

الاسترداد كسب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

الدكتور عقوني محمد

جامعة بسكرة

ملخص:

تعالج هذه الدراسة، حق الاسترداد الذي يثبت للشريك المشتاع في حالة البيع المنصب على عقار الموجود في مجموع من المال.

حيث لم يكتف المشرع بإعطاء حق الشفعة للشريك في الشيوع، في حالة وقوع بيع لحصة شائعة في عقار، بل مكن الشريك أيضاً من حق الاسترداد وفق نص المادة 721 من القانون المدني في الحالات التي لا يستطيع فيها الشريك الحلول محل المشتري عن طريق الشفعة، ولتحقيق نفس الغرض وهو الحلول دون اقتحام الأجنبي نطاق الملكية الشائعة، بهدف التقليل من عدد الشركاء على الشيوع، وهذا وفق اجراءات وشروط خلقت لبساً وغموضاً وإشكالات، نحاول استعراضها وإيجاد الحلول الممكنة لها في هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الاسترداد، كسب، الشريك، الملكية.

Abstract:

This study deals with the right of the common partner to restitute in the case of selling a property located in common money.

The legislator, according to the text of article 721 of the Civil Code. It gave the right of pre-emptive to the partner in common, in case of the sale of a common share in the property; moreover, it enabled him to recover in the cases where the partner is unable to replace the buyer by preemption. And to achieve the same target which is blocking the foreigner from Common property intrusion, in order to reduce the number of partners on the common property, and this under procedures and conditions that led to confusion, ambiguity and problems. This is what we will review in this study with suggesting the possible solutions.

Keywords: Redemption, acquiring, partner, the property .

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

مقدمة:

الأصل في التصرف حرية الشخص في البيع لمن يشاء وأن يشتري ممن شاء، دون أن يعترض طريقه أي شخص، وبما أن لكل قاعدة استثناء، هناك قيود ترد على هذه الحرية، من أهمها حق الاسترداد الذي يثبت عند تصرف الشريك المشتاع في المجموع من المال الذي يحتوى على عقار، بحيث يُحوّل للمالك على الشيوع مع المتصرف امتلاك العقار المبيع جبراً عن مشتره بما قام من الثمن والمصاريف، طبقاً لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 721 من القانون المدني.¹

فإذا كان المشرع قد مكن المالك على الشيوع التصرف في حصته بكل حرية من غير أن يلحق ضرراً بشركائه، فقد منح في مقابل ذلك لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة وحق الاسترداد، بانتزاع ما تصرف فيه بعوض من يد المتصرف إليه، وعليه فإن حق الاسترداد يجعل المشتري مرغماً على التخلي عن عقار كان قد اشتراه، كما يجعل البائع طرفاً في عقد مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداءً.

ومن المهم الإشارة إلى أن أغلب البحوث والدراسات تهتم بحق الشفعة في الملكية الشائعة، مقارنة بحق الاسترداد، رغم ماله من أهمية، بحيث يعتبر سبباً من أسباب كسب ملكية العقار، الذي يعتبر أساس الاستثمار وعصب الاقتصاد.

كما يعتبر حق الاسترداد وقاية من التعسف في البيع الذي قد يُضر بالشركاء، بالإضافة إلى أنه وسيلة للتقليل من عدد الشركاء من خلال إعطاء الأولوية للشريك بهدف حصر نطاق الاختلاف بينهم عند الانتفاع بالمال الشائع.

وبناء على ما سبق نحاول الإجابة في بحثنا عن تساؤل مهم يمثل إشكالية الدراسة، نصيغها كما يلي: ماهي

أحكام حق الاسترداد الذي يثبت للشريك في الشيوع، وكيف نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني؟

ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية والامام بهذه الدراسة، نتطرق إلى مفهوم الاسترداد في المحور الأول، ثم

شروط ثبوته في المحور الثاني، وفي الأخير ننظر في الإجراءات المتبعة في حق الاسترداد.

¹ - الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

المحور الأول: مفهوم حق الاسترداد.

نتناول في هذا المحور التعريف بحق الاسترداد ومصدره، ثم نتطرق إلى التكييف القانوني لحق الاسترداد قبل أن ننظر في نقاط تمييزه عن الشفعة.

أولاً: التعريف بحق الاسترداد

عُرِفَ حق الاسترداد في التشريع الفرنسي في القرن السادس عشر، حيث جاء فيه أنواع كثيرة بلغت خمسة وعشرين نوعاً، ولم يبق منها منذ صدور قانون سنة 1804 سوى أربعة وهي: بيع الوفاء استرداد الحقوق المتنازع فيها، استرداد الوارث للحصة الشائعة التي يبيعها أحد الورثة لأجنبي عن التركة، وهو ما جاء في نص المادة 841 من القانون المدني الفرنسي، واسترداد الزوجة للحصة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه، وهو ما جاء في نص المادة 1408 من القانون المدني الفرنسي، واسترداد البائع يبعاً وفائياً لما يبيعه نظير رد الثمن والمصاريف.¹ أما في القانون الجزائري، فإن أنواع الاسترداد جاءت فيه متمثلة في الشفعة، واسترداد الحقوق المتنازل فيها، واسترداد المبيع يبعاً وفائياً، واسترداد الحصة الشائعة المقرر بنص المادة 721 من القانون المدني، وهو موضوع بحثنا، حيث نصت المادة على ما يلي: " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي...".

فالمقصود بحق استرداد الحصة الشائعة حسب ما جاء به المشرع، هو حق منحه القانون للشريك بمقتضاه يحل محل المشتري للحصة الشائعة المباعة، وذلك لمنع دخوله بين الشركاء في الشيوع محافظة على أسرار الشركة، بحيث يثبت في المنقول الشائع، ويكون أيضاً في حالة بيع الحصة الشائعة في المجموع من المال ولو اشتمل على عقار.² الاسترداد على وجه العموم، هو أن يحل شخص محل آخر فيما اشتراه مقابل دفع الثمن ومصاريف البيع³، وحق الاسترداد، إما أن يكون مقرراً باتفاق المتعاقدين، أو بنص من نصوص القانون.

ثانياً: مرجعية الأخذ بحق استرداد الحصة الشائعة

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

¹ - أحمد بك لطفلي، " استرداد الشيوع"، <http://www.arblaws.com>، تم التحميل بتاريخ: (2017/09/15).

² - جمال خليل النشار، " تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء " دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000، ص 122.

³ - جمال خليل النشار، نفس المرجع، ص 122

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

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

ويبرر أصحاب هذا الرأي إلى ما ذهبوا إليه بقولهم أن ما جاء في استرداد الحصة الشائعة لا يظهر أن المشرع قصد منها حكمة تخالف ما رآه المشرع الفرنسي، ولو أنه ييسر حكمها فجعلها تشمل الشركات والتركات، ولو قيل عكس ذلك لتعارضت مع حق الشفعة المقرر للشريك في العقار.¹

كما اتفقت كلمة الفقه الفرنسي على أن أصل حق الاسترداد يرجع إلى منشأ فرنسي صميم، ابتكره قضاء البرلمانات الفرنسية القديمة، لتحول الحق في استرداد الحقوق المتنازع فيها.²

2-الاتجاه الثاني: يرى أن حق الاسترداد في الحصة الشائعة ليس منقولا عن القانون الفرنسي ولا يوجد دليل على ذلك، كما يرى أن حق الاسترداد إنما أدخل على القانون الفرنسي لأنه لا يوجد فيه حق عام كحق الشفعة، الذي ينطبق في حالة الاشتراك على الشيوع في الملك من غير بيان سببه، فلا محل إذن للقول بوجود حق منفصل ليستعمله الشركاء على الشيوع في مثل الأحوال التي يستعمل فيها حق الاسترداد الوراثي في فرنسا، والمادة نقلت من القانون الفرنسي، ولكن على سبيل الاطراد، أي من غير أن يقصد منها الغرض الذي وضعت له في فرنسا. حيث أن المشرع الجزائري قد بدّل في تركيب المادة 841 من القانون الفرنسي، بما يدل على أنه أراد تغيير حكمها لجعلها تشمل كل أنواع الشيوع، ولذا أطلق لفظ "الحصة الشائعة" بعكس ما جاء به المشرع الفرنسي، حيث قيدها بأن تكون شائعة في الميراث.³

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

ويبدو أن الرأي الراجح بعدما عرضنا مختلف ما ذهب إليه الفقه، هو ما جاءت به محكمة الاستئناف الأهلية المصرية، بأن حق الاسترداد للحصة الشائعة مأخوذ مما جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة 841، التي أبحاث

¹ - أحمد بك لطفي، المرجع السابق.

² - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 124.

³ - أحمد بك لطفي، المرجع السابق.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

للورثة أن يأخذوا بطريق الاسترداد الحصة الشائعة أو بعضها، والتي يتنازل عنها أحدهم في التركة بلا تعيين لأجنبي، من أجل الحلول دون دخول الأجنبي كشريك، وبذلك عدم نفوذه إلى أسرار العائلات¹. ومعلوم أن الشفعة غير موجودة في القانون الفرنسي، لهذا اضطر المشرع أن ينص على المادة 841 للحكمة السالفة الذكر، فأخذها المشرع الجزائري بعد أن أطلقها من قيدها ووسع من نطاق حكمها في الشركة كما في التركة. فالمشرع أراد قاعدة جديدة لها حكمة تختلف عن تلك التي وضعت القاعدة المقابلة لها في القانون الفرنسي.

ثالثا: التكييف القانوني لحق الاسترداد

ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف الاسترداد على أنه إعادة بيع من المشتري إلى المسترد، حيث أن البائع باع حصته الشائعة إلى المشتري، والذي بدوره يبيعها إلى المسترد، غير أن هذا القول يتعارض مع ما ذهب إليه أغلب الفقه الفرنسي، كما يتعارض مع ما جاء في المادة 721 من القانون المدني الجزائري، التي تنص صراحة على ما يلي: "... ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته...".

وبناء على ما جاء به المشرع في نص المادة، فإن الاسترداد هو إحلال المسترد محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع، ويصبح هو المشتري مباشرة من البائع، له جميع حقوق المشتري وعليه جميع التزاماته، ويكون ذلك الحلول بأثر رجعي، ويختفي بذلك شخص المشتري ولا يبقى إلا البائع والمسترد، حيث يعتبر وكأن البائع قد باع حصته الشائعة منذ البداية إلى المسترد². وهذا التكييف الأقرب إلى الصواب والذي يستشف من نص المادة 721 المذكورة أعلاه.

رابعا: تمييز حق الاسترداد عن حق الشفعة.

يعتبر القانون الفرنسي هو مصدر حق الاسترداد في حين نجد الشريعة الإسلامية هي مرجع حق الشفعة، كما نجد أن محل هذا الأخير يثبت في بيع الحصة شائعة أو المفزرة في الملك التام لعقار أو المنفعة³، أما محل حق الاسترداد فهو بيع حصة شائعة في منقول، أو في مجموع من المال المنقول أو العقار، ولا يجوز في حق الانتفاع. وينحصر حق الاسترداد في الشريك في الشيوع فقط، بخلاف ذلك في حق الشفعة الذي يكون للشريك في الشيوع ومالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع⁴.

¹ - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 125، 126.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، الجزء الثامن، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 779.

³ - أنظر نص المادة 795، من القانون المدني الجزائري.

⁴ - أنظر نص المادة 795، من القانون المدني الجزائري.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

ويكمن الفرق بين الحقيين في الإجراءات المتبعة كذلك، حيث أن حق الاسترداد لا يشترط إيداع الثمن خزينة المحكمة، عكس ما هو معمول به في حق الشفعة¹، أما بالنسبة للآثار المترتبة عن الحق، يستفيد المسترد من الأجل والتقسيم في دفع الثمن بخلاف الشفيع الذي يُلزم التعجيل به. وفي الأخير يكون الحكم الصادر في الاسترداد حكماً له أثر رجعي، لأنه حكم مقرر، بخلاف ذلك في الحكم الصادر في حق الشفعة، لأنه حكم منشأ².

المحور الثاني: شروط ثبوت حق الاسترداد.

لاستعمال هذا الحق يجب توافر أربعة شروط، تتمثل في صدور بيع من طرف أحد الشركاء إلى أجنبي عن الملكية الشائعة، ويكون البيع وارداً على حصة شائعة في مجموع من المال يحتوي على عقار، وأخيراً أن يكون المسترد هو أحد الشركاء، وسوف نذكر هذه الشروط بأكثر تفصيل في ما هو آت من الدراسة.

أولاً: تصرف أحد الشركاء بالبيع: حق الاسترداد لا يكون إلا في البيع الصادر من أحد الشركاء في الشيوخ، ولا يجوز في التصرفات الأخرى، كالتبرع والمعاوضة³. وهذا الحكم له ما يبرره عندما يكون التصرف بالتبرع، لأنه يقوم على اعتبارات شخصية، إضافة لانعدام العوض الذي يتعين على المسترد دفعه للمتصرف إليه⁴.

ويقدر المشرع الجزائري أن الاسترداد لا يكون إلا إذا كان التصرف محل عقد بيع، ويشترط في البيع أن يكون بطريق الممارسة، فلا يجوز الأخذ بحق الاسترداد في البيع بالمزاد، لأن الحكمة في تحويل هذا الحق للشركاء هي الحلول دون دخول الأجنبي في الملكية الشائعة، وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها في حالة البيع بالمزاد، حيث تتيح للشركاء فرصة دخول البيع بالمزاد، وشراء الحصة المعروضة للبيع، ومنع الأجنبي من الحلول كشريك في الشيوخ معهم⁵، وعليه فتخلفهم عن ذلك يعتبر رضاً ضمناً منهم بأن يكون الأجنبي شريكاً معهم.

¹ - أنظر الفقرة الثانية، من نص المادة 801، من القانون المدني الجزائري.

² - أنظر نص المادة 803، من القانون المدني الجزائري.

³ - أحمد عبد العال أبو قرين، "حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع"، الطبعة الأولى دار الثقافة الجامعية، مصر، 1999، ص 180.

⁴ - محمود جمال الدين زكي، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 136، 137.

⁵ - حسن كيرة، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 190.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

ثانيا: ورود البيع على حصة شائعة في مجموع من المال يحتوي على عقار

حتى تتضح الحالة التي يستعمل فيها حق الاسترداد متى كان التصرف واردا على عقار، نبين أن الاسترداد لا يكون إلا إذا باع أحد الشركاء نصيبه في مجموع من المال الموجود على الشيوع، والذي يحتوي على عقار، أما إذا كان هذا العقار غير موجود في مجموع من المال، وإنما الشريك باع حصة شائعة في عقار معين، فإنه لا يجوز الاسترداد، حتى ولو كان هذا العقار هو كل ما تركه المورث.¹ وفي هذه الحالة هناك وسيلة ثانية لحلول الشريك محل المشتري، وهو الأخذ بطريق الشفعة.

غير أن القضاء الجزائري ذهب إلى غير ذلك، وأعطى للملاك على الشيوع عند التصرف في حصة شائعة في عقار معين موجود في تركة، الحق في الاسترداد بدّل أن يكون له الحق في الأخذ بالشفعة، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا رقم 179321، المؤرخ في 1998/03/25، والذي قضى: " أن المدعين في الطعن، إذا مارسوا حقهم في الاسترداد الذي يمارس على العقار الشائع يكون محلا لحق الاسترداد، وإذا باع أحد الورثة لأجنبي حصته الشائعة في عقار معين، فإن أخذ باقي الورثة لهذه الحصة من الأجنبي يكون عن طريق حق الاسترداد، وبالتالي فإن المجلس لما صرح بأن حق الاسترداد هو غير مقبول، وصرح بأنه كان من المفروض على المدعين في الطعن، أن يلتمسوا إجراءات الشفعة قد حرق المادة 721 من ق.م، مما يتعين إبطال ونقض القرار المطعون فيه ".²

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

أما محكمة النقض المصرية فذهبت من أجل إنهاء تضارب الأحكام القائم حول نطاق الأخذ بحق الاسترداد في حكمها الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1946، بتقرير قصور الأخذ بحق الاسترداد في المجموع من المال، ولو كان يشتمل على عقارات، دون الحصة الشائعة في عقار معين.³

¹ - توفيق حسن فرج، "الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان (بدون سنة الطباعة)، ص 217.

² - المجلة القضائية، وزارة العدل، الجزائر، السنة 1998، العدد الأول، ص 85، 86.

³ - جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 143.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

فإذا باع أحد الورثة لأجنبي حصة شائعة في عقار معين بالذات، ولو كان هذا العقار داخلا في التركة، بل لو كان هو كل التركة، فإن باقي الورثة إذا أرادوا أخذ المبيع، يكون لهم ذلك عن طريق حق الشفعة، لا عن طريق حق الاسترداد.¹

وعليه عند تصرف الشريك بببيع حصته الشائعة كلها أو بعضها، سواء في مجموع من المال الشائع أو في عقار معين داخل هذا المجموع لأجنبي عن الشيوخ. يحق للشريك أن يستعمل حقه في استرداد الشيء المبيع، أما إذا باع جزءاً مفرزاً، فإن المشتري لا يدخل شريكاً بمجرد شرائه هذا الجزء المفرز، بل يكون التصرف موقوفاً على ما تنتهي إليه القسمة، وفي الأخير فإن المشتري لا يحصل إلا على جزء مفرز من البيع بعد إجراء القسمة، فلا يكون إذا شريكاً في الشيوخ مع سائر الشركاء، وتنتفي هنا الحكمة من تقرير حق الاسترداد وبالتالي لا يجوز استعماله.²

ومن المهم الإشارة أنه لا يهم مصدر الشيوخ، سواء كان الإرث أو الشراكة في غير الإرث، فقد أعطى المشرع الجزائري حق الاسترداد مهما كان مصدر الشيوخ، ولم يحدو إلى ما ذهب إليه القانون الفرنسي في تقصير هذا الحق على الشيوخ الناشئ على الإرث، حيث اعتبر أن طبيعة هذا النوع من الملكية الشائعة تسمح لباقي الشركاء بحق الاسترداد الميراثي.³

ثالثاً: صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء: يشترط أن يكون المتصرف إليه أجنبياً عن الشركاء وهذا لانتهاء حكمة الاسترداد إذا كان المشتري شريكاً آخر يملك معهم قبل الشراء، فلم يستجد على الشركاء أجنبي يتضررون من دخوله بينهم، أما إذا اشترى أجنبي عدة حصص شائعة فإنه يحق للشريك أن يسترد الحصة المبيعة كلها للحلول دون دخول الأجنبي بينهم، فلا يجوز تجزئة حق الاسترداد حتى تتحقق الحكمة من الأخذ به، وهو منع الضرر، الذي يتحقق بدخول الأجنبي كشريك مع بقية الشركاء.⁴

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

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 770.

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 189، 190.

³ - JEAN-LOUIS BERGEL , ET MARC BRUSCHI , ET SYLVIE CIMAMONTI « **Traité de Droit Civil , les Biens** », Editions Delta L .G .D . J , Liban 2000., P 498.

⁴ - محمد كامل مرسي باشا، " شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية "، الجزء الثاني، منشأة المعارف، مصر 2005، ص 148.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

رابعا: يثبت حق الاسترداد لأحد الشركاء: نصت المادة 721 من القانون المدني الجزائري في حالة تعدد الشركاء الطالبيين لحق الاسترداد على ما يلي: "...إذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته"، لأن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول الأجنبي بينهم، ولذلك يثبت لهم الحق في الاسترداد دون غيرهم، وإلا انتفت الحكمة من تقرير هذا الحق، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه أو أن يستردوا نيابة عنه.¹

المحور الثالث: الإجراءات المتبعة لممارسة حق الاسترداد.

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

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

أولاً: ميعاد الاسترداد.

يجب أن يكون طلب الاسترداد قبل القسمة، وخلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك بالبيع أو تاريخ إعلانه بهذا البيع، فإن تعدد الشركاء، لا يسري الميعاد لمن لم يعلن ويجب إعلان كل شريك على حدا، فعلى الشريك البائع أو المشتري أن يبادر إلى إعلان باقي الشركاء بالبيع، ولم يشترط المشرع أن يكون الإعلان رسميا على يد محضر قضائي، كما هو معمول به في الشفعة²، ومن ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، كما يصح أن يكون شفويا، غير أنه يقع عبء الإثبات على الشريك البائع والمتصرف إليه.

وإذا لم يطلب أي من الشركاء الاسترداد خلال الميعاد المخول قانونا، فإنه يسقط الحق فيه ويثبت بيع الحصة الشائعة للأجنبي، الذي يصبح شريكا مع باقي الشركاء خلفا للشريك البائع³.

ثانياً: تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري.

يتم طلب حق الاسترداد من طرف الشريك الذي يريد الحصة الشائعة المتصرف فيها بتصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع، أو من يوم علمه بذلك ليتسنى له أن يسترد الحصة المبيعة. ولم يحدد القانون هنا أيضا شكلا خاصا في التصريح مثل ما هو معمول به في الشفعة، فقد يكون على يد محضر قضائي

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 774، 775.

² - السيد عبد الوهاب عرفة، "القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع"، دار الفكر والقانون، مصر، 2006، ص 71.

³ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 192.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

وهذه الوسيلة أصح، كما يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون بالإعلان شفويا، على أن يكون عبء الإثبات على عاتق الشريك المسترد، وعلى هذا الأخير أن يعرض استعداده في التصريح الذي يتضمن الرغبة في طلب الاسترداد بدفع الثمن الذي عرضه المشتري وكافة المصاريف، ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا، فلا يقوم بإيداع الثمن خزينة المحكمة كما هو الحال في الشفعة.¹

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

ثالثا: دعوى الاسترداد.

رفع الدعوى القضائية من طرف المسترد، لا تكون إلا في حالة امتناع من يجوز الحصة الشائعة، سواء كان البائع أو المشتري من تسليمها إليه، يطالب فيها بثبوت حق الاسترداد والتسليم، كما أنه إذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات، كان للبائع أو المشتري أن يرفع دعوى لإلزام المسترد بالدفع.²

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

فلاسترداد حق معلق على شرط واقف، وهو دفع المسترد الثمن وملحقاته، فإن امتنع على ذلك في الميعاد المحدد الذي تقره المحكمة، يحق لكل من البائع والمشتري برفع دعوى على المسترد، باعتبار أن الاسترداد كأن لم يكن، لتخلف الشرط الواقف، وهذا ما نصت عليه المادة 721 من القانون المدني الجزائري بما يلي: "... ويجل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه."

يرى بعض الفقه " أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى قضائية كما نظمت دعوى الشفعة، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلا بمجرد إعلانه لكل من البائع والمشتري على الوجه الذي قدمناه".³

وبذلك يصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة، ومدينا بالثمن وملحقاته مع مراعاة إجراءات الشهر في المحافظة العقارية لنقل ملكية العقار، وما دام المسترد قد حفظ حقه في الاسترداد بمجرد إعلان رغبته من خلال

¹ - سعيد سعد عبد السلام، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية " ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص 184.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 777.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع والصفحة.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

التصريح في الميعاد المحدد قانونا، يكون له أن يرفع الدعوى به في أي وقت يشاء إلى أن تتم القسمة، وهذا يعود إلى أن ما جاء به المشرع بخصوص الشفعة من إجراءات لا تطبق على حق الاسترداد¹، ويعتبر هذا نقصا في تنظيم المشرع لحق الاسترداد، ليس من شأنه دعم الاستقرار في المعاملات.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة نخلص إلى أن المشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوخ حق الاسترداد إذا باع أحد الشركاء نصيبه في مجموع من المال الموجود على الشيوخ، والذي يحتوي على عقار لأجنبي، حسب الشروط التي أقرها المشرع في نص المادة 721 من القانون المدني الجزائري، والحكمة من ذلك هي ما يؤدي إليه حق الاسترداد من إنهاء، أو الحد من تعدد ملاك العقار، وبالتالي جمع شتات الملكية في يد شخص واحد أو أقل عدد ممكن من الأشخاص.

حيث أن الممارسات العملية، تُظهر أنه كلما تعدد الشركاء كلما ازداد اتساع نطاق الاختلاف، وطففت على الواجبة بواد النزاع، ما يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالعقار الشائع والاستثمار فيه، وهذا ما نلاحظه من خلال القضايا العديدة المطروحة أمام الجهات القضائية المختلفة، وبالإضافة إلى ما ذكرنا يُحول الاسترداد دون دخول شخص غريب بين الشركاء في الشيوخ، على غير رغبة أحدهم الذي قد يتضرر من ذلك.

وقد خالصنا أيضاً إلى أن إعمال حق الاسترداد لا يكون إلا عند التصرف ببيع حصة شائعة في منقول، أو في مجموع من المال المنقول أو العقار، ولا يجوز في حق الانتفاع. بخلاف حق الشفعة الذي يثبت في بيع الحصة شائعة أو المفززة في الملك التام لعقار أو المنفعة.

كما توصلنا إلى أن حق الاسترداد لا يكون إلا إذا باع أحد الشركاء نصيبه في مجموع من المال الموجود على الشيوخ، والذي يحتوي على عقار، أما إذا كان هذا العقار غير موجود في مجموع من المال، وإنما الشريك باع حصة شائعة في عقار معين، فإنه لا يجوز الاسترداد، حتى ولو كان هذا العقار هو كل ما تركه المورث. ويثبت للشريك في هذه الحالة الأخذ بحق الشفعة.

وفي الأخير نذكر أهم التوصيات التي خرجنا بها فيما يلي:

1- كان على المحكمة العليا وفيما يخص نطاق حق الاسترداد، أن تحذو إلى ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية، بتقريرها قصور الأخذ بحق الاسترداد في المجموع من المال ولو كان يشمل على عقارات، دون الحصة الشائعة في عقار معين، وهذا من أجل إنهاء تضارب الأحكام القائم حول نطاق الأخذ بحق الاسترداد، وتداخل استعمال الحقوق في رفع الدعوى.

¹ - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 192، 193.

الاسترداد كسبب من أسباب اكتساب ملكية العقار الشائع

2- على المشرع أن ينص صراحة على تنظيم دعوى الاسترداد وأجال رفع الدعوى، مثل ما فعل في حق الشفعة، لأنه بدون ذلك يكون للمسترد بمجرد إعلان رغبته من خلال التصريح في الميعاد المحدد قانوناً، أن يرفع الدعوى في أي وقت يشاء إلى أن تتم القسمة، وهو ما يهدد استقرار المعاملات.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1- الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975.

ثانياً: المراجع

I – الكتب

- 1- أحمد عبد العال أبو قرين، "حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع"، الطبعة الأولى دار الثقافة الجامعية، مصر، 1999.
- 2- السيد عبد الوهاب عرفة، "القسمة واستعمال وإدارة المال الشائع"، دار الفكر والقانون مصر، 2006.
- 3- توفيق حسن فرج، "الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان (بدون سنة الطباعة).
- 4- جمال خليل النشار، "تصرفات الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء" دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000.
- 5- حسن كبيرة، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، مصر، 1998.
- 6- سعيد سعد عبد السلام، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 7- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية"، الجزء الثامن، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- 8- محمد كامل مرسي باشا، "شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية"، الجزء الثاني، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- 9- محمود جمال الدين زكي، "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية"، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.

II – المجالات القضائية

1- المجلة القضائية، وزارة العدل، الجزائر، السنة 1998، العدد الأول.

III – المواقع الإلكترونية

1- أحمد بك لظفي، "استرداد الشيوع"، <http://www.arblaws.com>، تم التحميل بتاريخ: (2017/09/15).

IV – المراجع باللغة الأجنبية

1- JEAN-LOUIS BERGEL , ET MARC BRUSCHI , ET SYLVIE CIMAMONTI

« **Traité de Droit Civil , les Biens** », Editions Delta L .G .D . J , Liban 2000 .