

احكام حق استرداد الحصة العقارية الشائعة المباعه

Provisions of the right to redeem the common real estate share sold

جمال الدين طرفي ، قنفود رمضان

مخبر السيادة و العولمة (جامعة يحي فارس Terfi.djameleddine@univ-medea.dz المدية)،

مخبر السيادة و العولمة (جامعة يحي فارس المدية)، g.ramadane11@ univ-medea.dz

القبول: 2023-01-01

الاستلام: 2022- 07-15

ملخص:

أجاز القانون المدني الجزائري للشريك في الشيوع ترتيب مختلف التصرفات القانونية على حصته الشائعة ، و في مقابل ذلك منح لباقي الشركاء معه حق استرجاع تلك الحصة في حال بيعها من طرف هذا الأخير ، و ذلك بموجب رخصتين تتمثلان في حق الشفعة و حق الاسترداد ، وما يلاحظ من خلال نصوص هذا القانون انه قد أولى أهمية كبيرة في تنظيمه لحق الشفعة على حساب حق الاسترداد ، الأمر الذي جعلنا نسلط الضوء في هذه الدراسة على هذا الحق ، من خلال معالجة أحكام حق الشريك في الشيوع في استرداد الحصة الشائعة المباعه.

وقد تبين لنا أن المشرع الجزائري في تنظيمه لحق الاسترداد انه قد ساير مختلف التشريعات العربية التي أخذت بهذا الحق و استلهمته من التشريع الفرنسي ، و ذلك بإدراجه لمادة قانونية وحيدة تنظم هذا الحق لم يوضح فيها إجراءات ممارسته بصورة مفصلة وواضحة كما هو الشأن في حق الشفعة التي فصلت إجراءاتها ، الأمر الذي أدى إلى جعل هذا الحق مجرد نص في القانون غير قابل للتطبيق في الواقع العملي .

كلمات مفتاحية: الاسترداد ، الشريك في الشيوع، الحصة الشائعة ، العقار.

Abstract:

The Algérien Civil Code permit the co-owner to arrange various legal actions on his common share, and in return he grants to the rest of the partners with him the right to retrieve that share in the event it is sold by the latter, according to two licenses represented in the right of pre-emption and the right of recovery, and what is observed from During the texts of this law, he has attached great importance to his regulation of the right of pre-emption at the expense of the right of recovery, which made us shed light

in this study on this right, by addressing the provisions of the right of the partner in common to recover the common share sold, where did it become clear to us that the Algerian legislator, in regulating the right of recovery, went along with the various Arab legislation that took this right and was inspired by the French legislation, by including a single legal article regulating this right, in which he did not explain the procedures for exercising it in a detailed and clear way, as he did regarding the right of pre-emption that Its procedures were detailed, which led to making this right a mere provision in the law that is not applicable in practice.

Keywords: Retrieval, partner in common, Common share , real estate

المؤلف المراسل: جمال الدين طرفي ، الإيميل: Terfi.djameleddine@univ-medea.dz

مقدمة:

اقر التشريع المدني الجزائري للشريك في الشيوع حرية التصرف في حصته الشائعة ، لكنه قيد هذه الحرية بقاعدة هامة و هي عدم الإضرار بسائر الشركاء المالكين معه ، و موازاة مع ذلك و حفاظ على حالة الشيوع بين الشركاء و تقوية أواصر القرابة فيما بينهم و منعا لدخول الأجانب كملاك جدد بينهم درء للتأثير عليهم، منحهم القانون المدني الجزائري رخصتين يحق لهم بموجبهما استرجاع الحصة

الشائعة المتصرف فيها بالبيع من طرف الشريك في الشيوخ ، حتى و لو كان هذا البيع صحيحا قانونا و نافذا، و تتمثل هاتان الرخصتان في حق الشفعة و حق الاسترداد. و لعل أن الكثير من الدراسات ركزت على حق الشفعة نظرا لكثرة انتشاره في الواقع العملي بوقوع عدة منازعات بشأنه في بيع العقارات الشائعة ، و لم تتطرق كثيرا إلى حق الاسترداد رغم ما له من نفس النتائج التي يصبو إليها حق الشفعة مع بساطة إجراءاته و خطورتها خاصة في العلاقة بين أطرافه ، الأمر الذي جعلنا نختار دراسة هذا الموضوع لأهميته.

و تكمن أهمية هذا الموضوع فيما يلي :

- مساس حق الاسترداد بحرية التصرف و تأثيره على مبدأ سلطان الإرادة ، بحيث أن استعماله يؤدي إلى إلغاء إرادة المتعاقدين في عقد البيع ، سواء بالنسبة البائع أو المشتري ، إذ انه يصطدم بحرية الشخص في بيع ما يملك لمن يشاء و في الجانب الآخر يمنع المشتري من شراء ما يشاء ممن يشاء.

- عدم ترتيب المشرع الجزائري لحق الاسترداد مواعيد محددة بحددها الأقصى، الأمر الذي يمكن الشركاء في الشيوخ اللجوء إليه في إي لحظة شاءوا ، و هذا ما يشكل تهديدا دائما للشريك البائع و المشتري الأجنبي .

- عدم تحمل الشركاء في الشيوخ عند استعمال حق الاسترداد لمصاريف كثيرة لبساطة إجراءاته مقارنة مع حق الشفعة التي تستلزم إجراءات معقدة و طويلة و تستلزم مبالغ مالية أكثر.

إن هذا البحث يعالج الإشكالية التي مفادها : ما هي أحكام حق الشريك في الشيوخ في استرداد الحصة الشائعة المباعة في القانون المدني الجزائري ؟ وماذا يترتب على ذلك من منازعات؟.

و قد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتبر المنهج الأمثل في هذه الدراسات و ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بحق الاسترداد .

و للإجابة على الإشكالية المطروحة نقسم البحث إلى قسمين ، نتطرق في المبحث الأول منه إلى ماهية حق الاسترداد و في المبحث الثاني إلى إجراءات حق الاسترداد و منازعاته .

المبحث الأول: ماهية حق الاسترداد :

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم حق الاسترداد لنعرج فيه على مسألة تأصيل فكرة حق الاسترداد و تكييفه ، ثم لتعريف حق الاسترداد و نطاقه و في المطلب الثاني إلى شروط حق الاسترداد.

المطلب الأول : مفهوم حق الاسترداد :

نتطرق في هذا المطلب إلى تأصيل فكرة الاسترداد و تكييفه في الفرع الأول ثم إلى تعريفه في الفرع الثاني و نختتم هذا المطلب بنطاق حق الاسترداد في الفرع الثالث .

الفرع الأول :تأصيل حق الاسترداد و تكييفه.

قبل الخوض في مختلف تعريف حق الاسترداد فانه يستلزم معرفة أصل حق الاسترداد و تكييفه القانوني وفق ما يلي :

أولا : تأصيل فكرة حق الاسترداد

أخذت مختلف التشريعات العربية فكرة حق الاسترداد من القانون الفرنسي كالقانون المصري و السوري و الليبي، أين أدرجته في قوانينها رغم توفرها على رخصة أخرى و هي حق الشفعة التي مصدرها الشريعة الإسلامية، و التي لا يعرفها القانون الفرنسي و بذلك أصبح للشريك في الشيوع في هذه التشريعات رخصتان من أجل استرجاع الحصة الشائعة المباعه.

اختلفت آراء الفقه حول تأصيل فكرة حق الاسترداد ، فهناك من رأى أن الأصل التاريخي لحق الاسترداد ، هو القانون الفرنسي ذلك انه من الثابت تاريخيا أن القانون الفرنسي هو من اوجد هذه الفكرة، إلا أن هذا الرأي انتقد كون أن حق الاسترداد في القانون الفرنسي كان يشمل عدة أنواع أهمها بيع الوفاء ، استرداد الحقوق المتنازع فيها ، استرداد

الوارث للحصة التي يبيعها احد الورثة لأجنبي عن التركة ، استرداد الزوجة للحصة التي يبيعها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه. (النشر ، 2000، الصفحات 123-125) .

و يرى جانب آخر من الفقهاء ، أن مصدر الاسترداد ليس القانون الفرنسي ، و إنما ادخل في القانون الفرنسي لعدم توفره على هذا الحق و عدم توفره كذلك على حق الشفعة. (عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، 2020، صفحة 146) .

و ما يرجح من الآراء حسب رأينا في تأصيل فكرة الاسترداد ، ما جاء في قرار محكمة الاستئناف المصرية الذي قضى بما يلي (إن حق استرداد الحصة الشائعة مأخوذ من نص المادة 841 من القانون المدني الفرنسي ، التي أباحت للورثة أن يستردوا الحصة الشائعة ، أو بعضها ، عند تنازل احد الشركاء في التركة بلا تعيين للأجنبي ، و هذا لحكمة أساسها حفظ أسرار التركات و منع الأجنبي من النفاذ إليها ، و جعل الورثة في مأمن من أي دخيل يعكر صفو المحيط العائلي) . (السنهوري، 2011، صفحة 852). (النشار، 2000، صفحة 126) (عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، 2020، صفحة 147).

ثانيا : تكييف حق الاسترداد .

اختلف الفقهاء في تحديد التكييف القانوني لحق الاسترداد ، فقد رأى البعض منهم أن حق الاسترداد هو نوع من الشفعة لا غير ، فهو مثل حق الشفعة تماما و لا فرق بينهما إلا في بعض الاختلافات الطفيفة ، إلا أن هذا الرأي تعرض لعدة انتقادات أهمها وجود اختلاف حقيقي بين كل من حق الشفعة و حق الاسترداد من حيث المصدر و النطاق ، فالشفعة مصدرها الشريعة الإسلامية ، أما حق الاسترداد فمصدره القانون الفرنسي ، و هناك اختلاف بينهما من حيث النطاق، فنطاق حق الشفعة محصور في العقار فقط على عكس حق الاسترداد الذي يشمل كل المال ، كما أن هناك اختلاف بينهما من حيث الهدف ، فالهدف من الشفعة هو دفع ضرر الشريك المتصرف في حصته الشائعة ، أما الهدف من الاسترداد حفظ أسرار التركات بمنع الأجانب من الوصول إليها . (السنهوري، 2011، صفحة 852) (النشار، 2000، صفحة 156).

وعلى اثر الانتقادات السابقة انبرى فريق آخر من الفقه باعتبار أن حق الاسترداد هو مجرد إعادة بيع من المشتري إلى الشريك المسترد ، إلا أن هذا الرأي كذلك لاقى عدة انتقادات ، كون انه يتناقض مع جاء في النصوص القانونية و ما جاء كذلك في القانون المدني الجزائري صراحة بان حق الاسترداد ليس إعادة بيع ، و إنما أكد على إن المسترد يحل محل المشتري و لا يشتري منه و ذلك في جميع الحقوق و الالتزامات ، فحلل المسترد محل المشتري ، يكون بأثر رجعي إلى وقت البيع الأول الذي تم بين البائع الشريك و المشتري الأجنبي ، و عند ممارسة حق الاسترداد ، يصبح البيع الأول هو الساري و النافذ و يختفي بذلك المشتري الأجنبي مطلقا من العملية، و يحل محله الشريك المسترد ، كأن يكون قد باع البائع الشريك حصته للمسترد و لم يكن المشتري الأجنبي موجودا أصلا و هذا هو التكييف الأرجح و الصحيح لحق الاسترداد. (السنهوري، 2011، الصفحات 863-864)

الفرع الثاني : تعريف حق الاسترداد.

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا لحق الاسترداد و إنما اكتفى بالنص على كفياته و شروطه ، و ترك المجال للفقهاء من اجل إعطاء عدة تعريفات لهذا الحق .

أولاً: التعريف الفقهي لحق الاسترداد

رأى جانب من الفقه أن الاسترداد هو حق منحه القانون للشريك في الشيوع بمقتضاه يحل محل المشتري في الحصة الشائعة المباعه ، و ذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوع محافظة على أسرار الشركة ، بحيث يثبت في المنقول الشائع ، و يكون أيضا في الحصة الشائعة من المجموع من المال و لو اشتمل على عقار. (النشار، 2000، صفحة 140)

ويرى جانب آخر من الفقه أن حق الاسترداد هو حق يخول لشخص أن يحل محل آخر فيما اشتره مقابل دفع الثمن و مصاريف البيع ، و حق الاسترداد إما يكون مقررا بالاتفاق أو بنص القانون. (عقوني، الاسترداد كسبب من اسباب اكتساب ملكية العقار الشائع ، 2018، صفحة 05)

كما انه قد تم تعريفه بأنه حق الشريك في المنقول الشائع أو مجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي . (عبد ملحم، العدد التاسع عشر ، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العراق ، صفحة 09).

ثانيا : التعريف القانوني لحق الاسترداد.

نظم المشرع الجزائري حق الاسترداد بموجب المادة 721 من القانون المدني، التي تنص (للشريك المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول ، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي ، و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ، و يتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري ، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ، و إذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته .). (الامر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20).

و لذلك يمكن تعريف حق الاسترداد وفقا لما جاء به القانون المدني الجزائري انه رخصة ، تجيز للشريك في الشيوع ، أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها للغير، مقابل دفع الثمن و مصاريف البيع ، فالمشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوع ، رخصة أخرى إلى جانب حق الشفعة في مواجهة الشخص الأجنبي في حالة بيع جزء من العقار الشائع ، و تتمثل هذه الرخصة في حق الاسترداد.

الفرع الثالث : نطاق حق الاسترداد:

إن نطاق حق الاسترداد في القانون الفرنسي جد واسع ، فهو يشمل عدة أنواع أهمها بيع الوفاء ، استرداد الحقوق المتنازع فيها ، استرداد الوارث للحصة التي يبيعها احد الورثة لأجنبي عن التركة ، استرداد الزوجة للحصة التي يبيعها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه ، أما بالنسبة للقانون المصري فانه قيد نطاق حق الاسترداد بالمال المنقول الشائع أو في مجموع المال و اشتمال هذا المال على حصة من عقار، و لا يكون في القانون المصري حق الاسترداد ساريا على العقار الشائع المعين بذاته الذي يخضع لحق الشفعة و لا يخضع لحق الاسترداد . (السنهوري، 2011، صفحة 752).

أما القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 721 من القانون المدني السالفة الذكر، فانه قد جعل حق الاسترداد يرد على بيع الحصة الشائعة في المنقول أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد جعل حق الاسترداد يشمل التركات و غيرها من أسباب الشيوخ، كما فعل التشريع الفرنسي و خالف المشرع المصري عندما جعل حق الاسترداد يشمل الحصة الشائعة في المنقول و كذا الحصة الشائعة في العقار حتى و لو كان العقار معين بذاته ، على عكس ما ذكره بعض الشراح باعتبار أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع المصري و جعل حق الاسترداد يشمل المنقول أو مجموع المال الشائع بما فيه الحصة الشائعة في العقار ، و لا يشمل العقار وحده دون أن يكون داخل مجموع المال، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المنشور بالمجلة القضائية المجلة القضائية لسنة 1998 الذي نص على (عن الوجه الوحيد المبني على خرق المادة 721 من القانون المدني : حيث يستنتج من أوراق الملف أن فريق (ع) ملاك عن طريق الإرث من المرحوم (ع م) لقطعة فلاحية موجودة بضواحي مغنية و أن (ع ع) احد الورثة باع حقوقه للسيد (ب م) المدعى عليه في الطعن و ذلك بموجب عقد توثيقي بتاريخ 1994/09/25 .

و قد جاءت وقائع حيثيات قرار المحكمة العليا وفق ما يلي :

(رفع المدعون في الطعن على المدعى عليه في الطعن دعوى أمام محكمة طالبيين استرداد الحصة المباعة من طرف (ع ع) أخيه ، مؤسسين دعواه على المادة 721 من القانون المدني ، و رفضت المحكمة هذه الدعوى لعدم التأسيس و على اثر استئناف ، اصدر مجلس قضاء تلمسان قرار أيد الحكم المستأنف و هو القرار موضوع الطعن) .

حيث أن المدعين في الطعن أسسوا طعنهم على خرق المادة 721 من القانون المدني كون أنهم قاموا بكافة الإجراءات المنصوص عليها بالمادة المذكورة أعلاه و أن المجلس يرفض دعواهم ، بدعوى انه من المفروض على المدعين في الطعن أن يلتمسوا إجراءات الشفعة و أن المجلس قد خرق نص المادة 721 من القانون المدني) .

و كان تأسيس المحكمة العليا لقرارها وفق ما يلي :

(فعلا بالرجوع إلى نص المادة المذكورة أن النص يسمح لكل شريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة.

حيث أن المدعين في الطعن طلبوا من المحكمة استرداد الحصة المباعه من طرف احد الشركاء السيد (ب) عملا بالمادة 721 قانون مدني ، حيث أن المدعين إذا مارسوا حقهم في الاسترداد الذي يمارس على العقار الشائع حسب مفهوم نص المادة 721 قانون مدني .

حيث أن هذه المادة تنص صراحة على أن العقار الشائع يكون محل لحق الاسترداد و اذ باع احد الورثة لأجنبي حصته الشائعة في عقار معين فان اخذ باقي الورثة لهذه الحصة من الأجنبي يكون عن طريق حق الاسترداد).

ليصدر المنطوق كالآتي :

(و بالتالي فان مجلس تلمسان لما صرح بان حق بان حق الاسترداد هو غير مقبول و صرح بان كان من المفروض على المدعين في الطعن أن يلتمسوا إجراءات الشفعة قد خرق المادة 721 من القانون مما يتعين إبطال و نقض القرار المطعون فيه . (سايس، 1998، صفحة 176).

المطلب الثاني : شروط حق الاسترداد :

يجب أن تتوافر أربعة شروط لاستعمال حق الاسترداد ، و تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

الفرع الأول : أن يتم البيع من طرف احد الشركاء في الشيوع

تطبيقا لنص المادة 721 من القانون المدني السالف ذكرها ، فان حق الاسترداد ، لا يكون إلا في حالة البيع ، دون باقي التصرفات الأخرى، سواء كانت تبرعية أو بعوض ، فلا يجوز الاسترداد في هبة الحصة الشائعة و لا في الوصية او المقايضة ،

و هذا على عكس القانون الفرنسي ، الذي جعل حق الاسترداد في كل عقود المعاوضة.
(زكي، 1978، صفحة 137)

و يرى الفقه انه يجب أن يكون البيع حقيقيا و ليس سوريا ، فقد يكون العقد في ظاهره بيعا إلا أن أطرافه يضمرون تصرفا آخر فقاموا بإبرام هذا البيع بصفة سورية ، و يجب أن تكون هذه السورية مطلقة ، فذا كان عقد البيع سوريا جاز للشركاء على اعتبار أنهم من الغير التمسك بصورية العقد بكل طرق الإثبات لمنع دخول الأجنبي معهم ، كما يشترط في عقد البيع أن يكون صحيحا من الناحية القانونية غير باطل ، لأنه لو كان باطلا بطلانا مطلقا جاز لأي احد من الشركاء التمسك بالبطلان مما يحول من إتمام البيع ولا يتم معه الاسترداد. (زهران، 2007، صفحة 312)

و يشترط في حق الاسترداد كذلك ، أن يكون البيع رضائيا ، فيجب أن يتم عقد البيع بالمساومة الحرة بين طرفيه ، فلا يجوز الأخذ بالاسترداد في حالة البيع الجبري بالمزاد العلني لأنه كان ممكنا للشركاء العلم بالبيع و كان لهم حق الدخول في المزاد و المشاركة فيه و شراء الحصة الشائعة ، و لا يجوز للشركاء كذلك التمسك بحق الاسترداد أثناء إجراءات البيع بالمزاد العلني ذلك أن الإعلان عن البيع بالمزاد العلني لا يعتبر عرضا ملزما للشريك بالبيع و إنما هو دعوة للتعاقد فقط ، و قد نصت المادة 721 من القانون المدني على " للشريك المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول ، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ، و يتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري ، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه." (زهران، 2007، صفحة 312).

و لا يجوز في كل الأحوال للشركاء في الشيوع أن يتمسكوا بحق الاسترداد قبل إتمام عقد البيع ، فلا يمكنهم ممارسة الاسترداد و الحل محل من وجه إليه الإيجاب فقط بشراء الحصة الشائعة في العقار و لو كان بإيجاب ملزم ما لم يتم القبول .

الفرع الثاني: إن يكون البيع واردا على حصة شائعة في عقار

إن من الشروط التي نصت عليها المادة 721 من القانون المدني، لاستعمال حق الاسترداد ، أن يتم البيع من طرف احد الشركاء في الشيوع لحصته الشائعة ، كلها أو بعضها لشخص أجنبي ، بحيث لا مجال لمباشرة حق الاسترداد إذا ما باع الشريك جزء مفرز يعادل حصته الشائعة ، فالمشتري لا يكون شريكا لمجرد الشراء، و إنما يبقى حقه موقوفا على نتيجة القسمة ، فإما أن يكون الجزء المباع له هو الجزء الذي وقع في حق الشريك البائع و تثبت حصته آنذاك ، و إما تنتقل حصته إلى حصة أخرى

إذا لم تقع بعد القسمة الحصة المباعة له في حق الشريك البائع ، و هنا لا يمكن ممارسة حق الاسترداد ضد هذا المشتري الأجنبي لانعدام الحكمة من الاسترداد و هي منع دخول الأجنبي مع الشركاء . (عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، 2020، صفحة 151) .

الفرع الثالث : أن يكون البيع لأجنبي عن الشركاء

يجب كشرط ثالث لقيام حق الاسترداد أن يتم بيع الحصة المشاعة لشخص أجنبي من غير الشركاء في الشيوخ حتى تحصل الفائدة من الاسترداد ، و هي الحيلولة دون دخول الأجنبي عن الشركاء فيما يجمعهم من شيوخ ما قد يترتب على ذلك من عرقلة للانتفاع بالعقار الشائع ، و لذلك فان بيع الحصة الشائعة لأحد الشركاء لا يجعل مصلحة الشركاء في الاسترداد قائمة لعدم الإضرار بهم .

كما يجب على باقي الشركاء استرداد كل الحصة المباعة ، و لا يكفي استرداد نسبة ما يملكون فقط حتى لا يبقى المشتري الأجنبي شريكا و تنتفي مع ذلك الفائدة من الاسترداد ، كما يكون للشركاء الحق في ممارسة حق الاسترداد ضد شخص أجنبي و لا يمارسونها ضد آخر . (النشار ، 2000، الصفحات 147-148)

الفرع الرابع : أن يكون المسترد هو احد الشركاء في الشيوخ

لا يقوم حق الاسترداد إلا للشريك في الشيوخ ، و لا يفرق في ذلك بين الشريك الأصلي و الشريك الجديد في الشيوخ الذي آلت إليه الحصة الشائعة بعد أي تصرف من التصرفات ، و سواء كان شريكا أصليا أو عارضا كما لو كان خلفا عاما أو لأحد الشركاء أو خلفا خاصا ، كما لو كان المتصرف إليه من أغلبية الشركاء أو من احد الشركاء و لم يباشر الشركاء اتجاهاه حق الاسترداد . (زهران، 2007، صفحة 313)

و تطبيقا لأحكام المادة 721 من القانون المدني الجزائري ، فإذا تعدد الشركاء في الشيوخ المستردون ، يكون لهم إن يستردوا حسب نسبة حصتهم في الشيوخ . (عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، 2020، الصفحات 152-153).

المبحث الثاني : إجراءات حق الاسترداد و منازعاته

نتطرق في هذا المبحث إلى إجراءات ممارسة حق الاسترداد في المطلب الأول و نخصص المطلب الثاني لمنازعات حق الاسترداد .

المطلب الأول : إجراءات ممارسة حق الاسترداد

نظم المشرع الجزائري حق الاسترداد كله بموجب المادة 721 من القانون المدني ، و بالرجوع إلى نص هذه المادة فإنها لم تضع إجراءات مفصلة لتنظيم حق الاسترداد كما فعل المشرع مع إجراءات ممارسة حق الشفعة التي نظمها تنظيما مفصلا ، و على ضوء تلك المادة نتطرق إلى إجراءات ممارسة حق الاسترداد وفق ما يلي :

الفرع الأول : ميعاد ممارسة حق الاسترداد

يجب أن يكون طلب حق الاسترداد في الفترة التي يكون فيها العقار شائعا أي قبل وقوع عملية القسمة ، ولم يحدد القانون للطرفي عقد البيع مدة محددة لإعلان البيع للشركاء و لم تحدد شروط لذلك ، و في المقابل يكون للشريك في الشيوخ المطالبة بحق الاسترداد خلال ثلاثين يوما تحتسب من تاريخ علمه بالبيع، أو من تاريخ إعلامه بالبيع من طرف الشريك البائع أو من قبل المشتري الأجنبي ، و يتم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات باعتبار الإعلام واقعة مادية تثبت بكل طرق الإثبات . (زهران، 2007، صفحة 314)

ولم تشترط المادة 721 من القانون المدني الجزائري كيفية و طريقة الإعلام ، فيكون بذلك للشريك البائع أو المشتري الأجنبي إعلام باقي الشركاء بالبيع بأي طريقة كانت ، و لم يستلزم المشرع من خلال المادة 721 المذكورة الرسمية في الإعلام ، على عكس ما هو مطلوب في حق الشفعة ، و يمكن أن يكون الإعلام شفهيًا أو مكتوبًا ، على أن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع أو المشتري . (السنهوري، 2011، الصفحات 858-859).

و لا يعتبر الإعلام إجراء ضروريا لقيام حق الاسترداد ، ذلك أن علم الشريك في الشيوخ بعملية البيع و ثبوت هذا العلم كاف للمطالبة بحق الاسترداد حتى و لو لم يتم الإعلام ، و يكون ذلك خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ العلم ، و يقع عبء إثبات علم الشريك بالبيع على البائع و المشتري ، و ذلك وفق إتباعه كل طرق الإثبات كون أن مسألة العلم هي واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات ، و بانقضاء مدة ثلاثين يوما المحددة قانونا يسقط حق الاسترداد و يصبح بذلك البيع الأول بات و نافذا . (عرفة، 2006، صفحة 68) (النشار، 2000، صفحة 151)

و يجب أن يكون الإعلان بالبيع متضمنا بيانا بالمبيع و كل شروط البيع و الثمن و ملحقاته و كيفية دفعه ليتمكن الشركاء من تحديد موقفهم من الاسترداد ، و يقصد بالعلم العلم الحقيقي بكل شروط الصفقة و ليس العلم الظني . (زهران، 2007، صفحة 314)

و قد جعل المشرع الجزائري ميعاد مباشرة حق الاسترداد من قبل الشركاء بمدة قصيرة حتى لا يبقى مصير المتصرف إليه معلقا طويلا ، و يترتب على تفويت هذه المدة سقوط الحق التمسك برخصة الاسترداد.

الفرع الثاني : تبليغ التصريح بحق الاسترداد

إن الشريك في الشيوخ ملزم بإعلان رغبته في حق الاسترداد بموجب تصريح طبقا للمادة 721 من القانون المدني ، و لم يحدد المشرع الجزائري إجراءات و كيفية هذا التصريح ، كما انه لم يستلزم فيه الرسمية ، فيستوي أن يكون مكتوبا أو شفاهة .

و يجب تبليغ هذا التصريح إلى كل من البائع و المشتري الأجنبي ، و يكون ذلك خلال الميعاد المحدد الذي ذكرناه في الفرع الأول ، كما أن طريقة التبليغ لم تحدد قانونا ، فلذلك قد تكون عن طريق التبليغ الرسمي بموجب محضر قضائي وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. (القانون رقم 08-09، 2008) ، كما يمكن تبليغه عن طريق البريد برسالة مضمنة الوصول أو بكل وسيلة أخرى تؤدي إلى علم طرفي العقد ، على أن يكون عبء إثبات التبليغ على عاتق الشريك طالب الاسترداد. (عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، 2020، صفحة 154).

و يجب على الشريك طالب الاسترداد أن يحدد العرض الذي يقدمه و ذلك في التصريح بالاسترداد ، بحيث انه يثبت فيه استعداده لدفع الثمن و المصروفات ، إلا أن القانون المدني الجزائري لم يشترط على الشريك طالب الاسترداد تحديد الثمن و لا قيمة المصاريف على عكس ما هو مفصل في طلب حق الشفعة .

و في الأخير، إذا ما تم التمسك بحق الاسترداد و تم إعلان التصريح بالاسترداد وفق الإجراءات المحددة أعلاه و في الأجل القانونية المذكورة ، يتم تسليم ثمن المبيع و المصروفات إلى المشتري الأجنبي، و يتسلم مقابل ذلك الشريك في الشيوخ الحصة المستردة . (السنهوري، 2011، صفحة 860)

ولم يشترط المشرع الجزائري في مباشرة حق الاسترداد غير الإعلان عن الرغبة في حلول الشريك محل المشتري في عقد البيع و ذلك في جميع الحقوق و الالتزامات ، و استعداده لتعويض المشتري ، و لا يوجد أي التزام على الشريك كما هو الحال في حق الشفعة بإيداع الثمن و تقديم عرض حقيقي . (زهران، 2007، صفحة 315)

المطلب الثاني : منازعات حق الاسترداد

لا يمنع اتخاذ الإجراءات المذكورة في المطلب الأول من حصول خلافات و منازعات بمناسبة استعمال حق الاسترداد و هذا ما نتطرق إليه في هذا المطلب .

الفرع الأول : القواعد العامة في ممارسة حق الاسترداد و منازعاته

لم يقرر المشرع دعوى قضائية خاصة بحق الاسترداد ، بل نص على أن حق الاسترداد يتم بمجرد إعلان الرغبة في الاسترداد ، بحيث يحل المسترد محل المشتري مباشرة بعد إتباعه للإجراءات التي تطرقنا إليها في المطلب الأول.

فإذا رغب الشريك الشيوع استرداد الحصة المشاعة أعلن رغبته في ذلك، و يتم الاسترداد بقوة القانون دون الحاجة لرفع دعوى قضائية ، ذلك أن ميعاد إعلان الرغبة في الاسترداد المحدد بثلاثين يوما ليس ميعاد رفع الدعوى و إنما ميعاد بانتهائه يحل المسترد محل المشتري بقوة القانون. (عبد ملحم، العدد التاسع عشر ، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العراق ، صفحة 11)

يحل المسترد بعد إعلان الرغبة محل المشتري في كل حقوقه و التزاماته كما هو مقرر في حق الشفعة و بالمقابل يقوم الشريك المسترد بدفع الثمن و المصروفات .

و لذلك فانه لا يجب على الشريك المسترد رفع دعوى قضائية ضد المشتري يطلب فيها باسترداد الحصة الشائعة من العقار المباعة لوقوع الاسترداد بقوة القانون ، و لذلك فعند عدم اتفاق الشريك المسترد و المشتري على تسليم الحصة المطالب باستردادها ، فان حدث و أن امتنع المشتري من تمكين الشريك المسترد من حصته المستردة قانونا كان للشريك رفع دعوى قضائية وفقا للإجراءات العامة لرفع الدعاوى و ذلك لا لتقرير حق الاسترداد ، و إنما لإلزام المشتري بإرجاع الحصة المستردة قانونا عن طريق القضاء ، فيكون الحكم آنذاك ليس منشأ لحق الاسترداد و إنما يقضي بحماية حق المسترد في حقه في الاسترداد .

كما انه قد تحصل منازعات بين المسترد و المشتري حول الثمن و المصاريف ، و هنا يجوز لأي طرف منهما رفع دعوى قضائية كذلك وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها قانونا ، و يكون للمحكمة سلطة الفصل في الالتزامات الخاصة بين الطرفين ، إما بإلزام المسترد بدفع الثمن و المصاريف إذا رفعت الدعوى من قبل المشتري و كانت مؤسسة و مبررة ، و إما أن تلزم المحكمة البائع أو المشتري بتسليم الحصة المشاعة للشريك طالب الاسترداد ، لثبوت حق الاسترداد بتوفر كل شروطه و كانت الدعوى مؤسسة إذا رفعت الدعوى من قبل الشريك طالب الاسترداد . (السنهوري، 2011، صفحة 861) (النشار، 2000، الصفحات 152-153).

و تبعا لذلك فان حق الاسترداد يتحقق بمجرد إعلان الرغبة في الاسترداد و لا يحتاج لرفع أي دعوى و هذا ما جعل المشرع لا ينص على دعوى الاسترداد و لم يحدد لها إجراءات خاصة كما فعل مع دعوى الشفعة التي حدد لها جملة من الإجراءات و المواعيد . (السنهوري، 2011، صفحة 861).

الفرع الثاني : منازعات حق الاسترداد بين الشريك المسترد و المشتري

يحل الشريك المسترد محل المشتري الأجنبي في جميع الحقوق و الالتزامات ، حسب نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري ، و على هذا الأساس فان حله يكون بأثر رجعي من تاريخ البيع و ليس من تاريخ الاسترداد ، ليصبح الشريك المسترد هو المشتري مباشرة من الشريك البائع ، و إذا ما وقع أي خلاف بين الأطراف يمكن لأي طرف منهم رفع دعوى قضائية وفقا للقواعد العامة.

و يترتب على هذه العلاقة بين الطرفين أن يلتزم المسترد بدفع الثمن للبائع ، و إذا كان ثمن الحصة الشائعة مؤجلا أو مقسطا فان الشريك المسترد يستفيد من هذا الحق ، على عكس ما هو موجود في حق الشفعة ، أين لا يستفيد الشفيع بما كان للمشتري من حقوق ، كما يلتزم المسترد بان يدفع للمشتري ما تحمله من نفقات و مصاريف و مختلف الرسوم و بمقابل ذلك فان المشتري يلتزم برد الثمار التي حصلها في الحصة الشائعة ، من تاريخ البيع إلى يوم الاسترداد إلى الشريك المسترد (النشر، 2000، صفحة 161) (عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، 2020، صفحة 158) .

و لكل طرف منهما الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة النزاع ، و ذلك برفع دعوى قضائية وفقا للقواعد العامة من اجل تقرير حقه ، فالمشتري له الحق في رفع دعوى ضد المسترد من اجل إلزامه بدفع النفقات و المصاريف و ما تحمله من رسوم ، و للمسترد رفع دعوى قضائية من اجل إلزام المشتري برد الثمار من تاريخ البيع.

و يعتبر أي تصرف قام به المشتري في الحصة الشائعة كان لم يكن ، و لا يحتج به ضد الشريك المسترد ، فإذا كان قد رهنها أو رتب عليها حق آخر ، ذلك أن حق الاسترداد يظهر الحصة المشاعة من كل التصرفات و ترجع الحصة المباعة خالصة إلى الشريك المسترد ، كما أن المشتري لا يلتزم بضمان الاستحقاق إذا استحققت الحصة الشائعة . (السنهوري، 2011، صفحة 864).

الفرع الثالث : منازعات حق الاسترداد بين الشريك المسترد و البائع

إن حلول الشريك المسترد محل المشتري طبقا لأحكام المادة 721 من القانون المدني السابق ذكرها يجعله ملزما بتحمل كل الالتزامات اتجاه البائع ، و يترتب عن

ذلك انه إذا لم يكن قد سدد المشتري ثمن الحصة المباعة فان الشريك يتحمل ذلك و يدفع ثمنها و يوفي مكان المشتري ، و له أن يستفيد من حقوق المشتري كما ذكرنا سابقا ، و إذا ثبت أن ثمن الحصة المباعة كان غير الثمن الحقيقي و كان مبالغاً فيه ، كان للمسترد أن يمتنع عن تسديد ذلك الثمن و يطالب بدفع الثمن الحقيقي ، و هنا تثور المنازعة القضائية بحيث يكون على المسترد إثبات صورية الثمن أمام القضاء برفع دعوى قضائية وفقاً للقواعد العامة ليثبت العلاقة الصورية بين المشتري و البائع الشريك و له أن يستند إلى كل طرق الإثبات و تفصل المحكمة في مدى صورية الثمن من عدمه و يكون الطرفان ملزمين بما صدر من حكم قضائي .

و يلتزم البائع في هذه العلاقة ، بنقل ملكية الحصة الشائعة المباعة إلى المسترد ، و تجب التفرقة في هذه العلاقة بينما إذا كانت الحصة الشائعة المستردة منقولة ، أين يتم الاسترداد مباشرة من يوم انعقاد العقد بأثر رجعي ، و هذا لا يهملنا في هذه الدراسة ، أما إذا ما كانت الحصة المستردة عقاراً ، و هذا ما تطرقنا إليه في هذه الدراسة ، فان الأثر الرجعي لا يسري عليها لان الملكية في العقار لا تنتقل في القانون الجزائري بمجرد التعاقد و إنما تنتقل بالشهر ، و على هذا الأساس فان كان المشتري ، لم يقم بعد بإجراءات الشهر بالمحافظة العقارية ، فان الملكية تنتقل إلى الشريك المسترد من تاريخ الشهر بعد الاسترداد ، أما إذا ما كان الشهر قد تم قبل الاسترداد ، فان هذا الاسترداد لا بد أن يؤثر به في المحافظة العقارية ، و يكون الأثر الرجعي قد تم على هذا الوجه . (النشر، 2000، صفحة 163) (عقوني، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، 2020، صفحة 153).

و من المنازعات التي قد تثور في هذه العلاقة ، حالة امتناع البائع عن نقل الحصة المباعة للمسترد ، فيكون لهذا الأخير الحق في رفع دعوى أمام القضاء من أجل إلزامه بنقلها له وفق للقواعد العامة لرفع الدعاوى ، كما انه قد يمتنع المحافظ العقاري عن شهر عقد بيع الحصة المسترجعة إذا لم يكن قد تم شهرها من طرف المشتري ، فيكون للمسترد كذلك الحق في رفع دعوى أمام القضاء الإداري من أجل إلزام المحافظ العقاري بشهر عقد البيع وفقاً لإجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية .

الفرع الرابع : منازعات حق الاسترداد بين البائع و المشتري

بعد قيام واقعة الحلول كما ذكرنا في حق الاسترداد ، يحل بذلك الشريك المسترد محل المشتري الأجنبي و تزول بذلك العلاقة بين المشتري الأجنبي و البائع ، و يكون زوال تلك العلاقة بأثر رجعي، بحيث تعتبر كان لم تكن قائمة من قبل ، و بناء على ذلك فان كل الحقوق التي كانت على عاتق المشتري اتجاه البائع تزول ، كما تزول

كذلك كل التزامات المشتري اتجاه البائع ، و التي تؤول إلى الشريك المسترد ، و عليه فإذا قامت أي منازعة قضائية بين الطرفين فانه لا يجوز للمشتري مطالبة البائع بنقل الملكية و لا ضمان الاستحقاق ، فلا يجوز للبائع أن يطالب المشتري بثمن المبيع . (السنهوري، 2011، صفحة 783).

خاتمة :

يستخلص مما سبق ذكره في هذه الدراسة ، أن المشرع الجزائري عند تنظيمه لحق الاسترداد، سائر في ذلك الكثير من التشريعات العربية التي أخذت هذا الحق من التشريع الفرنسي ، و قد حدد له مادة قانونية واحدة في القانون المدني ، كما انه لم يحدد إجراءات مفصلة و واضحة لهذا الحق مقارنة مع تنظيمه لحق الشفعة ، و لم يحدد المشرع الجزائري كذلك نطاق حق الاسترداد إن كان يجوز استعماله في حالة بيع المنقول فقط كما فعل التشريع العراقي أو المنقول و العقار على حد سواء ، او في حالة بيع مجموع المال الشائع بما فيه الحصة الشائعة في العقار كما فعل التشريع المصري ، كما أن اجتهادات القضاء في هذا المجال شحيحة أو غير موجودة سوى قرار واحد حسب علمنا قد فصل في مسألة حق الاسترداد كما ذكرنا في هذه الدراسة .

و ما هو ملاحظ كذلك قضاء، عدم وجود أي أحكام قضائية أخرى فصلت في مسألة حق الاسترداد، كون انه من الناحية العملية قليل و نادر الحصول و الاستعمال ، و هذا راجع لجهل الأشخاص به ، و استعمال الشركاء في الشيوع حق الشفعة المعروف لدى العامة لارتباطه بهوية المجتمع الجزائري الذي يعرف هذا الحق من أحكام الشريعة الإسلامية .

التوصيات

و لذلك فإننا نقترح في الأخير من خلال هذه الدراسة ما يلي :

- ضرورة توضيح النص القانوني الخاص بحق الاسترداد و ذلك بجعله إما شاملا للحصة الشائعة في المنقول و الحصة الشائعة في العقار معا أو احدهما فقط.

- ضرورة تحديد كليات و إجراءات حق الاسترداد بصورة مفصلة وفق إجراءات محددة و دقيقة .

- ضرورة تحديد اجل محدد بحدده الأقصى لممارسة حق الاسترداد كما هو مذكور في حق الشفعة بحد أقصى قدره 15 سنة .

- اقتراح تعديل المادة 721 من القانون المدني الجزائري ، و ذلك إما بإضافة مواد قانونية أخرى لتحديد إجراءات واضحة و مفصلة لممارسة حق الاسترداد ، إذا كانت هناك نية حقيقية للمشرع الجزائري في جعل هذا الحق موازي لحق الشفعة.
- اقتراح إلغاء حق الاسترداد فيما يخص الحصة الشائعة في العقار من المادة 721 ، و الاكتفاء بحق الشفعة في استرداد العقار الشائع ، و النص على حق الاسترداد في استرجاع الحصة المنقولة الشائعة فقط كما فعلت بعض التشريعات المقارنة حتى تتضح التفرقة بين الحقين .

قائمة المراجع :

اولا : النصوص القانونية :

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجريدة الرسمية ، عدد 21 لسنة 2008 .

ثانيا : الكتب :

- احمد محمود خليل ، 2007 ، ادارة المال الشائع و التصرف فيه ، ط1 ، الاسكندرية الكتب الجامعي الحديث ، مصر.

- السيد عبد الوهاب عرفة ، 2006 ، القسمة و استعمال و ادارة المال الشائع، دار الفكر و القانون مصر .

- السيد عبد الوهاب عرفة ، 2005 ، الوجيز في استعمال و ادارة المال الشائع و دعوى الفرز و التجنيب (دعوى القسمة)، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، مصر.

- العربي بلحاج ، 2017 ، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري ، دار هومة الطبعة الثانية ، الجزائر.

- انور طلبه ، 2018 ، الملكية الشائعة ، المكتب الجامعي الحديث دار الكتب و الوثائق القومية، الإسكندرية طبعة منقحة ، مصر .
- جمال خليل النشار ، 2000 ، تصرف الشريك في المال الشائع و اثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر .
- عمر حمدي باشا ، ليلي زروقي ، 2006 ، المنازعات العقارية، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر .
- عمر حمدي باشا ، 2000 ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر .
- عبد الرزاق السنهوري ، 2011 ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثامن حق الملكية ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان .
- فايز السيد اللساوي ، اشرف فايز اللساوي ، 2009 ، الملكية الشائعة ، الطبعة الاولى، القاهرة ، مصر .
- محمد عقوني، 2020 ، تصرفات الشريك في العقار الشائع في التشريع الجزائري، دار هومة ،الجزائر .
- محمود جمال الدين زكي ، 1978 ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة القاهرة ، مصر .
- محمود عبد الرحمن محمد، (بدون سنة نشر) استعمال و إدارة المال الشائع، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر .
- همام محمد محمود زهران ، 2007 ، الحقوق العينية الاصلية – حق الملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر .

المقالات :

- تـمـدـراري طاهر –قماري بن ددوش نضرة ، اثر بيع الشريك لحصة شائعة في العقار بين الشفعة و الاسترداد في القانون المدني الجزائري ، مقال بمجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية و الانسانية المجلد 12 العدد 02 القسم " ا " العلوم الاقتصادية و القانونية ، ص ، 347-355 .

- سعد حسين عبد ملحم ، تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع ، مقال بمجلة كلية التراث الجامعة العدد التاسع عشر ، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العراق .
- عقوني محمد ، 2018 ، الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع ، مقال بمجلة الدراسات القانونية و السياسية – العدد 07 جانفي 2018 جامعة عمار ثليجي بالاغواط – الجزائر