعة الأرض ، وبعد وقوع القسمة اختص الشريك صاحب الرقبة بقطعة الأرض كاملة فإن حق المنتفع يترتب في حدود الحصة ، ولا يمتد إلى كامل قطعة الأرض ، بحيث إذا كان ينتفع بنصفها لا يكون له الحق في الإنتفاع بها كاملة ، إلا إذا كان هناك اتفاق جديد بين المتعاقدين.

3.1 . التصرفات المرتبة لحق عيني تبعي

الحقوق العينية التبعية كما نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني هي حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الإمتياز.

وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى حكم ترتيب هذه الحقوق من طرف الشريك على حصته ومصير هذه التصرفات بعد إجراء القسمة.

و يطلق على هذه الحقوق تسمية التأمينات العينية ، لما لها من أهمية في ضمان حقوق الدائن المرتهن لذلك فسيكون من المفيد معرفة مدى صحة هذه التصرفات إذا كانت واردة على الحصة الشائعة.

غير أننا سوف لن نتناول حق التخصيص وحق الإمتياز ، لأن هذين الحقين ينشآن بغض النظر عن إرادة الشريك المتصرف ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لأن لهما نفس الأحكام المتعلقة بالرهن

فأردنا بذلك تجنب التكرار. وعليه فإن الدراسة تستدعي منا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتعرض لرهن الشريك حصته رهنا رسميا في المطلب الأول ، و رهنها رهنا حيازيا في المطلب الثاني.

1.3.1 . رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى حكم رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا ثم نتعرض إلى مصير الرهن قبل و بعد قسمة العقار الشائع وفق الفروع التالية.

1.1.3.1 . حكم رهن الشريك حصته رهنا رسميا

كل شريك يملك حصته الشائعة في المال ملكية تامة ، ولذلك فإنه يستطيع التصرف فيها بأي تصرف فله أن يرهنها ويصبح رهنه صحيحا نافذا. [36] ص 181.

لأن الشريك تصرف في حدود حقه ، و لا يصح القول بوجود توقف الرهن على نتيجة القسمة لأن طبيعة الرهن الرسمي لا تشترط الحيابة لنفاذه ضد الغير ، وعليه فإن رهن الحصة الشائعة هو تصرف صحيح و نافذ في حق جميع الشركاء ، فإذا باع هذا الشريك حصته الشائعة إلى مشتر فإن ملكية الحصة تنتقل إلى هذا الأخير مثقلة بالرهن [37] ص 222.

وسوف نرى مصير التصرف المرتب للرهن الرسمي على الحصة الشائعة قبل وبعد إجراء القسمة.

2.1.3.1 . مصير الرهن قبل القسمة

إن مصير الرهن مرتبط بمصير الشيوخ ، فإذا ما بقي الشيوخ قائما و حل الدين المضمون بالرهن فإن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على حصة الشريك المرهونة [38] ص 153 ، و تباع بالمزاد العلني لإستقاء حقه جبرا على صاحبها ، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن ، فيصبح مالكا على الشيوخ مع سائر الشركاء [39] ص 52 ، و لا يمكن بأي حال حرمان الدائن المرتهن من هذا الحق بمقولة وجوب انتظار نتيجة القسمة ، كما أنه لا يوجد نص يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة و يوجب إفرازها قبل التنفيذ عليها.

في حين اختلف الفقه في إعطاء حق الدائن المرتهن طلب إبطال الرهن لوقوعه في غلط في الحالة التي يعتقد فيها أن المدين الراهن يملك العقار المرهون ملكية مفرزة ، ثم تبين بعد ذلك أنه يملك على الشيوع.

فيتجه بعض الفقهاء إلى أنه لا يحق للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن في هذه الحالة ، وذلك لأن ما جاء به نص المادة 714 /2 من القانون المدني الجزائري هو متعلق فقط بالتصرفات المنصبة على الحصة المفرزة بقولها: "... وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع..... وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ". حيث أن المشرع أعطى الحق في إبطال التصرف عند وقوعه على جزء مفرز ، فيكون الدائن المرتهن قد وقع في غلط ، ولا يجوز القياس على ذلك في التصرف الوارد على حصة شائعة.

في حين ذهب البعض الآخر بإعطاء الحق للدائن في طلب إبطال عقد الرهن الرسمي في حالة وقوعه في غلط واعتقاد أن الحصة مفرزة وليست شائعة ، ويبررون هذا الحكم على أساس أن المادة المذكورة وإن كانت تنص على مبدأ الحلول العيني ، غير أن المشرع لم يقصد الإغفال والخروج عن حكم القواعد العامة المتعلقة بالغلط [6] ص 93.

نعنقد أن الرأي الأول أعطى لحكمه تبريرا أقوى من غيره ، لأن نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، جاء فيه الحق في طلب الغلط قاصرا على التصرف في جزء مفرز حين وقوع الدائن المرتهن في غلط ، ولا يجوز تطبيق نفس الأحكام على التصرف في حصة شائعة ، بالإضافة إلى أن المشرع قد حرص على حماية حق الدائن المرتهن بإمكانية الحصول على حقه (دينه) من التنفيذ على الحصة الشائعة وبيعها.

3.1.3.1 . مصير الرهن بعد القسمة

لا شك أن البقاء في الشيوع أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينشئه من متاعب و مشاكل و خلافات بين الشركاء المشتاعين ، لذلك كان الأصل أن الشريك لا يمكن أن يجبر على البقاء في الشيوع [40] ص 107. ولهذا فإنه في كثير من الأحيان قد لا يحل أجل الدين المضمون بالرهن الرسمي إلا بعد انتهاء حالة الشيوع وإتمام القسمة قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه على الحصة المرهونة ، وفي هذه الحالة الشريك الراهن قد يختص بجزء مفرز في العقار نفسه يعادل الحصة المرهونة ، أو يختص بالعقار كله

أو بعقار آخر غير الذي رهنه ابتداء ، وقد يحدث أن يختص ببعض المنقولات ، أو بمبلغ من النقود وسوف نأتي إلى ذكر مصير الرهن الرسمي في كل الإفتراضات بأكثر تفصيل فيما يلي:

أولاً: عندما يختص الشريك بجزء مفرز من نفس العقار الذي رهن حصة شائعة فيه.

فإذا وقع في نصيب المدين الراهن بعد القسمة جزء مفرز مساويا للحصة الشائعة المرهونة فإنه ينتقل الرهن إلى هذا الجزء الذي يختص به المدين الراهن بعد إجراء القسمة ، وبذلك يصبح محل الحق مفرزا بعدما كان شائعاً [1] ص 37.

ولقد اختلف الفقهاء في أساس هذا الإنتقال ، هل هو الحلول العيني ، أم هو مجرد أثر طبيعي للقسمة.

1- أصحاب الرأي القائل بأن الأثر الطبيعي للقسمة هو أساس الانتقال: [41] ص 115

إذا وقع في نصيب الراهن بعد القسمة جزء مفرز من ذات العقار المرهون مساويا للحصة الشائعة المرهونه ، فإن حق الدائن المرتهن يرد بذات مرتبته على هذا الجزء المفرز كأثر للقسمة ، وليس تطبيقاً للحلول العيني باعتبار أن القسمة شخّصت في هذا المحل المحدد ما كان مملوكاً له ملكية شائعة أثناء الشيوع.

وبذلك فإن الرهن يتركز في هذا الجزء المفرز الذي آل إليه نتيجة أثر القسمة في انتقال الرهن على هذا الوجه ، و لا يمكن أن يعتبر تطبيقاً للحلول العيني [2] ص 767.

وهذا يرجع إلى أن حق الدائن المرتهن قبل القسمة يرد على نسبة رمزية تعادل حصة الشريك الراهن وبمجرد إجراء القسمة فإن حق الشريك الراهن يتركز على الجزء المفرز الذي اختص به بمقتضى القسمة وأثرها الطبيعي ، وثم يتركز أيضاً حق الدائن المرتهن على هذا الجزء الذي أقرته القسمة و ينشأ هذا التركيز كأثر للمطابقة بين ما اختص به الشريك الراهن من جزء مفرز عند القسمة ، والذي يكون محل حق الدائن المرتهن ، وبين الحصة الشائعة التي كانت لهما على كل العقار الشائع ، وهذه المطابقة تمثل عملية القسمة ذاتها [6] (ص 98، 99) ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك على الشيوع وأنه لم يملك شيئاً في بقية الحصص.

2- أصحاب الرأي القائل بأن الحلول العيني هو أساس الإنتقال :

لإيضاح ما يتضمنه رأي هذا الإتجاه ، سوف نعمل على تبيان مفهوم "الحلول العيني " و الذي يقصد به [10] ص 116 ، إحلال شيء محل شيء آخر باعتباره عوضا عنه فيما كان موضوعا له من حق وفيما كان خاضعا له من إعداد وتخصيص لغرض معين ، بقصد ضمان استمرار تحقيق هذا الغرض رغم انقضاء هذا الحق الأصلي ، و يأتي تناول دراسة نظرية الحلول العيني ضمن نطاق دراسة الذمة المالية على اعتبار أن العناصر المكونة للذمة المالية يكون بها صفة الأشياء المثلية بالنسبة لبعضها البعض مما يجعلها صالحة لحلول بعضها محل البعض الآخر ففي حالة ما إذا كان تصرفا قانونيا أدى إلى نقل ملكية مال معين مقابل عوض عنه ، فإنه يؤدي إلى خروج هذا المال من مجموع الذمة المالية مقابل دخول شيء آخر فيها ، وبذلك يحل المال المكتسب محل المال المتصرف فيه ، و يكون كل منهما عنصرا في الذمة ، و يمثل الفكرة المكتسبة وهي فكرة القيمة المالية.

وقد جاء المشرع الجزائري بنصوص صريحة على نظرية الحلول العيني ، نذكر فيما يهمننا في دراستنا ما نص عليه من حلول عند بيع الشريك جزء مفرزا من الملكية الشائعة ، و كذلك في حالة رهن الشريك حصته في العقار الشائع.

بعدما حاولنا إعطاء نظرة وجيزة على فكرة الحلول العيني ، سوف نعرض الرأي الغالب في الفقه الذي اعتمد فيما ذهب إليه من قول إلى تطبيقات نظرية الحلول العيني ، حيث يرى بأنه [42] ص 194 195 إذا وقع في نصيب الراهن بعد القسمة جزء مفرز مساو للحصّة الشائعة المرهونة ، فإن حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز بمقتضى أثر الحلول العيني ، أي حلول الجزء المفرز محل الحصّة الشائعة و ليس بمقتضى أثر القسمة ذاتها ، لأن القسمة تقررت على الملكية محل الرهن وليس على الرهن نفسه فالمرتهن لم يكن متقاسما و ورود القسمة على الملكية و هي في نفس الوقت محل الرهن أدى إلى تغيير المحل بحلول جزء مفرز محل حصّة شائعة ، وهذا هو الحلول العيني ، حيث أن الشريك إذا رتب على حصته الشائعة حق الرهن فإن هذا الحق يبقى قاصرا على هذه الحصّة ، ولا يمتد ليشمل كل العقار ومع إتمام إجراءات القسمة يختص الشريك الراهن بجزء مفرز ، و بذلك يحل هذا الجزء محل الحصّة الشائعة حلولا عينا.

و يقول الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور في رسالته نظرية الحلول العيني: "يجب أن نلاحظ أولا أن حق الرهن ليس شائعا إذ لا يتعدد أصحابه ، ولكن الحق الشائع هو حق الملكية وهو محل الرهن فما هو أثر القسمة على كل من حق الملكية وحق الرهن؟

أما بالنسبة لحق الملكية ، فأثر القسمة هو أن يستبدل كل من الشركاء بحصته الشائعة ملكية مفرزة أما بالنسبة للرهن فالقسمة لا ترد عليه لأنه شائع بل على محله وهو حق الملكية وهنا يمكن أن يقال أن انتقال الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز هو أثر القسمة التي غيرت محله ، ولكن نرى أن هذا التفسير ناقص ، فالقسمة لا يتعدى أثرها تغيير المحل أي استبدال ملكية مفرز لحصة شائعة ، وأما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العيني." [6] ص 97 ، 98.

ويعتقد أصحاب هذا الرأي أن الحصة الشائعة لها وجود ذاتي منفصل عن كل العقار الشائع وهذا ما يجعلها صالحة لترتيب الرهن عليها.

فإذا تمت قسمة العقار واختص الشريك الراهن بجزء مفرز ، فإن الرهن يحل على الجزء المفرز حلولا عينا ، فينتقل على هذا الأساس من الحصة الشائعة إلى الحصة المفرزة.

نرى أن الصواب أقرب لما أخذ به الرأي الأول القائل بأن أساس انتقال الرهن إلى الجزء المفرز هو الأثر الطبيعي للقسمة ، وذلك لأن تطبيقات نظرية الحلول العيني تستلزم حلول شيء محل شيء آخر ، في حين نجد أن عملية الاستبدال لا تتحقق في هذه الحالة ، بل ما حدث هو أن القسمة أدت إلى إفراز حصة الشريك الراهن ، ومن ثم تركز حق الدائن المرتهن على هذا الجزء ، و لم يحل محلها بعدما كان واردا عليها وهي شائعة قبل القسمة ، ومما يظهر يتضح أن ذلك راجع لأثر القسمة ذاتها وليس تجسيدا لتطبيقات نظرية الحلول العيني.

ثانيا: عندما يختص الشريك بكامل العقار الذي رهن حصة شائعة فيه.

اختلف الفقه في هذه الحالة بين من يرى أنه من الممكن أن ينصرف الرهن إلى كل العقار الذي اختص به الشريك الراهن بعد القسمة ، وبين من يرى أن حق الدائن المرتهن يقتصر على ما يعادل الحصة الشائعة والتي رهنبت ابتداء.

1-الرأي القائل بشمول الرهن لكل العقار:[41] ص 116

إن الرهن ينتقل إلى ما آل إلى الراهن المتقاسم ، سواء كان العقار كله ، أو جزء مفرزا تزيد قيمته على قيمة الحصة الشائعة المرهونة.

يرى أصحاب هذا القول أن الرهن الذي كان منصبا على حصة شائعة في عقار ، وبعد انتهاء حالة الشيوع ووقوع كل العقار في نصيب الشريك الراهن ، فإن الرهن يمتد ليشمل كل العقار حتى ولو لم يكن

هناك اتفاق مسبق بين العاقدين على ذلك ، ويبررون ما ذهبوا إليه على أساس أنه بعد أن يختص الشريك بال عقار الواقع عليه الرهن لا يمكن تصور وجود حصة شائعة على ملكية مفرزة صاحبها شخص واحد لا أكثر ، فمن غير المعقول أن يبقى الرهن واردا على حصة شائعة في العقار بعد انتهاء حالة الشئوع [6] ص 95.

كما أنه في حالة ما إذا حل أجل الدين ، وقام الدائن المرتهن بالتنفيذ على الحصة الشائعة ببيعها بالمزاد العلني ، فهل من الممكن أن يعتبر الراسي عليه المزاد شريكا مع الراهن ؟ مع العلم أن الشئوع لا ينشأ بحكم قضائي.

2-الرأي القائل بأن الرهن لا يشمل إلا الحصة المرهونة الشائعة: [42] ص 195

إذا وقع في نصيب الراهن بعد القسمة جزء يزيد على الحصة الشائعة المرهونة ، أو وقع في نصيبه العقار الشائع كله ، فإن حق الدائن المرتهن يظل واردا على حصة شائعة من العقار الذي آل للراهن تساوي الحصة التي كانت محلا للرهن.

يعتقد أغلب الفقهاء أن الرهن لا يشمل إلا الحصة المرهونة شائعة دون أن يمتد إلى كل العقار المرهون.

و يبررون ما ذهبوا إليه بالقول أن امتداد الرهن إلى كل العقار قد يؤدي إلى الإضرار بباقي دائني الراهن دون وجه حق في حالة ما وجدوا [42] ص 195 ، بالإضافة إلى أنه يؤدي إلى الإضرار بالراهن نفسه في حالة ما إذا أراد أن يرهن القدر المتبقي من العقار دون وجه حق.

و نعرض المثال التالي لاستيعاب ما ذكرناه أكثر ، فإذا افترضنا أن هناك شخصا يملك النصف على الشئوع في كل من قطعة أرض ومنزل قيمة كل منهما 100 مليون سنتيم ، قام برهن حصته الشائعة في الأرض و قيمتها 50 مليون سنتيم ضمانا لدين يقدر بـ 80 مليون سنتيم ، وبعد انتهاء حالة الشئوع وإجراء القسمة ، اختص الشريك الراهن بقطعة الأرض كلها دون المنزل.

فإذا عملنا بالرأي القائل بامتداد الرهن إلى قطعة الأرض كلها ، فإن ذلك يرجع بالضرر لدائني الراهن الذين اعتمدوا فيما أولوه لمدينهم من ائتمان على ما يملكه في المنزل ملكية خالية من الرهن ، وفي المقابل فإنه يستفيد الدائن المرتهن إذ يتمكن عند حلول أجل الوفاء بالدين والتنفيذ على الأرض المرهونة

ببيعها من الحصول على دينه كاملا بالتقدم على غيره ، في حين أنه لو نفذ على الحصة الشائعة قبل القسمة لما تقدم إلا على قيمة هذه الحصة المرهونة فقط وهو 50 مليون سنتيم.

نعنقد أن ما اتجه إليه أغلب الفقهاء في الإقتراض الأخير أكثر صوابا ، حيث أن الرهن بوروده على قدر من العقار يعادل الحصة الشائعة المرهونة ابتداء يحمي حق الدائن المرتهن بضمان حقه من جهة كما يحمي مصالح غيره من دائني الراهن وحق الراهن نفسه إذا أراد أن يرهن القدر الباقي من العقار من جهة أخرى.

ثالثا: عند اختصاص الشريك الراهن بعقار آخر غير رهنه.

قد يرهن الشريك حصته الشائعة في عقار معين موجود داخل مجموع من المال يحتوي على عدة عقارات ، وبعد إجراء القسمة لا يقع في نصيب الشريك الراهن العقار المرهون ولا جزء منه ، وإنما يختص بعقار آخر ، أو جزء مفرز من عقار غير الذي رهن فيه حصة شائعة.

و قد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة ، و بين حكمها في نص المادة 890 / 2 من القانون المدني الجزائري بقوله : " وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا 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 و يبين هذا القدر بأمر على عريضة ، و يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

و يتضح أن نص المادة وتطبيقا لمبدأ الحلول العيني أقر انتقال الرهن إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ، حيث يحل حق الدائن المرتهن على العقار الذي يختص به الشريك الراهن بمقتضى القسمة محل العقار الذي رهن ابتداء [43] ص 264 ، و قد يسر المشرع كثيرا في هذا الحكم وجعل حدا للآثار السلبية التي قد تنتج عن هذا التصرف بعد القسمة ، " وهو حكم معقول فهو يوفق بين مصلحتين معتبرتين ، الأولى مصلحة المتقاسم الذي اختص بالجزء الذي ورد الرهن ابتداء على حصة منه في أن يخلص له هذا الجزء خاليا من الرهن ، والمصلحة الثانية هي مصلحة الدائن المرتهن الذي ينبغي ألا يهدر حقه الذي نشأ صحيحا في حدود سلطة الراهن وأساسه الفني هو الحلول العيني " [1] ص 36.

و بذلك فإنه إذا اختص الشريك الراهن بعقارات أخرى غير التي رهن ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات تعادل قيمة الحصة التي كانت مرهونة ابتداء [44] ص 72.

و لو لم تتجسد تطبيقات فكرة الحلول العيني لا اعتبر أن الرهن الصادر من الشريك على العقار الذي لم يختص به تصرف صادر من غير مالك ، لأنه يعتبر أنه لم يكن مالكا لهذا العقار بادئ الأمر وبذلك يكون هذا التصرف قابلا للإبطال ، و لا ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون أما العقار الآخر الذي اختص به الشريك الراهن فيعتبر أنه لم يسبق رهنه من هذا الشريك . وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار [43] ص 264.

ويجب على الدائن المرتهن إذا أراد صيانة حقه في الإحتفاظ بمرتبة رهنه أن يتبع إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول.

و قد نص المشرع في المادة 890 من القانون المدني الجزائري على هذه الإجراءات ونبينها فيما يلي:

1- يجب أن يأخذ هذا الدائن من القاضي أمرا على عريضة: يخول للدائن إجراء قيد جديد يشار فيه إلى القيد الأول حتى يحتفظ بمرتبة رهنه الأول ، ويتم تعيين في هذا الأمر القدر الذي انتقل إليه الرهن بموجب الحلول العيني ، فإذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر غير الذي رهنه يساوي في القيمة ما رهنه من العقار الأول فإن الرهن يشمل كل العقار ويبين ذلك في الأمر على عريضة ، أما إذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر يزيد في القيمة عما تم رهنه من العقار الأول ، يتم تقدير قيمة العقار المرهون ويقطع من العقار الآخر جزء مفرز يعادل هذه القيمة ، وقد يتطلب الأمر الإستعان بخبير عند الضرورة . و بذلك ينصب الرهن على هذا الجزء المفرز الذي يعادل قيمة العقار المرهون ابتداء ، ويبين ذلك في الأمر على عريضة [6] ص 100 ، 101.

و أراد المشرع بهذا الإجراء أن يحفظ حق الدائن المرتهن بإعطائه الضمان الكافي لدينه من جهة و من جهة أخرى الحلول دون الإضرار بحق الشريك الراهن نتيجة ما ينجر عن هذا الإجراء.

2- إجراء القيد الجديد خلال تسعين يوما: ويكون ذلك بداية من الوقت الذي يخطر فيه الدائن المرتهن من أي ذي شأن بشهر القسمة [44] ص 72 ، فقد يكون هذا الإخطار من طرف الشريك الراهن أو الشريك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون ، غير أن القانون لم يحدد كيف يكون هذا الإخطار ، وبذلك فإنه يقع

صحيحاً إذا كان بكتاب مسجل ، أو غير مسجل ، أو يكون على يد محضر قضائي ، كما يصح أن يكون إخطاراً شفويًا على أن يثبتته من قام به.

فإذا قام الدائن المرتهن بالقيد الجديد في خلال تسعين يوماً متخذاً الإجراءات المنصوص عليها قانوناً والسالفة الذكر ، احتفظ الرهن بمرتبته الأولى من وقت أن قيد أول مرة [43] ص 265 ، أما " إذا تأخر عن هذا الميعاد فلا يسقط حقه في انتقال الرهن على الأعيان الأخرى ، ولكن تسقط مرتبته التي اكتسبها من قبل فإذا قام بقيد جديد تحسب له مرتبة جديدة من تاريخ هذا القيد " [42] ص 196. و بذلك فإنه إذا رهن الشريك المدين ما اختص به من عقار بعد القسمة لدائن مرتهن آخر ، فإن هذا الأخير يتقدم على هذا الدائن المرتهن إذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول.

وقد نص الشارع على أن انتقال الرهن واحتفاظه بمرتبته يجب ألا يضر برهن صدر من جميع الشركاء على الشيوع لهذا العقار، ولا بإمتهان المتقاسمين ، وفق ما جاء في ما ذكرنا بنص المادة 890 / 2 من القانون المدني الجزائري . وعليه فإن رهن جميع الشركاء على الشيوع ، وكذلك امتياز المتقاسمين ضماناً لحقوقهم المترتبة عن القسمة يظلان متقدمين على الرهن الذي انتقل إلى هذا العقار بمقتضى الحلول العيني فهذه الحقوق ورغم أنها متأخرة في المرتبة عن حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء أثناء الشيوع ومع ذلك فهي تتقدم على هذا الحق [37] ص 224.

غير أن الفقه اختلف فيمن له حق الأفضلية في حالة ما إذا كان الدائن المرتهن من أحد الشركاء قيد رهنه الجديد قبل أن يقيد الدائن من كل الشركاء.

ولتوضيح ما ذكرناه نعطي المثال التالي:

إذا افترضنا أن زيد وعمر يملكان على الشيوع منزلاً وقطعة أرض ، فقام زيد برهن حصته في قطعة الأرض لـ علي ، وقيد هذا الرهن في أول فيفري 2008 ، ثم رهن كل من زيد وعمر المنزل لخالد ، وتم قيد رهنه في أول مارس 2008 ، وبعد إجراء القسمة اختص زيد بالمنزل ، وعمر بقطعة الأرض.

ففي هذه الحالة وبمقتضى الحلول العيني ينتقل الرهن المقرر لصالح علي من قطعة الأرض إلى المنزل الذي اختص به الشريك الراهن بعد القسمة وهو زيد ، فحتى لو قام علي بإجراء القيد الجديد حسب ما يقتضيه القانون ، فإنه في هذه الحالة يفضل خالد لأنه قيد رهنه بعد القيد الأول وقبل القيد الجديد الذي أجراه علي.

غير أنه في حالة ما إذا تخلف خالد عن إجراء قيد رهنه إلى بعد القيد الجديد الذي أجره علي ، فإن هناك اختلاف في الفقه بين من يفضل عن الآخر، حيث أنه في الحالة التي يتأخر فيها الدائن المرتهن من جميع الشركاء في قيد حقه إلى بعد إجراء الدائن المرتهن من أحد الشركاء قيده الجديد جعلت الفقه ينقسم بين من يعطي الأولوية والأفضلية للدائن المرتهن من أحد الشركاء وبين من يعطيها للدائن المرتهن من جميع الشركاء.

أ- الرأي الأول: إعطاء حق الأفضلية للدائن المرتهن من أحد الشركاء. [41] ص 114

لو كان المرتهن من جميع الشركاء أو المتقاسم قد قيد حقه بعد إجراء المرتهن من أحد الشركاء قيده الجديد ، فإن هذا المرتهن تكون له الأولوية طبقاً للقواعد العامة.

ويرى أصحاب هذا القول أن الدائن المرتهن من أحد الشركاء يفضل على الدائن المرتهن من جميع الشركاء ، وحثهم في ذلك هو أن المشرع قصد بما ورد في نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري حماية الدائن المرتهن من كل الشركاء والمتقاسم من الأثر الرجعي للقيد الجديد الذي يجريه الدائن المرتهن من أحد الشركاء ، حيث تثبت مرتبة الرهن من تاريخ القيد الأول ، وبذلك فإنه في هذه الحالة يفضل على الدائن المرتهن من جميع الشركاء وعلى المتقاسم لأن المشرع أعطى للدائن المرتهن من جميع الشركاء أفضلية و لكن ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بإتمام قيد هذا الرهن قبل إجراء القيد الجديد من طرف الدائن المرتهن من الشريك.

ب- الرأي الثاني: إعطاء حق الأفضلية للدائن المرتهن من جميع الشركاء. [42] ص 196

إذا تم القيد الجديد في الميعاد السابق ذكره احتفظ الراهن بمرتبته القديمة ، إلا أن حقه لا يزاحم مع ذلك حق الدائن المرتهن من جميع الشركاء على الشيوخ ، ولو كانت مرتبته لاحقة للدائن المرتهن من أحد الشركاء وكذلك فإن هذا الأخير لا يضر بما للشركاء الآخرين من امتياز ضمانا لحقوقهم المترتبة على القسمة ، وهذه الحقوق متأخرة في المرتبة عن حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء بطبيعة الحال ومع ذلك فهي تتقدم على هذا الحق.

ويعتقد أصحاب هذا الرأي أن الدائن المرتهن من جميع الشركاء ، تكون له الأفضلية على الدائن المرتهن من أحدهم حتى في الحالة التي يكون قيد رهنه صادراً بعد القيد الجديد الذي يجريه الدائن المرتهن من أحد الشركاء [44] ص 72 ، 73.

و يعتبر هذا الحكم خروجاً عن القاعدة العامة التي تعطي الأفضلية في القيد للأسبق . غير أنهم يبررون هذا الحكم إلى أن الانتقال الذي يؤدي إلى تغيير العقار المرهون من مدين إلى آخر هو انتقال استثنائي ولحد من الآثار السلبية لهذا الانتقال جاء المشرع بحكم استثنائي يحول دون أن يضر برهن صدر من جميع الشركاء ، كما أنه تكون الأفضلية لصاحب امتياز المتقاسم على الدائن المرتهن من أحد الشركاء حتى ولو قيد رهنه في الميعاد المحدد قانوناً ، حيث يعتبر هذا الحكم تأمينا لما تنتجه القسمة من حق في رجوعه على الآخرين حتى و إن تم قيده لاحقاً للقيد الجديد الذي يجريه الدائن المرتهن من أحد الشركاء ، كما أن الرهن الصادر من جميع الشركاء أراد له المشرع أن يكون له أكثر حماية لصالح الدائن المرتهن حتى يصبح أمناً على رهنه [6] ص 104.

والجدير بالذكر في هذا المقام أن الرهن الصادر من جميع الشركاء لا يطبق عليه الأثر الرجعي الناتج عن قسمة العقار ، و الذي يعتبر فيه المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشروع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصاص ، و هذا بنص المادة 890 /1 من القانون المدني الجزائري : " 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...". وهذا ما بين الأهمية التي أعطاه المشرع لهذا التصرف مما أوجبه بحماية خاصة ، لأن اتفاق جميع الشركاء يعطي للدائن المرتهن أكثر انتمان على حقه.

و يعتبر انتقال الرهن الصادر من أحد الشركاء إلى العقار الذي اختص به بعد القسمة بموجب تطبيقات فكرة الحلول العيني ، و لأن هذا الانتقال هو استثناء ، فإن المشرع من أجل حماية حق الدائن المرتهن قرر إجراءات معينة يتخذها من أجل الحفاظ على مرتبة الرهن من تاريخ القيد الأول ، وليس من القيد الجديد ، بعد أن يكون قد احترم المدة المنصوص عليها قانوناً وهي تسعين يوماً . كما أن المشرع أراد أن يوازن بين حماية حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء وحق الدائن المرتهن من جميع الشركاء وحق امتياز المتقاسمين . وبذلك فإن هذا الإستثناء الذي نص عليه المشرع باستفادة الدائن المرتهن من أحد الشركاء من الأثر الرجعي للقيد لا يكون نافذاً في مواجهة حق الدائن المرتهن من جميع الشركاء وحق امتياز المتقاسم ، حيث يبقى حق الأفضلية لهم في حالة قيد حقهم قبل القيد الجديد للدائن المرتهن من أحد الشركاء وهذا ما قصد به المشرع عندما ذكر بأنه لا يضر انتقال هذا الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين ، أي كان يقصد لا يسري الأثر الرجعي للقيد المقرر لمصلحة الدائن المرتهن من أحد الشركاء على حقهم في القيد فقط ، دون أن يقصد بالضرر هنا أن يفضل حقهم على حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء بصفة مطلقة وفي كل الأحوال ، وعلى هذا الأساس نرى أنه بما أن القيد يمثل الوسيلة التي سنها المشرع للوعي للإعلام والاحتجاج بالرهن على الغير ، فإنه في حالة ما إذا تأخر المرتهن من جميع الشركاء في قيد رهنه فإن الأفضلية تكون للمرتهن من أحد الشركاء

طبقاً لأحكام القواعد العامة التي تعطي حق الأفضلية لمن سبق في قيد حقه ولو بيوم واحد . و لأن التقصير كان من طرف الدائن المرتهن من جميع الشركاء الذي لم يقيد رهنه في الوقت المناسب رغم علمه بحالة الشيوخ وما يترتب عنها من نتائج سلبية فإننا نعتقد أنه لا يستفيد من الإستثناء الذي منحه المشرع لفائدته إلا إذا قيد رهنه ما بين تاريخ القيد الأول وتاريخ القيد الجديد للرهن الصادر من أحد الشركاء ، و إلا فما هو الحكم لو صدر رهن ثان من جميع الشركاء على عقار معين ووقع في نصيب الدائن المرتهن نفس العقار محل النزاع ؟ فمن تكون له الأفضلية وما هو أساس هذه الأفضلية؟

أما بالنسبة لإمتياز المتقاسم ، ولأنه مرتبط بالقسمة فإنه يتأخر عادة ، وتجنباً لعدم الإضرار به كما نص المشرع على ذلك . فإننا نرى بأنه قد يأخذ برأي الإتجاه الثاني بإعطاء الأفضلية لإمتياز المتقاسم على الرهن الصادر من أحد الشركاء حتى ولو كان قيده لحقه لاحقاً للقيد الجديد على أساس أن قيد امتياز المتقاسم يتأخر عادة ، بخلاف ما هو موجود بالنسبة للرهن الصادر من جميع الشركاء ، لأنه ليس مرتبطاً بالقسمة ولديه متسع من الوقت لقيد رهنه و لا يعذر في تأخيره.

رابعاً: عند اختصاص الشريك الراهن بمنقولات.

إذا اختص الشريك الراهن بعد القسمة لا بالعقار المرهون ، ولا بعقار آخر يحل محله بل بمنقول ، فقد انقسم الفقه في حكم مصير الرهن الرسمي بعد القسمة إلى اتجاهين:

1-الاتجاه الأول:[43] ص 265 ، يرى أن الدائن المرتهن يفقد حق رهنه على العقار المرهون ، لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه ، وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لا يصلح أن يكون محلاً للرهن الرسمي ، وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن نتيجة للقسمة.

وقد تبني أغلب الفقهاء هذا الرأي ، حيث يرون أنه لا يمكن القول بالحلول العيني في هذا المقام لأن ما اختص به المدين الراهن غير قابل للرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على العقارات ، وبذلك فإن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن بزواله بعد القسمة [1] ص 40.

2-الاتجاه الثاني [44] ص 73: يرى أن الرهن في هذه الحالة ينتقل إلى هذه المنقولات ، ولكنه يتحول إلى رهن حيازي ، لأن الرهن الرسمي لا يرد على المنقولات.

ويبرر هذا الإتجاه إلى ما ذهب إليه بأن مقتضيات العدالة تلزم قياس هذه الحالة بما نص عليه المشرع في المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، حيث أنه في حالة اختصاص الشريك بأعيان أخرى غير التي رهنها ، و إعمالا بتطبيق فكرة الحلول العيني ، يكون من حق الدائن المرتهن إذا كان دينه مستحق الأداء أن يبيع المنقول وفق اتخاذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها ، ويستوفي حقه من ثمنها بالأولوية ، كما له أن يطلب قضائيا حيازة المنقول أو تسليمه لعدله يحوزها وفقا لأحكام الرهن الحيازي [6] ص 112.

رغم ما ذهب إليه الرأي الأخير من تبرير مهم ، وهو حماية و ضمان حق الدائن المرتهن من خلال تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي حتى يرد على ما اختص به المدين الراهن من منقولات ، غير أن التحول لا يمكن أن نعتبره تطبيقا لفكرة الحلول التي نظمها الشارع لأن الحلول العيني يجسد انتقال الحق من محل إلى آخر ، ولا يغير في طبيعة الحق ذاته . ولأن الرهن الرسمي يختلف عن طبيعة الرهن الحيازي ، ولا يوجد ما يؤسس هذا الانتقال في النصوص التشريعية ، فإننا نرى ترجيح ما ذهب إليه بعض الفقهاء في أن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن بزواله بعد القسمة ، كما أننا نعتقد أنه يوجد فراع قانوني لأن المشرع لم يحدد مصير الرهن الرسمي في هذا الافتراض ، مما يلزم الرجوع إلى الأحكام العامة ، غير أنه حتى لا يفقد الدائن المرتهن حقه لعدم وروده على منقول ، ولإعطاء ضمان أكثر لأصحاب الحقوق وتحقيق العدالة ، كان على المشرع أن ينص على انتقال حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب المدين الراهن أيا كانت طبيعته و لو تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي ، وبذلك يعطي الضمان الكافي لحق الدائن المرتهن ، و السند القانوني لهذا التحول باعتباره حالة استثنائية ، وهذا ما نصح به بعض رجال الفقه.

خامسا: عند اختصاص الشريك الراهن بمبلغ من النقود .

إذا لم يقع في نصيب الراهن أي جزء من العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه ، وكان نصيبه من القسمة فقط مبلغا من النقود كنتيجة للقسمة العينية للمال الشائع إذا كان يحتوي بالإضافة إلى العقار أموال أخرى ، وفي أغلب الأحيان يكون اختصاص الشريك الراهن مبلغا من النقود سببه تعذر قسمة العقار الشائع ، فتعتبر قسمة التصفية طريقا احتياطيا لإجراء القسمة لا يلجأ إليها إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلي وهو القسمة العينية للعقار الشائع ، و يمكن تكيف الإستحالة في القسمة العينية للعقار الشائع على أنها حالة شيوع إجباري وهذا ما نصت عليه المادة 722 من القانون المدني الجزائري ، في الفقرة الأولى على ما يلي " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ". وبذلك فإن مصدر الشيوع الإجباري ، قد يكون القانون مثل عدم تجزئة الأرض الزراعية إلى أقل من هكتار ، بالإضافة إلى ملكية الشقق والأجزاء المشتركة [45] ص 70.

وتبقى القسمة بالتصفية الحل الأخير الذي يلجأ إليه القاضي ، حيث أنه هو الذي يقدر مدى تحقق هذا التعذر في قسمة العقار ، و ينتج عن ذلك اختصاص الشريك بمبلغ من النقود ، فما هو مصير الرهن الذي نشأ أثناء الشروع في هذه الحالة ؟

إن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن على العقار المرهون ، لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه [42] ص 196 ، وتطبيقاً لمبدأ الأثر الرجعي الذي يترتب عن قسمة العقار سواء كانت قضائية أو كانت ودية وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية ، فإنه بموجب الحلول العيني يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشروع ، وأنه لم يملك شيئاً غيرها في بقية الحصص [1] ص 395 و يترتب على ذلك أن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى مقابل ما اختص به الشريك الراهن وهو مبلغ من النقود بدل الحصة الشائعة ، فيخصص هذا المبلغ للوفاء بالدين المضمون بالرهن [46] ص 91.

غير أن هناك اختلاف فقهي حول أساس هذا الإنتقال ، فهناك من يرى أنه تطبيقاً لنظرية الحلول العيني في حين يذهب البعض الآخر إلى أنه إلا إعمالاً لقواعد الرهن ذاته .

1- أصحاب الرأي الأول: [1] ص 41 ، إذا اختص الراهن بمبلغ من النقود ، فقد أجمع الشراح على تطبيق مبدأ الحلول على هذه الحالة ، فيكون للدائن المرتهن الحق في أن يستوفي دينه من هذا المقابل بالأولوية المقررة له وفقاً لدرجة رهنه ، إذ يعتبر أساس الإنتقال هو الحلول العيني ، والذي أخذ به الشارع في أحكام كثيرة منها ما ذكرناه سابقاً فيما يتعلق برهن الملك على الشروع إذا اختص الراهن بعقار غير الذي رهنه وذلك حسب ما نص عليه المشرع في المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، كما نص على تطبيقات فكرة الحلول العيني في حالة رهن المباني المقامة على أرض الغير في نص المادة 889 من القانون المدني وفي حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه في نص المادة 900 من نفس القانون وبالقياس لما جاء من أحكام واردة في النصوص المذكورة مع هذه الحالة ، فإن انتقال حق الدائن المرتهن إلى المبلغ الذي آل إلى المدين الراهن ما هو إلا تطبيقاً من تطبيقات فكرة الحلول العيني ، وبما أن الرهن الرسمي لا يكون محله إلا العقار فإن انتقال حق الدائن المرتهن في هذه الحالة لا يصح إلا إذا تغيرت صفة التأمين فيتحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي على أساس الإتفاق الذي كان قائماً بين الراهن والمرتهن ، وبذلك يطبق عليه أحكام رهن الدين في اتخاذ إجراءاته [41] ص 111.

2- أصحاب الرأي الثاني [9] ص 126: إذا ترتب عن القسمة أن اختص الشريك الراهن بمبلغ من النقود في مقابل حصته ، كان للدائن المرتهن أن يستوفي دينه من هذا المقابل إعمالاً لفكرة التأمين العيني الذي يخول للدائن أفضلية على كل ترجمة نقدية للشيء المرهون ، فيذهب أنصار هذا القول إلى أن أساس الانتقال ما هو إلا تجسيدا لطبيعة حق الرهن ذاته ، وإعمال قواعده بوصفه تأميناً عينياً يعطي للدائن حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة [6] ص 106 ، 107.

غير أنه يبدو لنا أن أساس انتقال حق الدائن المرتهن على المبلغ الذي اختص به الراهن ليس حق الرهن ذاته ، لأن الرهن الرسمي ينقضي بوقوع العقار المرهون في نصيب شريك آخر ، حيث يظهر العقار من أي تصرف صادر أثناء حالة الشيوخ ، ونرجح الرأي القائل بأن هذا الانتقال يكون بمقتضى الحلول العيني ، وهذا بالقياس مع الحكم الذي ورد على الانتقال الذي نص عليه المشرع في المادة 900 من القانون المدني الجزائري ، التي تقول: " إذا هلك العقار المرهون ، أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر، أو مبلغ التأمين ، أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة."

ويتضح مما ذكرناه أنه إذا كان قصد المشرع حماية حق الدائن المرتهن في ضمان دينه إذا تعرض العقار المرهون للهلاك ، أو التلف لأي سبب كان ، فإنه وجب أيضاً حماية حق الدائن المرتهن في ضمان دينه في حالة وقوع العقار في نصيب شريك غير الراهن ، أو في حالة القسمة عن طريق التصفية واختصاص الراهن بمبلغ من النقود ، و بالقياس إلى ما جاء من حكم في نص المادة 900 من القانون المذكور أعلاه ، فإنه يكون أساس انتقال حق الدائن المرتهن إلى مبلغ من النقود تطبيقاً من تطبيقات نظرية الحلول العيني.

أما فيما يتعلق بأولوية حق الدائن المرتهن على الثمن أو مبلغ من النقود الذي اختص به مدينه ، فقد اختلف الفقه أيضاً في هذا الحكم ، و انقسم بين من يرى أن هناك أولوية للدائن المرتهن على الثمن أو المبلغ الذي اختص به المدين الراهن ، وبين من لا يقر بهذه الأولوية.

3- الرأي القائل بوجود أولوية: إذا اختص المدين الراهن بالثمن أو بمبلغ من النقود بمقتضى قسمة العقار الشائع ، فإن للدائن المرتهن أولوية على هذا المبلغ من النقود أو الثمن [38] ص 153 ، غير أنه يميز فيما إذا كان الدين مستحق الأداء أو غير ذلك.

أ- في الحالة التي يكون فيها الدين مستحق الأداء: [43] ص 265

إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود ، وبذلك له أن يباشر حقه في الأفضلية على ما اختص به المدين الراهن من حقوق نقدية وهذا بناء على ما نص عليه المشرع في المادة 907 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا اجروا القيد في يوم واحد."

وهذا ما يعمل به القانون البلجيكي الصادر عام 854 ، في حين أن القضاء الفرنسي أخذ بمبدأ الأثر الرجعي للقسمة الذي اعتبر فيه أن حق الدائن المرتهن قد زال وانقضى ، سواء كان في مواجهة الشريك الذي اختص بالعقار المرهون ، أو في مواجهة غيره من دائني الراهن وهو الحكم الذي يرون أنه لا يستقيم مع روح العدالة ويتنافى مع إرادة المشرع في حماية الدائن المرتهن [42] ص 197.

ب- في حالة الدين غير مستحق الأداء: [37] ص 223

إن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن على العقار المرهون ، لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه كما لا ينتقل رهنه إلى مبلغ النقود ، ولكن يكون من حقه أن يستوفي دينه من هذا المبلغ بما له من حق أفضلية على غيره.

حيث يرى بعض الفقهاء أن أجل الدين يسقط بسبب إضعاف التأمين المقرر لمصلحة الدائن المرتهن من طرف المدين الراهن إلا إذا قدم المدين تأميناً آخر ، وذلك يرجع إلى أن عدم اختصاصه بجزء من العقار هو تقصير منه لعدم بذله الجهد الكاف لإختصاصه بالعقار المرهون ومن ثم فإنه يسقط أجل الدين المقرر لمصلحة الدائن كجزاء على هذا التقصير.

غير أن هناك من يرى غير ذلك ، ويعتقد أنه [44] ص 73 ، إذا لم يكن أجل الدين قد حل فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يطلب إيداع المبلغ مع استغلاله بالإتفاق مع الراهن في أنفع الوجوه ، حيث يحل أجل الدين و يستوفي الدائن المرتهن حقه ، وهذه هي صور رهن الدين.

وبذلك فإن أجل الدين لا يسقط بل يطبق على هذه الحالة ما جاء به المشرع من حكم في نص المادة 980 من القانون المدني الجزائري ، والتي تقول : " إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معا ويستطيع كل من هذين الآخرين أن يطلب من المدين إيداع ما يؤديه لينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه ، وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا

على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على انفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن ."

و نرى بأن الحكم الأقرب إلى الصواب هو الذي يميز بين حالتين ، ففي الحالة التي يكون فيها هناك تقصير من المدين في اتخاذ الإحتياطات اللازمة لوقوع جزء من العقار في نصيبه فإنه يعاقب عن إهماله بسقوط أجل الدين ، وعليه يستطيع الدائن المرتهن أن يستوفي دينه مما اختص به المدين الراهن من نقود غير أنه في الحالة التي لا يكون فيها تقصير من طرف المدين الراهن ، وهذا ما يحدث عادة لأن نتائج القسمة تكون خارجة عن إرادته ، فإن الرهن ينتقل ليشمل مبلغ النقود وفقا لما جاء في نص المادة 980 من القانون المدني الجزائري . حيث لا يوجد مانع من تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي عند استقراء ما جاء في نص المادة ، و ذلك من أجل إعطاء الضمان الكافي لحق الدائن المرتهن ، وليس كعقوبة على تقصير المدين الراهن لعدم بذله جهدا في اختصاصه بالعقار المرهون.

4- الرأي القائل بعدم وجود أولوية: يرى أنه بمقتضى الأثر الكاشف للقسمة ، فإن الرهن يصبح واقعا على ملك الغير مما يؤدي إلى انقضائه لصدوره من غير مالك ، حيث يعتبر أن الراهن لم يملك العقار منذ نشوء الشيوع ، فإذا تم بيع العقار المرهون بالمزاد العلني كما تستوجب الإجراءات القانونية في البيع بالممارسة ، فإن البيع يطهر العقار من الرهن ولا يكون للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار لدى الراسي عليه المزاد مما لا يعطيه أولوية على ما اختص به الراهن بموجب قسمة التصفية من الثمن أو المبلغ [6] ص 109 ، 110.

و بالرجوع إلى نص المادة 907 من القانون المدني السالفة الذكر ، فإننا نرجح الإتجاه القائل بأن هناك أولوية للدائن المرتهن على المبلغ الذي اختص به مدينه الراهن على أن تستوفي إجراءات نفاذ رهن الدين كما نصت عليه المادة 975 من القانون المدني بقولها : " لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه ، أو بقبوله له وفقا للمادة 241 ، ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى المرتهن ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول" . و بذلك لا بد من توفر شروط نفاذ رهن الدين من حيازة المرتهن لسند الدين ، حيث يقوم المرتهن بالتنبيه على الشركاء بعدم الوفاء للمدين هذا إذا كان الدين مؤجلا أما إذا كان الدين حال الأداء ، فإنه يطبق ما جاء في نص المادة 980 من القانون المدني الجزائري ، غير أنه إذا لم يختص المدين الراهن لا بالعقار المرهون ولا بالثمن الذي اختص به شريك آخر بمقتضى القسمة ، فإنه لا يكون للدائن المرتهن حق على هذا الثمن ، ولو بقدر الحصة الشائعة المرهونة فليس له بذلك أن يدعي أن له رهنا على العقار المبيع يخول له استيفاء دينه من ثمنه بالأولوية.

2.3.1 . رهن الشريك حصته الشائعة رهنا حيازيا

بعدها تناولنا رهن الشريك رهنا رسميا لحصته الشائعة ، سوف نتطرق في هذا المطلب إلى حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة في الحالة التي يترتب عليها رهنا حيازيا ، ولهذا كان لابد منا بداية التطرق إلى حكم هذا التصرف ، ثم و لأنه يشترط حيازة الشيء المرهون فإنه يستوجب علينا تناول صور حيازة الحصّة الشائعة ، كما سنتعرض إلى مصير الرهن الحيازي بعد القسمة.

1.2.3.1 . حكم رهن الشريك لحصته الشائعة

سبق و أن رأينا أن المشرع نظم الرهن الرسمي الوارد على عقار مملوك على الشيوع بنص المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، ولكنه لم يحل إلى هذا النص من بين النصوص التي قضت المادة 950 من نفس القانون بسريانها على الرهن الحيازي و المتعلقة بالرهن الرسمي.

و لذلك فإنه بصدد الرهن الحيازي نرجع إلى الأحكام العامة التي وضعها المشرع بشأن التصرف في المال الشائع بوجه عام ، فبالرجوع إلى نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري نجد كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات ، و بالتالي يجوز له أن يرهن حصته الشائعة رهنا حيازيا ، و يقع الرهن صحيحا [1] ص 33.

و رغم عدم وجود نص صريح بجواز رهن الحصّة الشائعة رهن حيازة ، غير أن هذا التصرف يقع صحيحا ، لأن المشرع لم يعتبر الحيازة ركنا لإنعقاد العقد ، فالحيازة الفعلية ليست بشرط ، حيث أن تسليم الشيء المرهون أصبح التزاما وليس ركنا ، وهذا ما ذهب إليه الشارع المصري عندما جاء في المذكرة الإيضاحية للتشريع المصري بما يلي: " أما رهن المشاع رهن حيازة ، فيخضع للقواعد العامة إذا لم يرد فيه نص خاص ، فيجوز رهن الحصّة المشاعة رهن حيازة ، كما يجوز أن يرهن الشريك في الشيوع نصيبا مفرزا ، والعبرة بنتيجة القسمة " [6] ص 113.

وبما أن الرهن الحيازي يلزم وجوب أن يحوز الدائن المرتهن الشيء المرهون وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 951 من القانون المدني الجزائري ، بقولها : " ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن ، أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه". فالحيازة شرط لنفاذ

الرهن الحيازي على الغير ، وبما أن طبيعة الملكية الشائعة تجعل الحيازة مستحيلة لمساسها بحقوق بقية الشركاء [9] ص 125 ، فهل يمكن تصور هذه الحيازة دون أن تلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء؟

للإجابة عن هذا التساؤل سوف نعرض حالات وصور يمكن أن تتحقق فيها حيازة الحصة الشائعة المتصرف فيها ، و بالتالي يصبح الرهن الحيازي نافذا في مواجهة الغير .

2.2.3.1 . أهم صور حيازة الحصة الشائعة

أولا: اتفاق الراهن والمرتهن وباقي الشركاء على تسليم العقار الشائع إلى أحد الشركاء أو إلى أجنبي فيحوزه بصفته عدلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة ، وبصفته مديرا بالنسبة إلى باقي الحصص .
ثانيا: اتفاق جميع الشركاء على تسليم العقار المرهون كله إلى الدائن المرتهن ، فيحوز الحصة المرهونة باعتباره دائئا مرتهنا ، وبصفته وكيلا أو مديرا فيما تبقى بسائر الحصص .
ثالثا: في حالة أن يكون العقار الشائع محل قسمة مهاية ، فقد يحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة نصيبه المفرز الذي اختص لهذا الأخير عن طريق قسمة المهاية [2] ص 766 .

ويصبح الرهن نافذا في حق الشركاء دون انتظار نتيجة القسمة ، فيكون للدائن المرتهن إذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحصة الشائعة ببيعها في المزاد العلني وفق ما يتطلبه القانون ، واقتضاء دينه بالأولوية من ثمنه ، ولأن حكم هذا التصرف يطبق عليه نفس الأحكام المتعلقة بترتيب الرهن الرسمي في حالة حلول أجل الدين قبل إجراء القسمة . فإننا سوف نتجنب إعادة و تكرار ما ذكرناه سابقا ، ونحيل إلى ما تناولناه في مصير الرهن الرسمي قبل إجراء القسمة ، ويبقى أن ننظر في مصير الرهن الحيازي بعد القسمة .

3.2.3.1 . مصير الرهن بعد القسمة

إذا أجريت القسمة قبل حلول أجل الدين فإن حق الدائن المرتهن يتركز في الجزء المفرز الذي اختص به الشريك الراهن في حدود الحصة المرهونة ، كأثر طبيعي للقسمة بما لها من أثر رجعي ، إذ أن الشريك الراهن يعد مالكا لهذا الجزء منذ بداية الشروع ، وأنه لم يملك غيره في بقية الحصص ، فلا يعد ذلك تطبيقا لفكرة الحلول العيني ، و يكون هذا كما ذكرنا في حالة ما إذا اختص الشريك الراهن بالحصة الشائعة المرهونة [14] ص 174 ، وبالتالي يكون له نفس الحكم في حالة ترتيب الرهن الرسمي .

غير أن الإختلاف الفقهي انصب على الحالة التي يكون فيها الشريك قد اختص بأعيان غير التي رهنها لأنه في الرهن الحيازي لم يرد نص يبين هذا الحكم عكس ما جاء بالنسبة للرهن الرسمي ، أين نص المشرع على حكم هذه الحالة بتطبيق الحلول العيني ، مما جعل الفقه ينقسم إلى اتجاهين:

أولاً: الإتجاه الأول.

ذهب بالقول إلى أن ما جاء في نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، والمتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني في حالة ما إذا تم ترتيب رهن رسمي من طرف الشريك على حصته الشائعة ، هو حكم استثنائي مخالف للقواعد العامة ، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال التوسع في تفسيره وتطبيقه على الرهن الحيازي الذي لم يخصصه المشرع بنص يحكم هذه الحالة ، وعليه نرجع في ذلك إلى الأحكام العامة مما يعني أن نص المادة المذكورة تقتصر فقط على الرهن الرسمي ، و بالتالي إذا رهن الشريك حصته الشائعة رهن حيازة فإن هذا الرهن يقع صحيحاً و نافذاً في مواجهة باقي الشركاء ، غير أنه يبقى مرتبطاً بنتيجة القسمة حيث أنه إذا اختص الشريك الراهن بالحصصة المتصرف فيها فإن الرهن ينصب عليها ، أما إذا اختص الشريك بأعيان أخرى غير التي رهنها ، أو بجزء من العقار غير الذي رهنه فإن الرهن لا ينفذ في حق من اختص بالمرهون إلا في حالة ما إذا اقره ، لأنه يعتبر واقعا على ملك الغير كما أن الرهن لا ينتقل إلى ما اختص به الشريك الراهن بعد القسمة [6] ص 115 ، 116 ، و بالتالي فإن الرهن الحيازي في هذه الحالة ينقضي لصدوره من غير مالك نتيجة الأثر الرجعي للقسمة وعدم تطبيق نظرية الحلول العيني.

ثانياً: الإتجاه الثاني.

ذهب أغلبية الفقهاء إلى تطبيق ما جاء في نص المادة 890 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالرهن الرسمي على الرهن الحيازي عن طريق القياس ، وبذلك الأخذ بالأحكام التي نص عليها المشرع والمتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني [14] ص 175 ، وحتى لا نكرر ما قد كنا ذكرناه سابقاً ، فإن أصحاب هذا الإتجاه يرون أن مصير الرهن الحيازي في هذه الحالة هو نفسه مصير الرهن الرسمي بعد القسمة في حالة اختصاص الشريك الراهن بأعيان غير التي رهنها وبالتالي يطبق عليه نفس الأحكام التي ذكرناها.

كما أنه تسري الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي على الرهن الحيازي ، حيث أحالة المادة 950 من القانون المدني الجزائري إلى ما جاء في المادة 904 من نفس القانون و المتعلقة بالرهن الرسمي والتي تنص على ما يلي: " لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير ، إلا إذا قيد العقد ، أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار...".

رغم أن أغلب الفقه ذهب إلى تبني الرأي الثاني والقائل بتطبيق أحكام نص المادة 890 من القانون المدني ، إلا أننا نرى بأن المشرع الجزائري عند تناوله للأحكام التي تنظم الرهن الحيازي أحال في المادة 950 من القانون المدني الجزائري ما يسري على الرهن الحيازي إلى أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي ، في حين لم يضم المشرع المادة 890 مع نصوص المواد التي أحال إليها ، مما يعني أنه قصد إبعاد الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي المذكورة في نص المادة و المتعلقة بتطبيق فكرة الحلول العيني.

فكان على المشرع لو أراد أن يطبق على الرهن الحيازي ما جاء في الرهن الرسمي بموجب المادة 890 أن يحذو ما حذا فيما يخص أحكام النصوص الأخرى المنظمة للرهن الرسمي ، و بالتالي كان عليه أن يحيل إلى نص المادة 890 من القانون المدني مثلما أحال إلى المواد الأخرى المنظمة للرهن الرسمي حتى يطبق أحكامها على الرهن الحيازي ، مما يستوجب في هذه الحالة تطبيق الأحكام العامة على مصير الرهن الحيازي ، و الأخذ بما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول.

3.3.1 . شهر تصرفات الشريك

القيود هو إجراء ضروري في الحياة العصرية لضمان تأمين المعاملات العقارية و القروض الممنوحة للتعامل في العقار ، و على غرار جل التشريعات عمل المشرع الجزائري بالإضافة على اشتراط الرسمية كركن في العقود ، إلى فرض القيد و تعميمه ، سواء كان ذلك لإنشاء حقوق أو الإحتجاج بها في مواجهة الغير ، و يستدعي منا الإسهاب في هذه النقطة تناول تصرفات الشريك الواجبة الشهر في الفرع الأول ثم التطرق إلى الآثار المترتبة عن القيد في الفرع الثاني.

1.3.3.1 . تصرفات الشريك الواجبة الشهر

يمكن تعريف القيد[47] ص 63 ، بأنه مجموعة إجراءات و قواعد قانونية تقنية تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات ، سواء كانت كاشفة ، منشأة ، ناقلة ، معدلة أو منهيبة لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي، بغض النظر عن نوع التصرف ، عقدا كان أو حكا أو قرارا إداريا ، سواء كان مصدر حق التصرف قانوني أو واقعة مادية .

وقد ألزم المشرع الجزائري ضرورة مراعاة الإجراءات المتعلقة بإشهار العقار في كل التصرفات الواردة على عقار ، و التي من بينها التصرفات المرتبة من طرف الشريك على العقار الشائع ، إذ لا يكون لها أي أثر حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة ما لم يتم شهر هذه التصرفات في المحافظة العقارية و هذا ما تنص عليه المادة 29 من قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري [49] بأن كل إثبات للملكية الخاصة للأمالك العقارية و الحقوق العينية يتم بموجب عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري [48] ص 33.

و بصدر الأمر رقم 74-75 ، المؤرخ في 12/11/1975 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري [50] ، و المرسوم رقم 63-76 ، المؤرخ في 25/03/1976 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المطبق لهذا الأمر ، و الذي عدل ثلاثة مرات سنوات (1980،1988،1993) إلى جانب المراسيم التنفيذية المتعلقة بالمسح و القانون رقم 90-25 المذكور أعلاه و المتضمن التوجيه العقاري ، كلها جسدت التأكيد على الإتجاه الجديد لنظام الشهر في الجزائر ، و المتمثل في نظام الشهر العيني بعد أن اتبعت نظام الشهر الشخصي في مرحلة سابقة ، لكن في الواقع لا يمكن أن يتم تجسيد هذا النظام ميدانيا إلا تدريجيا بتقديم عملية مسح الأراضي ، لأن الارتباط بينهما وثيق [47] ص 41 ، و لأن عملية المسح تتم بوتيرة بطيئة نظرا لأسباب مادية و تقنية و أمنية ، فإن ذلك أدى إلى بقاء مساحات شاسعة من الأراضي لم تمسها عملية المسح ، مما جعل تطبيق هذا النظام لا يكون إلا على مستوى المناطق الممسوحة إلى غاية تعميمه بإتمام عملية المسح ، ولذلك فإن آثار الشهر تختلف حسب النظام المعتمد من طرف المشرع ، إذ أن نظام الشهر الشخصي يهدف أساسا إلى إعلام الجمهور بوقوع التصرف في حين يعتبر القيد في الشهر العيني مصدرا للحقوق المشهورة ، و أساسا لإتمام نقل الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين. [51] ص 28

و لقد تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني لما يتميز به من وظائف عدة نذكر منها: [25] ص 105 ، 106.

- إعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار .
- دعم الإلتمان العقاري .
- تسهيل تداول العقارات .
- ضمان سلامة التصرفات العقارية.
- ترتيب الأثر العيني في عملية البيع ، و هو نقل الملكية العقارية .

و قد جاء الأمر رقم 74-75 المذكور أعلاه مطابقا لما تناولته المادة 793 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

فباستقراء نص المادة يتضح أن المشرع اشترط القيد من أجل نقل الملكية في العقارات ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 68467 ، المؤرخ في 1990/10/21 بما يلي : " و إن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني " [19] ص 86 و هو شرط يشمل كذلك كل الحقوق العينية الأخرى بصفة عامة و هذا ما أكدت عليه المادة 16 من الأمر رقم 74-75 المذكور أعلاه ، التي تنص على ما يلي: " العقود الإدارية ، و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ شهرها في مجموع البطاقات العقارية ." و يتضح من خلال ما ذكرناه من نصوص أنه بغض النظر عن نوع التصرف أو الجهة التي أصدرته ، وسواء كان كاشفا أو منشئا للحق لا وجود له إلا من وقت قيده بمصلحة الشهر ، كما أن نص المادة 16 من الأمر 74-75 المذكور أعلاه جاء عاما ، حيث يتضح منه أنه يشمل بالإضافة إلى الحقوق العينية الأصلية الحقوق العينية التبعية كالرهن و حق التخصيص و الإمتيازات المتعلقة بالعقارات [47] ص 65.

و بذلك فإن كل التصرفات التي يرتبها الشريك ، سواء الناقل للملكية كالبيع و الهبة أو المنشئة للحقوق المنبثقة عن حق الملكية كحق الإنتفاع ، و كذا المنشأة للحقوق العينية التبعية كالرهن و حق التخصيص و حق الإمتياز يجب شهر العقود و الأحكام المنشأة لها في المحافظة العقارية .

إلا أنه فيما تعلق بالقيود الرهنية و الامتيازات تبقى اختيارية ، غير أنه يترتب عن عدم قيدها عدم الاحتجاج بها على الغير ، كما ألزم المشرع في قانون الشهر الموثقين و الموظفين و كتاب الضبط كل في حدود اختصاصه إشهار العقود و الأحكام و القرارات الإدارية الواجبة الشهر ، و هذا ضمن آجال محددة بالمادة 90 من المرسوم 63-76 المذكور أعلاه ، و بالإضافة إلى اشتراط المشرع الرسمية في العقود المنشئة للتصرفات الواجبة الشهر فقد ألزم احترام مبدأ الأثر الإضافي للشهر ، أي أنه لا يمكن إشهار حق ينصب على عقار ما لم يتم إشهار السند السابق للمتصرف طبقا لأحكام المادة 88 من المرسوم رقم 63-76 ، غير أن المشرع استثنى حالة القيد الأول في إطار عملية مسح الأراضي و العقود العرفية المكتسبة بتاريخ سابق قبل جانفي 1971 ، حسب ما جاء في نص المادة 89 من المرسوم المذكور [51] ص 28 ، 29.

2.3.3.1 . الأثار المترتبة عن الشهر

لا تنتقل الحقوق و لا تتغير و لا تزول لا بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير إلا من تاريخ القيد ، فلا تنتج عن تصرفات التي ينشئها الشريك المشتاع ، و التي لم تشهر سوى التزامات شخصية بين أطراف العقد حيث أنه إذا كان التصرف بيعا أو هبة ، لا تنتقل الملكية إلا بشهر العقد المنشأ لها ، كما أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد ، كالرجوع بأثار القيد إلى تاريخ إنشاء العقد ، لأن العبرة بالقيد و ليس بتاريخ إنشاء العقد الذي لا يكون له أثر لنقل الملكية. و هذا ما يجعلنا نقول أن القيد يلغي سلطان الإرادة و يلزم المتصرف على إشهار تصرفه لتنتج آثارها [47] ص 67 ، 68 ، و هذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر 74-75 المذكور أعلاه بما يلي: " أن كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بالعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها بمجموعة البطاقات العقارية ."

يفهم من هذا النص أن المشرع الذي أخذ بنظام الشهر العيني لم يعترف بغير القيد للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية ، فإذا تم إنشاء هذه الحقوق فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد ، كما يجعل أصحاب الحقوق المشهورة ، و كل من يتعامل معهم على أساس القيد في مأمن من أي تصرف يصدر دون قيده ، و يغير في الحقوق أو سلطة أصحابها عليها ، و بذلك الحق العيني الذي يرتبه الشريك على العقار الشائع لا يكون له وجود قانوني ، و لا يمكن الإحتجاج به سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا من تاريخ الإشهار [48] ص 23 ، و يكون التسجيل بالمحافظة العقارية مناط الإحتجاج ، و ذلك بالنسبة لجميع المعاملات الواردة على عقار سواء كانت ترتب حقوقا عينية أصلية أو تبعية ، وبالتالي إذا تصرف الشريك في ذات الحصة الشائعة ببيعها مرة ثانية إلى مشتر آخر ، فإن المفاضلة في هذه حالة عند تزام المشترين لهذه الحصة تكون على أساس الأسبقية في شهر عقد البيع ، حيث أن ملكيتها تنتقل إلى من اتخذ إجراءات الإشهار قبل الآخر ، و لو بساعات محدودة حتى و لو كان هو المشتري الثاني .

و يتم شهر الحقوق إما عن طريق التسجيل ، عندما يكون الحق المراد شهره حقا عينيا أصليا ، و إما عن طريق القيد بالنسبة لشهر الحق العيني التبعي ، و أما الدعاوي التي يكون محلها الطعن في صحة التصرفات التي تتضمنها المحررات المتعلقة بالحقوق العقارية و دعاوي الإستحقاق لأي حق من الحقوق العينية العقارية و منطوق الحكم في الدعاوي المذكورة ، فيكون الشهر فيها عن طريق التأشير الهامشي [52] ص 11 ، 12 ، 16 ، 18 .

الفصل 2

تصرف الشريك في حصة مفرزة

سبق وأن ذكرنا بأن تصرفات الشريك في العقار الشائع قد تنصب على حصته الشائعة وهذا ما عالجه الفصل الأول من هذه الدراسة ، كما قد ينصب ذلك التصرف على جزء مفرز من العقار المملوك على الشيوع تعادل حصته الشائعة فيه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية للمادة 714 من القانون المدني الجزائري ولتناول هذا النوع من التصرفات كان من المهم النظر في مدى صحتها ، ويستدعي ذلك البحث في مدى تأثير هذه التصرفات على حقوق باقي الشركاء في الشيوع ، وبما أن الشيوع حالة استثنائية مآلها التحول إلى ملكية مفرزة فقد كانت التصرفات الواردة عليها تتميز بعدم الإستقرار ، مما جعل من الضروري التطرق إلى مصير ما رتبته الشريك من تصرفات بعد انقضاء حالة الشيوع .

وبذلك فإن الدراسة تتطلب منا بداية النظر في حكم تصرف الشريك قبل قسمة العقار الشائع في المبحث الأول ، ثم عرض حكم تصرف الشريك بعد إجراء القسمة في المبحث الثاني ، كما أن هناك تصرفات أخرى يرتبها الشريك كان لا بد من الإلمام بها ، وهي في الحالة التي تنصب على كل العقار الشائع ، وفي الحالة التي يملك فيها الشريك على الأقل ثلاثة أرباع العقار ، وهذا ما سوف نتطرق إليه في المبحث الثالث أما المبحث الأخير فنتناول فيه القيود الواردة على تصرفات الشريك .

1.2 . حكم تصرف الشريك قبل قسمة العقار

تختلف طبيعة التصرف باختلاف طبيعة الملكية محل هذا التصرف ، وحيث أن قسمة العقار الشائع هي الفاصل بين الملكية الشائعة والملكية المفرزة ، فإن حكم تصرف الشريك في جزء مفرز قبل وقوع القسمة يختلف عن حكمه بعد إجرائها ، و تناول التصرف في فترة الشيوع يستدعي منا تبيان طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز ، و يكون ذلك في المطلب الأول ، و بما أن حكم التصرف بين أطرافه يختلف عنه في مواجهة سائر الشركاء ، فإنه يتطلب منا بداية الوقوف على حكم التصرف في العلاقة بين أطرافه في المطلب الثاني ، ثم عرض حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء في المطلب الثالث.

1.1.2 . طبيعة تصرف الشريك في جزء مفرز

من أجل تبيان الأحكام المتعلقة بالتصرفات التي يرتبها الشريك على حصة مفرزة ، كان من الضروري إدراك طبيعة هذه التصرفات .

فقبل أن ينظم الشارع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية تصرف الشريك في جزء مفرز كان هناك خلاف حول حكم هذا التصرف ، حيث لا يوجد نص بشأنه كما هو الحال في القانون الفرنسي وكما كان الحال في التقنين المصري السابق.

فذهب رأي إلى القول أن تصرف الشريك في جزء مفرز ، هو تصرف في ملك الغير فيما يوازي حصص باقي الشركاء ، مما يعطي للمتصرف إليه الحق في طلب إبطال التصرف لحلوله على ملك الغير كما يكون لباقي الشركاء تأكيد حقوقهم على هذا الجزء برفع دعوى الإستحقاق دون الإنتظار إلى نتيجة القسمة.

ويذهب رأي ثان وهو الإتجاه الذي كان راجحا في مصر في ظل التقنين المدني السابق إلى اعتبار أن تصرف الشريك في جزء مفرز موقوفا على نتيجة القسمة ، بحيث يستقر هذا التصرف نهائيا إذا ما وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف بعد إجراء القسمة ، غير أنه إذا لم يختص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه ، وإنما وقع في نصيب شريك آخر فإن التصرف يعتبر صادرا من غير مالك ، ويكون بذلك للمتصرف إليه طلب إبطاله ؛ أما قبل إجراء القسمة فلا مجال لطلب إبطال التصرف على أساس أنه تصرف في ملك الغير ، كما لا يكون لباقي الشركاء رفع دعوى الإستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه ، لأنه لم يتضح بعد مصير التصرف [13] ص 175 ، 176.

غير أن ما نص عليه المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية يحسم هذا الخلاف حيث جاء في نص المادة 714 / 2 ما يلي: " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " .

و بالرغم من تنظيم المشرع لتصرف الشريك في حصة مفرزة ، إلا أن الخلاف لا زال قائما حول تكييف هذا التصرف ، ويرجع ذلك إلى أن المشرع قد قفز مباشرة إلى تحديد مصير التصرف بعد القسمة

دون أن يكشف عن حكم هذا التصرف قبل إجراء القسمة ، فانقسم الفقه أيضا حول هذا الموضوع ، حيث اعتبر البعض منهم أن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر تصرفا فيما لا يملك ، وذهب آخرون إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز يقع صحيحا كالتصرف في حصة شائعة ، فيما اتجه أغلب الفقه إلى اعتباره تصرفا صحيحا بين طرفيه و غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء ، وسوف نذكر هذه الآراء بأكثر تفصيل فيما يلي :

1.1.1.2 . تصرف في ملك الغير.

إذا كان للشريك الحق في التصرف في حصته الشائعة ، ويقع تصرفه صحيحا نافذا في مواجهة باقي الشركاء ، فإنه في المقابل لا يجوز له أن يتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع ولو كان معادلا لحصته الشائعة ، لأنه حتى في هذا الجزء يشاركه بقية الشركاء في ملكية كل الحصة الشائعة بنسبة ما يملكه كل منهم في العقار الشائع ، فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء و يعتبر في تصرفه اعتداء على حقوقهم ، كما يعتبر فيه معنى قسمة العقار الشائع قسمة جزئية بإرادته وحده وهو حق لا يملكه لأن القسمة لا تكون إلا بإجماع الشركاء أو بحكم قضائي [53] ص 323 ، ولذلك يكون للمتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير دون حاجة لإنتظار نتيجة القسمة ولو كان يعلم أن الشيء المتصرف فيه غير مملوك للشريك [12] ص 137.

و لباقي الشركاء أن يتجاهلوا هذا التصرف ، ويعتبروه لم يكن ، كما لهم أن يرفعوا دعوى الإستحقاق على الشريك المتصرف والمتصرف إليه في حالة كان التصرف ناقلا للملكية ويكون ذلك لتأكيد حقوقهم الشائعة في هذه العين ، وليس للحكم لهم بجزء مادي من العين المباعة ، ولا تكون دعواهم عندئذ سابقة لأوانها ، لأن المتصرف لا يملك في الجزء المتصرف فيه إلا مقدار نصيبه في الشيوع .

كما اعتبر أصحاب هذا الإتجاه أن ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية ، التي رأت أن هذا التصرف ينفذ في مواجهة باقي الشركاء ، لكن لا باعتباره تصرفا في حصة مفرزة ، وإنما باعتباره " في حكم التصرف في قدر شائع " ، هو قول يصعب تقبله على أساس أنه حمل إرادة المتعاقدين ما لم تتجه إليه ، لأن هذه الإرادة اتجهت نحو التصرف في جزء مفرز ، وليس في حصة شائعة [53] ص 324.

2.1.1.2 . تصرف صحيح كالتصرف في حصة شائعة

يذهب رأي ثان إلى القول بأن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر صحيحا لصدوره من مالك. و يبرر أصحاب هذا الإتجاه ما ذهبوا إليه ، باعتبار أن التصرف في جزء مفرز كالتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه ؛ على أساس أنه لا يمكن أن تكون للمتصرف إليه حقوق أكثر مما كانت عليه لسلفه الذي لم يكن له ملكية مفرزة ، وبذلك يتحول التصرف الوارد على حصة مفرزة إلى تصرف في حصة شائعة . و قد وجهت لهذا الرأي عدة انتقادات لأنه ينسب إلي إرادة المتعاقدين ما لم تتصرف إليه لا في الحقيقة ولا في الظاهر ، كما أن ما جاء به المشرع في المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، أين نص على أن حق المتصرف إليه ينتقل إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بمقتضى القسمة ، يبقى المتصرف هو المتقاسم ، وهذا ما يتعارض مع ما اعتقده أصحاب هذا الرأي في أن المتصرف إليه يصبح هو الشريك على الشيوع ، وهو المتقاسم إذا ما تمت القسمة بعد التصرف ، فلو اعتبر المشرع أن التصرف يصبح بعد أن صدر ، على أساس أنه تصرف في حق شائع و ليس في جزء مفرز لجعل المتصرف إليه هو المتقاسم باعتباره شريكا لبقية الشركاء [9] ص 129.

3.1.1.2 . تصرف صحيح بين طرفيه وغير نافذ في حق باقي الشركاء

يرى اتجاه ثالث أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يقع صحيحا بين طرفيه لصدوره من مالك ، غير أنه لا يكون نافذا في حق باقي الشركاء [4] ص 128 ، فهو تصرف صحيح بين طرفيه لكونه واردا على حصة مفرزة ، وليس باعتباره واردا على حصة شائعة كما يرى بعض الفقهاء .

وعلى هذا الأساس لا يكون للمتصرف إليه الحق في طلب إبطال التصرف لصدوره من غير مالك ولا يبق له سوى أن يطلب ذلك طبقا للقواعد العامة في حالة الغلط عند تحقق شروطه [4] ص 129 و 130. ولأن المتصرف لا يملك في الجزء الذي تصرف فيه إلا مقدار نصيبه في الشيوع فإنه يترتب على ذلك عدم نفاذ التصرف قبل باقي الشركاء ، ويكون لهم بذلك إقرار التصرف ليقع صحيحا ، أو رفع دعوى الإستحقاق لتأكيد حقوقهم على الجزء المفرز المتصرف فيه [54] ص 101.

ومن أهم ما نتج على اعتبار التصرف غير نافذ في حق سائر الشركاء ، هو عدم اعتبار المتصرف إليه شريكا في الشيوع ، فلا يحل محل المتصرف ، ولا يكون له بذلك ما للشريك في الشيوع من حقوق

مثل الحق في طلب القسمة والحق في الشفعة والإسترداد ، بل يبقى المتصرف هو الشريك طوال فترة الشيوخ [55] ص 211.

ويعتبر ما جاء به أصحاب القول الأخير ، والذي يؤيده أغلب رجال الفقه التكيف الصحيح لحق الشريك في التصرف في حصة مفرزة ، وهو التكيف الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في تنظيم أحكام هذا التصرف ، وهي نظرة صائبة في تأهيله وعملية في تطبيقه ، فأعطى المشرع للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، رغم أن ذلك يرجع إلى تطبيق القواعد العامة في شأن صحة الرضا وخلوه من العيوب ومنها عيب الغلط ، وبهذا الحكم فإن المشرع قصد إبراز أن حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف يقوم على هذا الأساس وحده دون أن يكون ذلك على أساس صدور التصرف من غير مالك ، مما يعني أن التصرف بين طرفيه يقع صحيحا ، و يضيف المشرع في تأكيد ذلك بإعمال فكرة الحلول العيني إذا أجريت القسمة ، ولم يختص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه ، إذ يبقى على التصرف ، ولكنه يغير من محله ، فيورده على الجزء الذي آل إلى المتصرف بالقسمة ، وفي هذا نفي قاطع لاعتبار التصرف صادر من غير مالك بعد القسمة ، ويكون هذا النفي من باب أولى أثناء الشيوخ وقبل إجراء القسمة.

وإذا كان المشرع قد عرض حكم التصرف فيما بين أطرافه دون النظر في ذلك بالنسبة إلى باقي الشركاء ، فإنه يستشف من نص المادة المذكورة تأكيدا على عدم نفاذ التصرف في حق باقي الشركاء لأنه قد قرر تجسيد فكرة الحلول العيني بعد إجراء القسمة بتحويل محل التصرف إلى ما اختص به المتصرف ويكون بذلك قد اظهر عدم نفاذ التصرف في حق هذا الشريك الذي اختص بالجزء المتصرف فيه بعد إجراء القسمة ، ومن ذلك الإستمرار لعدم نفاذه أصلا في حقه منذ إنشائه ، ومنه يكون التكيف الصحيح لهذا التصرف هو اعتباره صحيحا فيما بين أطرافه ، ولكنه لا يكون نافذا في مواجهة باقي الشركاء ، وهذا ما ذهب إليه أغلب التشريعات العربية .

بعدها رأينا طبيعة حق الشريك في التصرف بجزء مفرز ، كان علينا أن ننظر في أنواع التصرفات التي يترتبها الشريك ، وفي هذا المقام اختلف الفقه في تحديدها ، فذهب البعض إلى القول أنها جميع أنواع التصرفات القانونية بما فيها الإيجار ، على اعتبار أن ما جاء في نص المادة وعند ذكر التصرفات قصد بها المشرع التصرفات القانونية كلها بمعناها الواسع ولم تأت محصورة في التصرفات الناقلة للملكية.

في حين ذهب البعض الآخر إلى التأكيد على أن المشرع عند تناوله لأحكام هذا التصرف قصد فقط التصرفات الناقلة للملكية ، فلا يسري على الإيجار ، والذي هو عمل من أعمال الإدارة ، و يبررون ما

ذهبوا إليه إلى أن لفظي المتصرف والمتصرف إليه عدلا في لجنة المراجعة ، بعدما كان في المشروع التمهيدي للقانون المصري يطلق عليها البائع والمشتري وكان الغرض من هذا التعديل ، تعميم الحكم ليشمل التصرفات الناقلة للملكية غير البيع كالمقايضة والهبة ، وبذلك فإن نص المادة 714 / 2 لا يسري على الإيجار [6] ص 178 ، 179.

وعليه فإنه عند ترتيب الشريك لعقد إيجار على حصته ، تنظمه الأحكام العامة المتعلقة بالإيجار و يتضح من خلال ما ذكرنا سابقا في تحديد مفهوم التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني آخر غير ناقل للملكية ، هو ما قصده المشرع عند تناوله للأحكام المتعلقة بنص المادة.

و للوقوف على حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة وبما أن الشارع لم ينظم في أحكامه هذه المرحلة بنص خاص ، فإن المرجع في ذلك هي القواعد العامة في الشيوخ.

2.1.2 . حكم التصرف في العلاقة بين أطرافه

قد يقوم الشريك بتحديد جزء معين من العقار الشائع يعادل حصته فيه أو يقل عنها ، وذلك من تلقاء نفسه ودون الرجوع إلى باقي الشركاء ، ثم يقوم بالتصرف في هذا الجزء إلى الغير فيقع هذا التصرف صحيحا بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز ، على أساس أنه تصرف صادر من مالك ، لأن حق الشريك في الشيوخ حق ملكية يرد على كل العقار الشائع ، وبالتالي لا يعتبر تصرفا في ملك الغير [12] ص 138.

و بالرجوع إلى نص المادة 2/714 من القانون المدني ، نجد أن المشروع قد حدد حكم علاقة الشريك المتصرف والمتصرف إليه بنصه على ما يلي: " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " ، و من خلال ما ورد في نص المادة نعمل على التمييز بين فرضيتين ، في حالة علم المتصرف إليه بأن الشريك يملك على الشيوخ ، ثم في حالة جهله بذلك.

1.2.1.2 . في حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوخ

يتمتع على المتصرف إليه في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد ، وذلك لثبوت علم المتعاقد بحقيقة الأمر وهو أن الشريك المتصرف ليس إلا مالكا على الشيوخ ، وهو ما يتعارض مع الإدعاء بعيب إرادي ناتج عن غلط ، وبذلك لا يكون طلب الإبطال لا قبل القسمة ولا بعدها [54] ص 100 ، لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوخ ، وأن محل التصرف جزء مفرز ، ولو لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف .

فالشريك إذا قام ببيع حصة مفرزة ، يكون قد تصرف فيما يملك وفيما لا يملك ، ما يملك هو حصته في الشيوخ في هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء ، ولا يستطيع المشتري إبطال البيع لا بالنسبة إلى حصة المتصرف الشائعة في الجزء المفرز ، لأن الشريك البائع قد تصرف فيما يملك ، ولأن المشتري ليس واقعا في غلط ، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المتصرف فيه بدعوى أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير ؛ لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير ، على أساس أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتفيد بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها مملوكة له وقت إنشاء التصرف ، فلا يكون بذلك قد تصرف فيما لا يملك [1] ص 56 ، 57.

هذا بالإضافة إلى أن المشتري بعلمه أن المتصرف لا يملك الجزء المفرز ، يكون قد ارتضى ما قد تنتج القسمة من آثار على التصرف ، وما ينجر عن حالة الشيوخ من عدم استقرار في المعاملات ، حيث يكون قد توقع كما توقع الشريك أن هذا الجزء المفرز سيختص به الشريك المتصرف بعد القسمة ، فلا يكون للمشتري أن يستند في إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير ، و لا على أساس أن التصرف وارد على ملكية شائعة.

2.2.1.2 . في حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشيوخ

يكون المتصرف إليه في هذه الحالة قد وقع في غلط ، بتوهم الأمر على خلاف الحقيقة فيما يتعلق بصفة مؤثرة في شخص المتعاقد [56] ص 146 ، إلى جانب الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد [57] فيكون الإبطال مبنيا على أساس وقوع المتصرف إليه في غلط ، طبقا لنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري التي تقول: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد أن

يطلب إبطاله . " ويكون بذلك للمتصرف إليه إبطال التصرف ، لما شاب إرادته من عيب الغلط قبل القسمة ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها ، أما إذا تمت قبل الحكم بالإبطال ، و وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، فلا يجوز طلب الإبطال إعمالا بحكم المادة 85 من القانون المدني الجزائري ، والتي تقضي بأنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ، كما يكون ذلك إذا أقر بقية الشركاء تصرف شريكهم في حصته المفززة ، أو في حالة تلقي الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه لأي سبب كان ، كما يبقى التصرف قابلا للإبطال حتى بعد إجراء القسمة في حالة عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه [54] (ص 99 ، 100) ، ويكون ذلك وفقا لما نص عليه المشرع كما ذكرنا في نص المادة 714 / 2 من القانون المدني بقوله: " للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفززة " .

كما يكون من حق المتصرف إليه أن يجيز هذا التصرف بالتنازل عن حقه في طلب الإبطال فيقع صحيحا ، وبذلك فإن تأسيس طلب الإبطال في هذه الحالة ، يكون لأن المتصرف إليه قد عيبت إرادته بالغلط لا على أساس أن المتصرف تصرف فيما لا يملك ؛ لأنه كما سبق القول بأن حق المالك في الشروع حق ملكية ومن ثم فإن تصرفه يعد صحيحا حتى في ذلك الجزء المفزز ، كما أن أحكام التصرف في ملك الغير تسوي بين حالتي العلم والجهل بأن المتصرف مالك أم غير مالك ، وتعطي للمتصرف إليه حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين وهذا خلافا لما يستفاد من نص المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري ، حيث تقضي بالتفرقة بين حالة العلم والجهل ، وعليه فإن طلب الإبطال يكون مبنيا على أساس الغلط ، وليس على أساس صدور التصرف في ملك الغير كما يرى بعض الفقهاء .

ولأن التصرف في جزء مفزز تصرفا صحيحا صادر من مالك ، فإنه يرتب أثاره بين طرفيه على الجزء المفزز المتصرف فيه لا على حصة شائعة تعادله . غير أن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو: هل هذا التصرف يرتب جميع أثاره العينية والشخصية ؟

لقد تباينت الآراء الفقهية في تحقيق الآثار المترتبة عن مثل هذه التصرفات ، فذهب البعض إلى القول [9] ص 131 ، أن هذا التصرف لا يمكن أن يكون له من الأثر سوى ترتيب التزامات شخصية بين طرفيه ، دون أن يرقى إلى ترتيب الآثار العينية للتصرف بنقل الملكية إلى المتصرف إليه ما لم يقر التصرف باقي الشركاء ، أو يمتلك المتصرف الجزء المتصرف فيه ملكية مفززة بأي سبب من الأسباب .

و يبرر هذا الإتجاه إلى ما ذهب إليه ، على اعتبار أن التصرف في جزء مفرز مقيد في ذلك بعدم المساس بحقوق باقي الشركاء ، لأن الشريك ليس له سلطة التصرف منفردا إلا في حصته وهي شائعة أما إذا تصرف في جزء مفرز ، فلا ينتج إلا آثاره الشخصية بين طرفيه ويعود ذلك إلى أن سلطات المالك المشاع تختلف عن سلطات المالك ملكية مفرزة ومظهر هذا الإختلاف يتحدد بوجه خاص في أن سلطة التصرف ليست مقررة لممارستها من طرف الشريك منفردا ، ولأن التصرف يمس بحقوقهم جميعا ، فإنه يتعين ممارستها مع غيره من الشركاء ، كما أن الإعتراف بصحة هذا التصرف يعد استثناء على الحدود القانونية والقواعد العامة ، وبالتالي يجب حصره في أضيق الحدود وعدم التوسع في نطاق آثاره ، حتى لا يؤدي إلى نتائج شاذة [12] ص 138 ، 139. في حين ذهب البعض الأخر إلى القول [14] ص 188 أن التصرف نافذ وملزم للمتصرف ، إذ يلتزم بتنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه ، ومنها التزامه بنقل الملكية وتمكين المتصرف إليه من حيازة الجزء محل التصرف ، فإذا لم يستطع الوفاء بهذا الإلتزام انعقدت مسؤوليته وفقا للقواعد العامة ، وذلك لأن التصرف صادر من مالك ، كما أن حقوق باقي الشركاء محفوظة عن طريق عدم نفاذ تصرف الشريك في حقهم ، وليس عن طريق عدم إنتاج آثاره العينية وعلى هذا الأساس يرى أصحاب هذا الرأي ، بأنه إذا كان التصرف ناقلا للملكية اعتبر المتصرف إليه مالكا للجزء المفرز المتصرف فيه أثناء فترة الشيوخ من وقت إنشاء التصرف ، عند قيامه بجميع الإجراءات المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري.

نرى أن ما ذهب إليه الرأي الأخير أقرب إلى الصواب ، بما أن التصرف يقع صحيحا بين طرفيه على أساس أنه صادر من مالك ، غير أنه لا يجوز للمشتري لحصة مفرزة في العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزا قبل حصول القسمة ، ولو كان عقده مشهرا ، إلا برضا باقي الشركاء جميعا [4] ص 131؛ ذلك لأن دعواه في هذا الشأن تكون غير مقبولة إذا لم يكن البائع واضعا يده على حصة مفرزة قبل القسمة ، فلا يمكن أن يكون للمشتري أكثر مما كان لسلفه البائع فضلا على أن هذا التسليم يترتب عليه إفراز لجزء من العقار الشائع بغير الطريقة التي رسمها القانون.

بقي أن ننظر في مدى صلاحية التصرف بأن يكون سببا للتملك بالتقادم القصير ، إذ يحدث وأن يجوز الشريك حصة مفرزة من العقار الشائع ، نتيجة لإتفاق الشركاء على قسمة العقار قسمة مهيأة مكانية فيتصرف في هذه الحصة مفرزة إلى الغير ، ورغم أن تصرفه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء فإن المتصرف إليه يحل محل المتصرف في الملكية المتصرف فيها كما أنه قد يحدث وأن يجيز سائر الشركاء للمشتري أن يتسلم الحصة المبيعة مفرزة ، و في كلتا الحالتين لا يحق للمشتري إذا كان حسن النية أن يدعي اكتساب ملكية الجزء المتصرف فيه عن طريق التقادم العشري ، أي بالتقادم القصير ، إذا حازه عشر سنوات استنادا إلى أن عقد البيع الصادر له من المتصرف يعد سببا صحيحا يؤهله لإكتساب

ملكية الجزء المفروز حسب ما نص عليه المشرع في المادة 828 من القانون المدني الجزائري ، وذلك انطلاقا من التكيف السابق لحق الشريك في المال الشائع من أن حقه حق ملكية ، ويرد طوال فترة الشيوخ على كل المال الشائع ، ومن ثم فإن تصرفه في جزء مفروز يعد صحيحا صادرا من مالك ، في حين المشرع الجزائري يشترط في السند الصحيح الذي يكتسب به الحائز بالتقادم المكسب ملكية العقار محل الحيازة ، حسب ما جاء في المادة 2/828 من القانون المدني ما يلي: "والسند الصحيح ، هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم " ، ومن حيث أن التصرف صادر من مالك لا يكون سببا للتملك بالتقادم القصير؛ لأن المتصرف إليه في هذه الحالة قد تملك الجزء المتصرف فيه دون حاجة إلى حيازة أو تقادم ، وعليه فإن قام سبب أدى إلى بطلان أو فسخ العقد ، فإن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم القصير ليحول دون إبطال أو فسخ العقد [58] ص 110. غير أن هناك من يرى بأن المشتري لجزء من مالك على الشيوخ لا يملك إلا حصة شائعة ، يعد في حكم المشتري من غير مالك ، وبذلك فإن عقد البيع يصلح أن يكون سببا صحيحا لتملك هذا الجزء بالتقادم القصير متى توافر عند المشتري حسن النية ، ويكون سبب اكتساب الملكية في هذه الحالة هو التقادم القصير لا التصرف ذاته [12] ص 139.

ويستند أنصار هذا الإتجاه إلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1942/04/23 ، حيث جاء فيه ما يلي: "إذا باع المشتاع جزءا مفروزا محددًا في الملك الشائع ، فبيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحا يملك به المشتري ما يبيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توافر لديه حسن النية." [6] ص 187 ، 188.

أما بالنسبة لعقد القسمة فلا يعتبر أيضا سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير ، لأن القسمة طبقا لنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري تعد مقررّة للحق ، وليس منشئة له ، في حين أنه يشترط في السبب الصحيح أن يكون من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك الحقيقي لا أن يقرره [59] ص 85.

3.1.2 . حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء

إذا كان تصرف الشريك في جزء مفروز من العقار الشائع تصرفا صحيحا صادرا من مالك بالنسبة للمتصرف والمتصرف إليه ، لأن ورود حق الشريك على كل الشيء الشائع يكون طوال فترة الشيوخ إلا أن لسائر الشركاء في الشيوخ على هذا الشيء نفس الحقوق ، مما يلزم تقيد كل منهم في استعمال

سلطات حقه على وجه لا يمس بحقوق الآخرين أو يلحق الضرر بهم فما هو حكم تصرف الشريك في مواجهتهم ، وما هي أهم النتائج المترتبة على ذلك؟

1.3.1.2 . التصرف غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء

الأصل أنه لا يحق للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من العقار الشائع ، ولو كان هذا الجزء يعادل أو حتى يقل عن حصته ، لأن حقه ينتشر في كل ذرة من العقار مع حقوق باقي الشركاء ، و يعد تصرفه كما ذكرنا سابقا إجراء للقسمة من جانبه ، وهذا أمر غير مقبول [4] ص 130 ، غير أن ما جاء به المشرع في نص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري ، الذي أجاز هذا التصرف و اعتبره صحيحا لأنه صادر من مالك ، و لكن هذا لا ينفي عدم نفاذه في حق باقي الشركاء [13] ص 182 ، ولا يجوز للمتصرف إليه أن يحتج بحقه في مواجهتهم ، لأن فيه مساس بحقوقهم ، ولكن بإمكانهم إقرار هذا التصرف فيصبح نافذا ، و يحدث كذلك إذا خلصت ملكية العين الشائعة كلها للشريك المتصرف بأي سبب كان ، كالبيع أو الهبة أو الميراث ، فيستقر التصرف لمن صدر له [54] ص 101، و يترتب عن عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء عدة نتائج مهمة قبل القسمة وبعدها ، سنحاول ذكرها.

2.3.1.2 . أهم النتائج المترتبة عن عدم نفاذ التصرف

أولا: لا يعتبر المتصرف إليه شريكا في العقار الشائع ، وذلك طوال فترة الشيوخ ، حتى لو قام بتسجيل عقده وشهره في المحافظة العقارية قبل القيام بشهر العقد أو الحكم الذي يثبت القسمة [4] ص 130.

وبذلك لا يكون للمتصرف إليه الحق في الإدارة المعتادة والغير معتادة للعقار الشائع ولا يجوز له رفع دعوى القسمة ، و لا يصح اختصامه فيها ، غير أنه و إن كان للأجنبي المشتري لجزء مفرز من العقار الشائع ليس له الحق في رفع دعوى القسمة مباشرة ، إلا أنه باعتباره دائن للبايع له أن يرفع الدعوى باسم مدينه عن طريق الدعوى الغير مباشرة ، إذا ما توفرت شروطها ، و التي نصت عليها المادة 189 من القانون المدني الجزائري ، كما يجوز له أيضا أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله بوصفه دائنا لأحد الشركاء ، مما يترتب عليها إلزام الشركاء بإدخاله في جميع الإجراءات في حالة ما إذا قام بشهر عقد البيع الصادر له قبل رفع دعوى القسمة ، و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقه ، كما لا يكون للمشتري الحق في طلب الشفعة أو الإسترداد ، ويبقى الشريك المتصرف هو المعني بكل ذلك ، لأنه يظل هو الشريك في الشيوخ.

ثانياً: لا يحق للمتصرف إليه أن يطالب بالتسليم مفرزا للقدر المتصرف فيه قبل إجراء القسمة إلا بناء على إقرار من جميع الشركاء ، ولو كان عقده مشهرا كما ذكرنا سابقا.

ثالثاً: يكون للمتصرف إليه طلب الحكم بصحة ونفاذ التصرف ، حتى يتمكن من مباشرة إجراءات التسجيل والشهر لعقده ، الذي يمكن أن يستعمله في مواجهة المتصرف أثناء فترة الشيوخ في حالة تصرفه مرة ثانية في نفس الجزء الشائع إلى الغير .

رابعاً: لا يجوز للشركاء رفع دعوى استحقاق على المتصرف إليه ، سواء للحصول على الحصة المتصرف فيها ، أو للإعتراف لهم بحقهم على الشيوخ في هذه الحصة ، وكل إدعاء منهم قبل إجراء القسمة ، يكون سابقا لأوانه [4] ص ، 130 ، 131 ، 132 ، 133 ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 39496 المؤرخ في 1987/04/08 بقولها: " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوخ له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ، ولم تجر قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها ، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعي عليها ، خرقوا القانون ، ومتى كان كذلك تعين نقض القرار. " [60] ص 09.

وحيث أن القسمة بين الشركاء لم تقع ، فلا يوجد ما يدل على أن قطعة الأرض المباعة من نصيب المدعية المطعون ضدها حتى تطالب بها ، كما أنه في هذه الحالة يمكن للشركاء أن يجيزوا تصرف الشريك وتأخذ هذه الإجازة حكم القسمة ، ما لم تكن مقترنة بتحفظ قبول المتصرف إليه كمجرد شريك على الشيوخ محل الشريك المتصرف ، ويصبح تصرف الشريك نافذا أيضا في حالة إذا أقره بعض الشركاء من تكون حصصهم بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف ثلاثة أرباع الشيء الشائع إذا اسندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، طبقا لما جاء في نص المادة 720 من القانون المدني الجزائري.

2.2 . حكم التصرف بعد قسمة العقار الشائع

تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "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 ، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

ويتضح من خلال ما جاء به المشرع من أحكام متعلقة بمصير تصرف الشريك بعد إجراء القسمة أنه يميز بين الحالة التي يكون فيها المتصرف إليه على علم بحالة الشيوع ، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول والحالة التي يعتقد فيها أن الشريك المتصرف يملك هذا الجزء مفرزا لا شائعا ، وهو ما سنتعرض له في المطلب الثاني.

1.2.2 . في حالة علم المتصرف إليه بحالة الشيوع

هنا يكون المتصرف إليه يعلم عندما أقدم على التعاقد ، أن الجزء المفرز الذي هو محل العقد لا يملكه المتصرف مفرزا ، وإنما يملكه شائعا مع شريكه الآخر ، و هو بذلك قد توقع كما توقع الشريك المتصرف أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيب هذا الأخير عند القسمة ، فتخلص للمتصرف إليه ملكيته بفضل الأثر الكاشف للقسمة . ولا تخلو الدراسة في هذه الحالة من أحد الأمرين ، يختلف حكم كل منهما عن الآخر ، فإما أن يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، وإما لا يقع هذا الجزء في نصيبه ويختص به شريك آخر.

1.1.2.2 . عند اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

يتمتع على المتصرف إليه في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد ، وذلك لتحقيق علم المتعاقد بحقيقة الأمر بما يتعارض مع الإدعاء بعيب إرادي ناتج عن غلط .

وعليه فإنه إذا تمت قسمة العقار الشائع ، و وقع الجزء المفرز موضوع التصرف في نصيب الشريك المتصرف ، صح التصرف وأصبح نافذا [4] ص 134 ، وتستقر الملكية إليه وفقا للأثر الرجعي ، حيث يكون للقسمة أثر إقراري ، فيعتبر كل متقاسم المالك الوحيد لهذه الملكية منذ بداية الشيوع

إلى نهايته [3] ص 159 ، وأنه لم يكن مالكا لغيرها من الحصص ، وينتقل حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء أو يستقر عليه بعد مراعاة الأحكام المتعلقة بإجراءات التسجيل والشهر العقاري ، ولأن هذا الحل بديهي وطبيعي لم ير المشرع في صياغته لنص المادة 714 من القانون المدني ضرورة الإشارة إليه.

كما يستفيد المتصرف إليه من الأثر الرجعي للقسمة ، فإذا كان التصرف بيعا وكانت ملكية البائع بمقتضى القسمة ترد إلى تاريخ نشأة الشيوخ ، فإن ملكية المشتري لهذا القدر ترد إلى هذا التاريخ أيضا وذلك لأن المانع من نفاذ هذا التصرف وهو بيع صحيح ، كان حالة الشيوخ القائمة أثناء مباشرته ، وقد زال هذا المانع بالقسمة و أيلولة الجزء المفرز محل التصرف إلى الشريك البائع [14] ص 191 ، 192.

2.1.2.2 . عند عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

أحيان كثيرة يقع في نصيب الشريك المتصرف جزء مفرز آخر غير الذي تصرف فيه وهذا ما تعرضت له المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري ، وهذا النص جاء بحكم ينحرف به عن مجرد تطبيق القواعد العامة ، لأنه كان بمقتضى تطبيق هذه القواعد أن المتصرف إليه وقد ضاع عليه الجزء المفرز الذي كان محل التصرف بالذات لا يجبر على قبول الجزء الآخر الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف ، فكان من حقه إذن أن يطلب فسخ العقد أو إبطاله باعتباره صادر من غير مالك [2] ص 791.

غير أن ما جاء به المشرع في نص المادة 714 / 2 ، أبعاد تطبيق القواعد العامة بتقريره لحكم خاص في هذه الحالة بالنص على ما يلي: " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة... ".

وهنا يشير النص صراحة بنقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بعد القسمة فلا يكون له بذلك الحق في أن يحتج و يطالب بالفسخ أو الإبطال [61] ص 63 ، لا على أساس بيع ملك الغير لأن الشريك تصرف فيما يملك ، و لا على أساس الوقوع في غلط ، لأنه على علم بأن الشريك يملك على الشيوخ .

و لتوضيح حكم هذه الحالة أكثر نقدم المثال التالي :

إذا كان (أ) و (ب) يملكان على الشيوع منزلا وقطعة أرض ، فقام (أ) ببيع حصته المفترزة من الأرض إلى (ج) ، وبعد إجراء القسمة ، فإنه قد يقع في نصيب (أ) قطعة الأرض كلها وهنا يقع التصرف صحيحا ولا تثار أي مشكلة في هذه الحالة .

وقد يقع في نصيب (أ) جزء آخر من الأرض غير الجزء المتصرف فيه ، لنفرض أنه باع الجزء الغربي فوقع في نصيبه الجزء الشرقي ، ففي هذه الحالة ينتقل حق المتصرف إليه (ج) إلى هذا الجزء طبقا لما ورد في المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري .

كما قد يحصل (أ) على نصيبه كله من المنزل أو يختص بمبلغ من النقود ، وفي هذه الحالة لا يسري حكم المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري ، إلا في الحالة التي يكون فيها التصرف الوارد على الجزء المفترز رهنا بنوعيه ، وذلك طبقا لنص المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، غير أن هناك من الفقهاء من يرى غير ذلك ، و سوف نعرض أوجه الخلاف فيما هو آت من الدراسة .

وقد تعرض الحكم الذي جاء به المشرع ، والذي يعتبر خروجاً عن الأحكام و القواعد العامة للنقد حيث اعتبر غير منطقي من الناحية النظرية ، وغير مقبول من الناحية العملية .

أما من الناحية النظرية ، فإنه يثير التساؤل عما هو الحق الذي ينتقل ، فحق المتصرف إليه قبل القسمة وهو الحق الذي يقال أنه ينتقل ، هل هو حق ملكية مفترزة أو شائعة ؟ لأن التصرف في مفرز لا يستطيع نقل الملكية في المرحلة السابقة على القسمة ، فهو ليس حق ملكية مفترزة ، ولا حق ملكية شائعة [62] ص 130.

كما أن هذا الحكم غير مقبول من الناحية العملية ، حيث لا يستساغ أن يشتري شخص شيئاً معيناً بذاته ويفرض عليه أن يمتلك شيئاً آخر ، حتى ولو كان معادلاً له في القيمة ، لأنه قد يحدث وأن تكون إرادة المتصرف إليه اتجهت إلى غرض معين ، لا يتحقق إلا في الجزء المفترز الذي كان محل التصرف حتى ولو كان كل من الشئيين جزءاً من كل ؛ مثال ذلك أن يشتري شخص قطعة أرض ليبني عليها ، وهي جزء من أرض شائعة واسعة ، ولكنها قريبة من العمران ، ثم بعد إجراء القسمة يختص البائع بجزء آخر من هذه الأرض ، غير أنها بعيدة عن العمران ، وقد لا يصلح البناء عليها ، وهذا ما جعل إعمال فكرة الحلول العيني حكم منتقد ولذلك لم تأخذ به بعض التشريعات العربية الحديثة .

وعلى هذا الأساس ، فإن ما جاء به المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات العربية ، غير منطقي من الناحية النظرية والعلمية [62] (ص 130 ، 131) ، غير أن هذا الحكم قد يجد ما يبرره في أن علم المتصرف إليه بحالة الشيوخ ، وأن المتصرف مالك على الشيوخ و لا يستطيع التصرف في جزء مفرز إضافة إلى إدراك المتصرف إليه أن المعاملات الواردة على الملكية الشائعة غير مستقرة لما قد ينجر عن القسمة من نتائج ، يعد رضا ضمناً من هذا الأخير على قبوله لما اختص به المتصرف ، و لو لم يكن ذات الجزء محل التصرف ، وإذا كان الرضاء الضمني يعبر عن إرادة موجودة بالفعل ، يستدل عليها بالقرائن والدلائل ، إلا أن المشرع قد افترض بنص المادة 714 / 2 من القانون المدني الجزائري وجود تلك الإرادة وهو افتراض لا يبتعد عن الواقع في غالب الأحيان ، ويسري هذا الحكم على جميع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة ، أو التصرفات المنشأة لحق عيني أصلي أو تبعي [14] ص 192 ، ويبقى أن نوضح أساس انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي اختص به المتصرف.

أولاً: أساس انتقال حق المتصرف إليه.

اختلف الفقه في تحديد الأساس الذي بموجبه ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يختص به المتصرف ، فليس من السهل إيجاد تأصيل قانوني دقيق لهذا الانتقال ، حيث يرى البعض أن أساس هذا الانتقال هو مجرد نقل الإلتزام ، لأنه بعد القسمة ، و وقوع في نصيب المتصرف جزء آخر غير الذي تصرف فيه ، لا يكون للمتصرف إليه حق ملكية ، وإنما مجرد حق شخصي ، لأن التصرف صادر من غير مالك ، وبذلك فإن ما جاء في نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري يقضي بانتقال حق قائم لم يتأثر بالقسمة ، وعليه فقد قضى المشرع استثناء عن القواعد العامة بتنفيذ التزام المتصرف ، بنقل الملكية من الوقت الذي نشأ فيه هذا الإلتزام على جزء مفرز آخر ، هو الجزء الذي اتضح بعد إجراء القسمة أنه كان مالكا له من وقت نشوء الإلتزام .

ومتى كان ذلك فلا يمكن القول بأن نقل الملكية هو بمقتضى الحلول العيني ، لعدم وجود ملكية يمكن نقلها ولكن نكون بصدد نقل الإلتزام ، و الذي ينفذ على غير محله الذي ورد عليه ابتداء ، استثناء طبقاً لما جاءت به المادة السالفة الذكر. في حين ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى الاعتقاد بأن أساس هذا الانتقال هو وحده المحل ، لأن الشريك في الشيوخ تصرف فيما يملك ، وهذا الذي يملكه قد يكون هو الذي تعين عند التصرف وقد يكون هو الذي تعين بعد ذلك بمقتضى القسمة ، فحقه قائم على هذا الجزء وذلك على حد سواء [6] ص 191.

غير أن اغلب الفقه يرى أن أساس هذا الإنتقال هو الحلول العيني ، حيث أن المشرع قد اتخذ منه وسيلة للإبقاء على التصرف في هذه الحالة ، فيحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المتصرف فيه ، ومن ثم يعتبر التصرف واقعا لا على الجزء المفرز المتصرف فيه في الأصل ، بل على الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة [2] ص 791.

إلا أن البعض يرى أن هذا الحلول هو حلول عيني استثنائي ، وليس تطبيقا للنظرية العامة للحلول العيني فلا يوجد تخصيص للجزء الذي تم التصرف فيه ، ولا يوجد نظام قانوني خاص يتميز به.

لم يكتف الفقه بالإختلاف حول أساس انتقال حق المتصرف إليه ، بل تعداه إلى الإختلاف حول الإجراءات الواجبة الإتباع في تعيين الجزء الذي ينتقل إليه حق المتصرف إليه ، وذلك يعود إلى أن المشرع الجزائري لم يبين هذه الإجراءات في نص المادة 2/714 من القانون المدني ، بالإضافة إلى المشاكل التي تثار بهذا الخصوص في حالة ما إذا كان الجزء الذي اختص به المتصرف أكبر ، أو أقل من قيمة الجزء محل التصرف.

ثانيا: الإجراءات المتبعة في تجسيد فكرة الحلول العيني.

يرى بعض الفقهاء أن ما جاء به المشرع في نص المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري هو وضع مبدأ عاما يقر انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بمقتضى القسمة وطبق هذا المبدأ بصورة خاصة في حالة الرهن الرسمي طبقا لما جاء في المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري ، وعليه يمكن إتباع الإجراءات الواردة في المادة ، وتطبيقها على جميع التصرفات عن طريق القياس [1] ص 55، حيث تنص المادة على ما يلي : "إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا 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 ، و يبين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين".

يمكن بطريق القياس إتباع الإجراءات ذاتها أيا كان التصرف الذي انفرد به الشريك ، ففي الحالة التي يكون فيها التصرف بيعا ، كان على المشتري أن يطلب من القاضي بأمر على عريضة تخصيص جزء مما آل إلى الشريك البائع ، فينتقل إليه حقه خاصة إذا كان ما وقع في نصيب البائع أكثر من الجزء الذي انصب عليه التصرف أصلا، بعدها يقوم المشتري بشهر هذا الأمر بالمحافظة العقارية ، فإذا تم هذا الشهر

خلال تسعين يوما ، فإن أثره يستند إلى وقت شهر عقد البيع ، فلا تنفذ في حق المشتري التصرفات التي صدرت من البائع في الفترة ما بين شهر عقد البيع وشهر أمر التخصيص.

غير أنه إذا قام كافة الشركاء بتقرير رهن على ذلك الجزء الذي آل إلى الشريك البائع بمقتضى القسمة فإن بموجب ما جاء في نص المادة 2/890 من القانون المدني الجزائري ، هذا الرهن يظل نافذا ويؤول الجزء الذي اختص به المشتري بمقتضى أمر القاضي محملا بذلك الرهن . كما أنه يبقى امتياز المتقاسمين ثابتا لهم ، حتى في الحالة التي يقوم فيها المشتري بقيد أمر التخصيص خلال تسعين (90) يوما من تاريخ إخطاره بشهر القسمة ، وقبل أن يتم قيد امتياز المتقاسمين [1] (ص 55 ، 56) ، وقد تناولنا هذا الجانب بأكثر تفصيل ، عند التطرق إلى رهن الشريك حصته الشائعة ، حيث أن المشرع لم يفرق بين الرهن الوارد على حصة شائعة ، والوارد على جزء مفرز ، وبذلك فإنه حسب رأي هذا الإتجاه الإجراءات تتم وفق ما ذكرنا سابقا في رهن الشريك لحصته الشائعة . وإذا كان ما اختص به البائع أقل من الجزء الذي انصب عليه التصرف ابتداء ، فمن حق المشتري أن يطالب باسترداد فرق الثمن ، أو أن يطالب بفسخ العقد لإخلال البائع بالتزامه.

في حين يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن ما جاء به المشرع في نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري ، يختلف عما ورد في نص المادة 890 من نفس القانون ، لأن كل منها جاءت لتعالج فرضا مختلفا [14] ص 196 ، فالمشرع عند تنظيمه للرهن الرسمي ، تناول الحالة التي تؤول فيها إلى المتصرف عينا أخرى غير التي رهنها ، في حين أن تناوله لحكم التصرفات الواردة في نص المادة 714 جاء فيه ذكر الحالة التي تؤول إلى المتصرف جزءا آخر من ذات العقار [26] ص 269 ، وبهذا فإن الحكم هنا مختلف بخصوص الرهن الرسمي الذي جاء الحكم فيه استثنائيا وعليه يجب أن ينحصر إعماله في الحالة المنصوص عليها ، و المحددة بالرهن الرسمي ولا يمتد هذا الحكم على غير ذلك من الحالات والتي تسري عليها القواعد العامة.

كما أن القياس في مسائل الإجراءات غير مقبول ، إلا أنه يجوز تطبيق ما جاء في نص المادة 890 من القانون المدني على الرهن الحيازي ، ويرى أصحاب هذا القول أن حق المتصرف إليه يرد على الجزء المفرز من العقار الشائع ، الذي اختص به الشريك المتصرف بمقتضى القسمة ، ولا يكون هناك إشكال إذا كان هذا الجزء هو ذاته الذي كان قد تصرف فيه أما إذا كان قد اختص الشريك بجزء مفرز آخر ، فإنه يحل حلولا عينيا محل الجزء المتصرف فيه ، حيث ينتقل حق المتصرف إليه إلى هذا الجزء و يفترض في هذه الحالة أن هذا الجزء الآخر يقع في ذات العقار الشائع الذي تم التصرف في جزء منه كما لو باع أحدهم جزءا من أرض صالحة للبناء ، واختص بجزء آخر من هذه الأرض ، وبذلك لا يمكن

تطبيق حكم هذه المادة في الحالة التي يختص فيها الشريك المتصرف بمقتضى القسمة بجزء مفرز من عقار شائع آخر، غير الذي تصرف فيه ، كما لو تصرف في جزء مفرز من منزل ، فإختص بأرض فلاحية ، فلا مناص في هذه الحالة من تطبيق القواعد العامة ، إذ يحق للمتصرف إليه المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزامه [7] ص 91.

ويرى أصحاب هذا القول، أن العمل بالقياس في إتباع الإجراءات في هذا الإفتراض يبين قصور النص المنظم لتصرف الشريك في حصة مفرزة ، حيث لم يوضح الإجراءات التي بموجبها يتم الحلول العيني فكان على المشرع تنظيمها تنظيمًا حاسماً وشاملاً ، و يتفق مع كل أنواع التصرف غير الرهن الرسمي . و إن الأخذ بنظرية الحلول على إطلاقها في هذا الشأن يؤدي إلى صعوبات كثيرة ، خاصة في الحالات التي يقع في نصيب المتصرف جزء أقل مما وقع عليه التصرف ابتداء ، لأن الأخذ بالحلول العيني في هذه الحالة لا يكون ملزماً للمتصرف إليه ، إذ يكون له الحق في طلب الفسخ ، أو رد جزء مما دفعه وفقاً للقواعد العامة للإلتزام مما يجعل الحلول العيني لا يتضمن قوة الإلتزام ، التي بمقتضاها يلتزم أطراف التصرف بالنتيجة المترتبة عن القسمة [6] ص 194.

و نرجح فيما قيل بهذا الخصوص ، ما ذهب إليه بعض الفقه ، حيث ميز بين حالتين:

1- في حالة اختصاص المتصرف بجزء من ذات العقار.

إذا كانت الحصة التي اختص بها المتصرف أكبر من الجزء المتصرف فيه ، فإنه في هذا الإفتراض يطبق الحلول العيني ، فإن كان التصرف بيعاً ، فعلى المشتري أن يستصدر أمراً على عريضة يبين فيها القاضي القدر الذي ينتقل إليه حق المشتري ، أما إذا كان الجزء الذي آل إلى المتصرف أقل من الحصة المتصرف فيها ، فإنه يحق للمشتري أن يطالب بإسترداد فرق الثمن ، كما له أن يطالب بفسخ العقد لإخلال البائع بالإلتزامه [14] ص 196، وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 2/714.

أما في حالة التماثل بين ما وقع عليه التصرف ابتداء ، وما اختص به المتصرف بعد القسمة فإن انتقال حق المتصرف إليه ، يتم وفق ما تم الإتفاق عليه مسبقاً لكونه نتيجة طبيعية للقسمة [6] ص 194.

2- في حالة اختصاص المتصرف بعين أخرى غير التي تصرف في جزء منها:

إذا كان المال المملوك على الشيوع يحتوي على أرض ومنزل ، و وقع التصرف على جزء من المنزل فيؤول إلى المتصرف إليه قطعة الأرض ، أو جزء منها بعد القسمة ، ينبغي أن نميز في الحكم على هذا التصرف حسب نوعه.

أ- فإذا كان التصرف المرتب من طرف الشريك رهنا رسميا ، فقد ورد حكمه في نص المادة 890 من القانون المدني ، التي ذكرناه سابقا ، فتقرر بصريح النص انتقال حق الدائن المرتهن إلى العين الأخرى التي آلت إلى المدين الراهن ، و يقوم القاضي بتعيين بأمر على عريضة الجزء الذي ينتقل إليه حق الدائن المرتهن وهذا الحكم لديه ما يبرره ، لأنه حينما يتعلق الأمر بالرهن الرسمي ، فإن ما يهم في هذا التصرف هو القيمة النقدية للشيء المرهون [55] ص 215. وبذلك فإنه يتحقق نفس الحكم إذا كان ما اختص به المدين الراهن مبلغا نقديا ، إذ يتركز عليه حق الدائن المرتهن.

ب- أما إذا كان التصرف ناقلا للملكية أو مرتبا لحق انتفاع ، فلا يمكن القول في هذه الحالة بتحقيق الحلول العيني ، لأن الحلول العيني يفترض أن يؤول إلى المتصرف جزء آخر من ذات العين ، ولا يكون أمام المتصرف إليه في هذه الحالة سوى أن يطالب بإبطال العقد ، لأن التصرف ورد على ملك الغير حسب نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري [14] ص 197 ، كما له المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ العاقد الآخر ما يلتزم به [7] ص 91. وعليه فلا يمكن الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها بل يجب أن يراعى ظرف كل حالة على حدى ، فإذا كانت الحكمة من أعمال الحلول العيني في المادة 2/890 ، من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالرهن الرسمي هي الحصول على المقابل النقدي وليس الحصول على شيء في حد ذاته ، فإن هذه الحكمة لا تكون مبتغاة في المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري ، لأن المشتري لحصة مفرزة في عقار شائع ، قد يريد تحقيق غرض معين ، ربما لا يتحقق لو اختص البائع بغير العقار المتصرف فيه.

وهذا ما جعل بعض الفقهاء يرون أن تعميم الحلول العيني على كافة التصرفات غير الرهن فيه مغالاة والعبرة تكون بظروف كل حالة على حدى ، فقد يتحقق في بعض الحالات الغرض المقصود من الحق ، الذي يراد الإبقاء عليه للمتصرف إليه ، رغم تعدد الأشياء الشائعة واختصاص المتصرف بعقار آخر غير الذي تصرف فيه ابتداء ، فلا مانع هنا من أعمال الحلول العيني ، قياسا بما جاء في نص المادة 2/890 من القانون المدني.

2.2.2 . في حالة جهل المتصرف إليه بحالة الشبوع

قد يعتقد المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك الجزء المتصرف فيه مفرزا لا شائعا وعلى هذا الأساس أقدم على التعاقد وهو مطمئن إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له.

فإذا كان التصرف مثلا عقد بيع ، فإن المشتري هنا يعتقد أن الحصة المفروزة التي باعها له الشريك على الشيوع يملكها هذا الشريك مفروزة ، وبالتالي يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع بإعتقاده أن البائع يملكه مفروزا لا شائعا ، مما يجعل البيع قابلا للإبطال ، غير أن حكم التصرف في هذه الحالة يختلف في الإفتراض الذي يقع فيه الجزء المفروز المبيع في نصيب الشريك البائع ، عن الإفتراض الذي يحدث فيه وأن يختص شريك آخر بالحصة المبيعة.

1.2.2.2 . عند اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

بعد إجراء القسمة بين الملاك على الشيوع ، سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، و يتحدد بذلك نصيبا مفروزا لكل شريك ، فإذا اختص الشريك المتصرف بالجزء المفروز المتصرف فيه قبل القسمة حسب ما توقع ، فإنه عندئذ تخلص ملكية هذا الجزء للمتصرف إليه ، بعد أن يباشر إجراءات الشهر العقاري.

و لا يجوز للمتصرف إليه في هذه الحالة رغم جهله بحالة الشيوع أن يطالب بإبطال العقد لوقوعه في غلط [63] ص 89 ، 90 ، حتى لو كان لم يجزه ، وذلك على أساس أن الشريك المتصرف قد نفذ العقد على الوجه الذي قصدته إرادة المتصرف إليه ، بناء على ما جاء في نص المادة 85 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " ليس لمن وقع في غلط ، أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية و يبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه ، إذا اظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد." حيث أنه بعد أن أصبح المتصرف مالكا للشيء ملكية مفروزة لم يعد هناك ما يبرر التمسك بالإبطال [1] ص 50 ، 51 . وقد تجنب المشرع النص على حكم هذه الحالة لأنه حكم واضح لا حاجة لتقريره حيث أن التصرف يتأكد ويستقر نهائيا على هذا الجزء المتصرف فيه ، و يستوي في هذه الحالة أن يكون المتصرف إليه عالما بالشيوع أو غير عالم وبذلك فإنه متى تمت إجراءات الشهر لعقد القسمة بالمحافظة العقارية ، جاز للمتصرف إليه طلب الحكم بتثبيت ملكيته للجزء المفروز الذي اختص به الشريك المتصرف في حالة إذا نازعه الغير في ملكيتها .

2.2.2.2 . عند عدم اختصاص الشريك بالجزء المتصرف فيه

في هذه الحالة لا يقع الجزء المفروز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف على غير ما كان متوقعا حيث جاءت نتيجة القسمة بما لم تذهب إليه إرادة المتصرف إليه ، الذي عمل على أن تخلص له ملكية جزء مفروز بالذات ، فلم تخلص له هذه الملكية ، مما جعل المشرع في الفقرة الثانية من المادة 714

من القانون المدني الجزائري ، يقضي بأن ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بعد إجراء القسمة وجاء المشرع الجزائري بهذا الحكم حرصا على استقرار المعاملات وتقاديا للحكم ببطان التصرف و تقيد حرية الشريك عند التصرف في حصته مفرزة ، ومن أجل العمل على تجاوز سلبيات الملكية الشائعة ، فاعتبر أن الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلا ، و كأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه [4] ص 134 ، وبذلك فإنه إذا كان التصرف بيعا ، يصبح استمرار المشتري في وضع يده على القدر المبيع مجردا من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يده ، حيث يخلص له هذا الجزء خاليا من التصرفات الصادرة من شركائه الآخرين في الشبوع نتيجة الأثر الكاشف للقسمة ، و يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفروز مالكا لهذا الجزء منذ بدئ الشبوع لا من وقت القسمة [4] ص 136 ، وكل تصرف مرتب ، سواء كان ناقلا للملكية أو حق انتفاع أو ارتفاق أو رهن على العقار الشائع أو على هذه الحصة يعتبر صادرا من غير مالك ، فلا يحتج به على الشريك الذي آلت إليه هذه الحصة الشائعة بالقسمة و تخلص حصته خالية من هذه التصرفات و من باب أولى يسقط حق امتياز البائع إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع في نصيبه هذا المال عند القسمة ، بل آل إلى شريك آخر ، لأن المتقاسم لا يعتبر خلفا للمتقاسمين الآخرين ؛ حيث أن القسمة ليست سندا تملك المتقاسم النصيب الذي آل إليه .

و يترتب عن ذلك أن لهذا المتقاسم الذي خلص له نصيبه مفرزا الحق في أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على هذه الحصة من جانب أحد الشركاء الآخرين ، حيث يستطيع أن يطلب من هذا الشريك و على نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمي و الرهن الحيازي و حق التخصيص و حق الإمتياز المرتب من جانبه ، و لا يمنع سقوط التصرفات المبرمة من قبل أحد الشركاء أن يكون الحق قد أشهر أو قيد ، و لا يستثنى من ذلك كله ، إلا الرهن الصادر من جميع الشركاء ، فإنه يظل نافذا أيا كانت نتيجة القسمة وهو ما جاء في نص المادة 1/890 من القانون المدني الجزائري و هو استثناء أورده أيضا المشرع المصري في المادة 1039 من القانون المدني غير أن للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة [40] ص 121 ، و بما أنه يجهل أن الملكية المتصرف فيها هي حصة مفرزة في عقار شائع له أن يطلب إبطال العقد لوقوعه في الغلط [64] ، إعمالا بنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري لأن المتصرف إليه قصد التعاقد على حصة مفرزة لا حصة شائعة ، فيكون قد وقع في غلط بتوهم الأمر على خلاف ما هو موجود في الواقع ، فيما يتعلق بصفة مؤثرة في الشخص المتعاقد من جهة ، إلى جانب الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد من جهة ثانية ، فيكون بذلك قد شاب إرادة المتصرف إليه عيب الغلط.

وجهل المتصرف إليه أو علمه بطبيعة الحصة هي واقعة مادية ، يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية بما في ذلك البيئة والقرائن ، و يترتب على إبطال التصرف عودة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد وفقا للأثر الرجعي للبطلان ، كما أن الحكمة من إعطاء الحق في طلب البطلان ، هو أن المتصرف إليه قد أراد حصة مفرزة لأغراض خاصة ، قد لا تتحقق في الحصة التي اختص بها المتصرف ، ويسقط حق المتصرف إليه في إبطال العقد بانقضاء خمسة سنوات من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط ، وبانقضاء عشرة سنوات من وقت تمام العقد حسب ما نصت عليه المادة 101 من القانون المدني الجزائري . كما أنه إذا أقر بقية أو بعض الشركاء تصرف شريكهم في حصته المفرزة ، وبعد القسمة اختص بها أحد الشركاء الموافقين فإن التصرف يقع صحيحا ، و تستقر الحصة للمتصرف إليه ، رغم أنه لم يصدر من الشريك الذي اختص بالحصة إذ يعتبر البيع قد ورد على ملك الغير ، غير أن إقرار المالك له قد تحقق بتلك الموافقة ، وبذلك ينصرف اثر التصرف إليه ، ما لم يكن قد وقع في غلط شاب إرادته ، مما يؤدي إلى بطلان موافقته [18] ص 32.

وفي هذه الحالة لا يجوز للمتصرف إليه طلب إبطال العقد ، كما يكون ذلك أيضا في حالة تلقي الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه ، لأي سبب كان ، مثل الميراث أو الوصية ، وهذا طبقا لما جاء به نص المادة 85 من القانون المدني السالفة الذكر .

كما يجوز للمتصرف إليه التنازل عن حقه في طلب إبطال التصرف ، وذلك بإجازته وعندئذ ينقلب البيع صحيحا ملزما لكل من المتعاقدين ، ويتحول التصرف من الجزء المفرز الذي وقع عليه البيع إلى الجزء المفرز الذي وقع بالفعل في نصيب المتصرف ، فتنقل إلى المتصرف إليه ملكية هذا الجزء الأخير بعد أن يقوم بتسجيل و شهر عقده [1] ص 52.

3.2.2.2 . سبق تصرف الشريك في الجزء الذي اختص به

عندما يتصرف الشريك في جزئين من المال الشائع لشخصين مختلفين ويقوم كل منهما بشهر عقده ولم تكن حصة الشريك تسمح له إلا بالتصرف في جزء واحد ، فإذا ما أجريت القسمة ، واختص الشريك المتصرف بجزء مفرز ، فإنه يتم أعمال الحلول العيني ، وعلى ما نصت عليه المادة 2/714 من القانون المدني الجزائري، فينتقل حق المتصرف إليه من وقت شهر تصرفه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف وفي هذه الحالة نجد هذا الجزء سبق للشريك وأن تصرف فيه ونقل ملكيته للغير ، وهنا المفاضلة تكون على أساس الأسبقية في شهر التصرف [18] ص 60 ، 61.

أما إذا كان التصرف الأسبق شهرا صادرا من الأغلبية المنصوص عليها في المادة 720 من القانون المدني الجزائري ، ولم يكن الشريك المتصرف من بينهما ، وكانت الإجراءات التي أوجبتها هذه المادة قد أتت ، بأن أعلنت هذه الأغلبية قرارها بالتصرف في أحد أجزاء العقار ولم تعترض الأقلية أو اعترضت ورفض اعتراضها ، فإن ملكية هذا الجزء تخرج نهائيا من المال الشائع ، فلا تشمل القسمة التي تجري بعد ذلك ، وتنتقل ملكيته إلى من تلقى الحق من الأغلبية ، وهو ما يحول دون التصرف فيه من أي أحد من الشركاء ، وإلا سرت عليه أحكام بيع ملك الغير .

أما إذ تصرفت الأغلبية المشار إليها ، وتم شهر تصرفها دون إتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة سالفة الذكر ، وتصرف في جزء آخر أحد أفراد الأقلية ، وتم شهر عقده في تاريخ لاحق لشهر التصرف الصادر من الأغلبية ، فإن تصرف الأغلبية لا يكون نافذا في حق الأقلية مما يجعل الجزء محل التصرف مملوكا على الشيوع لجميع الشركاء ، و يدخل في القسمة عند وقوعها ، وعليه يتحدد مصير كل من التصرفين بنتيجة القسمة ، فإذا اختص الشريك الآخر الذي تصرف في جزء آخر بما تصرفت فيه الأغلبية فإن حق المتعاقد مع هذا الشريك ينتقل إعمالا لحلول العيني إلى الجزء الذي آل إلى هذا الأخير وهو ذات الجزء الذي تصرفت فيه الأغلبية ، وتكون هنا المفاضلة بين الحقيين ، حق من تلقى الملكية من الأغلبية و من تلقاها من شريك ، بتفضيل حق الأخير ، لأنه يعتبر تلقى الملكية من مالك ، حتى لو كان شهر عقده لاحقا للعقد الصادر من الأغلبية ، لأن أساس صدور أكثر من تصرف من شخص واحد يكون مالك للعقار محل الشهر ، وبمقتضى الأثر الكاشف للقسمة ، فإن الأغلبية لم تكن مالكة للجزء المتصرف فيه منذ نشوء الشيوع ، ويكون بذلك تصرفها واردا على ملك الغير ، فما يكون للمتعاقد معها إلا الحلول العيني لأحد الأجزاء التي اختص بها الشركاء الذين يمثلون الأغلبية عن طريق القسمة [18] ص 61 62.

4.2.2.2 . تصرف كل شريك في حصته مفرزة (القسمة الفعلية)

إذا تصرف أحد الملاك المشتاعين في جزء مفرز من العقار الشائع يعادل حصته ، ثم يتبعه بقية الشركاء الآخرين ، فيتصرف كل منهم في حصة مفرزة أيضا تعادل نصيبه ، فإنه يستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا بمقتضاه ودلالة على رضائهم الضمني بالقسمة الفعلية ، والتي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء ، وعلى النحو الذي ذكرناه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق وأن تصرف فيه [28] ص 302.

ويعتبر المتقاسم طبقا لنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري ، مالكا وحده للحصة المفرزة التي آلت إليه من وقت أن تملك على الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص [4] ص 154.

وبذلك تصرف كل شريك في الشيوخ في جزء مفرز يعادل حصته الشائعة و في نفس الوقت يعتبر صورة من صور القسمة ، التي تتم عن طريق التراضي ، وهي القسمة الفعلية ، فتكون دون اتفاق صريح عليها بل تقع عن طريق التعبير الضمني عن الإرادة ، وهو الذي يستخلص من ظروف الحال ويعتبر الإستخلاص مسألة موضوعية ، تتحقق كما ذكرنا بمجرد أن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، فيحذو حذوه كل الشركاء ، حتى إذا قام آخرهم بإبرام تصرفه وقعت القسمة [1] ص 212 وانقضى الشيوخ ، غير أنه لا يكون ذلك في حالة ما إذا تصرف كل شريك في حصة شائعة ، أو تصرف فيها مفرزة دون موافقة باقي الشركاء ، حيث يعتبر التصرف الأخير واردا على حصة شائعة بالنسبة لباقي الشركاء طالما لم تتوالى تصرفات باقي الشركاء على كل حصة مفرزة تعادل حصصهم .

كما أنه لا ينقضي الشيوخ إذا ما تصرف كل شريك في حصة مفرزة تجاوز حصته في المال الشائع إذ لا تتحقق القسمة الإتفاقية في هذه الحالة ، مما يوجب الإلتجاء إلى القسمة القضائية وتصفية النزاع على ملكية كل شريك .

أما إذا وضع كل شريك يده على جزء مفرز يعادل حصته ، ولم يباشر أحدهم بالتصرف في الجزء الذي وضع يده عليه ، أو تصرف في البعض دون البعض الآخر ، فلا تتحقق في هذه الحالة مقومات القسمة الفعلية ، غير أن استمرار وضع اليد لمدة خمسة عشر سنة تعجل افتراض حيازته لهذا الجزء و تسند إلى قسمة المهياة طبقا لنص المادة 2/733 من القانون المدني الجزائري . كما أنه يجب شهر كل التصرفات المرتبة من طرف الشركاء لإتمام إجراءات شهر القسمة الفعلية [18] ص 168.

3.2 . صور أخرى لتصرف الشريك في العقار الشائع

إذا كان للشريك الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة ، وله ذلك عندما يتصرف في جزء مفرز رغم أن تصرفه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء ، فإن للشريك أيضا صور أخرى للتصرف ، كالحالة التي يتصرف فيها في كل العقار الشائع ، أو عند التصرف الذي يكون فيه الشريك يملك على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع .

وسوف نعرض حكم كل منهما على التوالي ، حيث نتناول في المطلب الأول تصرف الشريك في كل العقار الشائع ، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى تصرف الشريك وفقا للمادة 720 من القانون المدني الجزائري.

1.3.2 . تصرف الشريك في كل العقار

قد يتصرف أحد الشركاء منفردا في كل العقار الشائع ، مثل أن يبيع كل قطعة الأرض بما فيها حصته الشائعة ، و للتعرف على حكم هذا التصرف ، نفرق بين أثره في العلاقة بين طرفيه و أثره في مواجهة بقية الشركاء .

1.1.3.2 . في العلاقة بين طرفي التصرف [56] ص 148

يعتبر تصرف الشريك في كل المال الشائع ، أو في حصة منه تزيد على ماله فيه ، واردا على ملك الغير فيما زاد على نصيبه ، وبالتالي يحق للمشتري إذا كان التصرف بيعا أن يطلب إبطال عقد البيع دون الإنتظار إلى ما قد تسفر عنه القسمة .

و يمتد البطلان ليشمل التصرف بأكمله ، في حالة إذا ما كان المشتري يجهل أن العقار مملوكا على الشيوع [14] ص 197 ، فيكون لهذا الأخير الحق في طلب إبطال البيع ، لوقوعه في غلط بصفة جوهرية في الشيء المبيع ، كما له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه [63] ص 90 ، وبذلك فإن للمشتري أن يطلب إبطال التصرف فيما تعلق بما يملكه الشريك البائع في العقار لوقوعه في غلط ، كما له أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة ، التي للشركاء الآخرين على أساس بيع ملك الغير .

والفرق بين هذه الحالة والتي يتصرف فيها الشريك في جزء مفرز ، هو أنه لا يجوز للمتعاقد معه أن يطلب إبطال العقد في الحصة الشائعة ، التي للشركاء الآخرين ، كما أن هناك احتمال في أن يقع كل الجزء المفرز في نصيب المتصرف ، أما في الحالة التي نحن بصددنا فإن هذا الإحتمال غير وارد في الغالب ، لأن الشريك قد باع كل العقار الشائع ، وهو لا يملك فيه إلا حصة شائعة [2] ص 792 ، 793 .

أما عند إجازة العقد من طرف المشتري ، فلن يكون له الطعن فيه بالإبطال لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير ، وكل ما يبقى له هو أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق ، لأن العقار مملوك لعدة شركاء

وأيا كانت نتيجة القسمة ، فإن العقار الشائع كله لن يخلص للشريك المتصرف [54] ص 102 . ومع ذلك فقد يحدث أن يحصل الشريك البائع على ملكية بقية الحصص الشائعة في العقار ، لأي سبب من أسباب كسب الملكية ، مثل الميراث أو الوصية ، فتخلص له ملكية العقار الشائع كله ، ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري [64] بعد شهر عقده.

أما إذا كان المشتري يعلم بحالة الشيوع ، وأن الشريك البائع يملك على الشيوع العقار المتصرف فيه فإنه لا يستطيع أن يطلب الإبطال على أساس وقوعه في الغلط ، وكل ما له أن يطلب فسخ العقد ، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه ، وأن يرجع عليه بضمان الإستحقاق [63] ص 90 ، وبالتالي لا يكون للمشتري الحق في المطالبة بالإبطال ، إلا على ما يجاوز حصة الشريك البائع وبذلك تنتقل إليه فقط حصة الشريك في العقار ويصبح شريكا في هذا الحدود مع باقي الشركاء بحلوله محل الشريك البائع .
ولذلك فإن للمتصرف إليه في هذه الحالة الخيار بين أمرين :

أولا : إما انتظار ما قد تسفر عنه القسمة ، حيث يمكن أن يختص المتصرف بكل العقار الشائع وهنا يستقر التصرف صحيحا ، ولم يعد للمتصرف إليه الحق في طلب فسخ العقد ، كما قد يختص المتصرف بجزء فقط من العقار الشائع الذي تم التصرف فيه ، وهكذا يستقر حق المتصرف إليه على هذا الجزء ولا يسري التصرف فيما عدا ذلك في مواجهة باقي الشركاء وله طلب التعويض من المتصرف ، لعدم تنفيذ التزامه كما له فسخ العقد لتفرق الصفقة.

ثانيا : وإما طلب فسخ العقد ، والرجوع بالتعويض على المتصرف ، لعدم قيامه بتنفيذ ما التزم به في العقد [4] ص 137 ، 138 ، إذا لم يستطع المتصرف استخلاص ملكية العقار الشائع كله .

2.1.3.2 . أثر التصرف في حقوق باقي الشركاء

لا ينفذ تصرف الشريك في كل العقار الشائع في حق باقي الشركاء ، و يكون لهم رفع دعوى الإستحقاق في مواجهة المتصرف إليه [4] ص 137.

ولكن ينفذ في حقهم فيما تعلق بحصة الشريك المتصرف ، لأنه تصرف في حصته شائعة و هو تصرف فيما يملك ، غير أنه يبقى لسائر الشركاء الحق في طلب الشفعة أو حق الإسترداد و من ثم إذا كان التصرف بيعا ، فإنه يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكا مع سائر

الشركاء . فإذا جرت القسمة اختص كل منهم بما يقع في نصيبه ويرجع المشتري على الشريك البائع بدعوى الإستحقاق الجزئي بقدر حصص الشركاء الآخرين.

كما لسائر الشركاء أن يقرروا تصرف شريكهم ، و ينفذ في مواجعتهم ، وتستقر الملكية بذلك للمشتري

[63] ص 91.

2.3.2 . تصرف الشريك طبقا لنص المادة 720 من ق.م.ج

تنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري ، على مايلي: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه ، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا." ، لقد أعطى المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في أن يقرروا التصرف فيه ، لكن بشرط أن يستندوا في هذا التصرف إلى أسباب قوية ، كأن تعرض صفقة رابحة يخشى ألا تعود أو تكون إدارة المال الشائع متعذرة أو في حالة ما يكون استغلال العقار الشائع غير مريح ، أو أن يستدعي ترميمه قرضا يضمن رهنه ، وقد يكون التصرف واردا على جزء مفرز أو على كل العقار [56] ص 131.

وقد يملك أحد الشركاء لوحده على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع ، فيكون له وفقا لما جاء في نص المادة المذكورة ، سلطة التصرف في العقار الشائع . وجاءت كلمة التصرف في نص المادة عامة ، فهي تشمل التصرفات الناقلة للملكية ، كالبيع والهبة ، كما أنها تشمل من باب أولى مجرد الرهن ، حيث من يملك الأكثر يملك الأقل ، كما أنه قد يشمل كل المال الشائع أو جزءا مفرزا منه [1] ص 122. غير أن ذلك يكون وفق شروط حددها المشرع.

1.2.3.2 . شروط صحة التصرف

استقراء لنص المادة 720 من القانون المدني ، نجد أن شروط صحة تصرف الشريك الذي يملك على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع تتمثل فيما يلي :

أولا: صدور التصرف من طرف الشريك الذي يملك ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل.

ثانيا: يجب أن يسند قرار التصرف إلى أسباب قوية ، تبرر اتخاذه والقيام به ، رغم عدم اجتماع رأي جميع الشركاء عليه ، كأن يحتاج الأمر في سبيل الإنتفاع بالشيء الشائع أو تحسينه إلى رهنه ضمانا للقرض اللازم لذلك ، أو يتم عرض صفقة بيع العقار الشائع بشروط مربحة ومغرية [13] ص 171.

ثالثا: يجب إعلان القرار إلى باقي الشركاء ، لأنه مهما يكن أمر قلة الأقلية المعارضة فيه إلا أن لها على الشيء الشائع نفس الحقوق التي للأغلبية عليه ، مما جعل المشرع يحرص على كفالة حقوق الأقلية ، عن طريق تمكين القضاء من بسط رقابة واسعة على قرار الأغلبية في التصرف ، بداية بضرورة إعلانه إلى باقي الشركاء ، غير أن المشرع لم يحدد وسيلة معينة لهذا الإعلان ، ولم يلزم أن تكون بورقة رسمية [56] ص 132 ، وكل ما ذكره هو أن يكون الإعلان بعقد غير قضائي ، وإغفال هذا الشرط يجعل هذا التصرف غير نافذ في حق باقي الشركاء. وهذا ما أكدته المحكمة العليا رقم 62092 المؤرخ في 13 جانفي 1990 ، في قضائه بما يلي: " متى كان من المقرر أن للطرف الذي يمتلك الأغلبية في المال المشاع أن يتصرف في نصيبه مع وجوب إبلاغ بقية الشركاء بعقد غير قضائي ، فإن القرار الإداري المتضمن بيع محل يشكل جزءا مشاعا من دون إبلاغ بقية الشركاء بمقرر نقل الملكية ، يعد مشوب بعيب خرق القانون . ومتى كان كذلك استوجب إبطال عقد البيع المطعون فيه". [60] ص 139.

2.2.3.2 . الضمانات المعطاة للأقلية

لقد عمل المشرع الجزائري على حماية حقوق الأقلية ، حيث جعل القرار الصادر من الشركاء المالكين على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بالتصرف فيه ، لا يكون نافذا فورا إلا في الحالة التي يتم فيها إعلانه للأقلية ، على الوجه الذي ذكرناه سابقا ، ويحق بذلك لأي شريك من مجموع الأقلية ، وفي خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار التصرف الرجوع إلى المحكمة المختصة في حالة معارضته لهذا القرار . [54] ص 92.

وبذلك فإن التصرف على هذا النحو ينتهي إلى أحد الأمرين:

أولا: في حالة عدم الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت إعلان قرار التصرف ، وهي الفترة التي حددها المشرع لبقية الشركاء من أجل الطعن فيه ، وقع هذا التصرف صحيحا وأصبح نافذا في حقهم [14] ص 170.

ثانياً: أما إذا رجع المعارضون إلى القضاء في الميعاد المحدد ، أي خلال شهرين ابتداء من تاريخ إعلانهم بقرار التصرف ، فإن المحكمة المختصة عليها النظر في موضوع النزاع .
وحسب نص المادة 720 من القانون المدني عليها إتباع الخطوات التالية :

1- تنتظر المحكمة في أمر قسمة العقار الشائع ، فإذا كانت هذه القسمة تتحقق دون إلحاق ضرر بمصالح الشركاء ، فإن المحكمة تقضي بإجراء القسمة ، دون طلبها من أي شريك في الشبوع أما إذا رأت غير ذلك وأن القسمة قد تضر بمصالح الشركاء ، فإنه لا يبقى من مناص في الإبقاء على الشبوع ، والترجيح بين قرار الأغلبية ومعارضة الأقلية [13] ص 171 ، 172.

وقد أثير التساؤل حول ما أقره المشرع للمحكمة ، في مدى لزومها ومن تلقاء نفسها في بحث ملاءمة إجراء القسمة قبل أن تنتظر في تأييد التصرف من عدمه [7] ص 87 ، وذلك ما جاء في نص المادة 720 من أن دور المحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجبا .

ونرى فيما جاء من حكم بنص المادة ، أنه ورغم أن إجراء القسمة يتم بناء على طلب أحد الشركاء طبقاً لنص المادتين 722 و724 من القانون المدني الجزائري ، دون أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها غير أننا نجد ما يبرر ما ذهب إليه المشرع من محاولة إنهاء حالة الشبوع كلما سمحت الفرصة ما دامت تمثل ملكية مؤقتة ، خاصة إذا كانت محل نزاع ، غير أنه وحسب رأينا ، كان على المشرع إعطاء المحكمة للنظر أولاً في مدى صحة التصرف فإذا رأت أنه لا توجد هناك أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع قضت بإلغاء قرار الأغلبية ، دون التطرق إلى قسمة المال الشائع ، لأنه لا يوجد ما يبرره ، كما أنه غير جائز ويعتبر قضاء بغير ما طلبه الخصوم ، أما في حالة ما رأت المحكمة أن قرار الأغلبية يستند إلى سبب قوي يبرره ، فإنه وكما نعتقد ومن أجل حماية حقوق الأقلية ، ولتجاوز الخلافات التي قد تنشأ بين الشركاء في الشبوع ، و لمنع تعطيل الإنتفاع بالعقار الشائع ، فإن للمحكمة أن تقضي بإجراء القسمة إذا لم يكن فيها ضرر بمصالح الشركاء.

2- تنتظر المحكمة في مدى صحة التصرف ، مستشهادة خاصة بحقيقة الدوافع والأسباب التي دعت إلى اتخاذ مثل هذا القرار [2] ص 759 ، لإظهار مدى جديته ونفعه وبحقيقة المبررات التي دفعت قلة من الشركاء إلى الاعتراض عليه ، مراعية في كل ذلك ما قد يلحق مصالح الشركاء من ضرر أو نفع في حالة القضاء بصحة التصرف .

ومن خلال ما سبق ، فإن للمحكمة المصادقة على التصرف ، وبالتالي نفاذه رغم معارضة الأقلية ولها أيضا إلغاؤه استجابة لطلب الأقلية المعارضة حسب الأحوال [13] ص 172.

4.2 . القيود الواردة على تصرف الشريك

إذا كان المشرع قد منح للمالك على الشيوع التصرف في حصته بكل حرية من غير أن يلحق ضررا بشركائه ، فقد منح في مقابل ذلك لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة وحق الإسترداد ، بانتزاع ما تصرف فيه بعوض من يد المتصرف إليه.

وعليه فإن تناول هذه القيود يستوجب بداية التطرق إلى حق الشفعة في المطلب الأول ، ثم نتناول حق الإسترداد في المطلب الثاني.

1.4.2 . حق الشفعة

إن حق الشفعة لا يثبت للشريك في الشيوع فحسب ، إنما يثبت أيضا لغيره من الشفعاء كما يعتبر سبب من أسباب اكتساب الملكية ، و تستدعي منا الدراسة في هذا المطلب عرض تعريف الشفعة ، ثم شروط الأخذ بها ، و بعدها نتطرق إلى الإجراءات اللازمة للمطالبة بحق الشفعة ، وأخيرا الآثار المترتبة عنها.

1.1.4.2 . تعريف الشفعة. [4] ص 595

إن الشفعة قدرة أو سلطة أو مكنه تخول أن يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذ أظهر إرادته في ذلك ، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري من التزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه ، وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبرا على المشتري ، فمن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة يحل في عقد البيع محل المشتري ، دون توقف على رضاه ويتملك العقار المبيع ، فيضمه إلى عقاره الأصلي ، وهذا ما نصت عليه المادة 794 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية....".

كما عرفها بعض فقهاء المالكية أيضا فقالوا: "هي استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو بقيمته الذي باع به بصيغة " [65] ص 13 ، 14.

ومما سبق يتضح تعريف الشفعة ، على أنها حق تملك العين المبيعة من مشتريها ولو جبرا عنه بما دفعه من ثمن ومصروفات ، فالقانون أعطى الحق للشفيع إذا أظهر إرادته في تملك المبيع إلى شخص آخر بنفس شروط البيع ، أي أنه يحل محل المشتري في الصفقة ، و بذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب العقار المبيع.

والشفعة نظام مأخوذ عن الشريعة الإسلامية ، وقد نظمها المشرع الجزائري مستمدا غالبية أحكامها من هذه الشريعة ، مما يستوجب على القاضي الرجوع إلى فقه الشريعة الإسلامية في حالة تفسيره للأحكام المتعلقة بها ، أو في حالة وجود نقص فيها . كما تعتبر الشفعة قيدها على الملكية ، و لهذا فإنه ورد هذا الحق على سبيل الإستثناء عن القاعدة العامة ، التي تترك حرية المالك للتصرف في ما يملكه لمن يشاء و في عدم انقضاء حق ملكية الشخص إلا بإرادته . غير أن حق الشفعة لا يخالف مبدأ تكافؤ الفرص ، و لا مبدأ المساواة أمام القانون [66] ص 130 ، كما أن هذا الحق لا يتعارض مع مبدأ تقديس الملكية ، بل يعمل على تدعيمه وتكريسه.

فالشفعة إذن هي رخصة تهيئ مركزا قانونيا للشفيع ، إذا توافرت أسبابها ، والتي نصت عليها المادة 795 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " يثبت حق الشفعة ، وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة ، إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوخ ، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الإنتفاع ، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

فيتولد المركز القانوني للشفيع ، إذا كان له صفة أصحاب هذا الحق ، و الذي نص عليهم المشرع في المادة السالفة الذكر . و لأن حق الشفعة الذي يهمننا في دراستنا هو الحق الذي يثبت للشريك المشتاع فإننا سوف نتناول شروط الأخذ بالشفعة في هذه الحالة.

أولاً: ثبوت الشفعة في العقار المشاع .

إن حق الشفعة يكون وارداً على حصة في العقار المملوك على الشيوع ، و أما العقار الذي كان محل قسمة ، سواء قضائية أو ودية يتحول إلى ملكية فردية ، بعدما كان شائعاً ، حيث قسم إلى أجزاء و اختص كل شريك بنصيب مفرز ، فإنه لا يكون فيه حق الشفعة ، حيث أنه إذا باع أحدهم حصته المفترزة إلى شخص أجنبي ، لا يمكن للآخرين أن يستعملوا حق الشفعة بدعوى أنهم شركاء فيه ، لأنهم و بعد إجراء القسمة أصبحوا جيراناً ، و لم يعودوا شركاء في الشيوع [67] ص 38.

و أقر المشرع هذا الحق من أجل إبعاد الأجنبي من اقتحامه نطاق الملكية الشائعة ، بهدف التقليل من عدد الشركاء على الشيوع ، و بالتالي جمع شتات الملكية في يد شخص واحد أو أقل عدد ممكن من الأشخاص [57] . حيث أن الممارسات العملية ، تظهر أنه كلما تعدد الشركاء ، كلما ازداد اتساع نطاق الاختلاف ، و طفت على الواجهة بوادر النزاع ، و هذا ما نلاحظه من خلال القضايا العديدة المطروحة أمام الجهات القضائية المختلفة [68] ص 39.

و تثبت الشفعة للشريك من دون النظر إلى أهمية حصته بالنسبة إلى الحصة المباعة ، و إذا تعدد طالبو الحق في الشفعة استحق كل منهم المبيع ، على قدر نصيبه في العقار الشائع. [57] كما أنه لا يقوم وضع الشيوع إلا إذا كان حق الشريك في العقار الشائع ثابتاً وقت بيع جزء منه ، و عليه فإنه إذا كان هذا الحق ناتج عن تصرف قانوني لم يتم شهره ، فإن المتصرف إليه لا يكون شريكاً بعد ، و لا يكون له بذلك حق الشفعة .

ثانياً: ثبوت الشفعة في حالة بيع حصة شائعة.

يثبت حق الشفعة للشفيع أي للشريك المشتاع في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة ، أما البيوع

التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة ، فقد نصت المادة 798 من القانون المدني الجزائري عليها بما يلي:

- لا شفعة.
- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.
- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة ، أو ليلحق بمحل العبادة.

وبذلك تثبت الشفعة في عقود البيع الواردة على العقار ، وهو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، فأى عقد آخر ، ولو كان ناقلا للملكية ، مثل الهبة والمقايضة و الوصية لا تجوز فيه الشفعة [65] ص 173 ، 176 ، 177 ، لأن النصوص المنظمة لحق الشفعة تتكلم كلها عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تكون إلا في البيع.

بقي أن نتناول حكم حق الأخذ بالشفعة في حالة ما إذا تصرف الشريك ببيعه لجزء مفرز من العقار الشائع.

لقد اختلف الفقه بهذا الخصوص ، فمنهم من يرى أنه لا يجوز للشريك في الشيوخ أن يطلب حق الشفعة في جزء مفرز من العقار ، ويبرر أصحاب هذا القول رأيهم على أساس أن بيع حصة مفرزة من عقار مشاع لا يؤدي إلى جعل المشتري شريكا على الشيوخ معهم ، بل يظل البائع هو الشريك على الشيوخ حتى تجرى القسمة ، ويختص بجزء مفرز [69] ص 36، وكذلك لا يجوز لمن اشترى جزءا مفرزا أن يطلب حق الشفعة في حصة شائعة أخرى باعها شريك مشتاع آخر ؛ حيث أن البيع الصادر من الشريك والمنصب على حصة مفرزة يكون صحيحا بين أطراف العقد ، أي بين الشريك البائع والمشتري غير أنه يكون غير ناقد في مواجهة باقي الشركاء ، وبالتالي فإن هذا التصرف يبقى متوقفا على نتيجة القسمة ، أو في حالة موافقة باقي الشركاء ، وبذلك لا يعتبر المشتري مالكا على الشيوخ قبل القسمة ، بل يبقى البائع هو الشريك كما ذكرنا سابقا ، وبالتالي لا يجوز للشريك في الشيوخ أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع قام ببيعه شريك آخر [65] ص 63.

كما أن المشرع في نص المادة 795 / 2 من القانون المدني عند قوله: "...إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي." كان يقصد بلفظ "جزء" ، الحصة الشائعة في هذا العقار.

بالإضافة أن هدف المشرع من تقرير حق الشفعة ، هو الطول دون دخول الأجنبي بين الشركاء وجعلها وسيلة لإنهاء حالة الشيوخ ، باعتبار الملكية الشائعة غير مرغوب فيها اقتصاديا [66] ص 135 ، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا كان المبيع حصة شائعة ، وتنتفي عند التصرف في جزء مفرز لأنها تكون بعد قسمة العقار وانتهاء حالة الشيوخ.

بينما اتجه فريق آخر إلى القول بجواز الشفعة ، مؤسسا ما ذهب إليه ، إلى ما جاء في نص المادة 714 من القانون المدني ، أين أقر المشرع بصحة التصرف في جزء مفرز من المال الشائع مهما كانت

نتيجة القسمة ، حيث أنه إذا لم يقع الجزء المفرز من اختصاص الشريك البائع فإنه تطبيقاً لفكرة الحلول العيني ينتقل حق المشتري من وقت البيع إلى الجزء الذي اختص به البائع بعد القسمة.

كما يبرر أصحاب هذا الرأي قولهم ، إلى أن ما جاء في نص المادة 795 / 2 ، عند ذكر المشرع لعبارة ، "جزء من العقار المشاع" ، جاء على إطلاقه ، أي أن المشرع قصد بذلك الحصة الشائعة والجزء المفرز من العقار الشائع ، فلو أراد المشرع غير ذلك لكان قوله خلافاً لما جاء في نص المادة ، مع العلم أن البيع الوارد على حصة مفرزة ، إنما يقع صحيحاً في نظر القانون . كما أن التسليم بعدم ثبوت حق الشفعة في هذه الحالة ، قد يؤدي إلى استغلال ذلك من طرف الشريك البائع بحرمان شركائه من طلب حق الشفعة بمجرد بيع حصته مفرزة ، مما يسهل إتباع الغش والتحايل لمنع الشفعة [65] ص 64 . كما أن محكمة النقض المصرية قضت في (الطعن 428 لسنة 55 ق - جلسة 1991/05/29 س 42 ص 1239) بأن بيع الشريك المشتاع حصته مفرزة للأجنبي بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة ، أو إجازة باقي الشركاء باعتباره في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم ، أثره بثبوت حقهم في أخذ الحصة المبيعة عن طريق الشفعة [70] ص 41 . غير أنه لا يجوز طلب حق الشفعة في حالة أن البيع لخصته المفرزة قد نشأ نتيجة وقوع قسمة نهائية ، انعقد عليها إجماع الشركاء.

و من المهم الإشارة إلى القول ، بأن المشتري لحصة مفرزة قبل وقوع القسمة ، لا يعطى له الحق أن يشفع في حصة شائعة تم بيعها من طرف شريك آخر ، كما ليس له أن يحتج بأن القسمة النهائية لم تقع بين الشركاء ، إذ لا يمكنه أن يغير حصته من مفرزة إلى حصة شائعة.

و أما إذا بيعت حصة ثانية من العقار شائعة للمشتري السابق ، بعدما أن اشترى حصة مفرزة ، فلا يكون له إذا ما أراد أحد الشركاء أن يشفع فيها ، أن يحتج بأنه شريك مشتاع كالشريك الشافع قبل شرائه للحصة الشائعة ، على اعتبار أنه سبق له أن اشترى جزء مفرزا حتى يحول دون أن تأخذ منه الحصة بالشفعة. [65] ص 65

و يبدو لنا أن الراجح مما سبق ، هو ما قيل في الرأي الأول ، فلا يجوز الشفعة للشريك إذا بيعت حصة مفرزة من العقار الشائع ، بناء على أن حق الشفعة هو قيد يرد على حق الملكية و استثناء جاء به المشرع من أجل غاية محددة ، و هو إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الملكية و بذلك عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء ، و كذلك من أجل العمل على إنهاء حالة الشيوخ بالحد من عدد الشركاء . و لأن هذه الغايات تتحقق عند التصرف في حصة شائعة دون أن يكون ذلك عند التصرف في حصة مفرزة لأن المشتري لا يكون مالكا على الشيوخ ولا يصبح مالكا إلا بعد القسمة ولكن لجزء مفرز ، وحينها

تزول حالة الشبوع ويتحول الشركاء في الشبوع إلى ملاك لحصص مفرزة ، و تنتفي الحكمة التي وجدت من أجلها الشفعة في هذه الحالة.

و مع ذلك فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية ، بيع أحد الشركاء لجزء مفرز من الشيء الشائع في حكم التصرف في قدر شائع ، و أجازت الشفعة له كما ذكرنا سابقا.

ثالثا: ثبوت الشفعة عند البيع لصالح أجنبي.

يجب أن يكون بيع الحصة الشائعة إلى أجنبي ، حيث جاء الحكم الوارد في نص المادة 795 من القانون المدني الجزائري ، متوافقا مع علة إثبات شفعة الشريك ، و هي رفع الضرر من مشاركة الأجنبي.

فإذا باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك آخر مشتاع مثله ، فإنه يفضل على شفيع هو مثله شريك في الشبوع ، لأنه شفيع من طبقته ، بينما يأخذ الشريك في الشبوع الحصة الشائعة المباعة بالشفعة إذا كان الشخص الذي اشترى هذه الحصة أجنبيا عن الشبوع ، لأن الشفيع في هذه الحالة يكون من طبقة أعلى [67] ص 41 ، و هذا تجسيدا لما جاء في نص المادة 796 من القانون المدني الجزائري ، والتي تقول: " إذا تعدد الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية: — إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة ، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

— و إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط ، التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 ، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ، و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 21224 ، المؤرخ في 1982/06/09 ، و الذي قضى بأن الشفعة لا تجري إلا على الأجنبي ، و لأن المشتري له مناب في الشباع من القطعة المباعة مع الشفيع و البائع ، فإن طلب الشفعة غير مقبول [71] ص 501.

كما أنه من المهم أن نذكر أنه في حالة وجود عقار شائع محل حق انتفاع من طرف شخص ، فإنه يتجزأ حق الملكية ، التي يصبح فيها ملكية رقبة العقار الشائع للشركاء على الشبوع ، و حق انتفاع يترتب لهذا الشخص . فإذا بيعت حصة شائعة في هذه الرقبة ، كان لها شفيعان ، الشفيع الأول هو الشريك المشتاع في الرقبة ، و يشفع بصفته مالكا في الشبوع والشفيع الثاني هو صاحب حق الإنتفاع المرتب على العقار الشائع.

فإن تزامم هذان الشفيعان ، قدم الشريك المشتاع في الرقبة على الشفيع صاحب حق الانتفاع [65] ص 68.

3.1.4.2 . إجراءات الشفعة

لقد هذا المشرع الجزائري حذو المشرع المصري ، باعتبار الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري وهذه الرخصة يستعملها الشفيع بإتباع إجراءات دقيقة حددها المشرع ، فإذا لم يلتزم بها فقد حقه في الأخذ بالشفعة ، و يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل.

أولاً: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

لقد نصت المادة 799 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها ، إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، و إلا سقط حقه ، و يزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك " .

فأول إجراء حسب نص المادة يرمي إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع ، و يتم ذلك بإنذار رسمي و يجب أن يتضمن الإنذار البيانات التي نص عليها المشرع في المادة 800 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية ، و إلا كان باطلاً:

– بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

– بيان الثمن و المصاريف الرسمية ، و شروط البيع ، و اسم كل من البائع و المشتري و لقبه و مهنته و موطنه ، و الأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ."

و الهدف من كل هذه البيانات ، هو إحاطة الشفيع بكل المعلومات المتعلقة بعملية البيع و يجب أن يكون الإنذار رسمياً ، يتم على يد محضر قضائي [68] ص 41 ، كما يتضمن الإنذار بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا يتعين موقعه و حدوده و مساحته و معالمه و طبيعته ، و بيان الثمن الذي بيع به العقار ، و حقوق التسجيل و مصاريف الشهر العقاري ، كما يشمل الإنذار المدة التي يمكن للشفيع خلالها من إيداء رغبته في شراء العقار ، و حلوله محل المشتري و هي ثلاثون يوماً [68] ص 41.

ويبدي الشفيح رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد قانونا ، أي خلال ثلاثين (30) يوما ، ابتداء من تاريخ إنذاره من طرف البائع و المشتري ، وإلا سقط حقه في الشفعة [63] ص 96 ، و يكون ذلك بإعلان يوجه إلى كل من البائع و المشتري ، فلا يكفي أن يوجه الإعلان لأحدهما و يصدر إعلان الرغبة في شكل رسمي ، و لم يشترط المشرع أن يكون بإنذار رسمي فقط وإن كان هو الأصل ، فقد يكون بوسيلة رسمية تقوم مقامه ، كما في حالة رفع الشفيح مباشرة الدعوى بطلب الشفعة ، لأن عريضة الدعوى تتضمن إبداء الرغبة في الشفعة ، كما أنها تعلن كل من البائع و المشتري ، لكن يجب إعلان الدعوى خلال مواعيد إبداء الرغبة ، حتى تكون في نفس الوقت إعلان لها . والحكمة من اشتراط المشرع الرسمية في الإعلان هي قطع دابر كل خلاف حول صدوره أو موعد ذلك ، خصوصا أن المشرع يرتب آثار هامة على الإعلان ومنها أنه يجمد العلاقة التعاقدية بين البائع و المشتري . [66] ص 184 ، 185 .

ثانيا: إيداع الثمن و رفع دعوى الشفعة.

لقد نصت المادة 802 من القانون المدني بما يلي: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار ، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط الحق".

غير أنه يتعين على الشفيح قبل رفع دعوى الشفعة إيداع ثمن البيع و المصاريف بواسطة الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ شهر العقد الرسمي المتضمن الرغبة في الشفعة ، بغرض الحلول محل المشتري في شراء العقار المبيع ، و إلا سقط حقه في الشفعة [63] ص 96 ، وهذا حسب المادة 2/801 من القانون المدني التي نصت على ما يلي: " يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف 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".

كما يجب أن تتوفر في الشفيح أهلية التصرف المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري ، لأن الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف ، و ليس من قبيل أعمال الإدارة و من ثم الشفعة تكون في حكم شراء المال المشفوع فيه ، و الوكيل لا يجوز له طلب الأخذ بالشفعة إلا إذا كانت الوكالة خاصة أما الوكالة العامة فتكون مقصورة على أعمال الإدارة. [66] ص 186 .

بعد اتخاذ الشفيح الإجراءات المذكورة ، يكون له الحق في رفع دعوى الشفعة ، وقيدها خلال المدة المحددة قانونا وهي ثلاثين يوما ، تحسب من اليوم التالي لليوم الذي أعلن فيه كل من البائع و المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، وإلا سقط حقه في رفع الدعوى [63] ص 96 . كما يخضع رفع الدعوى بحق

الشفعة لأحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و التي تنص على أنه: " لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ، ما لم يكن حائزا لصفة و أهلية التقاضي ، و له مصلحة في ذلك...." و إلا قضي بعدم قبول الدعوى شكلا لإنعدام عنصر أو أكثر من العناصر المذكورة في نص المادة في شخص المدعي. [73] ص 351.

أما المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى ، فهي المحكمة المتواجد العقار المشفوع فيه بدائرتها لأن دعوى الشفعة ، دعوى عينية يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه لكون الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية ، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة الثامنة (8) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و التي نصت على ما يلي: " ... ترفع الطلبات المتعلقة بالمواد المذكورة أدناه ، أمام الجهات القضائية دون سواها على الوجه التالي:

- في الدعاوي العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار ، أو دعاوي الإيجارات ، بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات ، أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها..." ، و هذا ما أكدته المادة 802 من القانون المدني .

ثالثا: صدور حكم يقضي بثبوت الشفعة.

نصت المادة 803 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري."

و يتضح من نص المادة أن الحكم النهائي الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع هو السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، و معناه أن الحكم ينشأ حقا و لا يقره ، فلا تبدأ آثاره إلا من يوم صدور الحكم ، و لا يرجع إلى تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري [65] ص 244 ، 245 ، بمعنى أن الحكم يعتبر سندا لملكية الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيه ، و يجب أن يخضع إلى إجراءات الإشهار [63] ص 96 ، طبقا لما جاء في نص المادتين 803 و 793 من القانون المدني الجزائري .

و بذلك فإنه إذا اتبع الشفيع الإجراءات الواحدة تلو الأخرى ، و راعى الأجل التي حددها المشرع يمكنه حينئذ استصدار حكم يقضي بأحقية في اكتساب الحصة الشائعة المبيعة و حلوله بذلك محل المشتري.

لقد نصت المادة 804 من القانون المدني بما يلي: " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته ، إلا أنه لا يمكن له الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن ، إلا برضاء البائع ، و لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة " . و يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ، أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إليه نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع ، وعليه تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار إلى الشريك الشفيع دون المشتري ، بناء على هذا الحلول الذي تم بمقتضى حكم قضائي ، و يترتب على ذلك أن العقد المبرم بين هذا الأخير و بين الشريك البائع يصبح كأنه لم يكن ، و يبقى العقد قائماً منذ البداية ، غير أنه يكون الطرف الأول فيه البائع و الطرف الثاني هو الشريك الشفيع لا المشتري الأصلي ، و بالتالي ينتج البيع آثاره القانونية فيما بين البائع و الشفيع ، فيكون لهذا الأخير حقوق المشتري و عليه التزاماته [66] ص 206 ، وذلك منذ أن انعقد البيع كما سبق و أن أشرنا إلى ذلك لأن المشتري في هذه المعاملة يختفي تماماً ، و يعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا في إبرام عقد البيع ، و بذلك تكون الصلة بين الشريك البائع و الشريك الشفيع في العقار الشائع صلة مباشرة ، فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما . غير أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن أو ما تبقى منه إلا برضاء البائع ، كما أنه يستوجب على الشفيع أن يدفع الثمن و المصاريف إلى المشتري ، وهو ما تم إيداعه عند إعلانه [66] ص 211 ، ومن ثم يكون قد استعد مسبقاً إلى ما ينجم عن إتباع الإجراءات القانونية لحق الشفعة.

كما أنه في علاقة الشريك الشفيع بالغير ، نصت المادة 806 من القانون المدني على ما يلي: " لا تكون حجة على الشفيع الرهون و الإختصاصات المأخوذة ضد المشتري ، وكذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه ، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة ، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار " .

و عليه إذا باع المشتري الحصة الشائعة في العقار المشفوع فيها بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة فإنه لا يسري هذا البيع في حق الشفيع ، حيث يأخذ الحصة الشائعة خالية من جميع الحقوق ، إلا أن نص المادة أبقى للدائنين المسجلة ديونهم و ما لهم من حقوق الأفضلية على ثمن الحصة المبيعة.

من خلال ما كنا قد ذكرناه ، فإن المشرع الجزائري أعطى للشريك في الشفيع حق الشفعة إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي ، و الحكمة من ذلك هي ما تؤدي إليه الشفعة من إنهاء أو حد من تعدد

ملاك العقار الذي قد يترتب عليه تعطيل الإنتفاع به والإستثمار فيه ، كما أن هذا الحق يحول دون دخول شخص غريب بين الشركاء في الشيوخ ، على غير رغبة أحدهم الذي قد يتضرر من ذلك ، و لنفس الغرض ، فقد أعطى المشرع حق الإسترداد للشريك على الشيوخ ، فكيف ذلك؟

2.4.2 . رخصة الإسترداد

لم يكتف المشرع بإعطاء حق الشفعة للشريك في الشيوخ ، في حالة وقوع بيع لحصة شائعة في عقار بل مكن الشريك أيضا من حق الإسترداد في الحالات التي لا يستطيع فيها الشريك الحلول محل المشتري عن طريق الشفعة . و كان يجب علينا في تناولنا لحق الإسترداد أن نتطرق إلى تعريفه ، ثم نعرض شروطه و إجراءاته ، كما يستدعي منا البحث إلى تناول الآثار المترتبة عن حق الإسترداد.

1.2.4.2 . تعريف حق الإسترداد

الإسترداد على وجه العموم ، هو أن يحل شخص محل آخر فيما اشتراه مقابل دفع الثمن و مصاريف البيع [6] ص 122، و حق الإسترداد ، إما أن يكون مقررا باتفاق المتعاقدين ، أو بنص من نصوص القانون.

و حق الإسترداد رغم قدمه إلا أنه لم يكن معروفا في القانون الروماني ، بل لم يعرف في التشريع الفرنسي إلا في القرن السادس عشر ، حيث جاء فيه أنواع كثيرة بلغت خمسة وعشرين نوعا ، و لم يبق منها منذ صدور قانون سنة 1804 سوى أربعة و هي: بيع الوفاء استرداد الحقوق المتنازع فيها ، استرداد الوارث للحصة الشائعة التي يبيعها أحد الورثة لأجنبي عن التركة ، و هو ما جاء في نص المادة 841 من القانون المدني الفرنسي ، و استرداد الزوجة للحصة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه ، و هو ما جاء في نص المادة 1408 من القانون المدني الفرنسي ، و استرداد البائع بيعا وفائيا لما يبيعه نظير رد الثمن و المصاريف [74].

أما القانون الجزائري ، فإن أنواع الإسترداد جاءت فيه متمثلة في الشفعة ، و استرداد الحقوق المتنازل فيها ، و استرداد المبيع بيعا وفائيا ، و استرداد الحصة الشائعة المقرر بنص المادة 721 من القانون المدني و هو الذي يدخل في نطاق دراستنا ، حيث نصت المادة على ما يلي: " للشريك في المنقول

الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي...".

فالمقصود بحق استرداد الحصة الشائعة حسب ما جاء به المشرع ، هو حق منحه القانون للشريك بمقتضاه يحل محل المشتري للحصة الشائعة المبيعة ، و ذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوخ محافظة على أسرار الشركة ، و يكون في المنقول الشائع ، و يكون أيضا في حالة بيع الحصة الشائعة في المجموع من المال و لو اشتمل على عقار [6] ص 122.

وهذا الحق كما ذكرنا سابقا هو إحدى وسيلتين نص عليهما القانون لمنع دخول الأجنبي بين الشركاء حيث أن حق الشفعة هو الوسيلة الثانية. و لإدراك الغرض من تقرير حق الإسترداد ، كان لا بد من معرفة الأصل التشريعي الذي استمد منه نص المادة.

أولا: مصدر حق الإسترداد.

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

1-الرأي الأول: حق الإسترداد للحصة الشائعة مأخوذ من نص المادة 841 من القانون الفرنسي والتي أباحت للورثة أن يأخذوا بطريق الإسترداد الحصة الشائعة التي يبيعها الورثة لأجنبي غير أنه تم التوسع في تطبيقها حتى تشمل الشركات والتركات ، وهذه البيوع هي التي تقع في حصص شائعة في مجموع حقوق والتزامات الشركة أو التركة ، فلا تنطبق إذن في حالة بيع حصة شائعة في عقار معين منها.

ويبرر أصحاب هذا الرأي إلى ما ذهبوا إليه بقولهم أن ما جاء في استرداد الحصة الشائعة لا يظهر أن المشرع قصد منها حكمة تخالف ما رآه المشرع الفرنسي ، ولو أنه يبسط حكمها فجعلها تشمل الشركات و التركات ، و لو قيل بعكس ذلك لتعارضت مع حق الشفعة المقرر للشريك في العقار. [74]

كما أنه اتفقت كلمة الفقه الفرنسي على أن أصل حق الإسترداد يرجع إلى منشأ فرنسي صميم ، ابتكره قضاء البرلمانات الفرنسية القديمة ، لتخول الحق في استرداد الحقوق المتنازع فيها [6] ص 124.

2-الرأي الثاني: يرى أن حق الإسترداد في الحصة الشائعة ليس منقولا عن القانون الفرنسي و لا يوجد دليل على ذلك ، كما يرى أن حق الإسترداد إنما أدخل على القانون الفرنسي لأنه لا يوجد فيه حق عام كحق الشفعة ، الذي ينطبق في حالة الإشتراك على الشيوع في الملك من غير بيان سببه ، فلا محل إذن للقول بوجود حق منفصل ليستعمله الشركاء على الشيوع في مثل الأحوال التي يستعمل فيها حق الإسترداد الوراثي في فرنسا ، و المادة نقلت من القانون الفرنسي ، و لكن على سبيل الإطار ، أي من غير أن يقصد منها الغرض الذي وضعت له في فرنسا . حيث أن المشرع الجزائري قد بدل في تركيب المادة 841 من القانون الفرنسي ، بما يدل على أنه أراد تغيير حكمها لجعلها تشمل كل أنواع الشيوع و لذا أطلق لفظ "الحصة الشائعة" بعكس ما جاء به المشرع الفرنسي ، حيث قيدها بأن تكون شائعة في الميراث [74].

3-الرأي الثالث: يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى القول أن نص المادة التي تقرر حق الإسترداد للحصة الشائعة مأخوذة من نص المادة 1408 من القانون الفرنسي ، و التي جعلت للزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التي يشتريها زوجها في عقار لها فيه ملك شائع.

و يبدو أن الرأي الراجح بعدما عرضنا مختلف ما ذهب إليه الفقه ، هو ما جاءت به محكمة الإستئناف الأهلية المصرية ، بأن حق الإسترداد للحصة الشائعة مأخوذ مما جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة 841 ، التي أباحت للورثة أن يأخذوا بطريق الإسترداد الحصة الشائعة أو بعضها ، والتي يتنازل عنها أحدهم في التركة بلا تعيين لأجنبي ، من أجل الحلول دون دخول الأجنبي كشريك ، و بذلك عدم نفوذه إلى أسرار العائلات [6] ص 125 ، 126.

و معلوم أن الشفعة غير موجودة في القانون الفرنسي ، لهذا اضطر المشرع أن ينص على المادة 841 للحكمة السالفة الذكر ، فأخذها المشرع الجزائري بعد أن أطلقها من قيدها و وسع من نطاق حكمها في الشركات كما في التركات . فالمشرع أراد قاعدة جديدة لها حكمة تختلف عن تلك التي وضعت القاعدة المقابلة لها في القانون الفرنسي ، و متى ما تقرر هذا أصبح من اللازم عدم التوسع في استعمال حق الإسترداد و وجوب حصرها في الحالة التي اقتضت حكمة المشرع الفرنسي من وضع المادة 841 من أجلها ، بجعلها قاصرة على حق الشريك في التركات و الشركات قبل قسمتها ، متى ما كان البيع حاصلًا في غير عين معينة أما إذا كان في عين معينة فقط ، بطلت حكمة المشرع في الحلول دون دخول الأجنبي كشريك و نفوذه إلى سر العائلة ، وعليه ينقلب المسترد إلى شفيع ، و يجب عليه أن يلجأ إلى الأحكام المتعلقة بالشفعة [74].

حصر القانون حق الإسترداد في حالة بيع حصة شائعة في المنقول ، أو في مجموع من المال و لو اشتمل هذا المجموع على عقار [13] ص 189 ، و بذلك فإن حق الإسترداد ملازم للشيوخ عكس حق الشفعة الذي قد يرد في غير الشيوخ ، وعليه فإن حق الإسترداد يثبت في حالة بيع المنقول ، أما إذا كان محل التصرف عقار ، فإن للشركاء أخذه بالشفعة ، كما أن حق الإسترداد يثبت في حالة بيع حصة شائعة في مجموع من المال ، كالمترج أو التركة ، وهنا يثبت هذا الحق حتى و لو حوت التركة عقارا .

و حتى تتضح الحالة التي يستعمل فيها حق الإسترداد متى يكون فيها التصرف واردا على العقار وهو الذي يهمننا في دراستنا ، فإننا نبين أن الإسترداد لا يكون إلا إذا باع أحد الشركاء نصيبه في مجموع من المال الموجود على الشيوخ ، و الذي يحتوي على عقار ، أما إذا كان هذا العقار غير موجود في مجموع من المال و إنما الشريك باع حصة شائعة في عقار معين فإنه لا يجوز الإسترداد ، حتى و لو كان هذا العقار هو كل ما تركه المورث [55] ص 217 . غير أن هناك وسيلة ثانية في هذه الحالة لحلول الشريك محل المشتري و هو الأخذ بطريقة الشفعة.

و قد ذهبت محكمة النقض المصرية من أجل إنهاء تضارب الأحكام القائم حول نطاق الأخذ بحق الإسترداد في حكمها الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1946 ، بتقرير قصور الأخذ بحق الإسترداد في المجموع من المال ، و لو كان يشتمل على عقارات ، دون الحصة الشائعة في عقار معين [6] ص 143.

فإذا باع أحد الورثة لأجنبي حصة شائعة في عقار معين بالذات ، و لو كان هذا العقار داخلا في التركة بل لو كان هو كل التركة ، فإن باقي الورثة إذا أرادوا أخذ المبيع ، فإنه يكون لهم ذلك عن طريق حق الشفعة لا عن طريق حق الإسترداد [2] ص 770.

غير أن القضاء الجزائري ذهب إلى غير ذلك ، وأعطى للملاك على الشيوخ عند التصرف في حصة شائعة في عقار معين موجود في تركة الحق في الإسترداد ، بدل أن يكون له الحق في الأخذ بالشفعة ، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا رقم 179321 ، المؤرخ في 1998/03/25 ، والذي قضي: " أن المدعين في الطعن أسسوا طعنهم على خرق المادة 721 من ق.م ، كون أنهم قاموا بكافة الإجراءات المنصوص عليها بالمادة المذكورة ، و أن المجلس برفض دعواهم بدعوى أنه من المفروض على المدعين في الطعن أن يلتزموا بإجراءات الشفعة إن المجلس قد خرق نص المادة 721 من ق.م فعلا

بالرجوع إلى نص المادة المذكورة أن هذا النص يسمح لكل شريك في المنقول الشائع ، أو في مجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة.

حيث أن المدعين في الطعن طلبوا من المحكمة استرداد الحصة المبيعة من طرف أحد الشركاء عملاً بالمادة 721 من ق. م.

حيث أن المدعين في الطعن ، إذا مارسوا حقهم في الإسترداد الذي يمارس على العقار الشائع يكون محلاً لحق الاسترداد ، و إذا باع أحد الورثة لأجنبي حصته الشائعة في عقار معين فإن أخذ باقي الورثة لهذه الحصة من الأجنبي يكون عن طريق حق الإسترداد ، و بالتالي فإن المجلس لما صرح بأن حق الإسترداد هو غير مقبول ، و صرح بأنه كان من المفروض على المدعين في الطعن ، أن يلتمسوا إجراءات الشفعة ، قد خرق المادة 721 من ق. م. ، مما يتعين إبطال و نقض القرار المطعون فيه " [75] ص 85 ، 86.

و يتضح من خلال استقراء ما جاء في قرار المحكمة العليا ، أنها اعتبرت حق الإسترداد يكون إذا كان التصرف منصبا على عقار موجود في مجموع من المال سواء كان البيع وارداً على حصة شائعة في عقار معين بالذات موجود في هذا المجموع ، أو في الحصة الشائعة للشريك الواردة على المجموع من المال الذي يحتوي على العقار ، و بذلك فإن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة التصرف في حصة شائعة في عقار غير موجود في مجموع من المال.

3.2.4.2 . شروط الأخذ بحق الإسترداد

سوف نتناول هذه الشروط عند ما يكون محل عقد البيع حصة شائعة في مجموع من المال يحتوي على عقار ، و هو ما يهمننا في دراستنا . وعليه لإستعمال هذا الحق يجب توافر أربعة شروط :

أولاً: أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشبوع.

ثانياً: أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في مجموع من المال يحتوي على عقار.

ثالثاً: أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء.

رابعاً: و أخيراً أن يكون المسترد هو أحد الشركاء.

1- صدور بيع من أحد الشركاء: يشترط في حق الإسترداد أن يكون البيع صادرا من أحد الشركاء في الشيوخ ، فلا يكون هذا الحق إلا عند التصرف بالبيع ، و لا يجوز في التصرفات الأخرى ، كالتبرع و المعاوضة [14] ص 180. و هذا الحكم له ما يبرره عندما يكون التصرف بالتبرع لأنه يقوم على اعتبارات شخصية ، إضافة لإنعدام العوض الذي يتعين على المسترد دفعه للمتصرف إليه ، غير أنه إذا كان التصرف معاوضة ، فإن القانون الفرنسي يعترف بحق الإسترداد في جميع المعاوضات ، و لا يرى مانعا في ذلك [56] ص 136 ، 137.

بخلاف المشرع الجزائري ، الذي يرى أن الإسترداد لا يكون إلا إذا كان التصرف محل عقد بيع و يشترط في البيع أن يكون بطريق الممارسة ، فلا يجوز الأخذ بحق الإسترداد في البيع بالمزاد ، لأن الحكمة في تحويل هذا الحق للشركاء هي الحلول دون دخول الأجنبي في الملكية الشائعة ، و هذه الحكمة تتوافر بطبيعتها في حالة البيع بالمزاد ، حيث تتيح للشركاء فرصة دخول البيع بالمزاد ، و شراء الحصة المعروضة للبيع ، و منع الأجنبي من الحلول كشريك في الشيوخ معهم [13] ص 190 ، و عليه فتخلفهم عن ذلك يعتبر رضاء ضمنى منهم بأن يكون الأجنبي شريكا معهم ، و البيع بالمزاد الذي لا يكون فيه حق الإسترداد هو الذي يتم وفق إجراءات قانونية محددة ، كما هو الحال في حق الشفعة.

كما أن الإسترداد لا يطلب إلا عند تمام البيع ، أما إذا كان البيع في مرحلة الإيجاب ، و لم يتم قبوله و لو كان الإيجاب ملزما ، فإن الإسترداد يكون سابقا لأوانه.

2- ورود البيع على حصة شائعة في مجموع من المال يحتوي على عقار: يجوز أن يتصرف الشريك ببيع حصته الشائعة كلها أو بعضها ، سواء في مجموع من المال الشائع ، أو في عقار معين داخل هذا المجموع لأجنبي عن الشيوخ . وهنا يحق للشريك أن يستعمل حقه في استرداد الشيء المبوع ، أما إذا باع جزءاً مفرزا فإن المشتري لا يدخل شريكا لمجرد شرائه هذا الجزء المفرز ، بل يكون التصرف موقوفا على ما تنتهي إليه القسمة ، وفي الأخير فإن المشتري لا يحصل إلا على جزء مفرز من البيع بعد إجراء القسمة ، فلا يكون إذا شريكا في الشيوخ مع سائر الشركاء ، و تنتفي هنا الحكمة من تقرير حق الإسترداد فلا يجوز استعماله [13] ص 189 ، 190.

و لا يهم مصدر الشيوخ ، سواء كان الإرث أو الشراكة في غير الإرث ، فقد أعطى المشرع الجزائري حق الإسترداد مهما كان مصدر الشيوخ ، و لم يحذ إلى ما ذهب إليه القانون الفرنسي في تقصير هذا الحق على الشيوخ الناشئ على الإرث ، حيث اعتبر أن طبيعة هذا النوع من الملكية الشائعة تسمح لباقي الشركاء بحق الإسترداد الميراثي [15] ص 498.

3- صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء: يشترط أن يكون المتصرف إليه أجنبياً عن الشركاء و هذا لإنتفاء حكمة الإسترداد إذا كان المشتري شريكاً آخر يملك معهم قبل الشراء ، فلم يستجد على الشركاء أجنبي يتضررون من دخوله بينهم ، أما إذا اشترى أجنبي عدة حصص شائعة فإنه يحق للشريك أن يسترد الحصص المباعة كلها للحلول دون دخول الأجنبي بينهم ، فلا يجوز تجزئة حق الإسترداد حتى تتحقق الحكمة من الأخذ به ، و هو منع الضرر، الذي يتحقق بدخول الأجنبي كشريك مع بقية الشركاء [76] ص 148.

و هي نفس الحكمة المقررة في حق الشفعة ، فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيحاً ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته ، و نفس الشيء في الحالة التي يكون المشتري شريكاً أي له حق الإسترداد كسائر الشركاء ، فيفضل عليهم ، و بذلك لا يحق لشريك آخر أن يسترد منه الحصة الشائعة التي اشتراها.

4 - المسترد هو أحد الشركاء : يثبت حق الإسترداد لأحد الشركاء دون تفرقة بين الشريك الأصلي الذي ابتدأت به حالة الشبوع ، و الشريك الذي آل إليه الحق بعد بداية الشبوع ، سواء عن طريق الخلافة العامة أو الخاصة . و قد نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري في حالة تعدد الشركاء الطالبين لحق الإسترداد على ما يلي: "...إذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته." ، لأن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول الأجنبي بينهم ، و لذلك يثبت لهم الحق في الإسترداد دون غيرهم ، و إلا انتفت الحكمة من تقرير هذا الحق ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه أو أن يستردوا نيابة عنه [2] ص 774 ، 775.

4.2.4.2 . إجراءات الإسترداد

بالرجوع إلى نص المادة 721 من القانون المدني ، التي تنص على ما يلي: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة ، التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي ، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ويتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري ...".

يتضح أن هناك إجراءات معينة دقيقة يجب على المسترد مراعاتها ، حتى لا يفقد حقه و تكون على الشكل التالي:

يجب أن يكون طلب الإسترداد قبل القسمة ، وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك بالبيع أو تاريخ إعلانه بهذا البيع ، فإن تعدد الشركاء فإنه لا يسري الميعاد لمن لم يعلن ، ويجب إعلان كل شريك على حدا فعلى الشريك البائع أو المشتري أن يبادر إلى إعلان باقي الشركاء بالبيع ، ولم يشترط المشرع أن يكون الإعلان رسمياً على يد محضر قضائي ، كما هو معمول به في الشفعة [59] ص 71 و من ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، كما يصح أن يكون شفويًا ، غير أنه يقع عبء الإثبات على الشريك البائع و المتصرف إليه.

وإذا لم يطلب أي من الشركاء الإسترداد خلال الميعاد المخول قانوناً ، فإنه يسقط الحق فيه و يثبت بيع الحصة الشائعة للأجنبي ، الذي يصبح شريكاً مع باقي الشركاء خلفاً للشريك البائع [13] ص 192.

ثانياً: تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري.

يتم طلب حق الإسترداد من طرف الشريك الذي يريد الحصة الشائعة المتصرف فيها بتصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري خلال ثلاثين يوماً من يوم إعلانه بالبيع ، أو من يوم علمه بذلك ليتسنى له أن يسترد الحصة المبيعة . و لم يحدد القانون هنا أيضاً شكلاً خاصاً في التصريح مثل ما هو معمول به في الشفعة ، فقد يكون على يد محضر قضائي و هذه الوسيلة أصح ، كما يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، و قد يكون بالإعلان شفويًا ، على أن يكون عبء الإثبات على عاتق الشريك المسترد ، وعلى هذا الأخير أن يعرض استعداده في التصريح الذي يتضمن الرغبة في طلب الإسترداد بدفع الثمن الذي عرضه المشتري وكافة المصروفات ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضاً حقيقياً ، فلا يقوم بإيداع الثمن خزينة المحكمة كما هو الحال في الشفعة [77] ص 184.

و حينما يتم طلب المسترد بالتصريح على النحو الذي ذكرناه ، فإنه لا يبق بعد ذلك إلا أن يتم تسليم المسترد الحصة الشائعة ، و أن يدفع الثمن المقابل ، إما للبائع إذا لم يتسلم شيئاً من المشتري أو للمشتري إذا كان قد تم دفع الثمن للبائع.

ثالثاً: متى يتم الإسترداد.

يرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري : " أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى قضائية ، كما نظمت دعوى الشفعة ، و ذلك على أساس أن الإسترداد يكون قد تم فعلاً بمجرد إعلانه لكل من البائع و المشتري على الوجه الذي قدمناه " [2] ص 777.

و بذلك يصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ، و مدينا بالثمن و ملحقاته مع مراعاة إجراءات الشهر في المحافظة العقارية لنقل ملكية العقار ، و ما دام المسترد قد حفظ حقه في الإسترداد بمجرد إعلان رغبته من خلال التصريح في الميعاد المحدد قانونا ، يكون له أن يرفع الدعوى به في أي وقت يشاء إلى أن تتم القسمة ، و هذا يعود إلى أن ما جاء به المشرع بخصوص الشفعة من إجراءات لا تطبق على حق الإسترداد [13] ص 192 ، 193. و يعتبر هذا نقضا في تنظيم المشرع لحق الإسترداد ، ليس من شأنه دعم الإستقرار في المعاملات.

و بذلك فإن رفع الدعوى القضائية من طرف المسترد ، لا تكون إلا في حالة امتناع من يحوز الحصة الشائعة ، سواء كان البائع أو المشتري من تسليمها إليه ، يطالب فيها بثبوت حق الإسترداد و التسليم ، كما أنه إذا امتنع المسترد من دفع الثمن و الملحقات ، كان للبائع أو المشتري أن يرفع دعوى لإلزام المسترد بالدفع [2] ص 777.

و بالتالي جعل المشرع الجزائري الدعوى القضائية في الإسترداد خاضعة للقواعد العامة بعدما قضى بأن يتم حق الإسترداد بتصريح يوجهه المسترد إلى كل من البائع و المشتري ، و هذا ما نصت عليه المادة 721 صراحة بما يلي: "... و يتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري...".

فالإسترداد حق معلق على شرط واقف ، و هو دفع المسترد ثمن و ملحقاته ، فإن امتنع على ذلك في الميعاد المحدد تقره المحكمة ، يحق لكل من البائع و المشتري برفع دعوى على المسترد ، باعتبار أن الإسترداد كأن لم يكن ، لتخلف الشرط الواقف ، و هذا ما نصت عليه المادة 721 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "... و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته ، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه."

أما فيما يخص الدعوى القضائية المرتبطة بحق الإسترداد ، فإنها تكون خاضعة للقواعد العامة كما ذكرنا ، ما دام لم يتم تنظيمها من طرف المشرع ، مثل ما جعل ذلك في الشفعة كما أنه يجب في الدعوى التي يرفعها المسترد بثبوت حقه في الإسترداد ، اختصام البائع و المشتري معا في جميع مراحلها حتى في مرحلة الطعن بالنقض ، لأن طرفيها هما من جهة المسترد الذي يطالب بثبوت حقه في الإسترداد و من جهة أخرى المشتري الذي يطلب المسترد أن يحل محله في الحصة المتصرف فيها ، و البائع الذي يطلب المسترد أن يحل هو في مواجهته محل المشتري منه [2] ص 778 ، 779.

5.2.4.2 . الآثار المترتبة عن الإسترداد

لمعرفة الآثار المترتبة عن حق الإسترداد ، لا بد من الوقوف أولاً على التكيف القانوني لحق الإسترداد فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تكيف الإسترداد على أنه إعادة بيع من المشتري إلى المسترد حيث أن البائع باع حصته الشائعة إلى المشتري ، والذي بدوره يبيعها إلى المسترد ، غير أن هذا القول يتعارض مع ما ذهب إليه أغلب الفقه الفرنسي ، كما يتعارض مع ما جاء في المادة 721 من القانون المدني الجزائري التي تنص صراحة على ما يلي: "... و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته...".

و بناء على ما جاء به المشرع في نص المادة ، فإن الإسترداد هو إحلال المسترد محل المشتري في الصفقة ، التي عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع ، و يصبح هو المشتري مباشرة من البائع له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته ، و يكون ذلك الحلول بأثر رجعي ، و يختفي بذلك شخص المشتري و لا يبقى إلا البائع و المسترد ، حيث يعتبر وكأن البائع قد باع حصته الشائعة منذ البداية إلى المسترد [2] ص 779. و هذا التكيف الأقرب إلى الصواب و الذي يستشف من نص المادة 721 المذكورة أعلاه .

و يقتضي منا البحث عن آثار الإسترداد في عرض علاقة المسترد بالمشتري ، ثم علاقة المسترد بالبائع و أخيراً علاقة المشتري بالبائع.

أولاً: العلاقة بين المسترد و المشتري.

جاء في نص المادة 721 من القانون المدني، ما يلي: "... و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته...". ، فإذا توافرت شروط حق الإسترداد ، فإن المسترد يحل محل المشتري في علاقته بالبائع ، و يتم هذا الحلول بأثر رجعي من الوقت الذي تم فيه البيع ، و لا يكون من وقت الإسترداد [14] ص 183 ، كما يختفي شخص المشتري ، و لا يبقى إلا البائع و المسترد ، كما أسلفنا الذكر حيث يعتبر البائع و كأنه قد تصرف في حصته الشائعة إلى المسترد منذ البداية ، فإذا لم يتم الإتفاق على الإسترداد بين المسترد من جهة و البائع و المشتري من جهة أخرى تولت المحكمة الفصل في الأمر [76] ص 153.

و إذا كان المشتري قد رتب على الحصة الشائعة المتصرف فيها حقاً للغير ، فإنه لا يحتج بهذا الحق في مواجهة المسترد ، كما لا يلتزم المشتري قبل المسترد بضمان الإستحقاق و العيوب الخفية ، حيث أن

هذه الإلتزامات تنشأ على البيع و تكون على عاتق البائع ، و يترتب عن حلول المسترد محل المشتري التزام المسترد بدفع الثمن للبائع ، أما إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيت [77] ص 185 ، عكس ما هو معمول به في الشفعة ، حيث لا يستفيد الشفيع بما كان للمشتري من آجال في دفع الثمن ، لورود نص خاص فيها ، إلى جانب ذلك يلتزم المسترد بأن يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات كرسوم التسجيل و السمسرة و غيرها من المصاريف ، و في مقابل ذلك يلتزم المشتري بأن يرد إلى المسترد الثمار التي حصل عليها من يوم البيع إلى اليوم الذي يتم فيه الإسترداد.

ثانيا: علاقة المسترد بالبائع.

كما ذكرنا سابقا ، فإن حلول المسترد محل المشتري في علاقته بالبائع يكون في جميع حقوقه و التزماته فإذا لم يكن المشتري قد وفى بالثمن للبائع ، فإن المسترد ملزم بالوفاء به حيث أنه يحل محل المشتري في نفس العقد و شروطه ذاتها ، فيستفيد من كل المزايا التي تم الإتفاق عليها في هذا العقد ، كما ذكرنا ذلك سابقا ولا يلتزم المسترد نحو البائع إلا بدفع الثمن الحقيقي ، حيث أنه إذا ثبت أن الثمن المذكور في عقد البيع هو أكبر من الثمن الحقيقي للحصة الشائعة المتصرف فيها ، فإنه ليس على المسترد إلا دفع الثمن الحقيقي مع إثبات صورية العقد بكل وسائل الإثبات [77] ص 185 ، 186.

ويلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المتصرف فيها إلى المسترد ، ويكون ذلك من وقت إبرام العقد ولا يتم انتقال الملكية إلا إذا كان قد أنهى إجراءات الشهر ، أما إذا قام المشتري بهذا الإجراء ، فإن المسترد يكتفي بأن يؤشر على هامش هذا الشهر بالإسترداد [14] ص 184.

ثالثا: علاقة البائع بالمشتري.

كما سبق وأن ذكرنا ، فإن المسترد يحل محل المشتري في جميع حقوقه و التزماته نحو البائع و تنتهي بذلك العلاقة التي كانت قائمة بين البائع و المشتري بأثر رجعي ، و يترتب على ذلك زوال الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع ، فيقابلها زوال الإلتزامات التي كانت في ذمة المشتري للبائع ، إذ لا يحق للمشتري بعد الإسترداد أن يطالب البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المتصرف فيها ، و لا بضمان الإستحقاق ، كما لا يحق للبائع بعد الإسترداد أن يطالب المشتري بالثمن إذا لم يكن قد استوفاه منه قبل الإسترداد ، و بالإضافة إلى ما ذكرنا فإن العلاقة ما بين البائع و المشتري تعود إلى ما كانت عليه قبل الإسترداد ، فإذا كان البيع أدى إلى اتحاد ذمة البائع و المشتري ، أو قد رتب عليه أن وقعت مقاصة ما بين البائع و المشتري بشأن الثمن فإن كل هذا يزول بعد الإسترداد و يزول معه اتحاد الذمة و يرجع الحق الذي كان للمشتري في ذمة البائع الذي سقط بالمقاصة إلى ما كان عليه [2] ص 783.

6.2.4.2 : أهم أوجه الاختلاف بين حق الإسترداد و حق الشفعة

<u>حق الشفعة</u>	<u>حق الإسترداد</u>	<u>مصدره</u>
- الشريعة الإسلامية	- القانون الفرنسي	<u>محلّه</u>
- بيع حصة شائعة أو مفرزة في الملك التام لعقار أو المنفعة.	- بيع حصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال المنقول أو العقار و لا تجوز في حق الإنتفاع.	<u>صاحب الحق</u>
- الشريك في الشيوع. - مالك الرقبة. - صاحب حق الإنتفاع.	- الشريك في الشيوع فقط.	<u>في الإجراءات المتبعة</u>
- يشترط إيداع الثمن خزينة المحكمة.	- لا يشترط إيداع الثمن خزينة المحكمة.	<u>الحكم الصادر فيها</u>
- حكم ليس له أثر رجعي، لأنه حكم منشأ.	- حكم له أثر رجعي ، لأنه حكم مقرر.	<u>في الآثار المترتبة عن الحق</u>
- لا يستفيد الشفيع من الأجل أو التقسيط ، و إنما يلزم تعجيل الثمن.	- يستفيد المسترد من الأجل و التقسيط في دفع الثمن.	

الخاتمة

من خلال ما تم تقديمه من معلومات و حقائق ، فيما يخص تصرفات الشريك الواردة على العقار الشائع ، نخلص لنتائج مهمة ، و هي أن تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع ، إما أن يكون عل حصته الشائعة ، و إما أن يكون في جزء مفرز أو في كل العقار ، مما جعل المشرع يضع لكل تصرف أحكام تنظمه ، حيث اعتبر حق الشريك المشتاع في التصرف الواقع على حصته الشائعة ، هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، و كل ما يختلف فيه عنه في الملكية المفرزة ، هو أن حق المالك على الشيوع لا يلحق الضرر بباقي الشركاء . أما حق الشريك في التصرف الواقع على جزء مفرز ، فإنه تصرف صحيح بين طرفيه ، غير أنه لا ينفذ في مواجهة باقي الشركاء .

ولأن طبيعة حق الملكية في الشيوع تختلف عنه في الملكية المفرزة ، فقد نظم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الوضعية ، جملة من الأحكام لتنظيم هذه التصرفات مراعيًا في ذلك نقطتين مهمتين تتمثل الأولى في إعطاء الشريك الحق في التصرف باعتبار أن حق الملكية حق مقدس مكفول دستوريا و لأن التصرف فيه أهم ما يميزه ، و النقطة الثانية و لنفس الغرض و هو حماية حق الملكية ، اشترط ألا يضر التصرف باقي الشركاء ، لأن لهم نفس الحقوق على الحصة الشائعة المتصرف فيها.

و تصرف الشريك في العقار الشائع مقصور على التصرف القانوني ، الذي يؤدي إلى نقل الملكية أو ترتيب حق عيني ، و هذا لأن التصرف على هذا النحو ليس فيه مساس بحقوق باقي الشركاء أما التصرف المادي الذي يؤدي إلى استهلاك الشيء ، فليس من حق الشريك ، لأنه يمس بحقوق سائر الملاك على الشيوع.

و قد جعل المشرع تصرف الشريك في حصته الشائعة تصرفا صحيحا ، على اعتبار أنه تصرف فيما يملك ، و بالتالي يكون نافذا ، سواء بين طرفيه أو في مواجهة باقي الشركاء فيكون له بذلك ترتيب حق عيني أصلي على حصته الشائعة ، بأن ينقل ملكيتها بكل أنواع العقود الناقلة للملكية ، سواء كانت بيعا أو هبة أو مقايضة أو وصية ، كما له أن ينشأ حقا عينيا أصليا غير الملكية على هذه الحصة ، طالما لا يتعارض مع طبيعة الحق الشائع فيكون له ترتيب حق الإنتفاع و الإستعمال و السكن ، بينما لا يستطيع الشريك أن يرتب حق الإرتفاق على حصته لمصلحة عقار آخر مجاور ، لأن الإرتفاق يقتضي

تحديد جزء مفرز من عقار ، مما يعتبر اعتداء على حقوق باقي شركائه في الشبوع ، في حين يكون للمالك على الشبوع أن يباشر حقا عينيا تبعا على حصته برهنها أو بترتيب حق تخصيص أو امتياز عليها.

و التصرفات الناقلة للملكية في الحصة الشائعة لا تثير إشكالات كثيرة ، لأنها عملية استبدال شريك مكان آخر ، اللهم إذا كانت التركة أو الشركة محل أسرار ، فمنعا لتفتيشها أجاز المشرع منع هذا الإستبدال لدخول أجنبي بين الشركاء عن طريق الشفعة أو الإسترداد.

أما بالنسبة للتصرفات المرتبة لحق الإنتفاع و الرهن ، فإن الإشكال يكون إذا استمر نفاذ العقود المنشأة لهذه الحقوق بعد انتهاء حالة الشبوع و إجراء القسمة ، إذ يؤدي ذلك غالبا إلى عدم استقرار التصرف . و رغم محاولة المشرع في العمل على حماية هذه التصرفات بعد القسمة ، غير أنه لم ينظمها تنظيما كاملا شاملا لكل الإفتراضات التي تنجر عن القسمة فالمتقاسم قد يحصل على نفس الجزء المتصرف فيه ، كما أنه قد يختص بجزء آخر من نفس العقار المتصرف فيه ، بالإضافة إلى أنه قد يختص بكل العقار المتصرف في حصة شائعة فيه ، كما قد يقع في نصيبه عقار آخر غير الذي تصرف فيه ، و يمكن أيضا أن يختص بمنقول أو مبلغ من النقود ، فكان على المشرع أن ينظم حكم هذه التصرفات في جميع الإحتمالات المذكورة ، غير أنه لم ينص بهذا الخصوص سوى على المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، التي تنظم مصير الرهن الرسمي بعد إجراء القسمة و اختصاص الشريك الراهن بأعيان أخرى غير التي رهنها ، حيث أقر تطبيق نظرية الحلول العيني من خلال حلول الرهن على العقار المختص به الراهن محل حصته الشائعة المرهونة ، وحدد المشرع الإجراءات المتبعة في هذا الحلول ، وقد جاء بهذا الحكم على اعتبار أن الغرض من الرهن هنا هو المقابل النقدي للشيء المرهون .

في حين كان على المشرع مثلما عمل على حماية الرهن الرسمي في الحالة المذكورة أن ينص على حلول حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب المدين الراهن ، أيا كانت طبيعته ، حتى لا يفقد الدائن المرتهن حقه لعدم وردوه على المنقول أو المبلغ من النقود ، وبذلك إعطاء ضمان أكثر لأصحاب الحقوق .

أما عند تناول المشرع أحكام رهن الحيازة ، ورغم أن جل الفقه ذهب إلى تطبيق ما ورد في الرهن الرسمي ، إلا أن المشرع الجزائري عند تناوله للأحكام التي تنظم الرهن الحيازي لم يحل ما يطبق على الرهن الحيازي إلى المادة 890 ، التي تنظم مصير الرهن الرسمي بعد القسمة ، مما يستوجب تطبيق الأحكام العامة على مصير الرهن الحيازي بعد القسمة.

كما أن عدم تناول المشرع لمصير حق الإنتفاع بعد إجراء القسمة ، جعل الفقه يذهب إلى تطبيق بالقياس أحكام نص المادة 890 ، و المتعلقة بالرهن الرسمي ، لأن المشرع لم يتناول مصير هذا الحق بعد القسمة ، غير أن طبيعة حق الإنتفاع تختلف عن حق الرهن ، مما كان يستوجب على المشرع أن يبين مصير حق الإنتفاع وفق الغرض الذي جعل من أجله هذا الحق و الإفتراضات التي قد تتحقق بعد إجراء القسمة ، أي حسب ظرف كل حالة.

وإذا كان التصرف في العقار الشائع يمكن أن يكون للأشخاص الطبيعية ، فإنه يكون كذلك ممكن من طرف الشخص المعنوي ، و يتجسد في الدولة ، التي حدد لها القانون إجراءات خاصة لتخرج من الشيوخ الذي قد تشترك فيه مع الخواص ، و ذلك مراعاة لمركزها الممتاز كشخص من أشخاص القانون العام . و يكون تصرف الدولة في حصتها بالبيع عن طريق التنازل ، سواء بالتراضي للشركاء على الشيوخ مع الدولة في حالة موافقتهم ، أو بالتنازل عن طريق التنافس ، إذا رفض أحدهم أو عدة شركاء في الشيوخ شراء الحصة المتصرف فيها لأي سبب كان .

ولأن المشرع أعطى للعقار أهمية خاصة نظرا لدوره في الحياة الإجتماعية و الإقتصادية ، فقد أورد شروط و إجراءات عند التصرف فيه ، سواء في انعقاده باشتراط الرسمية في العقود الواردة عليه أو من حيث نفاذه في مواجهه الغير بإلزام شهر التصرف في المحافظة العقارية ، من أجل ترتيب الأثر العيني ، و هو نقل الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى ، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير.

أما إذا كان تصرف الشريك واردا على جزء مفرز ، أو في كل العقارات الشائعة ففيه اعتداء على حقوق باقي الشركاء ، و من ثم فإن التصرف و إن كان صحيحا بين طرفيه إلا أنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء ، لأنه إذا تمت القسمة ربما لا يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف.

ولأنه كثير ما يعتقد بعض الأشخاص أن العقار المتصرف فيه ملكية مفرزة ، ثم يتضح خلاف ذلك كان لا بد أن يضع المشرع الضوابط التي تحمي مثل هذه التصرفات حفاظا على أموال المتصرف إليه من ناحية و حقوق باقي الشركاء من ناحية أخرى ، و حفاظا أيضا على الإستقرار في التعامل ، وبناء على ذلك فقد أعطى للمتصرف إليه في حالة عدم علمه بالشيوخ الحق في إبطال التصرف و أخذ ما دفعه أو الإبقاء عليه و الرضا بما يقع في نصيب المتصرف ، و هو بهذا يريد أن يخفف من سلبيات الشيوخ على هذه التصرفات أما إذا كان المتصرف إليه يعلم بالشيوخ ، فإن التصرف يعد صحيحا فيما بينه و بين المتصرف ، إلا أنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء ، لأن لهم من الحقوق مثلما للمتصرف.

غير أنه ما يعاب عن المشرع الجزائري ، أنه عند تطبيق الحلول العيني ، لم يبين الإجراءات الواجبة الإتباع في تعيين الجزء الذي ينتقل إليه حق المتصرف إليه ، وفق ما جاء في نص المادة 2/714 من القانون المدني ، و المشكل يثار بهذا الخصوص خاصة في حالة ما إذا كان الجزء الذي اختص به المتصرف أكبر أو أقل من قيمة الجزء محل التصرف مما جعل بعض الفقه يذهب إلى تطبيق الإجراءات الواردة في نص المادة 890 السالفة الذكر على كل التصرفات عن طريق القياس ، وهذا ما يبين قصور النص المنظم لتصرف الشريك في الحصة المفترزة ، لأنه لم يوضح الإجراءات التي بموجبها يتم الحلول العيني .

و إذا كان الأصل هو حرية الشريك في التصرف منفردا في حصته الشائعة ، غير أن هذا التصرف إذا كان بيعا ، فإن المشرع من أجل حماية بقية الشركاء من الضرر الذي يكون سببه المتصرف إليه إذا كان أجنبيا عن الشيوع ، و كذلك من أجل الحد من عدد الشركاء و العمل على إنهاء حالة الشيوع أعطى لبقية الشركاء حقي الشفعة و الإسترداد بانتراع ما تصرف فيه بعوض من يد المتصرف إليه.

غير أنه يعاب أيضا على المشرع ، أنه لم ينظم دعوى الإسترداد ، مثلما جعل ذلك في الشفعة و تركها وفق النظام العام ، و هذا يعد نقصا في تنظيم المشرع لحق الإسترداد ليس من شأنه دعم الإستقرار في المعاملات.

و من خلال ما ذكرنا يمكن الخروج بجملة من التوصيات و المقترحات كالتالي:

- فيما يخص مصير ترتيب حق الإنتفاع على حصة شائعة بعد إجراء القسمة ، النص بموجب مادة صريحة تبين تنظيم عملية الحلول العيني ، الذي يكون في حق الإنتفاع و الذي يختلف بطبيعته عن الرهن الرسمي ، حيث يعطي للمنتفع الحق بفسخ العقد إذا لم يختص الشريك المتصرف بالجزء المتصرف فيه في حالة إذا لم يتحقق الغرض من ترتيب حق الإنتفاع ، وهذا من أجل تشجيع التعامل في الملكية الشائعة والإستثمار فيها .

- في ما يخص ما جاء في المادة 890 من القانون المدني الجزائري ، كان على المشرع النص صراحة على أنه ينصب حق الدائن المرتهن إلى كل ما يقع في نصيب المدين الراهن أيا كانت طبيعته ، ولو تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي أو رهن دين ، حتى لا يفقد الدائن المرتهن حقه لعدم وروده على منقول أو مبلغ من النقود ، و بذلك إعطاء السند القانوني لهذا التحول ، بإعتباره حالة استثنائية ، و توفير أكثر ضمان لأصحاب الحقوق الدائنين المرتهنين تحقيقا للعدالة ، و العمل على تجاوز سلبيات الملكية الشائعة.

- فيما يخص تصرف الشريك بترتيب الرهن الحيازي ، إضافة إلى نص المادة 950 من القانون المدني الجزائري ، التي تحيل تنظيم الرهن الحيازي إلى أحكام بعض المواد التي تنظم الرهن الرسمي المادة 890 المتعلقة بتنظيم الحلول العيني و إجراءاته في حالة رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار.

- النص صراحة على التدابير و الإجراءات الواجبة الإتباع ، عند تصرف الشريك في جزء مفرز لتعين الجزء الذي ينتقل إليه حق المتصرف إليه ، و التي بموجبها يتم الحلول العيني و تنظيمها تنظيمًا حاسمًا شاملًا ، و يتفق مع كل أنواع التصرف غير الرهن الرسمي ، لأن الأخذ بنظرية الحلول على إطلاقها في هذا الشأن يؤدي إلى صعوبات كثيرة من الناحية العملية ، خاصة في الحالة التي يقع في نصيب المتصرف جزء أقل من الذي وقع عليه التصرف ابتداء ، حيث لا يكون الأخذ بالحلول العيني ملزمًا للمتصرف إليه ، مما يجعل تطبيق الحلول العيني لا يتضمن قوة الإلزام.

- فيما يخص حق الإسترداد ، على المشرع أن ينص صراحة عن تنظيم دعوى الإسترداد و أجال رفع الدعوى ، مثل ما بين ذلك في الشفعة ، من أجل دعم الإستقرار في المعاملات لأنه بدون ذلك يكون للمسترد بمجرد إعلان رغبته من خلال التصريح في الميعاد المحدد قانونًا ، أن يرفع الدعوى في أي وقت يشاء إلى أن تتم القسمة ، مما يهدد استقرار المعاملات.

- تفادي التناقض الحاصل في الإذن الذي يمنح لبيع الأملاك المشاعة التابعة للدولة بالنص صراحة على أن يمنح الإذن من قبل الوالي بدلًا من الوزير ، على اعتبار أن الوالي هو أكثر دراية بالعقارات الموجودة في ولايته و قيمتها و حاجتها.

- فيما يخص نطاق حق الإسترداد ، كان على المحكمة العليا أن تحذو إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية ، بتقريرها قصور الأخذ بحق الإسترداد في المجموع من المال و لو كان يشتمل على عقارات دون الحصة الشائعة في عقار معين ، بحيث إذا باع أحد الورثة لأجنبي حصة شائعة في عقار معين بالذات ، و لو كان داخلًا في الشركة ، بل لو كان هو كل الشركة ، فإن باقي الورثة ، إذا أردوا أخذ المبيع فإنه يكون ذلك عن طرق الشفعة لاعتن طريق الإسترداد ، وهذا من أجل إنهاء تضارب الأحكام القائم حول نطاق الأخذ بحق الإسترداد ، وتداخل استعمال الحقوق في رفع الدعاوي.

و بذلك فإذا كان المشرع قد أورد أحكام فاصلة في العديد من الإشكالات ، غير أنه من جهة أخرى أهمل العديد من النقاط الهامة ، و التي تظن لها غيره من المشرعين ، لكن نتيجة لكثرة الصراعات حول الملكية ، و بالتالي كثرة القضايا المعروضة على القضاء و المنصبة حول تصرفات الشريك في العقار الشائع ، فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تكثيف الإجتهد الفقهي و القضائي ، و العمل على محاولة سد كل الفراغات القانونية ، و القضاء على كل التناقضات التي تعرفها أحكامنا القضائية.

قائمة المراجع

- 01- محمد عزمي البكري، " في القانون المدني ، حق الملكية المواد من 874 / 825 " المجلد الخامس عشر، محمود للنشر والتوزيع ، مصر ، 2005.
- 02- عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية " ، الجزء الثامن منشأة المعارف ، مصر ، 2004.
- 03- BRIGITTE HESS-FALLON , ET ANNE-MARIE SIMON , « Droit Civil » 7eme Edition , Dalloz , France , 2003.
- 04- محمد حسين منصور، " الحقوق العينية الأصلية "، دار الجامعة الجديدة ، مصر 2007.
- 05- المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم ، " معجم العربي الأساسي " ، توزيع لاروس ، 1989.
- 06- جمال خليل النشار، " تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء " دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2000.
- 07- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، " حق الملكية "، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر 2003.
- 08- عبد المنعم فرج الصده، " الحقوق العينية الأصلية "، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، لبنان (بدون سنة الطباعة).
- 09- مصطفى الجمال، " نظام الملكية "، الطبعة الثانية ، الفتح للطباعة والنشر، مصر، 2000.
- 10- زهدي يكن، " شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة " الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة ، لبنان ، (بدون سنة الطباعة).
- 11- أيمن سعد عبد المجيد سليم، " سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع و استغلاله ، دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000.
- 12- نبيل إبراهيم سعد ، " الحقوق العينية الأصلية " ، منشأة المعارف ، مصر
- 13- حسن كبيرة، " الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها " منشأة المعارف ، مصر ، 1998.
- 14- أحمد عبد العال أبو قرين، " حق الملكية في الفقه والقضاء و التشريع "، الطبعة الأولى دار الثقافة الجامعية ، مصر ، 1999.
- 15- JEAN-LOUIS BERGEL , ET MARC BRUSCHI , ET SYLVIE CIMAMONTI « Traité de Droit Civil , les Biens » , Editions Delta , L .G .D . J , Liban 2000.
- 16- الأمر رقم 58-75 ، المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، المؤرخة في 1975/09/30.
- 17- بن سلطان الطاهر، " الشيوع في الملكية العقارية "، مقال بمجلة الموثق ، العدد 6، أفريل 1999
- 18- أنور طلبية، " الملكية الشائعة " . (بدون دار نشر ولا سنة الطباعة).
- 19- المجلة القضائية، وزارة العدل ، الجزائر ، السنة 1992، العدد الأول و العدد الرابع.
- 20- السيد خلف محمد ، " عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض "، الطبعة الثانية ، دار الفكر والقانون مصر ، 2000.
- 21- المجلة القضائية، وزارة العدل ، الجزائر ، السنة 2000 ، العدد الرابع.
- 22- بن عبيدة عبد الحفيظ، " إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري " دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2003.
- 23- المرسوم رقم 63-76 ، المؤرخ في 1976/03/25 ، المتضمن تأسيس السجل العقاري ، المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد 30 ، المؤرخة في 1976 / 04 / 13.
- 24- حمدي باشا عمر، " حماية الملكية العقارية الخاصة "، الطبعة السادسة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006.

- 25- حمدي باشا عمر ، " نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري " ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2000.
- 26- أنور العمروسي ، " الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني " ، دار محمود للنشر و التوزيع، (بدون بلد النشر ولا سنة الطباعة).
- 27- سليمان مرقس ، " العقود المسماة ، عقد البيع " ، الطبعة الرابعة ، دار الهناء للطباعة، مصر 1980.
- 28- معوض عبد التواب ، " المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني " ، الجزء الرابع ، منشأة المعارف ، مصر ، 1999.
- 29- نشرة القضاة ، السنة 1999 ، العدد 54.
- 30- القانون رقم 90-30 ، المؤرخ في 01/12/1990 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد 52 ، المؤرخة في 02/12/1990.
- 31- المرسوم التنفيذي رقم 91-454 ، المؤرخ في 23/11/1991 ، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها ، ويضبط كفيات ذلك ، المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية العدد 60 ، المؤرخة في 24/11/1991.
- 32- المذكرة رقم 3654 ، المؤرخة في 19/07/1999 ، المتعلقة بتقسيم العقارات المشتاعة بين الدولة و الخواص ، وزارة المالية ، المديرية العامة للأملاك الوطنية.
- 33- القانون رقم 84-11 ، المؤرخ في 09/06/1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية ، العدد 24 ، المؤرخة في 12/06/1984.
- 34- لعروم مصطفى ، " عقد الهبة " ، مقال بمجلة الموثق ، العدد 8 ، نوفمبر 1999.
- 35- ندين محمد ممشوشي ، " حق الانتفاع " ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، 2006.
- 36- ALEX WEILL , « Droit Civil , les Biens », Deuxième Edition Dalloz , France 1974.
- 37- رمضان أبو السعود ، " التأمينات الشخصية والعينية " ، دار الجامعة الجديدة ، مصر 2005.
- 38- زهدي يكن ، " الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا " ، الطبعة الثانية ، منشورات المكتبة العصرية ، لبنان ، (بدون سنة الطباعة).
- 39- إسماعيل إبراهيم الزيايدي ، " التنفيذ العقاري " ، مطابع روز اليوسف الجديدة ، (دون ذكر دار و بلد النشر) ، 1997.
- 40- GHAOUTI BENMELHA , « le Droit Patrimonial Algérien de la Famille » Office National des Publications Universitaires, Alger, 1995.
- 41- همام محمد محمود زهران ، " التأمينات العينية والشخصية " ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1997
- 42- سمير عبد السيد تناغو ، " التأمينات الشخصية والعينية " ، منشأة المعارف ، مصر 1996.
- 43- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، " الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية " الجزء العاشر والأخير، منشأة المعارف ، مصر ، 2004.
- 44- نبيل إبراهيم سعد ، " التأمينات العينية " ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 45- دليمي حورية ، " القسمة العقارية " ، مداخلة في اليوم الدراسي الأول حول القضاء العقاري والمنازعات العقارية ، يوم 27 أفريل 2004 ، منشورات المركز الجامعي سوق أهراس.
- 46- حسين عبد اللطيف حمدان ، " الوسيط في التأمينات العينية " ، الطبعة الثانية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان ، 2001.
- 47- زروقي ليلي وحمدي باشا عمر ، " المنازعات العقارية " ، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر 2006.
- 48- خلفوني مجيد ، " نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري " ، الطبعة الأولى، دار هومه الجزائر 2007
- 49- القانون رقم 90-25 ، المؤرخ في 18/11/1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 49 ، المؤرخ في 18/11/1990 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 95-26 ، المؤرخ في 25/09/1995 ، الجريدة الرسمية ، العدد 55 ، المؤرخة في 27/09/1995

- 50- الأمر رقم 74-75 ، المؤرخ 1975/11/12 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 92 ، المؤرخة في 1975/11/18.
- 51- بوركي محمد ، " التوثيق و الإشهار العقاري " ، مقال بمجلة الموثق ، العدد 6 ، أبريل 1999.
- 52- عبد الحميد الشواربي ، " إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه " ، منشأة المعارف مصر ، 1999.
- 53- محمد شكري سرور ، " موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري " ، دار النهضة العربية مصر ، 2000.
- 54- رمضان أبو السعود ، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية " ، دار المطبوعات الجامعية مصر 2001.
- 55- توفيق حسن فرج ، " الحقوق العينية الأصلية " ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، لبنان (بدون سنة الطباعة).
- 56- محمود جمال الدين زكي ، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية " ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر 1978.
- 57- رلى صفيير ، " الملكية الشائعة ، إستغلالها و إدارتها و التصرف بها و قسمتها " ، بحث منشور في مجلة الجيش ، الصادرة عن مديرية التوجيه ، الجيش اللبناني ، العدد 206 ، 2002/08/01.
- 58- محمدي فريدة زواوي ، " الحيازة و التقادم المكسب " ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2000.
- 59- السيد عبد الوهاب عرفة ، " القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع " ، دار الفكر والقانون مصر 2006.
- 60- المجلة القضائية ، وزارة العدل ، الجزائر ، السنة 1991 ، العدد الأول و العدد الثالث.
- 61- علي هادي العبيدي ، " الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة " الطبعة الأولى ، الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005.
- 62- محمد وحيد الدين سوار ، " حق الملكية في ذاته في القانون المدني " ، الكتاب الأول ، الطبعة الثانية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1997.
- 63- محي الدين إسماعيل علم الدين ، " أصول القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية " ، الجزء الثالث ، الجيل للطباعة ، المغرب ، 1977.
- 64- محمود عبد الرحمان محمد علي ، " نظام الملكية الشائعة في القانون المصري " مداخل في الملتقى المغاربي حول العقار ، جامعة سعد دحلب البليدة ، الجزائر ، في يومي 25 و 26 أبريل 2007.
- 65- خالدي أحمد ، " الشفعة " ، الطبعة الأولى ، دار هومه ، الجزائر ، 2006.
- 66- حسام الدين كامل الأهواني ، " الحقوق العينية الأصلية ، أسباب كسب الملكية " ، دار أبو المجد بالهرم ، مصر ، 1993.
- 67- مهدي كامل الخطيب ، " الموجز في شرح أحكام الشفعة " ، الطبعة الأولى ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمينا ، (بدون ذكر بلد النشر) ، 2000.
- 68- لعروم مصطفى ، " الشفعة في القانون المدني " ، مقال بمجلة الموثق ، العدد 6 ، أبريل 1999 .
- 69- عبد الحميد الشواربي ، " أحكام الشفعة و القسمة في ضوء القضاء و الفقه " ، منشأة المعارف ، مصر (بدون سنة الطباعة).
- 70- معوض عبد التواب ، " الشفعة و الصورية وفقا لقضاء النقض " ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2000.
- 71- بن سعيد عمر ، " الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني " ، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004.
- 72- الأمر رقم 66-154 ، المؤرخ في 1966/06/08 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد 47 ، المؤرخة في 1966/06/09.

73- سنقوقة سائح ، " قانون الإجراءاء المءنية، نسا وءعلقا، وشرحا وءطبقا"، الطبعة الأولى
ءار الهءى ، الجزائر، 2001.

74- أحمد بك لطفى " بءء_ فى اسءراء الشىوع " (15/03/2008) <http://www.arblaws.com>

75- المءلة القضائية ، وزارة العءل ، الجزائر ، السنة 1998 ، العءء الأول.

76- محمد كامل مرسى باشا ، " شرح القانون المءنى ، الءقوق العينية الأصلية "، الجزء الثانى ، منشاء
المعارف ، مصر ، 2005.

77- سعىء سعد عبء السلام ، " الوءىز فى الءقوق العينية الأصلية وءءبعىة "، الجزء الأول ، ءار النهضة
العربىة ، مصر ، 2000.