مجلة التراث

J-ALT

2018/ Vol:8 N°01

Available online at http://www.asjp.cerist.dz

سلطة المحكمة في تقدير الحق في طلب القسمة دراسة تحليلية على ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن.

رحابي عبدالمجيد، طالب دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

الجزائر.

الملخص:

إن للحق في طلب القسمة طبيعة قانونية استثنائية كونه يعد من المبادئ القانونية الثابتة المنصوص عليها في كافة التشريعات والتقنيات المدنية العربية وكذا الاجنبية وبالخصوص اللاتينية والجرمانية، ومرد ذلك إلى تضمنه تطبيقات ونظريات قانونية دقيقة كالدعوى غير المباشرة ونظرية التعسف في استعمال الحق بالاضافة الى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بخصوص تقدير هذا الحق.

لقد لعب الاجتهاد القضائي والبحوث النظرية الفقهية خصوصا في الانظمة المقارنة دورا بارزا في احداث تعديلات على التشريع بهدف التخفيف من حدة هذا المبدأ، كما أن هذا المبدأ قد عرف لجوء مختلف التشريعات لعمليات استلهام واستنباط لحلول دقيقة من أنظمة قانونية مقارنة أخرى بهدف الوصول الى الموازنة بين مبدأ حق الشريك في الشيوع من جهة ومن جهة أخرى بين مصالح باقي الاطراف في الشيوع كدافع ذاتي وبين مصلحة المال الشائع في حد ذاته كدافع إقتصادي لأجل المحافظة على الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية وتفادي تفتيتها.

Résumé :

Le droit au partage a une nature juridique exceptionnelle, car il est considéré parmi les principes légaux constants, prévus dans toutes les législations civiles arabes et également étrangères, notamment latines et germaniques, et pour cause, il contient des pratiques et théories juridiques minutieuses comme l'action oblique et la théorie de l'abus de droit, outre le pouvoir d'appréciation attribué au magistrat relativement de l'appréciation de ce droit.

La jurisprudence et les recherches théoriques des sources de droit (fiq'h), notamment dans les systèmes comparés, ont eu un rôle évident dans la création des amendements concernant la législation, dont l'objectif est d'apaiser l'intensité de ce principe, ce principe a également connu l'avènement de diverses législations aux opérations d'inspiration et de déduction pour des résolutions précises, d'autres systèmes juridiques comparés dont le but est d'atteindre l'équilibre entre le principe du droit du coïndivisaire d'une part, et d'autre part les intérêt des autres parties dans l'indivision comme motivation subjective et l'intérêt du bien indivis (l'indivision) en lui-même, comme motivation économique en vue de préserver l'emploi social de la propriété immobilière afin d'éviter son démembrement.

مقدمة:

نص المشرع الجزائري ضمن المادة 722 [1] من القانون المدني الجزائري على مبدأ الحق في طلب القسمة للخروج من الشيوع، وهذا المبدأ يشكل قاسما مشتركا بين القانون المدني الجزائري وبين جميع التقنيات العربية، بالإضافة إلى القانون المدني الفرنسي الذي كان أول من نص على هذا المبدأ ضمن المادة815 [2] منه في صياغتها الشهيرة عند صدور القانون سنة 1804.

لقد استلهم المشرع نص هاته المادة من القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 1948/07/29 وتقابلها المادة 834 منه وهي متطابقة تماما معها، وقد بقي نص المادتين في التشريعين الجزائري والمصري من دون أي تعديل منذ صدورهما، على عكس المشرع الفرنسي الذي أدخل تعديلات عديدة على نص المادة 815 لأجل التخفيف بصفة عقلانية من مبدأ عدم إجبار أي شخص على البقاء في الشيوع وذلك بالسماح بالتأجيل الإتفاقي أو القضائي للشيوع، على الأقل فيما يتعلق ببعض الأموال كما هو الأمر بالنسبة لأموال العائلة وبعض الإستغلالات ذات الطابع الفلاحي التي تم إدراجها لاحقا ضمن المادة 815 وهذا التطور وصل الى نتائجه ومبتغاه من خلال قانون 1976/12/31 والذي أعطى في ان واحد تنظيم للشيوع وسهل البقاء فيه[3].

لقد اعتبر هذا الحق من الحقوق التي لا تسقط بالتقادم وأنه متعلق بالنظام العام وقد تم تطبيق المبدأ بصرامة من خلال تعليقات الفقهاء وتدخل الاجتهاد القضائي، غير أن الاجتهاد القضائي من خلال الممارسة تدخل لأجل التخفيف من حدة هذا المبدأ، وأعطى لهذا الحق طبيعة قانونية استثنائية بتضمينه تطبيقات ونظريات قانونية دقيقة كالدعوى غير المباشرة، ونظرية التعسف في استعمال الحق بالاضافة الى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بخصوص تقرير هذا الحق.

ان اشكالية ما اذا كان هذا الحق مطلق أم مقيد يخضع لرقابة القضاء يستلزم تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق ومدى سلطة القاضي في تقريره اما بالمنح أو التقييد.

ان تحليل هذه الاشكالية على ضوء التشريع الجزائري لتقرير مدى احاطته وكفايته يقتضى منا اجراء تحليل هاته الاشكاليات على ضوء القانون المقارن المتمثل أساسا في التشريعين المصري والفرنسي

---

[1] تنص المادة 722 من القانون المدني الجزائري على أن: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او اتفاق.
ولايجوز بمقتضى الاتفاق ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنوات، فاذا لم تجاوز هذه المدة نفد الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

[2] نصت المادة 815 فقرة 1 القديمة من القانون المدني الفرنسي: « nul ne peut être contraint a demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires » .

[3] Marty gabriel et Raynaud pierre, droit civil, les biens par partic jourdain, D, éd delta, 1997, liban, p82.

باعتبارهما كانا موضع استلهام من المشرع الجزائري عند صياغته للقانون المدني، وللاجابة على الاشكالية المطروحة، حاولنا انتهاج طريقة التحليل المقارن بين التشريعات محل البحث وقسمنا الدراسة الى مطلبين استعرضنا في الاول مبدأ الحق في طلب القسمة من خلال تحديد مفهومه (الفرع الأول) وتحديد القيود الواردة عليه (الفرع الثاني) وتطرقنا في المطلب الثاني الى سلطة القضاء في اقرار الحق في طلب القسمة وتقييده من خلال دراسة الرقابة على القيود بأنواعها (الفرع الاول) ومدى جواز تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق (الفرع الثاني).

المطلب الأول: مبدأ الحق في طلب القسمة.

الفرع الأول: مفهوم الحق في طلب القسمة.

ان تحديد مفهوم هذا الحق يقتضي استخلاص خصائصه ومحاولة تكييفه وتحديد الأشخاص الذين يتعلق بهم:

أولا: خصائص الحق في طلب القسمة

حق طلب القسمة لا يسقط بالتقادم مهما طالت مدة عدم استعماله ما دام الشيوع قائما لأن هذا الحق يرتهن وجوده بوجود حالة الشيوع مما يجعله متجددا دائما باستمرارها[1].

حق طلب القسمة غير قابل للتنازل، فلا يجوز للشريك في الملك أن يتنازل عن حقه في طلب القسمة ومثل هذا التنازل يكون باطلا [2]

ان واضعي القاعدة القانونية اعتبروا هذا الحق من النظام العام وان الشركاء يمنع عليهم الاتفاق على فرض الشيوع ومنع طلب القسمة ولو بإجماعهم ماعدا اتفاقيات الابقاء على الشيوع لفترات محددة[3].

اختلفت اراء الفقهاء بخصوص ما اذا كان هذا الحق يعد من الحقوق المطلقة التقديرية أم أنه من الحقوق المقيدة وان هذا التصنيف يعد ضروريا لتقرير مدى قابلية هذا الحق لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي سنتعرض لها لاحقا، ففي حين اعتبر الفقه والقضاء الفرنسي هذا الحق من الحقوق التقديرية فان الاتجاه الغالب يعتبره من الحقوق المقيدة.

[1] حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني، مصر، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة ، 1994، ص195

[2] محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، مصر منشأة المعارف، الجزء الثاني، 2005، ص 162.

[3] Mazeaud hernie et Léon, jean Mazeaud, leçon de droit civil T IV, 2eme vol, 2eme ed par Michel de Juglat, éd Montchrestien, paris, 1971, p744.

ثانيا: تكييف الحق في طلب القسمة

ان عملية التكييف تقتضي تمييز الحق في طلب القسمة عن الحق في دعوى القسمة، ويرى الفقيه الفرنسي بلانيول أن المصطلح الشائع "دعوى القسمة" (action en partage) الذي تم تكريس استعماله للتعبير عن هذه المكنة ليس دقيقا وأنه من المستحسن استعمال مصطلح "حق طلب القسمة" لأنه في أغلب الحالات فان عمليات القسمة تتم دون تدخل القضاء[1].

ثالثا: الأشخاص الذين يتعلق بهم الحق

الشريك في الشيوع:

يثبت الحق في طلب القسمة حسب ما نصت عليه المادة 722 من القانون المدني لكل من يكون شريكا في الشيوع، ولذلك لا يثبت هذا الحق للشريك الاصلي فقط، بل يثبت كذلك لكل من يخلفه خلافة عامة أو خاصة في حصته الشائعة، اذ من شأن هذه الخلافة احلال الخلف العام أو الخاص محله في الشيوع وفي صفه كشريك[2].

الدائن الشخصي للشريك في الشيوع:

الدائن الشخصي للمالك في الشيوع ليس له الحق في طلب القسمة مباشرة وبصفة أصلية ولكنه يمكنه اللجوء الى طلبها عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال الحق الخاص بمدينه ويجب أن تتوفر شرزطها.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حق الشريك في طلب القسمة.

أولا: القيود القانونية المانعة من استعمال الحق.

الحالة التي يجبر فيها الشريك على البقاء في الشيوع بصفة دائمة مؤبدة ويمنع فيها من حق المطالبة بالقسمة هي حالة الشيوع الإجباري المنصوص عليها بالمادة 737 من القانون المدني والتي أقرت أنه ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع".

ثانيا: القيود القضائية المعطلة لاستعمال الحق.

على عكس التشريعين المصري والفرنسي فان القانون الجزائري لم ينص على أية قيود من شأنها أن تمنح للمحكمة سلطة تأجيل القسمة أو تأخيرها لوقت معين عندما تتوفر أسباب محددة، وعليه سنكتفي باستعراض هاته القيود ضمن التشريعين المصري والفرنسي.

---

[1] Planiol marcel et Ripert georges, traité pratique de droit civil français, T IV, successions, 2eme ed, L.G.D.J, 1956, p672.

[2] حسن كيرة، المرجع السابق، ص196.

1- الحالات المنصوص عليها ضمن التشريع المصري:

نصت المادة 41 من قانون رقم 119 المتعلق باحكام الولاية على المال على أن للمحكمة أن توقف القسمة المطلوبة في دعوى مرفوعة من وارث على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب، بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة، اذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرارا جسيما، ويكون الوقف لمدة لا تتجاوز خمس سنوات من صدور الحكم أو بلوغ القاصر الرشد أو رفع الحجر أو حضور الغائب[1].

وحسب ماورد في المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال فان المشرع المصري قد استقى الحكم من القانون المدني الايطالي[2] .

2- الحالات المنصوص عليها ضمن التشريع الفرنسي:

الإبقاء الاجباري على الشيوع:

من خلال نص المادة 821 ومايليها من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب قانون 2006/06/23 فان محكمة التمييز الكبرى يمكنها أن تقرر الابقاء على الشيوع لمدة خمس سنوات على الاكثر فيما يتعلق ببعض أموال التركة، وقد تم الاشارة الى المؤسسات الفلاحية والتجارية والحرفية والصناعية والحرة وكذلك بالنسبة للمحل المهني ومحل السكن الفعلي للمورث المتوفي أو زوجه وقت الوفاة، والابقاء على الشيوع يتم اما لمصلحة الزوج المتبقي على قيد الحياة أو لمصلحة الفروع القصر ويمكن للقاضي أن يقوم بتجديده الى غاية وفاة الزوج المتبقي على قيد الحياة أو بلوغ أصغر القصر سن الرشد[3].

تأجيل القسمة:

ارجاء القسمة المنصوص عليه بالمادة 820 من القانون المدني الفرنسي هدفه تأجيل القسمة لسنتين على الاكثر من طرف القاضي بناء على أنه تم طلبها في وقت غير مناسب اما لكون المناخ الاقتصادي العام غير ملائم، واما لان احد الشركاء في المؤسسة أو الشركة مازال غير مؤهل أو جاهز للاستفادة من "التخصيص بالافضلية" (l'attribution préférentielle) والتي بموجبها يستفيد من الملكية الحصرية للشركة مقابل تعويض مالي يدفعه المستفيد لبقية المتقاسمين.

ج- التخصيص الاستبعادي:

أعطت المادة 824 من القانون المدني الفرنسي المالكين في الشيوع غير الراغبين في القسمة وسيلة لاحباط طلب القسمة المقدم من أحد الشركاء في الشيوع وذلك بمنحه حصته وعلى خلاف الحالتين

[1] عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مصر، دار الفكر العربي، 1991، ص134.

[2] مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، مصر، دار الكتاب الحديث (د.ت)، ص165.

[3] Sauvage françois, successions, 21eme éd, Delmas, paris, 2007, p228.

السابقتين أين يتم تحييد وازالة مفعول طلب القسمة والابقاء على الشركاء منغلقين ضمن الشيوع، فان طريقة التخصيص الاستبعادي تسمح للراغبين في انتهاء الشيوع بالمغادرة وللراغبين في استمراره بالبقاء[1].

والمحكمة تستطيع بناء على طلب الراغبين في البقاء في الشيوع وبناء على وجود وثبوت مصلحة أن تأمر بالتخصيص الاستبعادي (l'attribution éliminatoire) .

ثالثا: القيود الاتفاقية

نص القانون المدني الجزائري على غرار القانون المصري على جواز الاتفاق على البقاء في الشيوع، وعلى العكس من ذلك فان المشرع الفرنسي لم يقم بارساء تنظيم اتفاقي للشيوع عند اصداره للقانون المدني كون واضعي القانون كانوا يرغبون في تجنب ارغام شخص موجود في الشيوع على البقاء فيه[2].

وقد تدخل الاجتهاد القضائي الفرنسي واقر أحكاما لتنظيم الشيوع الى غاية التعديل الذي تم بموجب قانون 1976/12/31 والذي تضمن بابا جديدا عنوانه : " **الاتفاقيات المتعلقة بممارسة الحقوق الشائعة**" ضمن المواد 1873-1 ومايليها والتي أعطت احكاما دقيقة لما يعرف بالتنظيم الاتفاقي للشيوع وسنحاول استعراض أهم هاته الاحكام على ضوء التشريعات المقارنة.

1- الأحكام العامة المتعلقة بالاتفاق:

الأهلية:

وفقا للتشريع الجزائري والمصري فان البقاء في الشيوع يعد من أعمال الادارة التي تقتضي أهلية الادارة ولا تلزم أهلية التصرف[3].

وعلى عكس ذلك ففي التشريع الفرنسي يلزم توافر أهلية التصرف لابرام اتفاقية البقاء في الشيوع وهو ما نصت عليه المادة 1873-4 منه.

الشكلية:

لم يحدد القانون المدني المصري- وكذلك الامر -بالنسبة للتقنين الجزائري- شكلا معينا للاتفاق على البقاء في الشيوع ومن ثم يجوز أن يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا [4] في حين أن المشرع الفرنسي

---

[1] Terré françois et Lequette yves et Goudemet sophie, droit civil, les successions les libéralités, 4eme ed, Dalloz, paris,2013, p898.

[2] Bergel jean – louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie , traité de droit civil, les biens, L.G.D.J paris, 2000, p469

[3] رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (النظرية العامة للحق)، بيروت، الدار الجامعة للطباعة والنشر (د.ت)، ، ص884.

[4] أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص 85.

اشترط ان تتم الاتفاقية في شكل مكتوب تحت طائلة البطلان بالاضافة الى وجوب اتمام الاجراءات المتعلقة بالشهر العقاري فيما يتعلق بالعقارات[1].

ج- شرط الإجماع:

لم يرد في نص المادة 722 قانون مدني ما يفيد وجوب الاجماع بين المالكين على اتفاق البقاء في الشيوع، مع أنه في الاصل أن يتم هذا الاتفاق بالاجماع فاذا تم بين بعضهم فلا يقيد حينئذ الا أطرافه وحدهم فيبقى من حق البقية طلب القسمة في أي وقت وهو ما ينتهي الى اهدار أثر اتفاق المتفقين على الامتناع عن طلبها[2]، وعلى عكس ذلك فان المشرع الفرنسي قد نص ضمن المادة 1873-2 على وجوب الاجماع.

د- مدة الاتفاق:

وضعت المادة 722 من القانون المدني حدا أقصى للاتفاق على البقاء في الشيوع وحددته بخمس سنوات، فلا يجوز أن تكون مدة البقاء المتفق عليها مؤبدة أو غير محددة وفقا للتشريع الجزائري والمصري. واذا جاوزت المدة المتفق عليها هذا الحد فان الفقه السائد يرى بأن يتم انقاصها الى خمس سنوات تطبيقا للقواعد العامة في البطلان الجزئي [3] والبعض الاخر يراه تطبيقا لفكرة تعديل العقد[4].

وعلى عكس ذلك فان المشرع الفرنسي نص على الاتفاق قد يكون لمدة محددة لاتتجاوز خمسة سنوات قابلة للتجديد أو غير محددة ورتب آثارا على ذلك.

وفي الحالة التي يتم فيها ابرام الاتفاقية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات فانه لا يتم ابطالها وانما يتم انقاص مدتها الى خمس سنوات[5].

2- الاحكام الخاصة المتعلقة بالاتفاق:

أ- سريان الاتفاق في حق الخلف العام والخاص:

حسب نص المادة 722 من القانون المدني فان الاتفاق على البقاء في الشيوع ملزم للشريك وكذا لخلفه العام والخاص وتأسيس ذلك كون نص المادة كما هو وارد أيضا في نص المادة 834 من القانون المدني المصري جاء مطلقا على أساس الخلف من دون تمييز بين عام وخاص.

---

[1] Voirin pierre et Gourbeaux gilles, droit civil, T2 régimes matrimoniaux successions-libéralités, 25 eme ed, L.G.D.J lextenso ed, 2008, p232.

[2] حسن كيرة، المرجع السابق، ص 198.

[3] محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب فقها وقضاء، مصر، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1994، ص 20.

[4] مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 166.

[5] Terré françois et Lequette yves et Goudemet sophie, op.cit, p894.

وعلى عكس ذلك فقد نصت المادة 1873-12 من القانون المدني الفرنسي على أن الشيوع يعتبر مبرما لمدة غير محددة عندما تنقل لأي سبب كان حصة من الشيوع الى شخص اخر غريب عن الشيوع وهو ما يفيد أن الاتفاق المبرم لمدة محددة لا يلزم الخلف ويتحول الى اتفاق لمدة غير محددة يعطي لصاحبه الحق في طلب القسمة في أي وقت.

ب- اشتراط الواهب أو الموصي على الشركاء البقاء في الشيوع:

يرى أغلب فقهاء القانون المصري أن هذا الشرط يعتبر صحيحا ما دام أنه يمنع القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ويكون مبنيا على باعث مشروع وقد استندوا في ذلك الى احكام المادة 823 من القانون المدني المصري التي تجيز شرط المنع من التصرف اذا ورد في وصية و كان مبنيا على باعث مشروع ومقصور على مدة معقولة، فمن باب أولى أنه يجوز للواهب أو الموصي أن يشترط البقاء في الشيوع [1].

ولم يرد في القانون المدني الجزائري نصا مماثلا لنص المادة 823 من القانون المصري والتي وردت ضمن القسم المتعلق بالقيود التي ترد على حق الملكية، وهو مايدفعنا الى الرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالوصية والهبة والواردة ضمن قانون الاسرة والتي نصت المادة 199 منه على أنه اذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد انجاز الشرط، واذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط، واننا نرى ان الشرط جائز مع ضرورة اخضاعه لرقابة القضاء لتقرير صحته خصوصا فيما يتعلق بالمدة والسبب.

وفيما يتعلق بالمشرع الفرنسي فانه بتعديل المادة 815 في صيغتها التقليدية تم حذف مصطلح "الحظر"prohibition وتم الابقاء فقط على مصطلحي الحكم أو الاتفاقية، واصبح من حق الشركاء في الشيوع وحدهم الاتفاق على البقاء فيه وتأخير القسمة وهذا الحق ليس مخول للموصي وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1977/01/05 [2].

المطلب الثاني: سلطة القضاء في إقرار الحق في طلب القسمة وتقييده

تعرف السلطة التقديرية بأنها مكنة التقدير المتروكة للقاضي بمقتضى القانون من أجل المفاضلة بين حلين أو أكثر تفترضهم المسألة المطروحة ويمكن اعمال هاته السلطة كلما جاء النص بعبارات الجوازية، ومسألة السلطة التقديرية للقضاء فيما يتعلق بالحق في طلب القسمة لديها وجهين، فقد يكون تدخل القضاء ايجابيا لتقرير هذا الحق وقد يكون تدخله سلبيا اما بممارسة الرقابة على هذا الحق من خلال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 887.

[2] Terré françois et Lequette yves et Goudemet sophie, op.cit, p894.

أولا: الرقابة على القيود القانونية والقضائية

تتفق كافة التشريعات على انه لا مجال لاعمال الرقابة على القيود القانونية التي تلزم الابقاء على الشيوع الاجباري، كون أن الغرض الذي اعد له المال يستلزم البقاء فيه.

اما فيما يتعلق بالقيود القضائية فهي احدى صور التدخل في اتجاه الحد من استعمال الحق في طلب القسمة حسب ما أوضحناه سابقا عند استعراضنا لهذه القيود، وبالتالي فانه عند تدخل القضاء واعماله لاليات تأجيل القسمة فانه لا مجال لتدخله لاحقا لالغائها أو ممارسة الرقابة عليها.

ثانيا: الرقابة على القيود الاتفاقية

هنا تثار مسألة مدى جواز تدخل القضاء أثناء فترة الاتفاق على البقاء في الشيوع لاجل تقرير الحق في طلب القسمة اذا تقدم به أحد الشركاء وهنا نجد اختلافا بين التشريعين الجزائري والمصري من جهة والتشريع الفرنسي من جهة أخرى.

1- موقف المشرع الجزائري والمصري:

بالرجوع الى نص المادة 722 من قانوننا المدني والتي تقابلها المادة 834 مدني مصري فاننا لا نجد أية مكنة ممنوحة للقاضي لأجل التدخل وتقرير اجراء القسمة اذا طلبها احد الشركاء أثناء مدة الاتفاق.

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن فقرة ثانية ضمن المادة 834 تعطي للمحكمة السلطة التقديرية للابقاء على حالة الشيوع الى اجل معين أو الامر باجراء القسمة في الحال حتى في حالة وجود الاتفاق وعند عرض المشروع على لجنة مجلس الشيوخ تم حذف هذه الفقرة توخيا لاستقرار التعامل[1].

2- موقف المشرع الفرنسي:

كما رأينا سابقا فان المشرع الفرنسي قد اجاز الشركاء الاتفاق على البقاء في الشيوع اما لمدة محددة لاتتجاوز خمس سنوات، أو لمدة غير محددة، كما أجاز لهم طلب القسمة أثناء سريان الاتفاق وذلك بشروط أخضعها لرقابة القضاء.

فاثناء سريان الاتفاق المحدد المدة لا يجوز لأي واحد من الشركاء في الشيوع طلب القسمة الا في حالة وجود أسباب مبررة، وفي حالة الاتفاق غير محدد المدة فان هذا الحق يمكن اثارته في أي وقت على شرط أن لا يكون ذلك عن سوء نية أو في وقت غير مناسب وفقا للمادة 1873-3 فقرة 1 و 2 مدني فرنسي.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 834.

وحتى مع وجود اتفاق البقاء في الشيوع فان القسمة يمكن طلبها، ولكن مع وجود رقابة تمارسها المحكمة، والفرق بين الاتفاقين –المحدد المدة وغير المحدد– يتعلق بعبء الاثبات، ففي حالة الاتفاق المحدد المدة فان المبدأ هو تاجيل القسمة الى غاية حلول الاجل وبالنتيجة فان على طالب القسمة ان يثبت وجود الاسباب الجدية، وعلى العكس، ففي حالة الاتفاق غير محدد المدة، فان المبدأ هو الحق في طلب القسمة وبالتالي فانه على الشريك الراغب في الابقاء على حالة الشيوع أن يثبت أن طلب القسمة غير ملائم[1] .

الفرع الثاني: تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

تبنى المشرع المصري نظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة في الباب التمهيدي من القانون المدني واعتبرها تسري على جميع نواحي القانون، وعلى النقيض من ذلك فان المشرع الفرنسي لم يورد أي نص يتعلق بهذه النظرية، غير أن القضاء الفرنسي اتجه في منتصف القرن التاسع عشر الى فرض الرقابة على استعمال الحقوق، ولم يلبث المشرع الفرنسي ان اعتنق هذه النظرية، ان لم يكن بنص عام فعلى الاقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة منها[2]، غير أن القضاء الفرنسي استند الى المادة 1382 مدني فرنسي كأساس في تطبيقه لهذه النظرية.

رغم تبني المشرع الجزائري لهذه النظرية عند اصدار القانون المدني، غير أنه بقي مترددا في تحديد الاساس الذي تستند اليه، أين تم النص على هذه النظرية في المادة 41 ضمن الفصل المعنون بالاشخاص الطبيعية وقد كان ذلك موضع نقد شكلي وموضوعي [3]، وهو ما حذا بالمشرع للتدخل وقام بنقل مضمون المادة 41، الملغاة الى نص المادة 124 مكرر – المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20– ضمن القسم المتعلق بالمسؤولية عن الافعال الشخصية وتبنى المشرع الجزائري بذلك المسؤولية التقصيرية كأساس لهذه النظرية.

ان قابلية الحق في القسمة لتطبيق نظرية التعسف يتقاسمه اتجاهين نحاول استعراضهما لنخلص في الاخير الى محاولة استنباط وجهة المشرع الجزائري.

---

[1] Voirin pierre et Gourbeaux gilles, op.cit p233.

[2] رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (النظرية العامة للحق)، بيروت، الدار الجامعة للطباعة والنشر (د.ت)، ص 650.

[3] بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 60.

أولا: الاتجاه القائل بعدم القابلية

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشريك اذا لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او اتفاق، كان له ان يطلب القسمة في اي وقت، وأنه يتعين على القاضي ان يجيبه الى هذا الطلب، فليس للقاضي في هذه الحالة سلطة تقدير ما اذا كانت القسمة ضارة ام غير ضارة بمصالح الشركاء[1].

وقد اتجه الفقه والقضاء الفرنسي التقليدي الى اعتبار الحق في طلب القسمة حقا تقديريا والتي لا يملك القضاء حق الرقابة على مدى مشروعية استعمالها ولا تخضع لنظرية التعسف[2].

ثانيا : الاتجاه القائل بالقابلية

يرى هذا الاتجاه أنه لا يمكن تقبل الرأي الاول المستند الى التفرقة بين الحقوق المطلقة والمقيدة، على اساس ان ما يعرف بالحقوق المطلقة أو التقديرية هي من بقايا النزعة الفردية المتطرفة المحتومة الزوال، فضلا عما ينطوي عليه تقرير مبدأ عام بعدم التعسف في استعمال الحق، في القانون المصري، من بسط لرقابة القضاء على مشروعية استعمال الحقوق عموما دون تمييز بينها أو استثناء لبعضها بزعم صفة تقديرية أو مطلقة [3].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

يمكننا القول أن تبني المشرع الجزائري لنظرية التعسف في استعمال الحق و لو ضمن الفصل المتعلق بالمسؤولية التقصيرية قد فتح المجال لاعمال هاته النظرية على مبدأ الحق في طلب القسمة، غير أن تطبيق النظرية يجب أن يتم بصفة دقيقة نظرا لوجود مبدأ آخر الى جانب مبدأ الحق في طلب القسمة وهو مبدأ المساواة والعدالة في القسمة، وان تطبيق هذا المبدأ لاحقا أثناء اجراءات القسمة من شأنه التقليل من التعسف في استعمال حق طلب القسمة ان وجد.

ونظرا لعدم وجود اجتهادات قضائية قارة بهذا الخصوص فاننا نرى ان نص المادة 181 فقرة 2 من قانون الاسرة الجزائري على وجوب أن تتم القسمة في حالة وجود قصر بين الورثة عن طريق القضاء يعد مسلكا يمكن من خلاله تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق حماية للقصر ان رأى القاضي لزوما لذلك.

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية مصر، دار الفكر العربي، (د.ت)ن ص52.

[2] Malaurie philippe et Aynes laurent, les successions les libéralités, 3eme ed, defrénois ed lextenso, 2008,p465

[3] حسن كيرة، المرجع السابق، ص 201.

النتائج والتوصيات:

يتعين الاشارة الى بعض النتائج والتوصيات التي نراها ضرورية.

1- ان التشريع الجزائري لم يتضمن أية نصوص سواء كانت بصفة صريحة أو ضمنية- تمنح للقاضي السلطة التقديرية لاجل تعطيل الحق في طلب القسمة وذلك بتأجيلها لأسباب موضوعية تتعلق بالمناخ الاقتصادي عموما، أو لأسباب شخصية تتعلق بحالة الاشخاص الشركاء في الشيوع خصوصا ناقصي الاهلية.

واننا نرى بأن ذلك يعد نقصا في القانون يتعين على المشرع التدخل لاجل تداركه – اسوة بباقي التشريعات المقارنة- وذلك بمنح سلطة تقديرية للمحكمة في هذا الخصوص بهدف ايجاد التوازن بين مبدأ حق الشريك في طلب القسمة من جهة، ومن جهة أخرى بين مصالح باقي الشركاء مع مراعاة المصلحة الاقتصادية والاجتماعية التي قد يحققها المال الشائع.

ان الوسيلة الوحيدة المتاحة في نظامنا التشريعي لتدخل القضاء بخصوص هذا الحق تبقى اعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، غير أن الملاحظ أن الاجتهاد القضائي بقي تدخله محتشما، ولم يوجد تطبيقات قارة واجتهادات بخصوص هاته المسألة.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

أولا: الكتب

1. أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.
2. حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني، مصر، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة ، 1994.
3. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (النظرية العامة للحق)، بيروت، الدار الجامعة للطباعة والنشر (د.ت).
4. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (النظرية العامة للحق)، بيروت، الدار الجامعة للطباعة والنشر (د.ت).
5. عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية مصر، دار الفكر العربي، (د.ت).
6. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مصر، دار الفكر العربي، 1991.
7. محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز و التجنيب فقها وقضاء، مصر، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1994.
8. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، مصر منشأة المعارف، الجزء الثاني، 2005.
9. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، مصر، دار الكتاب الحديث (د.ت).

ثانيا: الرسائـــل

1. بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

بالفرنسية:

1. Bergel jean – louis et Bruschi marc et Cimamonti sylvie , traité de droit civil, les biens, L.G.D.J paris, 2000.
2. Malaurie philippe et Aynes laurent, les successions les libéralités, 3eme ed, defrénois ed lextenso, 2008.
3. Marty gabriel et Raynaud pierre, droit civil, les biens par partic jourdain, D, éd delta, 1997.
4. Mazeaud hernie et Léon, jean Mazeaud, leçon de droit civil T IV, 2eme vol, 2eme ed par Michel de Juglat, éd Montchrestien, paris, 1971.
5. Planiol marcel et Ripert georges, traité pratique de droit civil français, T IV, successions, 2eme ed, L.G.D.J, 1956.
6. Sauvage françois, successions, 21eme éd, Delmas, paris, 2007.
7. Terré françois et Lequette yves et Goudemet sophie, droit civil, les successions les libéralités, 4eme ed, Dalloz, paris,2013.
8. Voirin pierre et Gourbeaux gilles, droit civil, T2 régimes matrimoniaux successions- libéralités, 25 eme ed, L.G.D.J lextenso ed, 2008.