



جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

جامعة بجاية  
Tasdawit n Bgayet  
Université de Béjaïa



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

# حق التصرف في المال المشاع

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون خاص شامل

تحت إشراف الأستاذ :

بزغيش بوبكر

من إعداد الطالبتين:

قليف حنان

درامشية فاطمة صورية

لجنة المناقشة:

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... رئيسا

الأستاذ : مخالفة كريم

الأستاذ: بزغيش بوبكر، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... مشرفا

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... ممتحنا

الأستاذ : موهوبي محفوظ

السنة الجامعية 2021-2022



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۱۴۳۸

# شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين ، تبارك و تعالی له الكمال وحده ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد نبيه و رسوله الأمين وعلى سائر الأنبياء و المرسلين .

يشرفني أن أتوجه بخالص الشكر و عظيم التقدير و الإمتنان للدكتور بزغيش بوبكر على تكرمه

بالإشراف على عملنا ، لا سيما بتوجيهاته وإرشاداته

التي كانت مصدر دعم في إنجاز هذا العمل .

كما نتقدم بالشكر الجزيل و العرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الدراسة

بغية تصويبها و الإرتقاء بها .

كما نتوجه بالثناء لكل أساتذتنا الكرام و الطاقم الإداري لكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -

# إهداء

أولاً لك الحمد ربي على كثير فضلك وجميل عطائك وجودك ، الحمد لله ربي ومهما حمدنا فلن نستوفي حمدك والصلاة والسلام على من لا نبي بعده .

أهدي ثمرة مجهودي إلى من قال فيهم الله سبحانه و تعالی

" وبوالدين إحسانا "

إلى من جعل الله الجنة تحت قدميها، إلى أعظم وأحن إنسانة في الوجود، إلى نبع الحنان و المودة ورمز العطاء و التضحية إلى أمي الغالية .

إلى النبع الصافي و الكنز الغالي والمثل العالي ، الذي أحمل إسمه بكل إفتخار والذي علمني معني الثقة بالنفس وكان لي سنداً فيحياتي إلى أبي أدامه الله وطال عمره .

إلى زوج أختي الذي دعمني في إكمال دراستي " مصطفى " .

إلى من يذكرهم القلب قبل أن يكتب القلم، إلى من قاسموني حلو الحياة ومرها ، تحت السقف الواحد.....إخواتي و أخواتي .

إلى أبناء إخواتي الصغار الذين نورو أيامي بالفرح منذ ولادتهم " إسحاق ، أيوب ، إلزا "

إلى أعز صديقاتي " ثيزيري "

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي .

## قائمة أهم المختصرات

أولا : باللغة العربية

ج : الجزء

ج . ر . ج . ج : جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية

د . ب . ن : دون بلد النشر

د . س . ن : دون سنة النشر

د . ط : دون طبعة

ص : الصفحة

ص . ص : من الصفحة إلى الصفحة

ط : الطبعة

ق . م . ج : القانون المدني الجزائري

ق . إ . م . إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق . أ : قانون الأسرة

م . ق : المجلة القضائية

ثانيا : باللغة الفرنسية

P : Page

Ed : Edition

# مقدمة



## مقدمة

يعد حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية، يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء سواء كان مادي أو معنوي ، حيث يستأثر بإستعماله وإستغلاله و التصرف فيه في حدود القانون المخول له.

يعتبر حق الملكية أنه حق دائم لا يسقط بعدم الإستعمال فلا يرد عليه التقادم المسقط ، مهما إمتد الوقت دون إستعمال المالك لملكه فإن الملكية لاتزول عنه .

تثبت ملكية الشيء لمالك واحد وهذا مايعرف بالملكية الفردية ، إلا أنه يمكن أن يتعدد الملاك لمال معين ، فيكون كل جزء منه مشترك بين جميع الشركاء . كل واحد منهم يملك حصة من هذا المال ملكية تامة وهذا مايصطلح عليه بالملكية المشاعة .

يقصد بالشيوع الحالة القانونية التي تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني ، فهو لايقصر على الملكية ، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى ، كما لو أوصى شخص بحق الإنتفاع لعدة أشخاص ، إذ يكون حق الإنتفاع حينئذ مالا شائعاً بين الوصى لهم جميعاً، فتقع الملكية المشاعة على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد وحق كل شريك تقع على مشاعة في هذا المال ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة. وحق الملكية على المال المشاع هو الذي ينقسم حصصاً دون أن يقسم المال ذاته .

ينشأ الشيوع من أي سبب منشئ للملكية ، فقد يكون السبب تصرف قانوني أو واقعة مادية ، يتمثل التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة ، ففي حالة العقد كحالة شراء مجموعة أشخاص دار على الشيوع ، وتكون الإرادة المنفردة في حالة الوصية و الهبة، أما بالنسبة للواقعة المادية يتمثل في الميراث الذي يبقي من اكثر أسباب الشيوع وقوعاً كأن يموت المورث ويورث وراثته المال المشاع فتنتقل إليهم وقد تكون بحيازة أرض مشتركة خالية من العيوب أو بالإستيلاء.

وهذا مادفعنا إلى دراسة هذا الموضوع و للوقوف عند الإشكالية الأتية : مامدى فعالية وجدوى النظام القانوني الجزائري في حق التصرف في المال المشاع؟ و للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا عن المنهج التحليلي في دراستنا من اجل تحليل النصوص التي نظمها المشرع الجزائري حول هذا الموضوع ،

لبيان مجمل الأحكام المتعلقة بالتصرف في المال المشاع قسمنا دراستنا إلى فصلين ، الفصل الأول خصصناه للقواعد المنظمة لحق التصرف في المال المشاع ، أما الفصل الثاني بين فيه الضمانات القانونية لحماية حقوق باقي الشركاء.

## الفصل الأول

# القواعد المنظمة لحق التصرف في المال المشاع



نظم المشرع الجزائري الملكية المشاعة في القسم الرابع من الباب الأول المتعلق بحق الملكية من الكتاب الثالث المعنون بالحقوق العينية الأصلية بدءاً من المادة 713 إلى 742 منق.م.ج.<sup>1</sup>

الأصل أن تكون الملكية مفرزة مملوكة لشخص واحد، و استثناءاً تكون الملكية مختلطة مما يطلق عليها بالملكية العقارية المشاعة لتعدد ملاك المال المشاع.

تعتبر الملكية المشاعة ملكية تامة تترتب عليها عدة سلطات من بينها سلطة التصرف التي تخول للشريك في الشبوع التصرف في جزء منها أو كلها بكافة التصرفات القانونية بشرط عدم إلحاق الضرر بحقوق باقي الشركاء<sup>2</sup> وقد يكون إما تصرف مادي أو تصرف قانوني.

بهذا العرض الموجز للقواعد المنظمة لحق التصرف في المال المشاع ، قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين مستقلين ، التصرف الفردي في المال المشاع ( المبحث الأول ) ، و التصرف الجماعي في المال المشاع ( المبحث الثاني ) .

## المبحث الأول:

### التصرف الفردي في المال المشاع

إنطلاقاً مما جاء به المشرع الجزائري في المادة 714 من ق.م.ج: " كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال المشاع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"<sup>3</sup>.

بناءً على هذه المادة يتضح انه يجوز للشريك في الشبوع أن يتصرف في حصته المشاعة وفي المال المشاع كله ( المطلب الأول ) ، و في حصته مفرزة من المال المشاع (المطلب الثاني).

<sup>1</sup>-أمر رقم 58-75 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1978، يتضمن القانوني المدني ، ج . ر.ج . ج ، عدد 78 ، لسنة 1975 ، معدل و متمم

<sup>2</sup>-هذا ما أكدته المادة 1/714 من أمر 58-75 ، مرجع نفسه ، بنصها: " كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها و يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

<sup>3</sup> - أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

**المطلب الأول :****تصرف الشريك في حصته وفي المال المشاع كله**

يشترط المشرع الجزائري لتصرف الشريك في الشيوغ ، أن يكون مالك لحصته ملكا تاما بحيث لا يلحق الضرر بباقي الشركاء.<sup>1</sup>

مما يعطي للشريك الحق في التصرف في حصته المشاعة (الفرع الأول) كالتصرف الناقل للملكية أو المنشئ لحق عيني تباعي أو أصلي، والتصرف في المال المشاع كله (الفرع الثاني).

**الفرع الأول :****حكم تصرف الشريك في حصته المشاعة :**

تعتبر ملكية الشريك على الشيوغ ملكية تامة للشيء محل ملكيته ، وطبقا لنص المادة 714 من ق.م.ج<sup>2</sup> فإنه يجوز للشريك في الشيوغ أن يتصرف في حصته المشاعة بإعتباره مالكا لها بجميع التصرفات طالما أن تصرفه لا يلحق ضررا بباقي الشركاء الآخرين.

ويجوز أيضا للشريك في الشيوغ أن يتصرف في حصته إلى احد الشركاء أو جميعهم أو إلى أجنبي عنهم ، و في هذه الحالة يحق لهؤلاء الشركاء ممارسة حقهم في استرداد حصتهم المتصرف فيها.<sup>3</sup>

يتضح من خلال ما سبق أنه يجوز للشريك أن يتصرف في حصته المشاعة كلها أو بعضها سواء كان ذلك بنقل ملكيتها للغير ( أولا) ببيعها أو هبتها أو إنشاء حق عيني آخر عليها سواء حق أصلي ( ثانيا) كالانتفاع و الارتفاق أو حق عيني تباعي ( ثالثا) كحق التخصيص و الامتياز و الرهن .

**أولا : تصرف الشريك الناقل للملكية :**

يقصد بالتصرف الناقل للملكية هو ذلك التصرف الذي يقوم به الشريك في الشيوغ بنقل ملكيته إلى ملكية شخص آخر عن طريق بيعها، أو هبتها، حيث يعتبر هذا التصرف صحيحا فيما بين طرفيه و نافذا في مواجهة باقي الشركاء.

<sup>1</sup> - أمر رقم 75-58 ، مرجع نفسه .

<sup>2</sup> - أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

<sup>3</sup> قاسم محمد حسين ، موجز الحقوق العينية الأصلية : ( حق الملكية ، حق الملكية في ذاته ، أسباب كسب الملكية ) ، ج01، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005 ، ص 132 .

## 1- بيع الشريك ل حصته المشاعة :

لم يعرف المشرع الجزائري أي نص يخص بيع الحصة المشاعة بل عرف البيع بصفة عامة في القانون المدني الجزائري في نص المادة 351 على انه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

يعتبر تصرف الشريك في حصته المشاعة بالبيع تصرفا صحيحا و نافذا في حق الشركاء الآخرين ، سواء كان عقارا أو منقولا ، قابلا للقسمة أم لا ، ويجوز أن يكون هذا التصرف إلى احد شركاء الآخرين أو إليهم جميعا أو لأجنبي عن الشركاء ، و لا يتوقف نفاذ هذا البيع على إذن أو إجازة من باقي الشركاء.<sup>1</sup>

يترتب عن هذا التصرف انتقال الملكية المشاعة من الشريك إلى الغير بقوة القانون بعد تسجيل عقد بيع الحصة المشاعة في المحافظة العقارية<sup>2</sup> وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29 عن الغرفة العقارية.<sup>3</sup>

## 2- هبة الشريك ل حصته المشاعة :

يجوز للشريك في الشبوع أن يهب حصته المشاعة لشريك آخر، أو لأجنبي شريطة عدم إلحاق الضرر بباقي الشركاء سواء كان عقارا أو منقولا قابلا للقسمة أو غير قابل للقسمة ، اعتبر تصرفه صحيحا و نافذا في مواجهة باقي الشركاء .<sup>4</sup>

في هذه الحالة يحل الموهوب له محل الشريك الواهب ل حصته ويصبح الموهوب له شريك في الشبوع مع باقية الشركاء الآخرين.

أما في حالة ما إذا وهب الشريك جزء من حصته المشاعة فقط فهنا يحل الموهوب له محل الشريك الواهب في تلك الحصة الموهوبة، فقط فيبقى الشريك الواهب مالكا للجزء المتبقي من المال المشاع .<sup>5</sup>

1-SCHILLER Sophie , Droit des biens , 3ème Ed , Cours Dalloz , Paris , 2007 , P 264 .

2-عقوني محمد، " البيع الواقع على حصة شائعة في عقار"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، العدد01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019، ص 27

3 - جاء في حيثيات القرار الصادر عن الغرفة المدنية ، المحكمة العليا الجزائرية ، رقم 63765 ، بتاريخ 1990/10/29م . ق ، العدد 04 ، الجزائر ، سنة 1992 ، ص 28 ، ما يلي : " من المقرر قانونا أن كل شريك في الشبوع 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 انه ليس له الحق في بيع ملك الشبوع ، أخطأ في تطبيق القانون ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ."

4 - راجع المادة 714 من ق م ، ج ، مرجع سابق .  
5- أنظر في ذلك ، سحنون دانية ، التصرف في المال الشائع ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، فرع القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013 - 2014 ، ص ص 37 ، 38 .

## ثانيا :تصرف الشريك المنشئ لحق عيني أصلي:

يترتب عن تصرف الشريك في حصته المشاعة نشوء حق عيني أصلي ومن بين أهم هذه الحقوق غير حق الملكية هي حق الارتفاق و حق الانتفاع.

### 1-حق الارتفاق:

عرف المشرع الجزائري حق الارتفاق في نص المادة 867 من ق.م.ج على أنه : " الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال." <sup>1</sup>

تأسيسا على هذه المادة، يتضح أن حق الارتفاق لا يرد على حصة مشاعة، فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يترتب على حصته المشاعة حق ارتفاق لان حق الارتفاق يقتضي مباشرة على صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز، لأنه تصرف يرد على العقار كله و لا يمكن تجزئته. <sup>2</sup>

### 2-حق بالانتفاع:

يقصد بحق الإنتفاع ، ذلك الحق الذي يُمكنُ المنتفع من استغلال و استعمال ملك غيره عقارًا كان أو منقولاً دون التصرف فيه ، وتكون سلطاته في ذلك مقيدة بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء،<sup>3</sup> كما يمكن للشريك على الشيوخ ترتيب حق الانتفاع على حصته المشاعة و القيام بإدارة الحصة المشاعة إدارة معتادة مع سائر الشركاء ، و تسري على ذلك أحكام الإدارة المعتادة للمال المشاع وفيها يتم الأخذ برأي المنتفع لا برأي صاحب الرقبة ،<sup>4</sup> إلا أن أعمال الإدارة غير المعتادة فيختص بها صاحب الرقبة و لا يمكن للمنتفع مباشرتها.<sup>5</sup>

## ثالثا : تصرف الشريك المنشئ لحق عيني تبعي :

الحقوق العينية التبعية هي التي تكون تابعة لحق شخص تضمن الوفاء به ، غير مقصودة لذاتها بل ضامنة لحق عيني و تشتمل : حق التخصيص ، حق الامتياز ، حق الرهن

1- أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .  
 2- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : ( حق الملكية ) ، ج 08، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1970 ، ص 845 .  
 3- نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون : ( نظرية الحق )، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص 67 .  
 4- بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2016 - 2017 ، ص 20 .  
 5- عشوي سيلية ، بلخلفي حوى ، النظام القانوني للملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون ، تخصص القانون العقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2016 - 2017 ، ص 51 .

## 1- حق التخصيص :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريفه إنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه و آثاره و انقضائه في المواد 937 إلى 947 من ق . م . ج.

حق التخصيص هو حق يختص فيه الدائن بعقارات مدينه بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ يقضي بإلزام المدين بالدين ، فيمكنُ الدائن بموجب هذا السند أن يستوفي حقه من مدينه متقدما على الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة.<sup>1</sup>

مثال ذلك في حالة ما إذا كان الشريك في الشبوع مدين لشخص آخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، فإنه يمكن لهذا الدائن الحامل للسند أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار تخصيص على الحصة المشاعة لمدينه ضمانا لدينه و يكون الطلب على شكل عريضة تقدم إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين، وتكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم بالإضافة إلى البيانات المذكورة في المادة 941 من ق.م.ج.<sup>2</sup>

## 2- حق الإمتياز:

إعتبر المشرع الجزائري الإمتياز حق عيني تبعي لا يتقرر إلا بموجب القانون وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية ، وقد عرفه المشرع في نص المادة 982 من ق.م.ج على أنه :  
"الإمتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ، ولا يكون للدين إمتياز إلا بموجب نص قانوني."<sup>3</sup>

ينقسم حق الإمتياز إلى حقوق إمتياز عامة التي تكون على جميع أموال المدين كالنفقة و المبالغ المستحقة للأجراء و حقوق إمتياز خاصة وهي التي تكون إما على منقول أو عقار.<sup>4</sup>

يجوز للشريك في الشبوع أن يبيع حصته المشاعة في العقار كلها أو جزء منها ولم يقبض الثمن كله أو جزء منه، فيكون له حق الإمتياز على الحصة المشاعة محل البيع سواء كانت هذه الحصة منقولاً أو عقاراً بما يتبقي له من الثمن.<sup>5</sup>

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : ( التأمينات الشخصية و العينية ) ، المجلد 10 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1968 ، ص 660 .

2- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2007 - 2008 ، ص ص 17، 18.

3- أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق

4- جعني وسام ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2020 - 2021 ، ص 20 .

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : ( حق الملكية ) ، مرجع سابق ، ص 847 .

## 1- حق الرهن :

يجوز للشريك في الشبوع رهن حصته المشاعة رهناً رسمياً أو حيازياً سواء كان المرتهن شريكاً آخر أو أجنبياً و لا يتوقف صحة هذا الرهن على إذن أو إجازة من باقي الشركاء .

فينتج على ذلك أن إذا كان الرهن رسمياً فإنه لا يصبح نافداً إلا بعد تسجيله بإسم المرتهن أما إذا كان الرهن حيازياً فإنه لا يتم إلا بتسليم الحصة المرهونة إلى المرتهن.

## أ- الرهن الرسمي :

يملك كل شريك في الشبوع الحق في التصرف في حصته المشاعة كرهنه لحصته المشاعة كلها أو جزء منها أعتبر تصرفه صحيحاً في مواجهة باقي الشركاء، مادامت ملكيته تامة، طبقاً بما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 890 من ق.م.ج.

تختلف أحكام الرهن الرسمي للحصة المشاعة في العقار المشاع في حالة حلول أجل الوفاء بالدين قبل القسمة ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الحصة المرهونة فتباع جبراً ويحل الراسي عليه المزداد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً على الشبوع مع باقي الشركاء المشتاعين.<sup>1</sup>

أما في حالة حلول أجل الوفاء بالدين بعد القسمة فهناك عدة احتمالات فقد يمكن أن يقع في نصيب الشريك الراهن لا العقار المرهون ولا جزء منه إنما يقع له عقار آخر، ففي هذه الحالة تطبق نظرية الحلول العيني وذلك بأن يحل العقار الجديد محل العقار المرهون وفق إجراءات يجب على الدائن المرتهن إتباعها في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول وذلك خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة التي تمت.<sup>2</sup>

أما إذا وقع في نصيب الراهن بعض المنقولات فهنا إختلف الفقهاء في آرائهم فهناك من يرى أن الرهن الرسمي ينقضي لأنه لا يرد إلا على عقارات ففي هذه الحالة يفقد الدائن المرتهن حق رهنه على العقار المرهون .

أما الرأي الثاني فيرى بأن الرهن يبقى لكن يتحول إلى رهن حيازي.

<sup>1</sup> -تومي مريم ، "رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري" ، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون ، العدد 38 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2014 ، ص 241 - 242 .

<sup>2</sup> -أنظر مادة 890 من الق ، الم ، الح ، مرجع سابق .

أخيراً في حالة ما إذا آل إلى الراهن مبلغ من النقود بدل الحصّة المرهونة وحل أجل الدين جاز له أن يقتضي حقه من هنا المبلغ، أما إذا لم يحل أجل الدين جاز له أن يطلب إيداع المبلغ إلى غاية أن يحل الأجل<sup>1</sup>.

#### ب- الرهن الحيازي :

إستناداً إلى نص المادة 948 من ق.م.ج فإن الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين بين المتعاقدين ، مما يعطي للمالك المشتاع حق رهن حصته المشاعة ويكون تصرفه صحيحاً و غير نافذ في حق الغير، و لنفاذه لا بد من الدائن المرتهن حيازة الحصّة المشاعة المرهونة<sup>2</sup> و تتحقق الحيازة إما باتفاق الشركاء على قسمة العقار قسمة مهايأة، و إما باتفاق الدائن المرتهن مع الشركاء على وضع المال عند أحد الشركاء أو أجنبي عنهم، فيحوز الشريك أو الأجنبي الحصّة المرهونة نيابة عن الدائن المرتهن بصفته دائناً مرتهناً و بصفته مديراً للمال المشاع بالنسبة لباقي الحصص<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني :

#### حكم تصرف الشريك في المال المشاع كله :

الأصل في الملكية العقارية المشاعة أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله الحق أن يتصرف فيها ، غير أنه قد يقدم للشريك في الشيوع على التصرف في كل العقار الشائع ، لذلك يقتضي التمييز بين حكم التصرف الشريك بالنسبة لطرفيه ( أولاً ) ثم حكم تصرف الشريك بالنسبة لباقي الشركاء ( ثانياً ) .

#### أولاً : حكم تصرف الشريك بالنسبة لطرفيه

أثناء تصرف الشريك بالنسبة لطرفيه نميز بين حالتين :

حالة وقوع المتصرف إليه في غلط في صفة جوهرية في الشيء المتصرف فيه بسبب عدم علمه بحالة الشيوع وقت قيامه بالتصرف جاز له إبطال تصرف ، أو أن يطلب إبطال التصرف فما يعادل حصص الشركاء الآخرين ، حيث يعتبر هذا التصرف بمثابة بيع ملك الغير<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-طالب محمد ، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء وفقاً لأحكام القانون المدني ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2012 ، ص 46 .

<sup>2</sup>-عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : ( التأمينات الشخصية و العينية ) ، مرجع سابق ، ص 738 .

<sup>3</sup>-إسعاد فاطمة ، محاضرات في الملكية الشائعة ، لقاء على طلبية السنة الأولى ماستر ، تخصص قانون خاص شامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2017 ، ص 26 .

<sup>4</sup>-ممي حكيم ، النظام القانوني لسلطات المالك على الشيوع ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، 2016 - 2017 ، ص 60 .

حالة علم المتصرف إليه بوجود شركاء آخرين وقت قيامه بالتصرف فإنه ليس من حقه طلب الإبطال بسبب الغلط ، فإذا لم يتمكن البائع من أن يستخلص المال المشاع كله لنفسه فيمكن للمتصرف إليه طلب فسخ العقد و المطالبة بالتعويض لإخلال المتصرف بالتزامه.<sup>1</sup>

### ثانيا : حكم تصرف الشريك بالنسبة لباقي الشركاء

يكون كل تصرف يقوم به الشريك على الشيوع في العقار المشاع غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء الآخرين لمساسه بحقوقهم سواء قبل القسمة أو بعدها ، حيث يستقل كل شريك بحصته مفرزة و تخلص له ملكيته خالية من كل تصرف أبداه أحد الشركاء قبل القسمة.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني :

#### تصرف الشريك في حصته مفرزة من المال المشاع

يتصرف الشريك في المال المشاع على أساس أن الملكية خالصة له وحده ، كما قد يتصرف في جزء مفرز من المال المشاع أو فيه كله ، فإذا كان تصرف الشريك في حصته المشاعة صحيحا بما لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين ، فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال المشاع سيمس بهذه الحقوق،<sup>3</sup> وهنا نميز مابين حالتين :

حالة جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا (الفرع الأول ) و حالة علم المتصرف إليه أن الشريك لا يملك المبيع مفرزا (الفرع الثاني) .

حيث تختلف هاتين الحالتين مع اختلاف ما إذا كان التصرف قبل أو بعد القسمة .

### الفرع الأول :

#### حكم جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا :

يعد مؤدي التصرف في جزء مفرز من المال المشاع أن الشريك يحدد جزءا مقدرا من المال المشاع بمقدار متوقع أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيبه بعد القسمة<sup>4</sup> ، و لمعرفة هذا التصرف ، علينا بدراسة هذا التصرف في حالتين ، حالة جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك

1- قاسم محمد حسين ، موجز الحقوق العينية الأصلية: (حق الملكية) ، ج 01 ، منشورات الحلبي القانونية ، د ، ب ، ن ، 2006 ، ص 148 .

2- مخازني فايزة ، تصرف الشريك في المال الشائع: ( دراسة مقارنة )، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس ، 2005 ، ص ص 108-109 .

3- مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية : (الملكية الخاصة ، الملكية العامة ، الملكية التعاونية)، المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، د.س.ن ، ص ص 121-122 .

4- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، المرجع السابق ، ص 44 .

المبيع مفرزا قبل القسمة (أولاً) ، و حالة جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا بعد القسمة (ثانياً).

### أولاً : جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا قبل القسمة :

إذا اعتقد المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك الجزء المتصرف فيه مفرزاً قبل قسمة المال المشاع ، فهنا المتصرف إليه قد وقع في غلط جوهري في محل التصرف ، وحسب ما نصت عليه المادة 81 (3)<sup>1</sup> و ما بعدها من ق.م. ج. فالتصرف يكون قابلاً للإبطال للغلط ولكن يكون طلب الإبطال سابقاً للقسمة.

### 1-حكم التصرف فيما بين الأطراف :

إذا كان المشتري يعلم أن هذا الشريك المتصرف لا يملك الحصة إلا مشاعة فيكون التصرف صحيحاً فيما بين الطرفين و ليس للمتصرف إليه طلب إبطال العقد إذ أنه يعلم بحالة الشيوخ ويكون قد ارتضى على شراء حصته التي تؤول للمتصرف ( الشريك ) بعد القسمة ولذلك يكون التصرف صحيحاً بينهما<sup>2</sup> أما إذا كان المتصرف إليه ( المشتري ) قد وقع في غلط جوهري و اعتقد أن الشريك يملك الحصة مفرزة ، فهنا يكون التصرف قابلاً للإبطال على أساس الغلط الجوهري<sup>3</sup> وفقاً للقواعد العامة في ق.م.ج. نصت على ذلك المادة 714 صراحة في عبارتها الأخيرة " و للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."

كما يستطيع المتصرف إليه أن يجيز العقد فيصبح صحيحاً غير قابل للإبطال و يصبح نصيبه الجزء الذي آل إلى الشريك المتصرف طبقاً للمادة 100 من ق.م.ج. " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير."

إضافة إلى ذلك فإن جهل المتصرف إليه بأن الشريك المتصرف لا يملك حصته مفرزة لا يمكنه من إكتساب هذه الملكية بالتقادم، حيث انه يجب أن يكون التصرف صادراً من مالك و هذا ما أكدته المادة 828<sup>4</sup> من ق.م.ج. على أنه: " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات .

و لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق.

1- تنص المادة 81 من الق ، الم ، الج انه: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله "

2- طلبة أنور ، الملكية الشائعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 41 .

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : ( العقود التي تقع على ملكية البيع و المقايضة ) ، ج 04 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 2004 ، ص 261 .

4 - أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

و السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم . ويجب إشهار السند."

## 2- حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء :

يترتب على عدم نفاذ هذا التصرف في حق باقي الشركاء مايلي :

عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف : طبقا للقواعد العامة للإبطال فإن حق الإبطال يكون مخولا لأطراف العقد فقط وهذا مانصت عليه صراحة المادة 99 من ق.م.ج أنه: **"إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"**<sup>1</sup>

حق الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق : إن تصرف الشريك في حصته المفترزة من المال المشاع و إن كان التصرف صحيحا بين طرفيه إلا انه يُنْفَذُ في حق باقي الشركاء و لذلك كان لهم حق رفع دعوى من أجل تأكيد حقهم في الجزء المتصرف فيه حتى يكون المتصرف إليه على بُنية من واقع الأمر خاصة حالة وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب أحد الشركاء غير الشريك المتصرف<sup>2</sup>.

عدم تمتع الشركاء بممارسة حق الاسترداد : جاء في نص المادة 721 من ق.م.ج: **" 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 ،..... أن يسترد بنسبة حصته"**<sup>3</sup> فقد حددت هذه المادة صراحة انه يجب ممارسة رخصة الاسترداد على حصة مشاعة غير مفترزة.

## ثانيا : جهل المتصرف اليه ان الشريك يملك المبيع مفترزا بعد القسمة :

حسب ماورد في نص المادة 2/714 من ق.م.ج فإنه قد يقع الجزء المفترز في نصيب المتصرف أو عدم وقوعه في نصيبه.

## 1-وقوع الجزء المفترز في نصيب المتصرف :

هذه الحالة لا تثير أي إشكال فإن التصرف الشريك في جزء مفترز من المال المشاع ووقوع هذا الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك البائع يعتبر التصرف صحيحا و نافذا أو يستقر نهائيا فتخلص ملكية هذا الجزء للمتصرف إليه ( المشتري ) بعد إتمام إجراءات الشهر و التسجيل بالمحافظة العقارية<sup>4</sup>. و لا يهم إن كان المتصرف إليه عالما أو جاهلا بأن الشريك المتصرف كان لا

1-أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

2-جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء : ( دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون المدني )، دار جامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص202 .

3-راجع أمر 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

4- وليد نجيب قسوس ، إدارة و إزالة المال الشائع : ( دراسة مقارنة ) ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، الأردن ، 1993 ، ص 138.

يملك المبيع ( الجزء ) إلا شائعا ويمتنع المتصرف إليه عن إبطال التصرف إعمالا بنص المادة 1/85 من ق.م.ج: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. "

## 2- عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف :

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى حكم هذه الحالة في المادة 2/714 من ق.م.ج فإذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف إليه ، ففي هذه الحالة أي حالة جهل المتصرف إليه أن الشريك المتصرف يملك حصة مبيعة إلا مشاعة فإنه يجوز له في هذه الحالة إبطال التصرف إعمالا بأحكام الغلط طبقا لنص المادة 85 من ق.م.ج ، وهو ما أكدته العبارة الأخيرة من المادة 714 من نفس القانون : " وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " كما يجوز للمتصرف إليه أيضا إجازة التصرف بالتنازل عن حقه في طلب إبطال التصرف.

## الفرع الثاني :

### حكم علم المتصرف إليه أن الشريك لا يملك المبيع مفرزا :

يعد التصرف الذي يقوم به الشريك في حصته المفرزة من المال المشاع فائدة لصالح المتصرف إليه الذي يعلم أن الشريك يملك المبيع شائعا غير مفرزا لكنه يتوقع بأن الشيء المبيع يكون من نصيب الشريك بعد القسمة ، مما يؤدي إلى اختلاف التصرف ، ما إذا كان تصرف واقع قبل القسمة (أولا ) أو تصرف واقع مابعد القسمة ( ثانيا ) .

### أولاً : علم المتصرف إليه ان الشريك لا يملك المبيع مفرزا قبل القسمة :

من خلال نص المادة 2/714 من ق.م.ج السالفة الذكر أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حكم تصرف الشريك في حصته المفرزة من المال المشاع قبل القسمة بل اكتفى فقط بحكم تصرف الشريك بعد القسمة في حصته المفرزة من المال المشاع مما يستدعي الأعمال بالقواعد العامة المتعلقة بالشيوع.<sup>2</sup>

### 1- حكم التصرف فيما بين الأطراف :

إن التصرف الذي يقع بين الشريك في الشيوع و المتصرف إليه يكون تصرفاً صحيحاً عن طريق الأثر الكاشف للقسمة ، وفقا لذلك فإنه لا يجوز للمتصرف إليه طلب الإبطال على أساس

1- المادة 85 من أمر 58-75، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

2- راجع المادة 2/714 من أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

الغلط لأن الشريك قد تصرف فيما يملك في حين لا يجوز أيضا للشريك طلب إبطال التصرف استثناءً إلى حالة الشيوخ.<sup>1</sup>

## 2- حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء :

الأصل انه لا يحق للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال المشاع ولو كان هذا الجزء يعادل أو يقل عن حصته في المال المشاع و كاستثناء لذلك أجز المشرع هذا التصرف و إعتبره صحيحاً و في الوقت نفسه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء فيما يتعلق بحصتهم المشاعة في الجزء المفرز محل التصرف<sup>2</sup> مما ينتج عن ذلك انه لا يمكن للمتصرف إليه أن يكون شريكاً على الشيوخ ولو كانت الحصة المتصرف فيها مشاعة، أما في حالة ما إذا أنكر عليهم المتصرف إليه حقهم في حصتهم المشاعة في الجزء المفرز المتصرف فيه جاز للشريك الأخر أو لسائر الشركاء في الشيوخ المطالبة بإستحقاق حصتهم وذلك برفع دعوى الاستحقاق على كل من المتصرف إليه و الشريك في الشيوخ .

الهدف من هذه الدعوى هو الاعتراف بحقوق الشركاء في هذه العين دون الحاجة لانتظار نتيجة القسمة<sup>3</sup>، ولكن ليس له الحق أن يطالب بإستحقاق أية قطعة مفرزة في الجزء المتصرف فيه، لأنه لا يملك في هذا الجزء المفرز إلا حصة مشاعة.<sup>4</sup>

## ثانيا : علم المتصرف إليه أن الشريك لا يملك البيع مفرزا بعد القسمة :

يتبين من نص المادة 2/714 منق.م.ج. المذكورة سابقاً انه في حالة ما إذا باع أحد الشركاء جزء مفرز من المال المشاع فإما يقع هذا الجزء المفرز بعد القسمة في نصيب المتصرف أو لا يقع في نصيبه.

## 1- وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف :

لم يتطرق المشرع الجزائري لحكم هذه الحالة لوضوحها بحيث يظل التصرف فيها صحيحاً و يستقر نهائياً على ذات محله ، حيث تخلص ملكية الجزء المفرز للمتصرف إليه بالتسجيل بعد أن وقعت في نصيب المتصرف و هذا بفضل الأثر الكاشف للقسمة<sup>5</sup>، وبمعنى آخر أن ملكية الجزء

1- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية : ( الملكية و الحقوق المتفرغة عنها ، أسباب كسب الملكية )، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 130 .

2- كيجل حفيظة ، أحكام الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2020 - 2021 ، ص 43 .

3- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مرجع سابق ، ص 50 .

4- فراحي كوثر ، " إجراءات بيع الشريك في الشيوخ لجزء مفرز من المال الشائع في التشريع الجزائري " ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية ، المجلد 03 ، العدد 02 ، جامعة وهران 2 ، وهران ، 2019 ، ص 51 .

5- لبيص بوبكر ، التصرف في المال الشائع شيوخا اختياريا : (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني )، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة و قانون ، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية ، جامعة أحمد بن بلة ، وهران ، 2012 - 2013 ، ص 100 .

المفرز المتصرف فيها تنتقل إلى المتصرف إليه بتمام إجراءات التسجيل و الشهر بالمحافظة العقارية.<sup>1</sup>

## 2- عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف :

الأصل أنه قد لا يقع في نصيب المتصرف الجزء الذي تصرف فيه إنما يقع في نصيب الشركاء الآخرين ، جاز للمتصرف إليه أن يطلب إبطال التصرف أو فسخه على أساس انه صدر من غير مالك وعدم إجباره على قبول الجزء المفرز الذي آل إلى المتصرف عند القسمة.<sup>2</sup>

إستثناء على ذلك انه لا يجوز له طلب ابطال التصرف بسبب علمه أن المتصرف لا يملك كل الجزء مفرزا ورضي به مسبقا وهو ما تركز عليه الحصة المشاعة للمتصرف بعد القسمة ، وبالتالي تنتقل بعد التسجيل ملكية الجزء المفرز الذي وقع في نصيب المتصرف إلى المتصرف إليه ، ويحل هذا الجزء محل الجزء المتصرف فيه بالحلول العيني.<sup>3</sup>

## المبحث الثاني :

### التصرف الجماعي في المال المشاع:

تنص المادة 720 من ق . م . ج على أنه: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع (3/4) 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 ، و للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا." <sup>4</sup>

من خلال المادة المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري كأصل عام أقر أن التصرف في المال الشائع يصدر بإجماع الشركاء سواء كان هذا التصرف في كل مال الشائع أو في جزء مفرز منه وسواء كان هذا التصرف من التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني ، لكن إستثناءً أجاز هذا التصرف للشركاء الذين ، يملكون 3/4 من المال الشائع ويكون ذلك بناء على أسباب قوية تدفعهم إلى القيام بهذا التصرف مع مراعاة حقوق الأقلية من الشركاء .

على هذا الأساس سنتعرض في مبحثنا هذا إلى التصرف الصادر من جميع الشركاء ( المطلب الأول) إلى حقوق الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في المال المشاع ( المطلب الثاني).

1- سحنون دانية ، التصرف في المال الشائع ، مرجع سابق ، ص 61 .

2- جعني وسام ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مرجع سابق ، ص 44 .

3- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : ( حق الملكية ) ، مرجع سابق، ص 876 .

4- أمر رقم 75 - 58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

## المطلب الأول :

### التصرف الصادر من جميع الشركاء :

الأصل أن لجميع الشركاء أن يتصرفوا في المال المشاع كله أو بعضه ، فهو مملوك لهم على الشيوع و من ثم يكون لهم أن يتفقوا جميعاً على التصرف فيه كله أو بعضه ، سواء كان التصرف ناقلاً للملكية أو غير ناقلاً للملكية ، وسواء كان هذا الجزء شائعاً أو مفرزاً ، ويسري هذا التصرف في مواجهة الشركاء جميعاً وليس لأي منهم المطالبة بعدم نفاذه في مواجهته مادام أن التصرف قد صدر منهم جميعاً<sup>1</sup>.

سننظر في مطلبنا هذا عن حكم التصرف الصادر من جميع الشركاء في المال المشاع ( الفرع الأول ) و التصرف الصادر من معظم الشركاء ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول :

### حكم التصرف الصادر من جميع الشركاء في المال المشاع :

يملك الشركاء مجتمعين سلطة التصرف في كل المال المشاعاً و جزء منه أو في حصة مشاعة منه و ذلك بأي نوع من التصرفات الناقلة للملكية أو ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي .

### أولاً : تصرف جميع الشركاء الناقل للملكية

قد ينعقد إجماع الشركاء على ترتيب تصرف ناقل للملكية سواء تعلق الأمر بكل المال المشاع أو حصة مشاعة منه أو كذلك جزء مفرز منه ويعتبر هذا التصرف صحيحاً منتجاً لأثاره سواء كان التصرف بيعاً أو مقايضة أو هبةً أو وصية أو وقفاً.

### 1- البيع الصادر من جميع الشركاء في المال المشاع :

يعتبر البيع الذي يقوم به جميع الشركاء صحيحاً و نافذاً، لذا فإنه يقع على المال المشاع كله أو جزء منه .

### أ- البيع الصادر من جميع الشركاء للمال المشاع كله :

للشركاء مجتمعين حق التصرف بالبيع في كل المال المشاع ولما كان هذا التصرف ناقلاً للملكية في المال كله ترتب عليه خروج المال المشاع من ذمة الشركاء وتنتهي بذلك حالة الشيوع

<sup>1</sup> محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ط2 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1998،ص 170 .

بينهم ( بيع التصفية ) إذ أننا بصدد تصرف من ملاك المال الذين لهم سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه.<sup>1</sup>

قد يتحقق هذا البيع إما رضاءً وذلك بالتعاقد مع المشتري أو قضاءً وهذا ببيعه بالمزاد العلني ، ولما كان البيع عن طريق المزاد العلني ويمكن أن يرسو على أحد الشركاء ، ففي هذه الحالة يدفع ثمن الراسي عليه المزاد العلني بعد إنقاص مقدار نصيبه في المال ، كما قد يرسو المزاد على شخص أجنبي ويخضع هذا النوع من البيوع إلى إجراءات خاصة تضمنتها المادة 786 من ق.إ.م .! على أنه : "إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا ، بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع ، يعدها المحضر القضائي ، وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار ، بناء على طلب من يهمله التعجيل من المالكين على الشيوع.

تشتمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 أعلاه ، على ذكر جميع المالكين على الشيوع وموطن كل منهم، ويرفق بها فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 أعلاه ، نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني."<sup>2</sup>

كما ينعقد إجماع الشركاء على بيع حصة مشاعة فيكون تصرف صحيحاً و نافذاً ويترتب عنه أن الشريك الجديد يدخل مع الشركاء بنصيب معين من المال الشائع مع مقابل إنقاص من حصص باقي الشركاء حسب اتفاقهم وله أن يتصرف بكافة أنواع التصرف في الحصة التي آلت إليه.<sup>3</sup>

#### ب- البيع الصادر من جميع الشركاء لجزء مفرز من المال المشاع :

كما يحق للشركاء في الشيوع أن يبيعوا جزء مفرز من المال المشاع ويبقى التصرف صحيحاً و نافذاً بحقهم جميعاً ، ويخرج بذلك الجزء الذي تم التصرف فيه من الشيوع ، ويقتصر الشيوع بين الشركاء على الجزء المتبقي الذي لم يتصرف فيه.<sup>4</sup>

إلا أن إنتقال الملكية في العقار لا تنتقل إلا بتمام إجراءات التسجيل والشهر في المحافظة العقارية وهذا ما أكدته المادة 793 من ق.م.ج أنه : " لا تنتقل الملكية والحقوق 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." <sup>5</sup>

1- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية : ( الملكية و الحقوق المتفرعة منها ، أسباب كسب الملكية ) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 90.

2- أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

3- فرقاق معمر ، فلاح سفيان ، "بيع العقارات المملوكة على الشيوع في القانون المدني" ، المجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية ، عدد 21 ، 2019 ، ص 148 .

4- رجال كهينة ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر قانون خاص ، تخصص العقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة أكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2015 - 2016 ، ص 29 .

5- أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني ، المرجع السابق .

## 2- المقايضة الصادرة من جميع الشركاء في المال المشاع :

أحالنا المشرع الجزائري في المادة 415 من ق.م.ج إلى تطبيق أحكام عقد البيع على عقود المقايضة فقد جاء في نصها: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايس عليه."

لذلك قياسا على حكم بيع المال المشاع بإجماع الشركاء ، فإنه يكون صحيحا وناظرا للمقايضة التي يجريها الشركاء مجتمعين سواء تعلق الأمر بكل المال الشائع أو حصة مفرزة منه ، ويسري على المقايضة مايسري على أحكام البيع.

## 3- الهبة الصادرة من جميع الشركاء في المال المشاع :

تعتبر الهبة من التصرفات الناقلة للملكية ، وقد عرفها المشرع في المادة 202 من ق ، أ ، ج: " الهبة تملك بلا عوض " <sup>1</sup>.

يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط و للشركاء مجتمعين هبة المال المشاع كله أو جزء مفرز منه ، سواء كان ذلك لأحد الشركاء أو لأجنبي عنهم <sup>2</sup>فتمت انعقد إجماع الشركاء على هذا الوجه من التصرف ، فيصبح تصرفهم صحيحا وينفذ في حق جميع الشركاء أيا كانت القسمة بينهم ، ولما كان التصرف ناقلا للملكية إلا بعد قسمة المال المشاع ، حيث تنتقل الملكية للطرف الآخر خاصة له <sup>3</sup>.

متى كان محل الهبة مالا شائعا ، فإن المشرع الجزائري أغناه عن الحيابة و اكتفى فقط بالتوثيق و الإجراءات الإدارية ، و هذا مانصت عليه المادة 208 من ق ، أ .

## 4- الوصية الصادرة من جميع الشركاء في المال المشاع :

عرف المشرع الجزائري الوصية 184 من ق ، أ ، ج : " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع ." <sup>4</sup>

نص في المادة 185 من نفس القانون : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد على الثلث توقف على اجازة الورثة " <sup>4</sup>

يتضح من خلال النصين السابقين انه لا يوجد أي مانع من أن يوصي الشركاء مجتمعين في الشيوخ بالمال المشاع في حدود الثلث ويمكن أن يتعدى ذلك بإجازة الورثة ، ويراعي خصوص هذين التصرفين إتمام إجراءات التسجيل و الشهر متى كان التصرف منصبا على العقار.

<sup>1</sup> - قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984 ، يتضمن قانون الأسرة ، ج ، ر ، ج ، ج ، عدد24، لسنة 1984 ،(معدل و متمم).

<sup>2</sup> - وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مرجع سابق ، ص 71 .

<sup>3</sup> - رضا عبد الحليم ، عبد المجيد الباري، الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية ، د ، ط ، جامعة بنها ، الرياض ، 2009 .

<sup>4</sup> - قانون رقم 84 -11، يتضمن قانون الأسرة ، مرجع سابق.

5- الوقف الصادر من جميع الشركاء في المال المشاع :

تنص المادة 216 من ق، أ، ج : " أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف ، معينا، خاليا من النزاع ، ولو كان مشاعا. "

نص المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الاوقاف " يكون محل الوقف عقارا أو منقولاً أو منفعة .

ويجب ان يكون محل الوقف معلوما محددًا و مشروعًا ويصح وقف المال المشاع ، وفي هذه الحالة تتعين القسمة.<sup>1</sup>

اعتمادا على النصين السابقين فإنه يجوز وقف المال الشائع من قبل الشركاء مجتمعين ، شريطة ان يكون هذا المال المشاع مما يقبل القسمة.<sup>2</sup>

ثانيا :تصرف جميع الشركاء المنشئ لحق عيني :

إن سلطة التصرف المخولة للشركاء تتعدى إلى ترتيب حقوق عينية أصلية كانت أو تبعية

1- ترتيب حق عيني اصلي :

يمكن للشركاء مجتمعين أن يرتبوا على المال المشاع حقا عينيا أصليا كحق الارتفاق أو الإنتفاع وهي حقوق مستقلة لا تتبع أي حق آخر و لاتستند في وجودها إليه.

أ- حق الارتفاق :

يعتبر حق الارتفاق حق عيني عقاري يخول عقارا ما في خدمة عقار آخر مملوك لشخص آخر بسبب الحصر.<sup>3</sup>

متى كان إجماع الشركاء في الشيوخ لترتيب حق الارتفاق على عقار مشاع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر يعد نافذا صحيحا في حقهم جميعا.<sup>4</sup>

كذلك إذا تصرف جميع الشركاء في جزء مفرز من المال المشاع كان تصرفهم نافذا في حق الجميع أي كانت نتيجة القسمة فيما بعد ومثال ذلك لو أنارضا مشاعة بين ثلاثة بالتساوي ورتب

1- قانون رقم 91-10 ، مؤرخ في 27 أفريل 1991 ، يتعلق بالأوقاف ، ج . ر . ج . ج ، عدد 21 ، لسنة 1991 .

2- الديب جمال ، " خصوصية التبرع بالمال المشاع : (الهيئة و الوقف نموذجا ،دراسة مقارنة ) "،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2008 ، ص 347 .

3- المادة 87 من أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني ، المرجع السابق .

4- حسان سعيدة ، أمينة حشامة ، التصرف الوارد على المال المشاع ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجبلالي بونعامة ، خميس مليانة ، 2017 - 2018 ، ص 61 .

كلهم حق الارتفاق على جزء من الأرض مفرز يعادل ثلثها ، فإن هذا التصرف يلزمهم جميعا، وإذا إقتسموا الأرض كلها بعد ذلك ووقع الثلث المفرز المرتفق في نصيب أحدهم ، لزمه حق الارتفاق.<sup>1</sup>

### ب- حق الانتفاع :

يعرف حق الانتفاع انه ذلك الحق الذي يولي صاحب الحق في استعمال و استغلال شيء يخص الغير مؤقتا.<sup>2</sup>

حدد المشرع الجزائري في المادة 844 من ق.م.ج أسباب إكتسابه فقد جاء فيها : " يكسب حق الانتفاع بالتعاقدو بالشفعة و بالتقادم أو بمقتضى القانون .

يجوز أن يوصى بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن " <sup>3</sup>

إعتادا على هذا النص يجوز الشركاء مجتمعين أن يرتبوا حق الانتفاع على المال المشاع كله أو حصة مشاعة منه أو على جزء مفرز ، ومتى ترتب حق الانتفاع فإن للشخص المنتفع له حق إستعماله و إستغلاله للمال المشاع ، ويحتفظ الشركاء المشتاعون بملكية الرقبة ، و بمعنى آخر يكون للشريك المنتفع " صاحب حق الانتفاع " أعمال الإدارة المعتادة و يكون للشركاء المشتاعون أعمال الإدارة الغير معتادة و التصرف و طلب القسمة .<sup>4</sup>

متى انقضى حق الانتفاع و ظل الشيوخ قائما ، فإن الملكية تؤول إلى الشركاء أصحاب الرقبة أما إذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع و ظل الشيوخ قائما ، فإن الملكية تؤول إلى الشركاء أصحاب الرقبة ، أما إذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع ، فهنا اختلف الفقه إلى رأيين يقررون مصير حق الانتفاع.

الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي أن الأثر الكاشف للقسمة يؤدي إلى إعتبار الشريك المتقادم مالكا للحصة المعينة التي ألت إليه القسمة من الملك على الشيوخ ، ومن ثم يكون حق الانتفاع الذي رتبه الشركاء على الشيوخ واقعا على ما يملك فيما زاد على حصة الشريك المتقاسم و لا يسري حق الانتفاع على الشريك الذي وقع الجزء المتصرف فيه في نصيبه.<sup>5</sup>

الرأي الثاني : يعتبر هذا الرأي هو الرأي الغالب ويرى أصحاب هذا الرأي أن التصرف الصادر من جميع الشركاء في كل المال الشائع أو في جزء منه يكون صحيحا و يظل نافذا في

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : ( حق الملكية )، مرجع سابق.

2- محمد وحيد الدين سوار ، حقوق العينية الاصلية : ( اسباب كسب الملكية و الحقوق المشتقة من حق الملكية )، ط02 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1997 ، ص 361 .

3- أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني ، مرجع السابق .

4- مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية : ( الملكية الخاصة ، الملكية العامة ، الملكية التعاونية ) ، مرجع السابق ، ص 134.

5- عقوني محمد ، الانتفاع بالعمارة الشائع في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2015 – 2016 ، ص ص 162 ، 163 .

مواجهة الشركاء وحلفائهم أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا تطبق قاعدة الأثر الرجعي لان التصرف كان صادرا من جميع الشركاء .<sup>1</sup>

## 2- ترتيب حق عيني تبعي :

يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تبعي على المال المشاع كله أو على جزء مفرز منه وبذلك يجوز للشركاء مجتمعين رهنه رهنا رسميا أو حيازيا.

### أ- حق الرهن الرسمي :

إن الرهن الرسمي عقد يكسب بموجبه الدائن حقا عينيا على عقار لاستفاء دينه يخول له بمقتضاه التقدم في المرتبة في استفاء حقه من ثمن العقار في أي يد كان<sup>2</sup> و قد أجاز المشرع الجزائري صراحة على صحة نفاذ الرهن الرسمي متى كان صادرا بإجماع الشركاء في نص المادة 1/890 من ق. م. ج. : " **يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.** "

إنطلاقا من هذا النص ، يكون الرهن الصادر من كل شركاء على الشيوع نافذا ، سواء كان ذلك قبل القسمة أو بعد القسمة أو بعد البيع لعدم إمكانية القسمة.

يكون الرهن الرسمي صحيحا نافذا قبل القسمة لأنه صدر من جميع الشركاء المشتاعين ، و إذا باع هؤلاء الشركاء العقار بعد رهنه فإنه ينتقل إلى المشتري متقلا بالرهن و للدائن المرتهن حق التتبع في يد الحائز على العقار كذلك إذا بقي العقار المشاع في ملكية الشركاء و أراد احد دائني شريك منهم التنفيذ عليه فإن الدائن المرتهن يتقدم على هذا الدائن العادي بما في ذلك حالة موت بعض الشركاء أو كلهم فإن العقار المرهون ينتقل و يسري في حقهم جميعا و في حق دائنهم و الخلف العام والخلف الخاص.<sup>3</sup>

كما أن الرهن يبقى صحيحا نافذا حتى بعد القسمة أو لعدم إمكانية القسمة عينا بل حتى لو اختص احد الشركاء عند القسمة بكل العقار المرهون فليس لهذا الشريك الاحتجاج بأنه رهن فقط جزءا شائعا طبقا للأثر الرجعي للقسمة ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 1/ 980 من ق. م. ج.<sup>4</sup>

### ب-حق الرهن الحيازي :

عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في المادة 948 من ق. م. ج. : " **الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ، ضمانا لدينه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه**

1- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية : (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها ، أسباب كسب الملكية ) ، المرجع السابق ، ص 100.

2- أنظر المادة 890 من أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

3- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ( التأمينات الشخصية العينية ) ، مرجع سابق ، صص 323-324 .

4- تومي مريم ، رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 239 .

المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفى الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون. ”

لم يتعرض المشرع الجزائري لأحكام الرهن الحيازي الذي يرتبه الشركاء مجتمعين على المال المشاع خلافاً لما أورده بخصوص الرهن الرسمي ، ولكن لا مانع من ترتيب رهن حيازي على المال المشاع طالما هناك إجماع في التصرف.

لكن يثور إشكال حول مصير هذا الحق بعد القسمة فهناك من الفقه يرى انه لا يجوز تطبيق حكم المادة 980 من ق. م. ج. على الرهن الحيازي على أساس أن هذا النص يتضمن استثناء خرج فيه المشرع الجزائري عن القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة، ولكن يعاب على هذا الرأي انه يقوم من مقدمة غير سليمة حيث يصور الراهن في هذه الحالة قد صدر عن إرادة جماعية ، كما أن الشريك الذي اختص بهذا الجزء في القسمة كان من بين هؤلاء الشركاء وكان يعلم بإحتمال وقوع المال المرهون كله في نصيبه.<sup>1</sup>

على ذلك فالمادة 1/790 من ق. م. ج. تعد تطبيقاً لمبدأ عام وهو بقاء التصرف الصادر من كافة الشركاء أثناء الشبوع صحيحاً نافذاً أي كانت نتيجة القسمة أو حتى بعد بيعه عند استحالة قسمته،<sup>2</sup> ولكن مع مراعاة ان يكون العقار المرهون رهناً حيازياً قابلاً للبيع مستقلاً بالمزاد العلني، و هذا مانصت عليه المادة 949 من ق. م. ج.<sup>3</sup> "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار".

## الفرع الثاني :

### التصرف الصادر من معظم الشركاء :

إذا كان الأصل هو أن المتصرف في المال المشاع يكون من حق الشركاء جميعاً إلا أن المشرع الجزائري قد خول أغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال المشاع ولكن لم يمنحهم هذه السلطة على إطلاقها بل أحاط ذلك بالعديد من القيود ، فقد قيد سلطة الأغلبية من الشركاء بناء على شروط محددة لإجازة التصرف في المال المشاع .

هي توافر الأغلبية اللازمة من الشركاء ووجود أسباب قوية داعية للتصرف في المال المشاع.<sup>4</sup>

1- نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية : ( أحكامها و مصادرها ) ، د.ط ، منشورات الحبي الحقوقية ، لبنان ، 2003،ص 121 .

2- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مرجع السابق ، ص 88 .

3- أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

4- نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية : ( أحكامها و مصادرها ) ، مرجع السابق ، ص 122 .

أولاً : توافر الأغلبية اللازمة من الشركاء لإقرار التصرف في المال المشاع :

قد لا يتسير إجماع الشركاء على التصرف في المال المشاع لذلك أعطى المشرع الجزائري لأغلبية الشركاء حق التصرف في هذا المال و ذلك طبقاً للمادة 720 سالفه الذكر من ق.م.ج<sup>1</sup>

يستدعي لمباشرة التصرف في المال المشاع أن يصدر هذا التصرف من أغلبية الشركاء في الشيوخ الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الحصص سواء كان هذا التصرف في المال المشاع كله أو في جزء مفرز منه سواء تعلق الأمر بالبيع أو بالرهن ، وهذه الأغلبية هي المطلوبة أصلاً في إدارة الغير المعتادة للمال المشترك ، والعدد الذي يملك هذه النسبة من المال قد يكون عدة أشخاص أو شخص واحد<sup>1</sup> ومثال ذلك أن يكون سبعة أشخاص شركاء على شيوخ شريكان منهما يملكان نسبة ثلاثة على أربعة من المال المشاع فهم بذلك يمثلون هذه الأغلبية و الشركاء الخمسة الباقون بالرغم من عددهم فهم يمثلون أقلية وعليه يجوز للشريكين أن يتصرفا في المال المشاع كله أو جزء منه مفرز حتى كانت أسباب قوية لذلك.<sup>2</sup>

إعتمد المشرع الجزائري في تحديد الأغلبية معياراً موضوعياً على خلاف القاعدة العامة وذلك بإقرار نسبة الملك ( 3/4 من المال المشاع ) وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي فمن يملك هذه الأغلبية جاز له التصرف في المال المشاع ولو كان شريكاً واحداً.<sup>3</sup>

ثانياً : وجود الأسباب الداعية للتصرف في المال المشاع:

أجاز المشرع الجزائري لأغلبية الشركاء المتمثلة في ثلاثة أرباع من المال المشاع سلطة التصرف على أن يستند قرار التصرف إلى أسباب قوية تبرره، ومثال هذه الأسباب قد يسوء استغلال الماء المشاع وهو باق على الشيوخ ولا توجد طريقة لتلاقي هذا النقص ، ويظهر من جهة أخرى أن القسمة بين الشركاء ضار بمصالحهم ، فعندئذ يتبين أن الأجدى ليس هو البقاء في الشيوخ أو في القسمة ، بل هو التصرف في المال المشاع في صفقة رابحة ، يخشى من فواتها و إلا تعود ، وقد تتعذر إدارة المال المشاع بالرغم من جميع الوسائل التي هيأها القانون لإدارته وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء ، ويكون التصرف في المال الأجنبي هو خير وسيلة لقسمة،<sup>4</sup> أو أن يكون المال المشاع في حاجة إلى ترميمات ضرورية كبيرة تقتضي الاقتراض مع رهنه ضماناً للقرض.

الملاحظ أن الأسباب القوية غير المحددة على سبيل الحصر مما ينتج عنه سلطة تقديرية واسعة للقاضي فيما قد يراه قاضي المحكمة انه سبباً قوياً وقد يراه قاضي آخر غير قانونياً،<sup>5</sup> وهذا ما أكدته المادة 720 منق. م. ج. : "..... أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ..."

1- وليد نجيب القسوس ، إدارة و إزالة المال الشائع : (دراسة مقارنة )، مرجع سابق ، ص 121 .

2- سحنون دانية ، التصرف في المال الشائع ، مرجع سابق ، ص ص 25 ، 26 .

3- فرقاق معمر ، فلاح سفيان ، بيع العقارات المملوكة على الشيوخ في القانون المدني ، مرجع سابق، ص ص 148 ، 149 .

4- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : (حق الملكية )، مرجع سابق ، ص 839 .

5- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مرجع سابق ، ص 94 .

## المطلب الثاني :

## حقوق الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في المال المشاع :

إن المشرع الجزائري قد جمع بين مصلحة الأغلبية و مصلحة الأقلية فيما يتعلق بالتصرف في المال المشاع لما جعل للأغلبية من الشركاء سلطة تقرير التصرف و جعل للأقلية الباقية سلطة الطعن في قراراتهم أو الإعلان الموجه لهم من طرف الأغلبية.<sup>1</sup> ( فرع الأول) وحول للجهة المختصة الفصل في دعاوي الاعتراض ( فرع الثاني).

## الفرع الأول :

## طبيعة الإعلان الموجه إلى الأقلية من الشركاء :

أوجب نص المادة 720<sup>2</sup> من ق.م. ج انه على الأغلبية متى قرروا التصرف أن تعلن قرارها للأقلية من الشركاء المتبقية حتى يكون لهؤلاء حق الاعتراض في الأجل المحدد قانونا، وإن إعتراضو فإن ذلك لا يمنع الأغلبية من الشركاء التصرف في المال المشاع وذلك متي إستندوا إلى أسباب قوية .

إشترط المشرع الجزائري لأغلبية الشركاء الذين يملكون  $\frac{3}{4}$  المال المشاع الحق في التصرف فيه بالرجوع إلى إعلان الأقلية بالقرار وقت التصرف.<sup>3</sup>

فقرار الأغلبية بالتصرف في المال المشاع لا يكون نافذا فورا بل يجب إعلانه للأقلية بعقد غير قضائي عن طريق محضر أو برسالة، إذ أنه للأقلية حق الاعتراض على القرار أمام المحكمة خلال شهرين من تاريخ الإعلان الأغلبية عن قرارهم، فإذا مضت هذه المدة دون تقدم أحد شركاء من الأقلية بالطعن يعد سلبا في حق الجميع،<sup>4</sup> ويترتب على عدم إعلان الأغلبية قرارهم لبقية الشركاء عدم نفاذ التصرف و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 62092 المؤرخ في 13-10-1990 والذي جاء فيه: " 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 يعود مشوبا بعيب خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب إبطال عقد البيع المطعون فيه."<sup>5</sup>

بناء على هذا الإجتهد القضائي فإن أي تصرف من طرف الأغلبية دون أن يكون هناك إعلان لباقي الشركاء يكون هذا التصرف غير صحيح قانونا .

1- مصطفى محمد جمال ،نظام الملكية : ( الملكية الخاصة ، الملكية العامة ، الملكية التعاونية ) ، مرجع سابق ، ص 130 .  
2 - أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .  
3- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية : (الملكية والحقوق المتفرعة عنها ، أسباب كسب الملكية )، مرجع سابق ، ص 101 .  
4- تومي مريم ، رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 220 .  
5- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، رقم 62092 ، مؤرخ في 13-10-1990 ، م ق ، العدد 01 ، 1991 ، ص 421 .

## الفرع الثاني :

## الجهة المختصة بالفصل في دعاوى الاعتراض

يحق لأقلية الشركاء الإعتراض على الأغلبية المتمثلة في ثلاث أرباع المال المشاع ، في حالة مخالفتهم للقرار أمام المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانهم بالقرار ، فالمشرع الجزائي لم يترك الأقلية بدون حماية وقد منحها حق التظلم من قرار الأغلبية إلى المحكمة المختصة<sup>1</sup>.

متى كان المال المشاع كله متعلق بعقار أو مجموعة من عقارات فإن دعوى الإعتراض ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار محل التصرف، القسم العقاري ، وذلك طبقاً للمادة 40 من ق.إ.م.<sup>2</sup> 'فضلاً عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون " ترفع الدعاوي أمام الجهات القضائية المبينة أدناها دون سواها في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو الدعاوي الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات و الدعاوي المتعلقة بالأشغال العمومية ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.... "

1- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : (أحكام الحقوق العينية الأصلية و مصادرها ) ، دار المطبوعة الجامعية ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 92 .

2- قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج. ر . ج . ج . ج ، العدد 84، لسنة 2008 .

## الفصل الثاني

# الضمانات القانونية لحماية حقوق باقي الشركاء

مكن المشروع الجزائري المالك على الشيوع من التصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرف، ومقتضى ذلك أنه يملك هذه الحصة ملكية تامة، إذا هذا الإطلاق مقيد بما لا يضر حقوق الشركاء الآخرين ولهذا وضع المشرع الجزائري ضمانات قانونية وقيود لعدم الإضرار بحقوق هؤلاء الشركاء تتمثل هذه الضمانات القانونية في وسيلتين قانونيتين مخولة للشركاء لإنتراع ما تصرف فيه وهما حق لاسترداد (المبحث الأول) وحق الشفعة (المبحث الثاني).

### المبحث الأول :

#### دعوى الاستحقاق وحق الاسترداد في المال المشاع

يعتبر حق الاسترداد أثر استحقاق الغير للمال المشاع المتصرف فيه، فلا وجود لدعوى الاستيراد دون دعوى استحقاق، وهما دعاوى يتم اللجوء إليهما عند تصرف أحد الشركاء في المال المشاع عن طريق تصرف ناقل للملكية، وقد يكون لشخص غريب أجنبي عن الشركاء، وهذا يؤدي إلى وقوع أضرار في حقوق باقي الشركاء، لذا فإن للممارسة دعوى الاستحقاق والاسترداد يستلزم توفر شروط وإجراءات معنية قانونيا.

يتم التطرق في هذا المبحث إلى دعوى الاستحقاق (المطلب الأول)، ودعوى الاسترداد (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول :

#### ممارسة دعوى الاستحقاق

يعترض الشركاء على تصرف الشريك الوحيد على الشيوع عبر حق منحه لهم القانون وهي دعوى الاستحقاق ، وترفع هذه الدعوى ضد كل من المتصرف والمتصرف إليه لكي يكون المتصرف إليه على علم بما سيقع بعد إجراء عملية القسمة، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب أحد الشركاء بعد القسمة، وبالتالي تثبت دعوى الاستحقاق للشركاء في حقوقهم الشائعة، بحيث تستوجب شروطا لا بد من توفرها حتى يتم رفع هذه الدعوى.<sup>1</sup>

سنتطرق من خلال هذا المطلب دراسة كل من تعريف دعوى الاستحقاق (الفرع الأول)، وشروطها (الفرع الثاني)، وإلى إجراءات رفعها (الفرع الثالث).

1- ربحي محمد ، أحمد هزيم ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع : (دراسة مقارنة ) ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الدراسة العليا ؛جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2006- 2007، ص 72 .

## الفرع الأول :

### تعريف دعوى الإستحقاق

تقوم دعوى الإستحقاق على المطالبة بملكية شيء عقار، أو منقول وهي أيضا دعوى تهدف لحماية الملكية وتخص فقط الدعاوي العينية<sup>1</sup> دون الشخصية، أطراف هذه الدعوى هما المدعي بملكية المال المشاع أي المالك و المدعي عليه وهو الحائز والذي يقع المال المشاع محل الدعوى تحت يده ، ويتم عبر هذه الدعوى مطالبة المالك بحق الملكية التي يحوزها المدعى عليه نتيجة تصرف الشريك على الشيوع<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### شروط دعوى الإستحقاق

يجب أن تتوفر بعض الشروط لرفع دعوى الإستحقاق، وهي الشروط العامة المتمثلة في الأهلية والصفة والمصلحة التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إذ أنه لايجوز رفع الدعوى من طرف أي كان إلا في حالة تمتع الشخص بجميع الشروط القانونية .

### أولاً: الأهلية:

يتم رفع دعوى الاستحقاق من طرق المدعى شريطة تمتعه بالأهلية الكاملة المنصوص عليها في التقنيين المدني في المادة 40: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ؛ ولم يحجر عليه ؛ يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة " <sup>3</sup>.

بين المشرع الجزائري في نص المادة أنه يجب على المدعي لمباشرة حقوقه المدنية أن يكون كامل الأهلية ولم يعترضه عارض من عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون والسفه والعتة والغفلة المنصوص عليها في المواد 42 و 43 من ق.م.ج وبالتالي يترتب على عدم تمتع المدعي بالأهلية الكاملة إلى رفض الدعوى حسب نص المادة 64 من ق.إ.م.إ. <sup>4</sup>.

1- لاتطلق دعوى الإستحقاق على الدعاوي العينية التي يطالب فيها المدعي برد الحيازة لا الملك وكذلك لا تطلق على الدعاوي العينية التي يطال فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية كحق الإنتفاع مثلا ، راجع في هذا الشأن ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (حق الملكية ) ، مرجع السابق ، ص 592 .

2- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مرجع سابق ، ص 59 .

3- أمر رقم 75- 58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

4- قانون رقم 08-09 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق .

**ثانيا : الصفة:**

نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 13 من ق.إ.م.إ. "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا إنعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".<sup>1</sup>

يقصد بالصفة أن يكون صاحب الحق المتعدى عليه هو رافع الدعوى، وهي تخص أيضا المدعي عليه، ويحق لكل من المدعي والمدعى عليه وفقا للقانون أن يتم تمثيلها بشخص آخر مايسمى بالصفة العادية أو الإجرائية. وفقا لنص المادة 13 المذكورة أعلاه ، يثير القاضي إنعدام الصفة تلقائيا سواء في المدعي أو المدعى عليه.<sup>2</sup>

وبالتالي يجب على الشريك في الشبوع أن يتمتع بالصفة أثناء مباشرته للدعوى تحت طائلة بطلان الإجراءات .

**ثالثا :المصلحة:**

يشترط توفر المصلحة القانونية أولا لقبول دعوى الإستحقاق وثانيا كشرط لقبول الطلبات أو الدفوع أو الطعون لكلا الطرفين ،حيث يجب أن تكون المصلحة في دعوى الإستحقاق مشروعة لاتخالف النظام العام والأداب العامة، وعلى المدعي التمسك بحقه والمطالبة برفع التعرض والإعتداء على حق المشاع محل الدعوى .

يمكن أن تكون مصلحة الشريك المدعي من خلال هذه الدعوى إما قائمة وموجودة أثناء رفع الدعوى في حالة الإعتداء<sup>3</sup> أو قد تكون محتملة حيث له الحق في رفع دعوى الإستحقاق في حالة شكه أو إعتقاده انه هنالك إعتداء سوف يصيب حقه.

**الفرع الثالث**

**إجراءات رفع دعوى الإستحقاق**

تختلف إجراءات دعوى الإستحقاق من عقار إلى منقول ؛ويجب مراعاة هذه الإجراءات حسب ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي وضع إجراءات تخص المنقول (أولا) وأخرى تخص العقار (ثانيا).

1- قانون رقم 08-09 ، مرجع نفسه .

2- هلال سهام، جودر سهام ، وسائل حماية الحق العيني ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية حقوق العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2014-2015، ص ص 8 ، 9 .

3- هلال سهام ، جودر سهام ، وسائل حماية الحق العيني ، مرجع سابق ، ص 9.

أولاً : بالنسبة للمنقول :

ترفع دعوى إستحقاق المنقول بموجب عريضة إفتتاحية مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد 17، 16، 15، 14 ق.إ.م.إ<sup>1</sup>، والتي يتم إيداعها لدى أمانة ضبط للمحكمة التي يقع في دائرتها إختصاص موطن المدعى عليه ، وفي حالة جهل موطنه يؤول الإختصاص لأخر موطن له وفي حالة إختيار الموطن فيؤول إلى الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار<sup>2</sup>تماشياً مع نص المادة 37 ق.إ.م.إ : **«يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه ، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له ، وفي حالة إختيار موطن يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»**<sup>3</sup>.

ثانياً : بالنسبة للعقار :

ترفع دعوى الإستحقاق بالنسبة للعقار بعريضة إفتتاحية يجب أن تكون مشهرة لدى المحافظة العقارية ويتم إيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة التي يتواجد العقار في دائرة إختصاصها لدى القسم العقاري<sup>4</sup>باعتبارها دعوة عينية تخص الملكية العينية نصت عليها المادة 518 ق.إ.م.إ على : **«يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة إختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»**<sup>5</sup>.

هذا بالنسبة للإختصاص المحلي ، أما الإختصاص النوعي يخضع للقواعد العامة والتي تعد من النظام العام ، حيث في حالة عدم مراعاة الإختصاص النوعي يتم رفع الدعوى إما من طرف أطراف الدعوى عند إثارته أو عندما يثيرها القاضي تلقائياً<sup>6</sup>.

المطلب الثاني

ممارسة حق الإسترداد

يحق للشريك في الشبوع أن يحل محل مشتري الحصة المشاعة التي بيعت إليه من طرف أحد الشركاء عبر الإسترداد ، حيث هو عبارة عن رخصة تُتبخ لأبي شريك في الشبوع في إسترداد الحصة المبيعة للمشتري بإعتباره أجنبي وبالتالي يحل الشريك المسترد محل المشتري في الحصة المشاعة .

1 - قانون رقم 08-09 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق .  
2- هلال سهام ، جودر سهام ، وسائل حماية الحق العيني ، مرجع سابق ، ص 10 .  
3- قانون رقم 08-09 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق .  
4- هلال سهام ، جودر سهام ، وسائل حماية الحق العيني ، مرجع سابق ، ص 11 .  
5- قانون رقم 08-09 ؛ يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق .  
6- صرادوني رفيقة ، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2012 - 2013 ، ص 102 .

وضع المشرع حق الإسترداد كرخصة لمنع الأجانب من الدخول بين الشركاء في الشيوخ وعرفه في ق.م.ج (الفرع الأول)، وبين شروطه (الفرع الثاني)، وماهي الإجراءات اللازمة لممارسته (الفرع الثالث)، والآثار المترتبة عن ممارسته (الفرع الرابع) .

## الفرع الأول

### تعريف حق الإسترداد:

تطرق المشرع إلى حق الإسترداد<sup>1</sup> في المادة 1/721 من ق.م.ج على أنه: **الشريك 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، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.**<sup>2</sup>

يتضح من المادة أن حق الإسترداد لا يرد إلا على منقول مشاع بذاته أو مجموعة من المال المنقول ولو إشتمل هذا المجموع على عقار، فالعقار المشاع المعين بالذات لا يكون محلاً لحق الإسترداد وإنما يكون محل رخصة أخرى وهي الشفعة، ومثال مجموع من المال هو التركة والمتجر، فإذا باع أحد الورثة حصته المشاعة من التركة إلى أجنبي كان لباقي الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الإسترداد حتى لو كانت التركة تشمل على عقارات مادامت هذه الأخيرة مندمجة في هذا المجموع من المال كالسيارات والمجوهرات فإذا باع أحد الورثة حصته المشاعة لأجنبي كان لباقي الورثة الحق في إسترداد الحصة المبيعة .

1- الإسترداد هو حق منحه القانون للشريك بمقتضاه يحل محل المشتري للحصة المبيعة وذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوخ محافظ على أسرارهم في المنقول المشاع وكذلك في المجموع من المال ولو إشتمل على عقار، أنظر في ذلك: جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثاره على حقوق الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المدني)، مرجع سابق، ص122 .

2 - أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق .

## الفرع الثاني

### شروط حق الإسترداد

حصرت المادة 721 من ق . م . ج أربعة شروط لإستعمال حق الإسترداد وهي :

#### أولاً : صدور البيع من أحد الشركاء

لا يجوز ممارسة حق الإسترداد إلا إذا كان التصرف هو بيع أحد الشركاء في الشيوخ بيعا تاما ، ولا يقوم مقام البيع أي عقد من عقود التصرف ، سواء كان التصرف تبرعا كالهبة والوصية أو المعاوضة كالمقايضة.<sup>1</sup>

كما لا إسترداد إذا تم البيع بالمزاد ورسى المزاد على أجنبي ، فقد كان في وسع الشركاء دخول المزاد ولا يستوي أن يكون المزاد جبريا أو إختياريا.<sup>2</sup>

#### ثانيا : ورود البيع على حصة شائعة

أثناء بيع الشريك الحصة كلها أو بعضها فإن نطاق حق الإسترداد لا يرد إلا على منقول مشاع قائم بذاته أو مجموع من المال وإشتمل هذا المجموع على عقار،<sup>3</sup> كالتركة لما تشمله من حقوق عينية عقارية ومنقولة .

#### ثالثا : أن يكون البيع لأجنبي

أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 721 من التقنيين المدني الجزائري أن يقع البيع الأجنبي عن الشركاء لأنه الحكمة من الإسترداد هي منع الأجانب من الدخول بين الشركاء في الشيوخ .

#### رابعا: أن يكون المسترد هو أحد الشركاء

يثبت حق الإسترداد للشركاء على الشيوخ فقط ، فهم المتضررون من دخول الأجنبي بينهم ، وليستوي إذا كان الشركاء أصليون أم عارضون طالما كانوا كذلك وقت البيع وهذا ما أكده المشرع بلفظ "شريك"<sup>4</sup> ونص عليه في المادة 721 فقرة 2.<sup>1</sup>

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: ( حق الملكية ) ، مرجع سابق ، ص 854 .

2- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : ( أحكامها ومصادرها ) ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2004 ، ص 98 .

3- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مرجع سابق ، ص 25 .

4- جمال خليل النشار ؛ تصرف الشريك في المال الشائع وأثاره على حقوق الشركاء : (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المدني)، مرجع سابق ، ص 149.

### الفرع الثالث

#### إجراءات حق الإسترداد

كرس المشرع الجزائري من خلال المادة 721 من ق.م.ج مجموعة من الإجراءات لا بد من توافرها ليثبت حق الإسترداد وتتمثل في ميعاد الإسترداد (أولاً)، والطريقة التي يتم فيها الاسترداد (ثانياً)، ودعوى الإسترداد (ثالثاً).

#### أولاً : ميعاد الإسترداد

وضع المشرع الجزائري ميعادا معيناً يتحتم على الشريك المسترد إعلان رغبته بالإسترداد من خلاله وإلا سقط حقه فيه، وأصبح البيع الصادر للأجنبي باتاً لا يجوز الإسترداد فيه، وهذا الميعاد هو 30 يوم من تاريخ إعلانه للبيع أو من تاريخ علمه به.<sup>2</sup>

عبئ إثبات العلم يقع على الشريك البائع أو المشتري والعلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات.<sup>3</sup>

#### ثانياً : الطريقة التي يتم بها الإسترداد

يتم استرداد الحصة المشاعة المتصرف فيها بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري خلال أجل 30 يوماً محسوباً من يوم إعلان الشريك بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، ولم يحدد المشرع الجزائري شكلاً خاصاً لهذا التصريح، فيجوز أن يكون على يد محضر قضائي وهذا الأسلم، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول، أو غير مصحوب أو بكتابة غير مسجلة، بل قد يكون التصريح شفويًا على أن يكون عبئ الإثبات على الشريك المسترد<sup>4</sup> و يكتفي الشريك الراغب في الاسترداد أن يظهر استعداده لدفع الثمن و ملحقاته للبائع و المشتري إذا كان قد دفع الثمن، ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضاً حقيقياً بل ولا يشترط أن يودع الثمن بخزانة المحكمة.<sup>5</sup>

#### ثالثاً : دعوى الاسترداد :

يجب إتمام الاسترداد باللجوء إلى القضاء في حالة عدم إتمامه بالتراضي، فترفع دعوة قضائية في حالة امتناع من يحوز الحصة المشاعة سواء البائع أو المشتري من تسلمها إلى المسترد، فيطالبه فيها بثبوت الاسترداد والتسليم وأما إذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات فإن البائع أو المشتري أن يرفع دعوى لإلزام المسترد من دفع الثمن والملحقات وللبائع أو المشتري

1- أمر رقم 75-58، يتضمن قانون مدني، مرجع سابق.

2- مصطفى محمد جمال، نظام الملكية: (الملكية الخاصة، الملكية العامة، الملكية التعاونية)، مرجع سابق، ص 149.

3- سحنون دانية، التصرف في المال الشائع، مرجع سابق، ص 49.

4- مخازني فايزة، تصرف الشريك في المال الشائع: (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 68.

5- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: (أحكامها و مصادرها)، مرجع سابق، ص 97.

أن يرفع دعوى لإلزام المسترد بالدفع على أساس أن الاسترداد حق معلق على شرط واقف وهو دفع المسترد الثمن و ملحقاته<sup>1</sup>.

جعل المشرع الجزائي الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة ، ويترتب على هذه الدعوى حلول الشريك المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ، كالثمن و فوائده و مصاريف البيع و نفقات المبيع ، ويكون للمسترد الحق في الثمن التي تحصل عليها المشتري منذ البيع<sup>2</sup>.

## الفرع الرابع

### أثار ممارسة حق الاسترداد

يترتب على ممارسة الشركاء لحق الاسترداد أثار متعددة وتكون بأثر رجعي ، سواء كان استعمال الحق إما عن طريق التراضي أو عبر دعوى قضائية فإنه يحدث أثار على العلاقات ما بين المشتري و الشريك البائع و الشريك المسترد ، ولهذا يجب التفرقة بين العلاقة بين المسترد و المشتري ( أولا ) و المسترد و الشريك البائع ( ثانيا ) والعلاقة بين الشريك البائع والمشتري(ثالثا).

### أولا : العلاقة التي تربط المسترد بالمشتري :

حلول المسترد محل المشتري عبر الاسترداد يترتب عليه بصفة رجعية اعتبار المسترد مشتريا للحصة المباعة من الأول ، و بالتالي لا يعبر خلفه الخاص<sup>3</sup> لغياب رابطة الاستحلاف بينهما .

يلتزم المسترد بدفع الثمن للشريك البائع في حالة عدم أخذ الأخير الثمن من المشتري ، أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع الشريك ، فيجب على المسترد أن يدفع للمشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه للشريك البائع مع فوائده من يوم دفعه زيادة على نفقات السمسرة ورسوم التسجيل وكل ما ساهم به المشتري من نفقات<sup>4</sup>، وإذا كان المسترد قد رتب حق الرهن أو الانتفاع على الحصة ، فالاسترداد يطهر المبيع طبقا للأثر الرجعي له<sup>5</sup>، ومنه لا يحتج على المشتري بالتصرفات التي قام

1- عقوني محمد ، "الاسترداد كسبب من أسباب كسب الملكية العقار الشائع" ، مجلة دراسات القانونية و السياسية ، 07ع ، 2018 ، ص 307 .

2- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية : (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها ، أسباب كسب الملكية ) ، مرجع سابق ، ص 107 .

3- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية : (أحكامها ، مصادرها ) ، مرجع سابق ، ص 152 .

4- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية : (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها ، أسباب كسب الملكية ) ، مرجع سابق ، ص 162 .

5- جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع و أثاره على حقوق الشركاء : (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون المدني ) ، مرجع سابق ، ص 162 .

بها بين فترة البيع وفترة الاسترداد، ومنه تظهر أهمية هذا الأثر في أن كل تصرف من المشتري قبل الاسترداد لا يحتج به على المسترد<sup>1</sup> كما لا يلتزم المشتري بأي ضمان للمسترد، بل عليه أن يرجع على الشريك البائع طبقاً لأحكام عقد البيع.

### ثانياً : العلاقة التي تربط المسترد بالبائع :

تنص المادة 721 ق.م.ج: "ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه"<sup>2</sup>

بين المشرع في نص المادة السابقة أن المسترد يحل محل المشتري ويصبح المدين بالتزامات المشتري قبل الشريك البائع ومنه يترتب على المسترد كل من الحقوق و الالتزامات الواردة في العقد.

يكون المسترد ملزماً بدفع الثمن في حالة عدم وفاء المشتري بالثمن للشريك البائع، فإذا لم يتم التصريح في العقد بالثمن الحقيقي فلا يدفع المسترد إلا الثمن الحقيقي، بعد إثباته لصورية الثمن، كما يتم انتقال ملكية الحصة المبيعة من الشريك البائع إلى المسترد لكن مع مراعاة ما إذا كان المبيع حصة مشاعة في منقول معين بالذات فتنتقل الملكية في هذه الحالة من وقت انعقاد العقد إلى المسترد، أما في حالة ما إذا كانت الحصة المشاعة في مجموع المال يشتمل على عقار فالأثر الرجعي لا يسري في كل الحالات لأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل و الشهر، فعدم تسجيل عقد البيع من طرف المشتري ثم تم إسترداد فالملكية هنا تنتقل إلى المسترد من تاريخ الاسترداد لا البيع<sup>3</sup>.

### ثالثاً : العلاقة التي تربط البائع بالمشتري

يحل المسترد محل المشتري في جميع الحقوق إلتزامات العقد و عليه تزول العلاقة بين البائع و المشتري، وهذا الزوال يكون بأثر رجعي و تكون كما انها لم تكن ابداً، و تزول كافة حقوق المشتري تجاه البائع و لا يجوز له مطالبة البائع عن أي حق اكتسبه عن طريق عقد البيع<sup>4</sup> أما الإلتزامات فنزول و تصبح في ذمة المسترد من وقت البيع؟ و عليه تتم مطالبة المسترد بالثمن لا المشتري<sup>5</sup>.

1- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص 864.  
 2- أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.  
 3- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع و أثره على حقوق الشركاء، مرجع سابق، ص 164.  
 4- عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في الشرح القانون المدني: (حق الملكية)، مرجع سابق، ص 867.  
 5- رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: (أحكام الحقوق العينية الأصلية و مصادرها)، مرجع سابق، ص 77.

## المبحث الثاني :

### حق الشفعة في المال المشاع

تعتبر الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، و هي من أكثر العقود الواردة على حرية التملك و حرية التصرف و التعاقد، حيث وُضعتُ لحماية الشركاء على الشيوع من الضرر الذي قد يصيبهم جراء تصرف أحد الشركاء على الشيوع في المال المشاع كبيع أحد الشركاء نصيبه كان للشركاء الآخرين الأولوية على الشخص الأجنبي فيكون للشريك دفع الثمن للبائع و يحله محله في البيع ، وبموجبها يلقي الأجنبي نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي إشتراه كما يجد الشريك نفسه طرفا في العقد مع شخص آخر غير الذي باع له.

تقتضي دراسة موضوع حق الشفعة التطرق إلى كيفية ممارستها (المطلب الأول)، و الآثار الناجمة عنها و أسباب سقوطها (المطلب الثاني).

## المطلب الأول :

### ممارسة حق الشفعة

نظم المشرع الجزائري حق الشفعة في المواد 794 إلى 807 من القانون المدني الجزائري في القسم الخامس من الفصل الثاني تحت عنوان طرق إكتساب الملكية من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية<sup>1</sup>.

سيتم من خلال هذا المطلب دراسة كل من تعريف حق الشفعة (الفرع الأول)، ثم أصحاب حق الشفعة (الفرع الثاني)، و شروط الأخذ بها (الفرع الثالث)، وفي الأخير إلى إجراءات ممارستها (الفرع الرابع).

## الفرع الأول :

### تعريف حق الشفعة

عرف المشرع الجزائري الشفعة في نص المادة 794 من ق.م.ج بقولها: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية»<sup>2</sup>

يفهم من خلال نص هذه المادة أن الشفعة ترد في حالة إذا بيع عقار و قام مبرر قانوني يخول لشخص يدعى الشفيع الحلول محل المشتري في شراء هذا العقار، بحيث تكون له أولوية عليه و على غيره ممن يريد تملك هذا العقار، و من هنا يقال أنه أخذ العقار المبيع بالشفعة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق .

<sup>2</sup>- المادة 794 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

## الفرع الثاني :

### أصحاب حق الشفعة

تعتبر الشفعة الطريق الثاني الممنوح للشركاء على الشيوع لطرد الأجنبي و الحلول محله في التصرف, لذلك حدد المشرع الجزائري لمن تثبت لهم حق الشفعة على سبيل الحصر لا المثال في نص المادة 795 من ق.م.ج على أنه: **يُثَبَّتُ حَقُّ الشَّفْعَةِ وَ ذَلِكَ مَعَ مَرَاعَاةِ الْأَحْكَامِ الَّتِي يَنْصُ عَلَيْهَا الْأَمْرُ الْمُتَعَلِّقُ بِالثَّوْرَةِ الزَّرَاعِيَّةِ :**

- لِمَالِكِ الرَّقْبَةِ إِذَا بَاعَ الْكُلَّ أَوْ الْبَعْضَ مِنْ حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ الْمُنَاسِبِ لِلرَّقْبَةِ.

- الشَّرِيكَ فِي الشِّيُوعِ إِذَا بَاعَ جُزْءًا مِنَ الْعَقَارِ الْمَشَاعِ إِلَى أجنبي.

- لِصَاحِبِ حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ إِذَا بَاعَتْ الرَّقْبَةُ كُلَّهَا أَوْ بَعْضَهَا."

نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتمد على هذا الترتيب للمفاصلة في حالة تزامن الشفعاء, حيث تثبت الشفعة لهؤلاء الشفعاء لوجودهم في مركز قانوني معين يعبر في الغالب عن اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع على نحو معين.<sup>2</sup>

## الفرع الثالث :

### شروط الأخذ بالشفعة

باعتبار الشفعة حق استثنائي لا يمكن الأخذ بها إلا بقوة القانون التي تمنح لصاحبها الحق في حمل صفة الشفيع, ليخوله إكتساب ملكية العقار الذي باعه مالكة إلى مشتري آخر غير هذا الشفيع, و للعمل بذلك لابد من توافر شروط تتعلق بالشخص الشفيع (أولا) و أخرى تتعلق بالتصرف (ثانيا) و كما قد تتعلق بالمال المشفوع فيه (ثالثا).

### أولا : الشروط المتعلقة بالشفيع :

لا يَتَسَنَّى لِلشَّفِيعِ الْأَخْذَ بِالشَّفْعَةِ إِلَّا إِذَا تَبَيَّنَتْ لَهُ الشَّخْصِيَّةُ الْقَانُونِيَّةُ صِلَاحِيَّةُ إِكْتِسَابِ هَذَا الْحَقِّ سِوَا مَا كَانَ شَخْصًا طَبِيعِيًّا أَوْ مَعْنَوِيًّا, وَ يَجِبُ أَنْ تَتَوَفَّرَ لَدَيْهِ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ وَ هُوَ بَلُوغُهُ 19 سَنَةً كَامِلَةً<sup>3</sup>, جَازَ لَهُ أَنْ يَسْتَقِلَّ بِإِعْلَانِ رَغْبَتِهِ فِي الْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ, إِذَا عَنِ طَرِيقِ عَقْدِ الْوَكَالَةِ الْخَاصَّةِ, وَ

<sup>1</sup>-دغيش أحمد, حق الشفعة في التشريع الجزائري, ط2, دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع, الجزائر, 2013, ص 29.

<sup>2</sup>- نبيل إبراهيم سعد, الشفعة علما و عملا, منشأة المعارف جلال حزي و شركائه للنشر, الإسكندرية, 1997, ص 13 .

<sup>3</sup>- تنص المادة 40 من الأمر رقم 58-75, يتضمن القانون المدني, مرجع سابق, على أنه: **"كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجز عليه, و يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية."**

إما إذا كان عن طريق النائب القانوني فإن لهذا الأخير أن يأخذها نيابة عن القاصر دون إستئذان من المحكمة أما بالنسبة للوصي و القيم ووكيل بإستئذان المحكمة.<sup>1</sup>

يشترط أن يكون مالكا للعقار الذي يشفع به وقت البيع و أن يكون التصرف القانوني الصادر منه مسجلا في المحافظة العقارية وقت بيع العقار المشفوع فيه.<sup>2</sup>

أما في حالة تزام الشفعاء في طبقات مختلفة قد منح المشرع الجزائري الأولوية لمالك الرقبة بالأخذ بالشفعة ثم يليه الشريك في الشيوخ في المرتبة الثانية و في المرتبة الأخيرة يأتي صاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة، و أما إذا كان من طبقة واحدة إستحق كل منهم حسب نصيبه.<sup>3</sup>

### ثانيا : الشروط المتعلقة بالتصرف

إشترط المشرع الجزائري أن يكون التصرف الذي يرد على العقار عقد بيع صحيح مستوفي كافة شروطه و أركانه القانونية، يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه حتى تثبت له الشفعة<sup>4</sup>، و يستثنى من ذلك بعض البيوع التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في نص المادة 798 من ق.م.ج.

فمنها ما يرجع إلى الأسلوب الذي تم به بيع العقار، و منها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع و المشتري، و منها ما يتعلق بالغرض الديني الذي أعد له العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به.<sup>5</sup>

حيث لا تثبت الشفعة في الشيوخ إذا بيعت حصة مشاعة من العقار المشاع إلا إذا صدر البيع لأجنبي عن الشركاء، و الحكمة من ذلك التضييق من نطاق الشفعة أخذا في عين الاعتبار تضرر الشركاء من بيع أحدهم حصته المشاعة، لذلك تكون الشفعة هي الوسيلة لرفع الضرر بإستبعاد المشتري الأجنبي و أخذ الحصة المبيعة منه.<sup>6</sup>

1- مروان صارة، قوداش ديهية، الشفعة سبب لكسب الملكية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق و العلوم السياسية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص38 ، 39 .

2- أنظر المادة 793 من الأمر 58-75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

3- للتوضيح أكثر أنظر المادة 795 من الق.م.ج ، مرجع سابق .

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني:(أسباب كسب الملكية)، مرجع سابق، ص493.

5- تنص المادة 798 من الق.م.ج على أنه : "لا شفعة:"

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني ووفقا لإجراءات رسمها القانون،

- و إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع 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"

6- حمدود خولة، الشفعة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019، ص37 .

### ثالث : الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه

إن أهم شرط يرد على المال المشفوع فيه أن يكون المبيع عقاراً<sup>1</sup> لأن حق الأخذ بالشفعة مقرر فقط عند بيع العقارات دون المنقولات لأن هذه الأخيرة يرد عليها حق الإسترداد، غير أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في جزء من العقار المشفوع فيه حتى ولو تعدد المستحقون حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر بذلك، بمعنى عدم قابلية الشفعة للتجزئة<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع:

#### إجراءات ممارسة حق الشفعة

حدد المشرع الجزائري الإجراءات الواجب اتباعها عند الأخذ بالشفعة إذا ما توافرت شروطها و تحققت أسبابها في نص المواد من 799 إلى 802 من ق.م.ج<sup>3</sup> حيث تطبق في حالة ما إذا لم يمتلك الشفيع العقار المشفوع فيه بالتراضي، فإذا طلب هذا الأخير أحد العقار المبيع بالشفعة، و أدغن المشتري لحكم القانون و سلم بها فإنه يمتلك العقار بالتراضي دون الحاجة إلى إجراءات قضائية، أما إذا لم يسلم المشتري العقار للشفيع، جاز له أن يتخذ إجراءات معينة، عن طريق اللجوء إلى القضاء للحكم بها.

تتمثل هذه الإجراءات في مرحلة الإنذار بوقوع البيع (أولاً)، مرحلة إعلان الرغبة وتسجيلها (ثانياً)، مرحلة إيداع الثمن لدى الموثق (ثالثاً)، و مرحلة رفع دعوى الشفعة (رابعاً).

#### أولاً : الإنذار بوقوع البيع

يعتبر هذا الإجراء عبارة عن إنذار يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع يعلنه فيه بحصول البيع و يدعوه إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذا كان يريد ذلك، و إلتزامه بإتخاذ إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها في القانون المدني<sup>4</sup>.

1- عرف المشرع الجزائري العقار في نص المادة 683 من الق.الم.الج على أنه : "كل شيء مستقر بجيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".  
غير أن المنقول الذي يصفه صاحبه في عقار يملكه، رصد على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

2- محمد محي الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1996، ص166 .

3- أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

4- الإنذار يعتبر فاتحة للإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها حيث تقضي المادة 799 من الق.الم.الج بأنه: "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". لتوسيع أكثر حول موضوع الإنذار بوقوع البيع أنظر : دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص300 .

### ثانيا: إعلان الرغبة في الشفعة

إذا علم الشفيع بوقوع البيع يجب أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة عن طريق عقد رسمي، و يعلن عن طريق كتابة الضبط في أجل ثلاثين يوما (30) من تاريخ الإنذار الرسمي، و إلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة، كما لا يحتج بهذا التصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا لدى المحافظة العقارية، و هذا ما جاءت به المادتين 799 و 801 من ق.م.ج.<sup>1</sup>.

### ثالثا: إيداع ثمن لدى الموثق

يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق دون غيره، وذلك خلال ثلاثين يوما على الأكثر محسوبا من تاريخ إعلان بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، و يكون للمحكمة إن لم يتم الإيداع<sup>2</sup>، في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 76678 الصادر بتاريخ 24-12-1991.

### رابعا: رفع دعوى الشفعة

باعتبار أن دعوى الشفعة هي دعوى عينية عقارية بمعنى أنها تحمي حق عيني عقاري، فإن الإختصاص في نظرها ينعقد إلى المحكمة التي تقع في دائرتها العقار محل الشفعة و هذا إعمالا بنص المادة 802 من القانون المدني<sup>4</sup> وذلك في أجل 30 يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة<sup>5</sup>، ويعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند ملكية الشفيع، وذلك دون الإخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالشهر العقاري<sup>6</sup>.

## المطلب الثاني:

### آثار حق الشفعة و سقوطها

يترتب عن حق الأخذ بالشفعة سواء بالتراضي أو بحكم قضائي حلول الشفيع محل المشتري في شراء العقار المشفوع فيه حين يتحول العقد الذي كان مبرما بين البائع و المشتري إلى ما بين البائع و الشفيع و إستبعاد المشتري من ذلك.

1- للمزيد من التفاصيل راجع: الأمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.  
2- لكعور حنان، يكن دنية، حماية المعاملات العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2017-2018، ص 69.  
3- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 76678، مؤرخ في 1991/12/24، م ق، عدد 01، لسنة 1993، ص 69.  
4- تنص المادة 802 من أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق على أنه: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرة العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط الحق".  
5- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 34131، مؤرخ في 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1990، ص 52.  
6- تنص المادة 803 من الأمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق على أنه: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند الملكية الشفيع، و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

ينتج عن هذه الحلول عدة آثار سنتطرق إليها في (الفرع الأول)، و الأسباب المؤدية إلى سقوطها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### الآثار الناتجة عن حق الشفعة

حالة ما إذا توفرت أسباب وشروط الشفعة سالفة الذكر و صدر حكم قضائي بها أو سلم بها المشتري رضاً، نشأت عن ذلك عدة آثار سواء على مستوى العلاقة التي تربط الشفيع بالبائع (أولاً)، أو التي تربط الشفيع بالمشتري (ثانياً)، أو العلاقة التي تربط الشفيع بالغير (ثالثاً).

#### أولاً : العلاقة التي تربط الشفيع بالبائع

تنص المادة 804 من الق الم الج على انه " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في حقوقه والتزاماته الا انه لا يمكن له الانتفاع بأجل المضروب للمشتري عن دفع ثمن إلا برضاء البائع ، و لا يرجع الشفيع على البائع اذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة." <sup>1</sup> يتضح من هذه المادة ان الشفيع هو المشتري من البداية اذ انه حل محل المشتري في عقد البيع الذي تم بين البائع و المشتري ، حيث يلتزم البائع بجميع التزاماته تجاه الشفيع المتمثلة في التزامه بنقل ملكية المبيع المشفوع فيه و تسليمه للشفيع بالحالة التي كان عليها وفق البيع ، و كذا إلتزامه بضمان التعرض و الإستحقاق و ضمان العيوب الخفية ، <sup>2</sup> حيث جاءت المادة 804 / 2 من ق م ج تضمن نقصاً مقارنة مع النص باللغة الفرنسية من هذه الناحية حيث سقط منها حرف الإستثناء و الصواب و هو " لا يرجع الشفيع إلا على البائع ..... " <sup>3</sup>

أما بالنسبة للشفيع فهو ملزمًا بدفع الثمن كاملاً و المصاريف مباشرة للبائع في حالة ما إذا تمت الشفعة بالتراضي، أما إذا تمت بالتقاضي فيتم وضع الثمن و المصاريف لدى الموثق و من جهة أخرى فهو ملزم بتسليم العقار المشفوع فيه من البائع. <sup>4</sup>

#### ثانياً : العلاقة التي تربط الشفيع بالمشتري

إن الوضع الغالب في الواقع العملي في علاقة الشفيع بالمشتري في الحالة التي يكون فيها المشتري قد تسلم العقار من البائع مع دفع الثمن إليه ، و هنا يحق للمشتري إسترجاع الثمن و

<sup>1</sup>- أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

<sup>2</sup>- حمادي إيمان ، بوسيس و فاء ، الشفعة كمصدر من مصادر الحقوق العينية الأصلية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، 2017-2018 ، ص 139 .

<sup>3</sup>-Article 804/2 de droit civile algerienne , dispose:«si après le préparation , l'immeuble est revendiqué par un tiers , préempteur n'a recours que contre le vendeur »

<sup>4</sup>- لمزيد من التفاصيل راجع : دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 363 ، 366 .

المصروفات من الشفيع ، و لهذا الأخير تعويض المشتري عن المصاريف و النفقات اللازمة للمشتري و يكون على المشتري تسليم العقار الى الشفيع مع رد الثمار الناتجة عن العقار المشفوع فيه إن وجدت ،<sup>1</sup> و من باب آخر يلتزم الشفيع بتعويض المشتري عما أقامه من بناء و غراس على ذلك العقار و يكون ذلك قبل إعلان رغبته في الشفعة ، أما إذا كان البناء أو الغراس بعد إعلان عن رغبته في الشفعة فهنا يكون ما بين خيارين ، ما إذا كان يريد إزالة الغراس أو البناء أو الإبقاء عليه مع دفع الثمن الأجرة و أدوات البناء وهو ما نصت عليه المادة 805 من ق . م . ج .<sup>2</sup>

### ثالثا : العلاقة التي تربط الشفيع بالغير

نظم المشرع الجزائري صراحة هذه المسألة في نص المادة 806 من ق . م . ج ،<sup>3</sup> مفادها أن علاقة الشفيع بالغير لا تظهر إلا إذا رتب المشتري تصرفات قانونية يجيزها على العقار المشفوع فيه ، أو أي حقوق عينية تتبعية كانت كرهنه رهنا رسميا او رهنا خياريا ، أو حقوق عينية أصلية كحق الإنتفاع أو الإرتفاق .<sup>4</sup>

فإذا ترتبت هذه الحقوق العينية على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فإنها تسري في حق الشفيع بشرط أن يكون المتصرف اليه قد شهر حقه قبل تسجيل اعلان الرغبة.<sup>5</sup>

أما اذا ترتبت بعد تسجيل إعلان الرغبة فلا تكون نافذة في حق الشفيع ولا يسري عليه أي تصرف يصدر من المشتري أو البائع أو أي حق ترتب ضده ، حيث يعتبر هذا الإعلان حجة للغير .

6

1- كيرة حسن ، الموجز في أحكام القانون المدني ، ط 3 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1994 ، ص 664 .  
2- تنص المادة 805 من الأمر رقم 75 -58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق : " إذا بنى المشتري في العقار المشفوع او غرس فيه أشجارا قبل اعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذيأنفقه أو مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء و الغراس .  
أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة و إذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجرة العمل أو نفقات الغراس ."  
3- تنص المادة 806 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني ، مرجع نفسه ، على أنه : "لا تكون حجة على الشفيع ، الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان في الشفعة على انه يبقى للداننين المسجلة ديونهم مالمهم من حقوق الأفضلية فيما آل إلى المشتري من ثمن العقار ."  
4- عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري : (دراسة مقارنة ) ، ط 02 ، ج 02 ، منشورات رنين الحقوقية ، د.ب.ن ، 2011 ، ص 545 .  
5- لا بد أسماء ، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية : (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي و القانون المدني الجزائري ) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية ، جامعة أحمد بن بلة ، وهران ، 2015-2016 ، ص 88 ، 89 .  
6- للتوسيع أكثر في موضوع الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، أنظر : نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية : ( أحكامها ، مصادرها ) ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 1998 ، ص 394 .

## الفرع الثاني

### سقوط حق الشفعة

لقد أورد المشرع الجزائري في المادة 807 من القانون المدني<sup>1</sup> حالات تسقط بها الشفعة فإذا توفرت واحدة منها لا يمكن للشفيع أخذ العقار عن طريق الشفعة و عليه فإن أسباب سقوط الشفعة يمكننا إجمالها فيما يلي :

#### أولاً : تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

إن تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة يعتبر تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة يؤدي إلى سقوط حق الشفعة ، ويكون بمقابل أو بغير مقابل ، كما قد يكون صريحاً أو ضمناً ، فإذا وقع صريحاً جاز إثباته بالقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني ، أما إذا جاء ضمناً جاز إثباته بجميع طرق الإثبات إما بالكتابة و الشهادة أو البيينة و القرائن و اليمين و الإقرار و المعاينة و الخبرة .<sup>2</sup>

مما يعطي للشفيع الحق في النزول عن الشفعة بعد طلبها مادام لم يتم الأخذ بها بمقتضى حكم أو بتسليم المشتري للشفعة<sup>3</sup>، أو قبل تمام البيع و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 807 / 01 من ق . م . ج : "إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع."<sup>4</sup>

#### ثانياً : مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع

إذا بيع العقار المشفوع فيه و تم تسجيل عقد بيعه في المحافظة العقارية ، و بمرور سنة على تسجيله دون علم الشفيع ببيعه سقط حقه في الأخذ بالشفعة .<sup>5</sup>

يبدأ حساب ميعاد السنة من اليوم التالي لليوم الذي حصل فيه التسجيل إلى غاية اليوم الأخير من السنة كاملة و إذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه .<sup>6</sup>

1 - أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .  
 2- عبد الحميد الشواربي ، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقہ ، منشأة المعارف للنشر و التوزيع ، الإسكندرية ، د.س.ن ، ص 157 .  
 3- عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1978 ، ص 468 .  
 4- أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .  
 5- راجع المادة 02/807 من أمر رقم 58-75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .  
 6- المادة 463 من قانون رقم 09-08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق ، التي تنص على أن : " جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة و إذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة إمتد إلى أول يوم عمل يليه ."

### ثالثا : زوال احد شروط الشفعة

يسقط الحق في الشفعة إذا زال أحد شروطها المحددة قانونا ، كبيع الشفيع لعقاره قبل طلب الشفعة مما يحرمه من الأخذ بها بعد ذلك ، لزوال شرط أساسي وهو ملكية الشفيع للعقار المشفوع به من وقت البيع فيصبح الشفيع غير مالك للعقار و بالتالي يسقط حقه في الشفعة.<sup>1</sup>

### رابعا : عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد قانونا :

يعتبر عدم إيداع الثمن سبب آخر لسقوط حق الأخذ بالشفعة ، حيث يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة طبقا لأحكام المادة 2/801 من ق.م.ج.<sup>2</sup>

يفهم من خلال هذه المادة انه إذا لم يقوم الشفيع بإيداع الثمن كاملا في الميعاد المحدد، أو تأخر في إيداعه أو قام بوضعه في يد موثق غير المختص قانونا، يترتب على ذلك سقوط حقه في الشفعة نهائيا.<sup>3</sup>

### خامسا : عدم رفع دعوى الشفعة في ميعادها

في حالة ما إذا لم يقوم الشفيع برفع الدعوى في ميعادها على كل من البائع و المشتري أمام محكمة الواقع في دائرتها ذلك العقار، وذلك خلال 30 يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، أو قام برفعها قبل الإيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق أو أمام الجهة الغير مختصة سقط حقه في الطلب بالشفعة.<sup>4</sup>

1- لمزيد من التفاصيل أنظر ، دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص ص 404 ، 406 .

2- أمر رقم 75-85 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

3- حمادي ايمان ، بوسيس وفاء ، الشفعة كمصدر من مصادر الحقوق العينية الاصلية ، مرجع سابق ، ص 175 .

4- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الأصلية : ( حق الملكية و الحقوق المنفرعة عنه ) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 240 .

خاتمة

يتعين من خلال دراستنا لموضوع حق التصرف في المال المشاع أن الأصل في التصرف يكون بإجماع الشركاء ، و إن تعذر ذلك منح المشرع الجزائري لأغلبية الشركاء في الشيوخ الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال المشاع صلاحية التصرف في المال المشاع كله .

دون الحاجة إلى موافقة الأقلية منهم وذلك متى إستندوا إلى أسباب قوية حماية للأغلبية من تعنت الأقلية .

لكن المشرع الجزائري لم يبين تلك الأسباب التي تستند عليها الأغلبية في المال المشاع ، وهذا مما قد يؤدي الأغلبية إلى التعسف في حق الأقلية أو الإضرار بمصالحهم ، لذلك وجب على المشرع وضع حلول، أو أحكام دقيقة وواضحة تنظم حق التصرف في المال المشاع مع بيان الأسباب التي تستند عليها الأغلبية في التصرف وفي المقابل منح للأقلية ضمانات لحماية حقوقهم مما يستوجب على الأغلبية إعلان عن قراراتهم للأقلية وفي حالة اعتراضهم على ذلك يحق للأقلية اللجوء للقضاء من أجل رفع دعوى اعتراض على قرارهم .

وإستثناءً عن الأصل أجاز المشرع للشريك التصرف في حصته المشاعة بكافة أنواع التصرفات القانونية سواء بالتصرفات الناقلة للملكية كالبيع ، و الهبة ، أو بترتب حق عيني عليها أصلية كانت أو تبعية لفائدة شريك آخر أو لشخص أجنبي عنهم يشترط عدم إلحاق الضرر بباقي الشركاء طبقاً لنص المادة 714 من ق. م. ج. و بطول الأجنبي محل التصرف في المال المشاع جاز للشركاء إبعاده و إسترجاع المبيع إما عن ممارسة حق الإسترداد إذا كان المبيع منقولاً و ذلك باتباع إجراءات معينة ، أو عن طريق الشفعة إذا كان المبيع عقاراً ، وفي حال مخالفة الإجراءات يسقط حقهم في الاسترداد و الشفعة.

كما قد يتصرف الشريك في جزء مفرز من المال المشاع حيث يكون تصرفه صحيحاً نافذاً بين طرفيه ، ففي حالة ما إذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف إليه تنتقل ملكيته بالحيازة و إذا كان منقولاً ، و بإتمام إجراءات الشهر العقاري إذا كان عقاراً .

أما في حالة عدم وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف إليه فإنه ينتقل نصيبه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف ، حيث يختلف حكمها قبل القسمة .

كما قد يتصرف الشريك في المال المشاع كله بحيث يكون تصرفه صحيحاً نافذاً بين طرفيه و مرتباً لأثاره و غير نافذاً في مواجهة باقي الشركاء .

لقد توصلنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى الإقتراحات الآتية :

-إعادة المشرع الجزائري النظر في نص المادة 714 من ق. م. ج. إما بتعديلها أو إلغائها من أجل توضيح الغموض في أحكام تصرف الشريك سواء في حصته المشاعة أو في كل المال المشاع و خاصة حكم التصرف في جزء مفرز قبل القسمة .

-ينبغي على المشرع الجزائري تبيان الأسباب التي يستند عليها أغلبية الشركاء وقت التصرف من أجل إيجاد التوازن ومنع التعسف فيما بين الشركاء في الشيوخ ، أو إلغاء نظام الأغلبية و البقاء على صورتها الفردية و التصرف الجماعي للشركاء .

-إضافة شرط آخر يلتزم بمقتضاه الشريك على الشيوع عند التصرف في حصته أن يعلم الشركاء الآخرين مسبقا بنية التصرف في حصته من أجل تفادي ممارسة الشركاء لحق الإسترداد أو الشفعة لإسترجاع الحصة المتصرف فيها بعد بيعها لأجنبي .

-إنهاء حالة الشيوع عن طريق القسمة الإتفاقية في حالة إتفاق الشركاء على إنهاء الشيوع وفي حالة عدم إجماع الشركاء على القسمة يتم اللجوء إلى القضاء من أجل طلب إنهاء الشيوع و التي تسمى بالقسمة القضائية .

# قائمة المراجع

أولاً : الكتب

أ- باللغة العربية :

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الأصلية : (حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنها ) ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- 2-جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع وأثاره على حقوق الشركاء : (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون المدني) ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005.
- 3- دغيش أحمد ، حق الشفعة في التشريع الجزائري ، ط 2 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 .
- 4- رضا عبد الحليم ، عبد المجيد البارئ ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية ، د. ط ، جامعة بنها ، الرياض ، 2009 .
- 5- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : (أحكام الحقوق العينية الأصلية و مصادرها )، د.ط ، دار المطبوعة الجامعية ، الإسكندرية ، 1998 .
- 6- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : (أحكامها و مصادرها )، د. ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 .
- 7- طالبة أنور ، الملكية الشائعة ، د. ط ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 .
- 8- عبد الحميد الشواربي ، أحكام الشفعة و القسمة في ضوء القضاء و الفقه ، د. ط ، منشأة المعارف للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، د . س . ن .
- 9- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : (التأمينات الشخصية و العينية) ، مجلد 10 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1968.
- 10- الوسيط في شرح القانون المدني: (حق الملكية) ، ج08 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1970 .
- 11- الوسيط في شرح القانون المدني : (العقود التي تقع علي ملكية البيع و المقايضة ) ، ج04 ، د. ط ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 2004 .
- 12- الوسيط في شرح القانون المدني : (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال )، المجلد 08 ، منشورات الحلبي ، لبنان ، 2005 .

- 13- عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، د . ط ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1978.
- 14- عنيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري : ( دراسة مقارنة ) ، ط2 ، ج 2 ، منشورات زين الحقوقية ، د.ب.ن . 2011 .
- 15- قاسم محمد حسين ، موجز الحقوق العينية الأصلية : (حق الملكية ، حق الملكية في ذاته ، أسباب كسب الملكية) ، ج01 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005 ،
- 16- موجز الحقوق العينية الأصلية : ( حق الملكية ) ، ج01 ، منشورات الحلبي القانونية ، د.ب . ن ، 2006 .
- 17- كيرة حسن ، الموجز في أحكام القانون المدني ، ط03 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1994.
- 18- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية : (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها ، أسباب كسب الملكية ) ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2008 .
- 19- الحقوق العينية : ( الملكية و الحقوق المتفرعة عنها ، أسباب كسب الملكية ) ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2017 .
- 20- محمد محي الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، ط02 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1996 .
- 21- محمد وحيد الدين سوار ، حقوق العينية الأصلية : ( أسباب كسب الملكية و الحقوق المشتقة من حق الملكية ) ، ط02 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 .
- 22- حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ط02 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998 .
- 23- مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية : ( الملكية الخاصة ، الملكية العامة ، الملكية التعاونية ) ، د.ط ، المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، د . س . ن .
- 24- نبيل إبراهيم سعد ، الشفعة علماً و عملاً ، د.ط ، منشأة المعارف جلال جزى و شركائه للنشر ، الإسكندرية ، 1997 .
- 25- الحقوق العينية الأصلية : ( أحكامها ، مصادرها ) ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 1998 .
- 26- الحقوق العينية الأصلية : ( أحكامها ، مصادرها ) ، د . ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 .
- 27- المدخل إلى القانون : ( نظرية الحق ) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 .

28- وليد نجيب قسوس ، إدارة و إزالة المال الشائع : ( دراسة مقارنة ) ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، الأردن ، 1993 .

### ثانيا : الرسائل و المذكرات الجامعية

#### أ – الرسائل الجامعية :

1- عقوني محمد ، الإنتفاع بال عقار الشائع في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2015-2016 .

#### ب- المذكرات الجامعية :

#### 1 – مذكرات الماجستير :

1- سرداوني رفيقة ، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2012-2013 .

2- طالبي محمد ، تصرف الشريك في المال الشائع و أثاره على حقوق الشركاء وفقاً لأحكام القانون المدني ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2011-2012 .

3- لايد أسماء ، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية : (دراسة مقارنة بين الفقه الملكي و القانون المدني الجزائري ) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، جامعة أحمد بن بلة، وهران ، 2015-2016 .

4- لبيض بوبكر ، التصرف في المال الشائع شيوعاً إختيارياً : (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ) ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية ، جامعة أحمد بن بلة ، وهران ، 2012-2013 .

5- مخازني فايزة ، تصرف الشريك في المال الشائع : (دراسة مقارنة )، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس ، 2004-2005 .

6- وهاب عياد ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2007-2008 .

2 - مذكرات الماجستير :

- 1- بن أحمد كهينة ، بن عيسى نجاة ، تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2016-2017 .
- 2- جعني وسام ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2020-2021 .
- 3- حسان سعيدة ، أمينة حشامة ، التصرف الوارد على المال المشاع ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص أحوال الشخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجليلي بونعامة ، خميس مليانة ، 2017-2018 .
- 4- حمادي إيمان ، بوسيس وفاء ، الشفعة كمصدر من مصادر الحقوق العينية الأصلية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، 2017-2018 .
- 5- حمدود خولة ، الشفعة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص إدارة عامة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2018-2019 .
- 6- ربحي محمد ، أحمد هريم ، ضمان التعرض و الإستحقاق في عقد البيع : (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2006-2007 .
- 7- رحال كهينة ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، تخصص العقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2015-2016 .
- 8- سحنون دانية ، التصرف في المال الشائع ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013-2014 .
- 9- عشوي سيلية ، بلخلفي حوى ، النظام القانوني للملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص القانون العقاري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2016-2017 .
- 10- كحيل حفيظة ، أحكام الملكية العقارية الشائعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2020-2021 .

- 11- لعمور حنان ، يكن دنية ، حماية المعاملات العقارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص الشامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2017-2018 .
- 12- مروان صارة ، قوداش ديهية ، الشفعة سبب لكسب الملكية في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية ، تخصص قانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2012-2013 .
- 13- ممي حكيم ، النظام القانوني لسلطات المالك على الشيوع ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، 2016-2017 .
- 14- هلال سهام ، جودر سهام ، وسائل حماية الحق العيني ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص ، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2014-2015 .

### ثالثا : المقالات

- 1- الديق جمال ، "خصوصية التبرع بالمال المشاع : (الهبة و الوقف نموذجا ، دراسة مقارنة)" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم ، جامعة الجزائر 01 ، الجزائر ، 2008 .
- 2- تومي مريم ، "رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري" ، مجلة التواصل في الإقتصاد و الإدارة و القانون، العدد 38 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باجي مختار، عنابة ، 2014 .
- 3- عقوني محمد ، "البيع الواقع على حصة شائعة في عقار" ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، العدد 01 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2019 .
- 4- فراجي كوثر، " إجراءات بيع الشريك في الشيوع لجزء مفرز من المال في التشريع الجزائري" ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد 03 ، العدد 02 ، جامعة وهران 02 ، وهران ، 2019 .
- 5- فرقاق معمري ، فلاح سفيان ، "بيع العقارات المملوكة على الشيوع في القانون المدني" ، المجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية ، العدد 21 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2019 .

### رابعاً : النصوص القانونية

- 1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 ديسمبر 1978 ، يتضمن القانون المدني ، ج.ر.ج. ج. عدد 78، لسنة 1975، (معدل ومتمم).
- 2- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984 ، يتضمن قانون الأسرة ، ج.ر.ج. ج. عدد 78 ، لسنة 1984، (معدل ومتمم).
- 3- قانون رقم 91-10، مؤرخ في 27 أبريل 1991 ، يتعلق بالأوقاف ، ج.ر.ج. ج. عدد 21، لسنة 1991، (معدل و متمم)،
- 4- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر.ج. ج. عدد 84 ، لسنة 2008، (معدل و متمم).

### خامساً : الأحكام والقرارات القضائية

- 1- قرار المحكمة العليا ، الغرفة العقارية، رقم 34131 ، مؤرخ في 19-11-1984 ، م ق ، العدد 02 ، 1990 .
- 2- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، رقم 63765 ، مؤرخ في 29-10-1990 ، م ق ، العدد 01 ، 1992 .
- 3- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، رقم 62092 ، مؤرخ في 13-10-1990، م ق ، العدد 01 ، 1993 .
- 4- قرار المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، رقم 76678 ، مؤرخ في 24-12-1991، م ق ، العدد 01 ، 1993 .

### سادساً : المطبوعات الجامعية

- 1- إسعاد فاطمة ، محاضرات في الملكية الشائعة ،ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون خاص شامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2017 .

### ب : باللغة الفرنسية

#### 1-OUVRAGES :

- 1- SCHILLER Sophie ,Droit des biens , 3éme édition ,Cours DALLOZ , Paris , 2007

## الفهرس

3.....	مقدمة
4.....	الفصل الأول: القواعد المنظمة لحق التصرف في المال المشاع
6.....	المبحث الأول: التصرف الفردي في المال المشاع
7.....	المطلب الأول : تصرف الشريك في حصته وفي المال المشاع كله
7.....	الفرع الأول : حكم تصرف الشريك في حصته المشاعة
7.....	أولا : تصرف الشريك الناقل للملكية :
8.....	1- بيع الشريك لخصته المشاعة :
8.....	2- هبة الشريك لخصته المشاعة:
9.....	ثانيا : تصرف الشريك المنشئ لحق عيني أصلي:
9.....	1-حق الإرتفاق:
9.....	2-حق الإنتفاع:
9.....	ثالثا : تصرف الشريك المنشئ لحق عيني تبعي :
10.....	1-حق التخصيص :
10.....	2- حق الإمتياز:
11.....	1-حق الرهن :
11.....	أ- الرهن الرسمي :
12.....	ب- الرهن الحيازي :
12.....	الفرع الثاني : حكم تصرف الشريك في المال المشاع كله
12.....	أولا : حكم تصرف الشريك بالنسبة لطرفيه
13.....	ثانيا : حكم تصرف الشريك بالنسبة لباقي الشركاء
13.....	المطلب الثاني : تصرف الشريك في حصته مفرزة من المال المشاع
13.....	الفرع الأول : حكم جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا
14.....	أولا : جهل المتصرف إليه أن الشريك يملك المبيع مفرزا قبل القسمة
14.....	1-حكم التصرف فيما بين الأطراف

- 2-حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء .....15
- ثانيا : جهل المتصرف اليه ان الشريك يملك المبيع مفرزا بعدالقسمة .....15
- 1-وقوع الجزء المفرز ف ينصيب المتصرف .....15
- 2-عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف .....16
- الفرع الثاني : حكم علم المتصرف إليه أن الشريك لايملك المبيع مفرزا .....16
- أولا : علم المتصرف إليه ان الشريك لايملك المبيع مفرزا قبل القسمة .....16
- 1- حكم التصرف فيما بين الأطراف .....16
- 2-حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء .....17
- ثانيا : علم المتصرف إليه ان الشريك لايملك المبيع مفرزا بعدالقسمة .....17
- 1- وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف .....17
- 2- عدم وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف .....18
- المبحث الثاني : التصرف الجماعي في المال المشاع .....18
- المطلب الأول : التصرف الصادر من جميع الشركاء .....19
- الفرع الأول : حكم التصرف الصادر من جميع الشركاء في المال المشاع .....19
- 1- البيع الصادر من جميع الشركاء في المال المشاع .....19
- أ-البيع الصادر من جميع الشركاء للمال المشاع كله .....19
- ب-البيع الصادر من جميع الشركاء لجزء مفرز من المال المشاع .....20
- 2- المقايضة الصادرة من جميع الشركاء في المال المشاع .....21
- 3- الهبة الصادرة من جميع الشركاء في المال المشاع .....21
- 4- الوصية الصادرة من جميع الشركاء في المال المشاع .....21
- ثانيا : تصرف جميع الشركاء المنشئ لحق عيني .....22
- 1- ترتيب حق عيني أصلي .....22
- أ- حق الإرتفاق .....22
- ب- حق الإنتفاع .....23
- 2- ترتيب حق عيني تبعي .....24
- أ- حق الرهن الرسمي .....24

24.....	ب-حق الرهن الحيازي
25.....	الفرع الثاني : التصرف الصادر من معظم الشركاء
26.....	أولا : توافر الأغلبية اللازمة من الشركاء لإقرار التصرف في المال المشاع
26.....	ثانيا : وجود الأسباب الداعية للتصرف في المال المشاع
27.....	المطلب الثاني : حقوق الأقلية من الشركاء عند تصرف الأغلبية في المال المشاع
27.....	الفرع الأول : طبيعة الإعلان الموجه إلى الأقلية من الشركاء
28.....	الفرع الثاني : الجهة المختصة بالفصل في دعاوى الاعتراض
29.....	الفصل الثاني: الضمانات القانونية لحماية حقوق باقي الشركاء
30.....	المبحث الأول : دعوى الاستحقاق وحق الاسترداد في المال المشاع
30.....	المطلب الأول : ممارسة دعوى الإستحقاق
31.....	الفرع الأول : تعريف دعوى الإستحقاق
31.....	الفرع الثاني: شروط دعوى الإستحقاق
31.....	أولا : الأهلية
32.....	ثانيا : الصفة
32.....	ثالثا : المصلحة:
32.....	الفرع الثالث: إجراءات رفع دعوى الإستحقاق
33.....	أولا : بالنسبة للمنقول
33.....	ثانيا : بالنسبة للعقار
33.....	المطلب الثاني: ممارسة حق الإسترداد
34.....	الفرع الأول: تعريف حق الإسترداد
35.....	الفرع الثاني: شروط حق الإسترداد
35.....	أولا : صدور البيع من أحد الشركاء
35.....	ثانيا : ورود البيع على حصة شائعة
35.....	ثالثا : أني كون البيع لأجنبي
35.....	رابعا: أن يكون المستردهو أحدالشركاء
36.....	الفرع الثالث: إجراءات حق الإسترداد

36.....	أولا : ميعاد الإسترداد.....
36.....	ثانيا : الطريقة التي يتم بها الإسترداد.....
36.....	ثالثا : دعوى الاسترداد.....
37.....	الفرع الرابع: آثار ممارسة حق الاسترداد.....
37.....	أولا : العلاقة التي تربط المسترد بالمشتري.....
38.....	ثانيا : العلاقة التي تربط المسترد بالبائع.....
38.....	ثالثا : العلاقة التي تربط البائع بالمشتري.....
39.....	المبحث الثاني : حق الشفعة في المال المشاع.....
39.....	المطلب الأول : ممارسة حق الشفعة.....
39.....	الفرع الأول : تعريف حق الشفعة.....
40.....	الفرع الثاني : أصحاب حق الشفعة.....
40.....	الفرع الثالث : شروط الأخذ بالشفعة.....
52.....	أولا : الشروط المتعلقة بالشفيع.....
41.....	ثانيا : الشروط المتعلقة بالتصرف.....
42.....	ثالثا : الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه.....
42.....	الفرع الرابع: إجراءات ممارسة حق الشفعة.....
42.....	أولا : الإنذار بوقوع البيع.....
43.....	ثانيا: إعلان الرغبة في الشفعة.....
43.....	ثالثا: إيداع ثمن لدى الموثق.....
43.....	رابعا : رفع دعوى الشفعة.....
43.....	المطلب الثاني: آثار حق الشفعة وسقوطها.....
44.....	الفرع الأول: الآثار الناتجة عن حق الشفعة.....
44.....	أولا : العلاقة التي تربط الشفيع بالبائع.....
44.....	ثانيا : العلاقة التي تربط الشفيع بالمشتري.....
45.....	ثالثا : العلاقة التي تربط الشفيع بالغير.....
46.....	الفرع الثاني: سقوط حق الشفعة.....

46.....	أولا : تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة
46.....	ثانيا : مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع
47.....	ثالثا : زوال أحد شروط الشفعة
47.....	رابعا : عدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد قانونا
47.....	خامسا : عدم رفع دعوى الشفعة في ميعادها
48.....	خاتمة
51.....	قائمة المراجع

الملخص:

أجاز المشرع الجزائري للشريك في الشيوخ سلطة التصرف في حصته المشاعة بشرط عدم إضرار بحقوق باقي الشركاء ، كما بين حكم التصرف في الجزء المفرز من طرف الشريك قبل القسمة في نص المادة 2/714 من التقنين المدني الجزائري، وسكت عن حكم التصرف الشريك في كل المال المشاع ، كما أنه إعتبر التصرف صحيحا و نافذاً بشرط صدوره بإجماع الشركاء، وفي حالة تعذر إجماعهم أجاز لهم إجماع الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال المشاع للتصرف فيه و ذلك بناءً على أسباب قوية تيرر قرارهم و بشرط إعلام الأقلية الباقية حتى تكون لهم الحق في الإعتراض على هذا القرار، أو اللجوء إلى الضمانات التي منحها لهم المشرع وهما وسيلتين قانونيتين الإسترداد في حالة إذا كان المال المشاع منقولاً، أو الشفعة في حالة إذا كان المال المشاع عقاراً.

**Résumé**

Le législateur algérien a accordé au indivisaire le pouvoir de disposer de sa part commune, dans le bien commun à condition que les droits du reste des associés ne soient pas lésés. car il a clarifié sa dicision concernant la disposition de l'indivisaire d'une partie séparée du bien commun avant la division dans l'article 714/2 du code civil algerien, et il est resté muet sur le règlement de cette disposition après la division.

le législateur a considéré que la disposition des indivisaires dans tout le bien commun comme valide à condition qu'elle ait été émise à l'unanimité des indivisaires et dans le cas ou il n'était pas possible il a permit la disposition des indivisaires qui possèdent le trois quart du bien commun et cela basé sur des motifs solides justifiant cette décision et seulement après avoir informer la minorité des indivisaires restants afin qu'ils aient le droit de s'opposer face à cette décision; enfin le législateur a accordé des garantis à cette minorité afin de préserver ses droits, le recouvrement si le bien commun s'agit de bien mobilier, ou préemption s'il s'agit de bien commun immobilier .