

عادل المعروفي

طالب باحث

تخصص العقار والتنمية

الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية

مقدمة:

يعد التملك غريزة من الغرائز المتأصلة في الإنسان يسعى من خلاله إلى الاختصاص بالشيء والتصرف فيه على وجه الاستقلال.

ولما كان حق الملكية حقا فطريا في كل فرد لا يستطيع الإستغناء عنه، فقد عملت جل الدساتير والقوانين على تنظيم مقتضياته وحماية حق صاحبه فيه، لتعد الملكية وفق ذلك اتصال شرعي بين الإنسان والشيء، ليصير المالك بمقتضاها مختصا بما يملك اختصاصا يتيح له الإنتفاع به، ويثبت له حق التصرف فيه، إلا وجد مانع شرعي يمنعه من ذلك، لتعد بذلك الملكية حقا عينيا على شيء معين يخول صاحبه دون غيره بصورة مطلقة استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه وفق الحدود المحددة له قانونا دون تعسف، أو هي حق عيني على شيء معين يخول صاحبه دون غيره بصورة مطلقة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه وذلك في حدود القانون والنظام العام، سواء كانت ملكيته فردية أم جماعية شائعة.

وإذا كانت الملكية الشائعة والتي تعد ملكية مشتركة بين مجموعة من الشركاء دون تعيين النصيب المادي لكل منهم في ذلك، فالشروع صورة من صور الملكية يكون بمقتضاها الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون تعيين نصيب أي منهم ماديا في الشيء، بل فقط يتحدد معنويا في الحق نفسه، فيكون وفق ذلك حق الملكية مشاعا بين عدة شركاء لكل منهم نصيب، مما يجعل طبيعة الملك المشاع يختلف باختلاف مصدره أو سبب وجوده، فتكون الملكية الشائعة اضطرارية إن نشأ في أساسه بناء على واقعة مادية كالميراث، أو إختياري إن نشأ وفق تصرف قانوني إرادي كالعقد.

ولئن كان تراحم حقوق أكثر من مالك على شيء واحد يعد ملكا مشاعا، فإن هذا التراحم أو التعدد من شأنه أن يؤدي إلى نزاع أو خلاف بين الشركاء فيما يتعلق بمباشرة كل شريك سلطاته واستفائه لحقوقه في العين الشائعة بالاستعمال والاستغلال والتصرف، وقد يجعله أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكته شريك واحد، إذ كثيرا ما تختلف وجهات نظر المالك في كيفية الاستغلال إما تجاوزا في استعمال الحق أو إهمالا كل منهم مما يؤدي إلى التهديد بتعطيل هذا الاستغلال أو الانتفاع.

وإن كان هذا النوع من الملك وضع استثنائي مصيره إلى ملكية مفرزة باعتبارها الصورة العادية للملكية، الأمر الذي دفع بنظام الملكية الشائعة للعديد من الإختلالات السلبية والتي تنعكس على الشركاء من جهة والعقار الشائع من جهة أخرى، سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو القانونية.

وإذا كانت الملكية الشائعة تعرف ذيوعا واسعا إلا أنها تحمل جملة من الاختلالات التي تتسبب في تفكيك الروابط الأسرية خاصة الناتجة عن الإرث، على اعتبار ما يثيره من نزاعات أسرية على المال الشائع، مما يخلف كثرة الدعاوى المتعلقة بالقسمة القضائية المعروضة أمام القضاء، هذا من جهة ومن جهة أخرى إن نظام الشروع العقاري

يكبح المبادرات الفردية الرامية إلى تحقيق المصلحة والتي قد يحققها الشريك المشتاع لكل العقار الشائع لابد وأن يستفيد منها باقي الشركاء، ومن تم يصعب أن يقوم بخدمة العقار لوحده¹، وهذا يؤثر سلبا على استثمار الأموال العقارية من حيث تداولها للإسهام في التنمية الاقتصادية، فعالبا ما تقابل المبادرات الفردية بالرفض.

أمام كل هذه المساوئ أصبحت الملكية الشائعة حالة استثنائية يمكن لكل شريك أن يطلب إنهاءها والخروج منها متى أراد لأنه لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ².

وإذا كانت القسمة تعد حقيقة من الأسباب التي ينتهي بها الشياخ، فإن العمل القضائي قد بين أكثر الطرق لجوءا من طرف المتقاسمين المشتاعين بحيث يعتمد كل شريك على الشياخ عندما يرغب في الخروج من هذا الأخير أن يلجأ مباشرة إلى طريق القسمة بغية فرز نصيبه والتصرف فيه بأي نوع من التصرفات القانونية أو الحصول على ثمن حصته من المال المشاع بعد بيع هذا الأخير اتفاقا أو قضاء.

وتتميز القسمة بخاصية أنها تتخذ العديد من الصور، لكن قبل الخوض في أنواعها وبيان حكم كل واحدة منها، لابد من الوقوف على تعريفها حتى يتسنى وبشكل مؤسس وشامل الدخول في صلب موضوع هذا البحث.

بالرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفها ابن عرفة: "...تصيير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيننا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض..."³.

أيضا عرفها فقهاء القانون الوضعي: "تعيين الحصص الشائعة يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس كالذراع والوزن والكيل"⁴ وعرفت أيضا: "القسمة، والمقصود عندنا القسمة البتية العينية هي وضع حد لحالة الشيوخ عن طريق فرز حصص الشركاء في المال الشائع أو بيعه وتوزيع ثمنه بينهم عندما تتعذر قسمته عينا، وإما رضاء وإما عن طريق حكم القضاء"⁵.

وانطلاقا من هذه التعاريف يمكن القول بأن القسمة هي إنهاء حالة الشيوخ بفرز الأنصبة إذ تخضع للإرادة تأسيسا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي حالة الخلاف عليها تكون القسمة قضائية تأتي نتيجة حكم وفق قانون

¹ - محمد الكشور " القسمة القضائية في التشريع المغربي " ، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثالثة لسنة 2011 ص: 12.

² - تنص الفقرة الأولى من المادة 27 من مدونة الحقوق العينية على: " لا يجبر أحد الشركاء على البقاء في الشياخ، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر".

³ - ابن معجوز " الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي " الطبعة الأولى لسنة 1990 ص: 136.

- مأمون الكزبري " التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي " الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية لسنة 1987 ص: 124

⁵ - محمد الكشور " القسمة القضائية في التشريع المغربي " م س ص: 21.

المسطرة المدنية، إذ تتميز بخصوصيات عن باقي الدعاوى الأخرى نظرا لإرتكازها على الخبرة⁶ لإصدار حكم تمهيدي بإجراء قسمة عينية⁷ أو قسمة التصفية⁸.

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع لما يحتله العقار من مكانة هامة سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، إذ يشكل العقار من الناحية الاجتماعية أساس إقرار السلم الاجتماعي بإتخاده كمقر للسكن وموردا للرزق، ومن الناحية الاقتصادية يعد العقار محركا أساسيا للتنمية عبر استغلاله واستثماره.

وبناء على ما سبق تكمن أهمية الموضوع بالوقوف على الجانب القانوني سواء تعلق الأمر بقانون الالتزامات والعقود باعتبارها الشريعة العامة، ومدونة الحقوق العينية، وقانون التحفيظ العقاري، وما يعرفه التشريع المغربي من تعدد وتنوع الأنظمة العقارية ما يؤثر سلبا على تحقيق التنمية باستثمار العقار وما تفرزه القسمة العقارية القضائية من إختلالات قد تتعارض في بعض الأحيان مع قانون التعمير 90-25 وقانون المجموعات السكنية والتجزئات العقارية 90-12 خاصة فرز وتجزئ العقار إلى قطع صغرى لا يمكن الانتفاع بها، ومن جهة أخرى ما يمكن أن يشوب قسمة التصفية من بغس للقيمة الحقيقية للعقار الشائع عبر بيعه بالمزاد العلني.

دوافع اختيار الموضوع :

يمكن القول بأن الدوافع الملحة لإختياري موضوع الاشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية كموضوع للبحث في هذه الرسالة تتمثل في :

■ **الجانب القانوني :** والمتمثل في تعدد وتشتت النصوص القانونية المنظمة للقسمة القضائية بين قانون الالتزامات والعقود، وقانون التحفيظ العقاري، ومدونة الحقوق العينية، ومدونة الأسرة فيما يتعلق بالوصايا والتركة، وقواعد الفقه الاسلامي، وغيرها من القوانين الأخرى، إذ تتنازع هذه القوانين في بعض نصوصها مما يوتر على المتقاسمين.

■ **الجانب القضائي :** إن أغلب القضايا العقارية المعروضة على المحكمة تأخذ منها القسمة القسط الأوفر والتي تستغرق مدة من الزمن نظرا لبطء الاجراءات وتعقدها.

هذا من جهة ومن جهة أخرى كثرة الاجتهادات القضائية وتضاربها سواء تعلق الأمر بقضاء الموضوع أم بقضاء محكمة النقض.

⁶- ظهير شريف رقم 1-126-01 الصادر في 24 ربيع الأول 1422- 22 يوليوز 2001 بتنفيذ قانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين ، ج ر ع 4918 ، 27 ربيع الأول 1422 الموافق ل 9 يوليوز 2011 ص: 1868.

⁷- يقسم الشيء الشائع القابل للقسمة إلى حصص مفرزة يستقل كل من الشركاء بحصة منها، مأمون الكزبري م س ص: 127.

⁸- قسمة التصفية وفيها يباع الشيء المشترك ويوزع ثمنه بين المشتاعين، مأمون الكزبري نفس المرجع ص: 127.

وأمام هذه الدوافع حاولت الامام بشتات وتشعبات الموضوع لمعالجة ورصد الاختلالات والاشكالات العملية التي يثيرها الموضوع.

إشكالية الموضوع :

إن أهم الاشكالات التي تطرح على مستوى دعوى القسمة القضائية للعقار الشائع تتمثل في مدى فعالية المسطرة القضائية لإنهاء هذا الأخير؟ وكيف تؤثر هذه المسطرة على حقوق الأفراد سواء كانوا ملاكا أم أغيار؟ وهل كان القضاء المغربي مستقرا لفظ النزاع؟ وما هي الصعوبات والمنازعات التي تعترض سير هذه المسطرة؟

المنهج المعتمد :

يعد الانتفاح على القوانين المقارنة وسيلة فعالة وأهم أداة لترميم ثغرات التشريع المغربي إذا ما قورن بقوانين مقارنة أخرى، كذلك الوقوف على بعض الاجتهادات القضائية والنصوص القانونية والاختلافات الفقهية، متبعا في ذلك المنهج الوصفي والتحليلي وكذا المقارن للوقوف على مكان القوة ومواطن القصور لمعالجة الموضوع.

خطة البحث :

ستتم معالجة هذا الموضوع وفق تصميم ثنائي يخصص الفصل الأول منه للآراء الفقهية وتشعب النصوص القانونية المنظمة للقسمة القضائية للعقار وتباينها بخصوص تدخل كل من مدونة الحقوق العينية لتحديد بعض حالات اللجوء إلى القضاء، وقانون التحفيظ العقاري بالنسبة للعقارات المحفظة خاصة بتقييد كافة الحقوق المترتبة عن العقار وتحديد الأجهزة المتدخلة في مسطرة القسمة العقارية القضائية، انطلاقا من حالات تحقق القسمة وإثبات ملكية العقار الشائع، مروراً بإففتاح المسطرة وفق للضوابط والشكليات المحددة في قانون المسطرة المدنية والجهة المختصة بالرجوع إلى قانون التنظيم القضائي وقضاء القرب، لتأتي بعدها مشروع إعداد الخبرة والتي تتخذ عدة أشكال بحسب طبيعة المال الشائع، والتطرق إلى أهم الاشكالات التي تثار في مجال الخبرة، الفصل أثار القسمة من فرز للأنصبة وتجاذب دعوى القسمة مع بعض الدعاوى الأخرى، تم الوقوف على عوارض وصعوبات مسطرة القسمة القضائية.

وعليه يرتسم مخطط البحث وفق الشكل التالي :

الفصل الأول : الإجراءات المسطرية للقسمة القضائية العقارية .

الفصل الثاني : أثار القسمة القضائية والمنازعات المثارة

الفصل الأول: الإجراءات المسطرية للقسمة القضائية العقارية

الفصل الأول: الإجراءات المسطرية للقسمة القضائية العقارية

يعد القضاء وسيلة هامة لإنهاء الشياح العقاري عبر القسمة العقارية بالاعتماد على مجموعة من النظم القانونية والعمليات التقنية تهدف إلى جعل العقار يساير الاستثمار وفق المتطلبات الاقتصادية للبلاد.

وإدراكا من المشرع المغربي لما تشكله القسمة القضائية من أهمية اقتصادية واجتماعية، وما تتطلبه من إجراءات لإنجازها، فقد سن مجموعة من المقتضيات القانونية في إطار قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية وقانون مدونة الحقوق العينية وغيرها من القوانين التي لها علاقة بالموضوع، قصد الخروج من حالة الشياح العقاري وفرز حصص الشركاء، إذ نظم شروط سلوك مسطرة القسمة مع تحديد القواعد الموضوعية والشكلية لمباشرة المسطرة لدى

القضاء (المبحث الأول)، كما عمل على تحديد مراحل القسمة القضائية العقارية انطلاقاً من مشروع القسمة والمصادقة عليها وانتهاء بتنفيذ الحكم القضائي بإجرائها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضوابط مسطرة القسمة القضائية العقارية

يفرض القيام بعملية القسمة القضائية للعقارات وفرز حصص الشركاء للخروج من الشياخ العقاري المرور بإجراءات قانونية وتقنية، بحيث ترجع الملكية لوضعها الأصلي أي الملكية المفردة، على اعتبار حالة الشيوخ حالة مؤقتة من الناحية المبدئية، يتطلب مجموعة من الشروط القانونية التي يجب أن تنضبط لها جميع الجهات الساهرة على إجرائها (المطلب الأول)، وبما أن القسمة القضائية تكون نتيجة دعوى تسمى بدعوى القسمة التي تستلزم احترام مجموعة من القواعد الموضوعية والشكلية لمباشرتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط سلوك مسطرة القسمة القضائية العقارية

ينتهي الشياخ بالهلاك الكلي أو جمع الحصص في يد واحدة أو عن طريق القسمة⁹، فالقضاء الذي ترفع أمامه دعوى قسمة العقار المملوك على الشياخ ملزماً قبل مباشرة مسطرة القسمة التأكد من توفر حالاتها (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى ضرورة إثبات ملكية العقار الشائع محل دعوى القسمة (الفقرة الثانية).

⁹ ينص الفصل 977 ق.ل.ع على أن "الشياخ أو شبه الشركة ينتهي:

- بالهلاك الكلي للشئ المشاع.
- ببيع الملاكين حصصهم لأحدهم أو بتخليهم له عنها.
- بالقسمة.

وبخصوص حالات انقضاء الشيوخ.

- محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1990، ص: 135 وما يليها.
- إدريس الفاخوري: مدونة الحقوق العينية على ضوء القانون 39.08، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2012، ص: 240.

الفقرة الأولى: حالات تحقق القسمة القضائية العقارية

يشترط لسماع دعوى القسمة من طرف القضاء أن تتحقق إحدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 1084 من ق.ل.ع وهي: "إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة أو إذا كان أحدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه أو كان غائبا، كان لمن يريد منهم الخروج من الشيعاء أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة طبقا للقانون"، وهو ما تؤكدته المادة 26 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد منهم الخروج من الشيعاء أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة فيما بينهم طبق للقانون".

ويستفاد من النصين أن القسمة القضائية هي تباشر بواسطة القضاء ويلجأ إليها في إحدى الحالات التالية:

أولاً: اختلاف الشركاء حول إجراء القسمة

قد يحصل باختلاف الشركاء حول القسمة الرضائية، وهو ما أكدته المادة 26 من مدونة الحقوق العينية، والفصل 1084 من قانون ل.ع إذ يلجأ الشركاء إلى المحكمة لإجراء القسمة إذا اختلفوا في تحديد أجزاء القسمة قصد الخروج من الشيعاء.

ويأخذ هذا الاختلاف صور متعددة، كما إذا كان أحدهم يرغب في قسمة المال المشاع قسمة عينية والآخر يفضل قسمة التصفية، أو إذا كان الشريك معارض لفكرة القسمة من أصلها، ومهما كان السبب الدافع إلى رفع هذه الدعوى.

فهذه الصور وغيرها من الخلاف حول القسمة الرضائية، يمكن لكل شريك على الشيعاء أن يرفع دعوى القسمة ما دام أنه لا يجر أحد على البقاء في الشيعاء¹⁰، ودون أن يكون مجبراً على ذكر السبب الدافع إلى رفع هذه الدعوى، إذ تكون هذه الأخيرة قرينة على وجود الخلاف بين الشركاء حول القسمة¹¹.

ثانياً: وجود شريك غير متمتع بأهلية التصرف

إذا كان أحد الشركاء لا يتوفر على أهلية التصرف في حقوقه، كأن يكون قاصراً أو مجنوناً أو سفياً¹²، ففي هذه الحالة لا يمكن الخروج من الشيعاء عن طريق القسمة الرضائية، بل لا بد من اللجوء إلى القسمة القضائية بهدف حماية غير المتمتع بأهلية التصرف سواء كانوا مدعيين أو مدعى عليهم، غير أنه إذا بلغ القاصر سن الرشد أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم فيها فإنها تكون صحيحة في حقه¹³.

¹⁰ نص الفصل 987 ق.ل.ع: "لا يجبر أحد على البقاء في الشيعاء، ويشوع دائما لأي أحد من المالكين أن يطلب القسمة، ولكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر".

¹¹ محمد الكشور: القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة 2، 2011، ص: 108.

¹² للمزيد من التفصيل بخصوص عوارض الأهلية يراجع كتاب جميلة لعماري: الوجيز في عقد البيع دراسة على ضوء قانون 05-53 لتبادل المعطيات الالكترونية وقانون 00-44 لبيع العقار في طور الانجاز، مطبعة سليكي إخوان، الطبعة الثانية 2012 ص 17 وما بعدها.

¹³ قرار محكمة النقض عدد 514 بتاريخ 29/09/1992 في الملف العقاري عدد 93/5557 أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة من سنة 1998 إلى 2004، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005 ص 20 وما بعدها.

إلا أنه هناك إشكال حول إمكانية إجراء قسمة عقارات التركة في وجود زوجة حامل ووفاة الزوج، فهل يعتبر الحمل في حكم القاصر تتوقف القسمة على حكم من القضاء بسببه؟

لم ينص المشرع المغربي صراحة على هذه الحالة لا في قانون الالتزامات والعقود ولا في مدونة الحقوق العينية الجديدة 39.08، ولا حتى الاجتهاد القضائي، إذ لم يعثر على أي اجتهاد قضائي بهذا الصدد، إلا أن الفقه الإسلامي ذهب إلى اتجاهين بخصوص هذا الإشكال :

الرأي الأول يجيز صحة قسمة التركة قبل انصرام مدة الحمل، شرط أن يحتجز له نصيب أكبر من المحتمل أن يحصل عليه¹⁴، أما الرأي الثاني فذهب إلى عدم جواز إجراء القسمة إلى حين انصرام مدة الحمل بانفصال الحمل عن أمه وتحقيق مركزه القانوني بين الورثة¹⁵.

إلا أنه فيما نعتقد أنه لا يمكن إجراء القسمة إلى حين انفصال الحمل عن أمه وثبوت حياته بالاستهلال أو رضاع ونحوهما، إذ أنه على خلاف القاصر الذي يرث باعتباره وارثا حقيقيا، نجد أن الحمل لا يرث إلا باعتباره وارثا إحصائيا، ثم إن مناط استحقاقه للإرث هو أن يولد حيا وليس باعتباره حملا، وهذا ما أكدته المادة 331 من مدونة الأسرة بقولها: "لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراح أو رضاع أو نحوهما".

وفضلا عن ذلك، فإن الحمل قد يكون توأمين أو أكثر، وهذا من شأنه أن يؤثر على إجراءات القسمة إذا لم يتم احتجاز أكبر نصيب من المحتمل أن يتم الحصول عليه بعد الولادة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القسمة القضائية هي إجراء غايته فرز الحصص المستحقة، ولا يمكن سلوكها إلا بعد إثبات الموجبات¹⁶، وإدخال جميع الشركاء¹⁷، مع وجوب أن تكون أنصبتهم محددة بدقة، وهو ما لا يتحقق بالنسبة للحمل إلا بعد ولادته حيا وثبوت مركزه القانوني بين باقي الورثة¹⁸.

¹⁴ - المصطفى مازي : " الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق، وجدة، لسنة 2006-2007، ص 10.

¹⁵ - أفاد ابن عاصم الغرناطي بهذا الخصوص في التحفة بقوله :

" ويوقف القسم مع الحمل إلى * * * أن يستهل صارخا فيعلا "

¹⁶ - قرار محكمة النقض عدد 520 بتاريخ 27 شتنبر 2011 في الملف الشرعي عدد 145-2-1-2009 منشور بمجلة النقض العدد 2 لسنة 2012 ص: 258.

وقرار محكمة النقض عدد 96 بتاريخ 06/02/2002 في الملف العقاري عدد 99/1/2/323 أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى لسنة 1998 إلى 2004، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 117 وما يليها.

¹⁷ - الفصل 216 من مدونة الحقوق العينية الجديدة 39.08 لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء، وتم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

¹⁸ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 11.

ثالثا : أن يكون أحد الشركاء غائبا

يعد الغائب حسب الفصل 265 من ق.م.م الملغى هو الذي منعتة ظروف قاهرة مثل الحروب أو الكوارث الطبيعية وغيرها التي تحدث في المحل الذي يفترض أن يكون موجودا فيه من الرجوع إلى مكانه الأصلي، ليدير شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل عنه مدة من الزمن حددها الفصل المذكور في مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره. والظاهر أن المشرع المغربي كان يخلط خلطا بينا بين الغيبة والفقد، فمن الناحية القانونية يعد مفقودا كل شخص غاب عن أهله وانقطعت أخباره، بحيث لا يعرف هل هو حي أو ميت، فإن عرف مكان وجوده أو تأكد حياته كان غائبا وليس مفقودا، ومعنى ذلك أن الشخص الذي تنقطع أخباره في ظروف قاهرة كالحروب أو الفيضانات يعد مفقودا لا غائبا¹⁹.

ورغم أن الفصل 1084 من ق.ل.ع نص على حالة الغائب لسلوك مسطرة القسمة القضائية لإنهاء الشيعاء العقاري، إلا أنه أغفل حالة المفقود واكتفى فقط بذكر حالة ناقص الأهلية وعديمها والغائب، وكان عليه بالأحرى أن يذكر حالة المفقود لكونها لا تقل أهمية عن سابقتها بل إن مصلحته أجدر بالحماية القانونية والقضائية، والمفقود حسب المادة 326 من مدونة الأسرة، هو كل شخص مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته، إلا بعد الحكم بتمويلته ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك فيه حق غيره فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يثبت في أمره، كما أضافت المادة 327 من نفس المدونة أنه "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته".

أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين".
إلا أنه جانب من الفقه²⁰ يرى أن مقتضيات الفصل 1084 من ق.ل.ع يجب إعادة النظر في صياغته وتعديله بشمول حالة المفقود²¹.

الفقرة الثانية: إثبات التملك على الشيعاء في دعوى القسمة

يعتبر الإثبات من أهم الوسائل المعمول بها في أي دعوى كانت، بل يعد الركيزة الأساس في وجود الحق أو عدمه، والمحكمة باعتبارها طرفا محايدا في دعوى القسمة، فإنها لا يمكنها أن تقضي في موضوع الدعوى إلا إذا استعانت بوسائل الإثبات التي من خلالها يمكن أن تصرح بوجود الحق أو بعدم وجوده.

¹⁹ - المصطفى مازي : مرجع سابق، ص 11.

²⁰ - محمد الكشور : القسمة القضائية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 111.

²¹ - محمد الهاشمي : دعوى القسمة من خلال العمل القضائي، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، نموذج بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 36 الفترة التدريبية 2009-2011، ص 12.

وتعد وسائل الإثبات المنصوص عليها في الفصل 404²² من قانون الالتزامات والعقود الوسيلة الوحيدة في الإثبات، بل توجد وسيلة أخرى يأخذ بها الفقه المالكي وهي شهادة اللفيف²³.

وعلى هذا الأساس فإن شرط إثبات التملك على الشيعاء محكوم بها إذا كان موضوع دعوى القسمة ينصب على عقار محفظ أو على عقار غير محفظ²⁴.

أولاً: إثبات التملك على الشيعاء للعقار المحفظ

إن القاعدة الأصلية في مجال التحفيظ العقاري المغربي هي أن العقار وأي حق عيني، لا ينشأ إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري²⁵، وهذا يفيد أنه لا يمكن الاعتراف بوجود العقار نفسه في ملكية شخص معين ولا لأي حق عيني مثقلاً به، إلا من يوم تقييده بهذا الأخير، بل ولا يمكن الاحتجاج بذلك في مواجهة الغير إلا من تاريخ التقييد، عملاً بأحكام الفصول 65 و 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري 14.07.

وفي مجال دعوى القسمة يعتبر دور شهادة الملكية العقارية في العقار المحفظ دوراً هاماً من ناحية الإثبات، فالمدعي الشريك على الشيعاء لا بد له من تعزيز دعواه بشهادة الملكية العقارية صادرة عن الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية تثبت تملكه على الشيعاء في المال موضوع الدعوى إذا كان العقار محفظ.

إذ أن الإثبات بالنسبة للعقارات المحفوظة لا يثير كثيراً من الصعوبات إذ يكفي الشريك على الشيعاء في عقار محفظ أن يرفق مقاله الافتتاحي للدعوى بشهادة من المحافظة العقارية تثبت صفته كشريك، وتثبت عدد الشركاء المقيدين بالرسم العقاري وحصص كل واحد منهم، وبصفة عامة تثبت الوضعية القانونية والمادية للعقار المشاع على الشيعاء²⁶، وأنه إذا كان من بين حقوق الموروث حق عيني لم يكن قد قيده باسمه في حياته، فإنه يمكن قبل تصفية

²² - ينص الفصل 404 من ق.ل.ع على ما يلي: "وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي:

- إقرار الخصم.
- الحجة الكتابية.
- شهادة الشهود.
- القرينة.
- اليمين والنكول عنها".

²³ - يأخذ المشرع بشكل ضمني حسب منطوق الفصل 400 من مدونة الأسرة بقولها: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

²⁴ - وقد أقرت محكمة النقض بشهادة اللفيف بالإثبات في العقار غير المحفظ، قرار عدد 578 الصادر بتاريخ 31 يناير 2012 في الملف المدني عدد 1-847-4-2010 ص: 252 منشور بمجلة محكمة النقض العدد 2 لسنة 2012

²⁵ - مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1987، ص: 145.

²⁶ - حيث جاء في قرار قضائي: "وحيث أن الشهادة العقارية للرسم العقاري تشهد بأن ملكية هذه الدار تعود لغير أطراف النزاع مما يكون طلب قسمتها من غير مالكيها مفتقراً لأحد شروطه وهو ثبوت الملك للمتنازعين في القسمة" قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 13104 صدر بتاريخ 2000/05/02، ملف عدد 2000/621.

أشار إليه المصطفى مازي: الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، م.س، ص: 20.

وفي قرار آخر "حيث إن طلب يرمي إلى الحكم بقسمة سطح مشاع...وحيث إن المحكمة بعد إطلاعها على الوثائق المدلى بها تبين أن الطرف المدعي لم يثبت صفة المدعى عليه في الدعوى باعتباره مالكا على الشيعاء، حيث تكون الدعوى معيبة شكلاً ويتعين بالتالي التصريح بعدم قبولها"، قرار المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2009/12/01 في الملف العقاري عدد 3126-21-08 (غير منشور).

التركة أو قسمها بتقييد ذلك الحق في السجل العقاري باسم التركة نفسها، ويكفي إظهار شهادة وفاة الحائز، وبعد القسمة يعدل صك التقييد بما يتلاءم معها²⁷.

ثانياً: إثبات التملك على الشياخ للعقار غير المحفظ

إذا كان الإثبات في مجال العقار غير المحفظ يختلف عن مثيله في العقار غير المحفظ، إذ أن الأول يخضع بالضرورة لما يقتضيه قانون 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913، في حين أن الثاني يظل محكوماً بما جاءت به مدونة الحقوق العينية 39.08 في المادة الثالثة وبما جاء به الفقه المالكي في إثبات تملك المدعى على الشياخ كلما كان موضوع دعوى القسمة عقاراً غير محفظ.

إلا أنه في العقار غير المحفظ تختلف وسائل الإثبات من حالة إلى أخرى²⁸، وذلك تبعاً لأسباب كسب الملكية، لذلك سنقتصر على بعض الحالات التي تعرض بكثرة على القضاء المغربي ومنها:

1- رسم الإرث: هو رسم يكشف عن عدد الورثة وعن علاقتهم بالمورث، إذ هذا الرسم لا علاقة له مطلقاً بتملك العقار أو انتقال ملكيته، ومع ذلك يبقى شائعاً في المنازعات العقارية، خاصة عندما يدعي الشخص عقاراً أو حقاً عينياً عقاراً للشخص المتوفى، ويدعي أنه وارث فيه، بحيث يلزمه في هاتين الحالتين إثبات تملك ذلك المتوفى للعقار والإدلاء بتركته وكذا رسم إراثته، وتكمن أهمية رسم الإرث في كونه يثبت صفة الأشخاص الذين ترد أسماءهم فيه، إذا جاء في قرار قضائي²⁹ أن "الإرث ثبت صفة المذكورين فيها، وتثبت صفة المدعين بورود أسماءهم في إرث الهالك المنسوب إليه موضوع دعوى القسمة"، هذا مع العلم بأن الإرث لا يكون صحيحاً إلا إذا اشتملت على إثبات الموت وعدد الورثة، وبيان العقود³⁰، وعند التنازع بين عدة رسوم للإرث فإن الأسبقية تعطى للذي يؤكد ويضيف بعض الورثة³¹.

2- رسم التركة: هو رسم يثبت الأموال التي خلفها الميت من المنقولات والعقارات، غير أنه إذا تم الطعن فيه من قبل بعض الأطراف فيجب على المحكمة أن تنتقل إلى عين المكان لمطابقة الحجج المدلى بها، إذ جاء في أحد القرارات ما يلي: "اعتماد المحكمة في ما قضت به من قسمة المدعى فيه على رسم إحصاء أدلت به المدعية ولم يصدقه الطاعنون الذين أدلوا بوثائق تثبت عدم ملكية المطلوب قسمته لموروث الطرفين دون أن تنتقل إلى عين المكان لمطابقة الحجج المدلى بها على أرض النزاع تكون قد ركزت قضاءها على غير أساس".

²⁷ - المصطفى مازي: "الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية"، م.س، ص: 20.
²⁸ - محمد رياض: "وسائل الإثبات في العقار غير المحفظ"، ندوة توثيق التصرفات العقارية، نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بجامعة القاضي عياض مراكش، يومي 11 و 12 فبراير 2005، الطبعة الثانية، ص: 393 وما بعدها.
²⁹ - قرار محكمة النقض عدد 697 بتاريخ 22/12/1998 في الملف العقاري عدد 5334 / 94/2/1/ أوردته عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة من سنة 1998 إلى 2004، مرجع سابق، ص 22-23.
³⁰ - المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، مرجع سابق، ص 21.
³¹ - قرار محكمة النقض، عدد 955 بتاريخ 2001/10/17 في الملف العقاري عدد 99/1/2/400 أوردته عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة، من سنة 1998 إلى 2004، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها.
- قرار محكمة الدار البيضاء عدد 2148/21، نص بتاريخ 2010/2/2، غير منشور.

3- رسم الملكية: هو رسم ينشأ بشهادة مجموعة من الأشخاص على واقعة يعلمونها شخصيا بحكم المجاورة والمخالطة والإطلاع على الأحوال، ويصرحون بهذا الأمر أمام عدلين منصبين للإشهاد حول ملكية شخص ملك معين وفق الشروط المحددة في قانون التوثيق العدلي.

وحيث إن القضاء المغربي يطبق أحكام الفقه المالكي، فإنه يسمح للمتقاسمين بإثبات القسمة عن طريق الليفيف، وهذا ما أكدته قرار محكمة النقض بقولها: "وحيث إنه باعتبار الإجراءات والوسائل والوثائق الملف فإن المدعى عليهم في ليفيفهم عددا... التي أثبتوا بها قسمة مختلف متروكهم جاء فيها مسند العلم أن شهود عاينوا القسمة يوم وقوعها، وأنها وقعت هذه مدة 35 سنة وأن منهم من فوت حظه.

وحيث إنه ومن جهة أخرى فإن الليفيف في منزلة العدول يقطع القول..."³².

ولذلك فإن من شروط قبول دعوى القسمة إثبات ملكية الموروث للأموال موضوع طلب القسمة، ولا يقوم الإقرار مقام البينة في هذا المجال.³³

ب- حالة اكتساب العقار الشائع عن طريق التعاقد

إذا كان المال المطلوب قسمته قد اكتسبت ملكيته عن طريق العقد، كما لو اشترى شخصا عقارا معيننا فأصبح تبعا لذلك شائعا بينهما، فالمدعي الذي يرغب في الخروج من حالة الشيع يتوجب عليه أن يرفق مقاله الافتتاحي بالعقد مصدر الشيع، كما يجب أن يحتوي هذا الأخير على نصيب كل شريك، إذ في حالة الشك تعتبر الأنصبة متساوية.³⁴

غير أنه إذا كان ذلك العقد غير مكتوب فهل يمكن إثباته عن طريق الليفيف طبقا لقواعد الفقه الإسلامي؟ أم أنه لا بد من التمسك بشكلية الكتابة المنصوص عليها في الفصل 489 من ق.ل.ع والمادة 4³⁵ من مدونة الحقوق العينية الجديدة؟.

في هذا الإطار أثير جدل حول التنازع بين مقتضيات قانون الالتزامات والعقود وقواعد الفقه الإسلامي فيما يخص إثبات ملكية عقار غير محفظ، إذ تباينت الآراء حول من يرى ضرورة استبعاد تطبيق مقتضيات الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينص على أنه: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عينية عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ"، وحيث أنه نظرا للعلل أعلاه يكون طلب المدعي غير مؤسس قانونا ويتعين عدم الاستجابة إليه...

³² - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1979 تحت عدد 297 مشار إليه بمرجع محمد لمعكشاوي في سلسلة إشاعة الثقافة والقانونية، المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء (قانون رقم 39.08) الطبعة 2013، ص 254.

³³ - قرار محكمة النقض "الفاضي لا يحكم بالقسمة إلا بعد إثبات ملكية المقسوم بالبينة ولا يغني عنها الإقرار تجنباً لإمكانية التواطئ على ملك الغير" قرار عدد 37 بتاريخ 06/04/1999 في الملف الشرعي عدد 93/5231 منشورات مجلة المرافعة العدد 10 السنة 2000، ص 233.

³⁴ - ينص الفصل 961 من ق.ل.ع على أنه: "عند الشك يفترض أن أنصبا المالكين على الشيع متساوية".

³⁵ - تنص المادة 4 من قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على أنه "يجب أن يحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ...".

والجدير بالذكر أن القسمة هي من العقود الناقلة للملكية فإن هذه الأخيرة لا تثبت إلا بإشهاد عدلي أو بعقد عرفي أو بلفيف يستند شهودها على مستند خاص، وهذا ما أيدته محكمة النقض حيث قضت: " لا تثبت قسمة المشاع إلا بحجة صحيحة متنا وسندا، ولا يتم ذلك إلا بما يتم به التفويت لأنها بيع من البيوع"³⁶.

والرأي فيما اعتقد أن خضوع العقارات غير المحفوظة لقواعد الفقه الإسلامي لا يمنع من تطبيق قانون الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية الجديدة 39.08، عليها ما دامت لا تتعارض مع مبادئ الفقه الإسلامي³⁷، على اعتبار أن هذا التوجه سيساعد على توحيد الاجتهاد القضائي ويضمن استقراره، وهذا ما عمل المشرع المغربي على تداركه من خلال مقتضيات المادة 4 من قانون 39.08.

وعموما إذا آل المال المطلوب قسمته للشركاء عن طريق عقود الشراء، فإنه يتعين على طالب القسمة إثبات ملكيتهم بما يفيد هذا الشراء بواسطة عقد رسمي أو عرفي، وذلك عملا بقول التحفة.

والمدعي لقسمة البثات يؤمر في الأصح بالإثبات

المطلب الثاني: قواعد فتح مسطرة القسمة القضائية العقارية

إن الشيوخ حالة مؤقتة، وأنه لا مناص من الرجوع بالملكية إلى وضعها الطبيعي، فالشريك في العقار الشائع الذي يريد أن يستقل بنصيبه عينا أو نقدا عن طريق القسمة القضائية.

ودعوى القسمة لا تقوم إلا على أركان لا بد من توفرها، وهي المدعي والمدعى عليه كأساسيات، إذ لا يمكن تصور دعوى من دون وجود محرك لها في مواجهة الشخص الذي رفعت ضده لأجل إقرار هذا الحق الذي من أجله تم رفعها، ثم إن أمر تحريكها يتوقف على احترام مجموعة من القواعد الموضوعية، منها ما هو خاص بدعوى القسمة العقارية ومنها ما تشترك فيه مع باقي الدعاوى الأخرى وفقا للمبادئ العامة التي تحكم الدعوى (الفقرة الأولى)، كما لا بد من تقديم طلب إلى المحكمة المختصة وفقا للشكليات المحددة قانونا قصد استدعاء الأطراف ومباشرة الدعوى من طرف المحكمة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القواعد الموضوعية لدعوى القسمة العقارية.

مما لا شك فيه أن لدعوى القسمة القضائية العقارية بعض الخصوصيات التي تنفرد بها عن غيرها من الدعاوى، إذ هذه الخصوصيات نابغة من طبيعتها القانونية التي على الرغم من وضوحها فإنها لم تسلم من بعض الجدل الفقهي.

³⁶ - قرار صادر عن محكمة النقض رقم 45 الصادر في تاريخ 1996/01/25 منشور في مجلة قضاء محكمة النقض عدد 48، يناير 1996، ص:

230.

³⁷ - جيهان زاوش، دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2011-2012، ص: 36.

وإذا كانت دعوى القسمة القضائية تنفرد بخصوصيات خاصة بها، فإنه لا يمنع من كونها تخضع لبعض الشروط التي يلزم أن تتوفر في أي دعوى، فيجب توفر دعوى القسمة على أطراف يمثل الجانب المدعي والبعض الآخر يمثل المدعي عليه، بالإضافة إلى تدخل الدائنين والغير ضمانا لحقوقهم، وللإحاطة بمختلف هذه القواعد سأنتقل إلى الطبيعة القانونية لدعوى القسمة العقارية، وإبراز خصوصياتها (أولا)، ثم سأنتقل إلى أطرافها مع الوقوف على أبرز الإشكالات المطروحة (ثانيا).

أولاً: الطبيعة القانونية لدعوى القسمة العقارية وخصوصياتها

تخضع دعوى القسمة القضائية للعقار إلى المبادئ العامة التي تحكم نظرية الدعوى، إلا أن هذا لا يمنع من كونها تخضع لبعض الخصوصيات التي تميزها عن باقي الدعاوى الأخرى، فضلاً عن الجدل الذي أثير بشأن طبيعتها القانونية.

إذ سأتناول الطبيعة القانونية لدعوى القسمة العقارية، ثم إبراز خصوصياتها.

أ- الطبيعة القانونية لدعوى القسمة العقارية:

لتحديد الطبيعة القانونية لدعوى القسمة العقارية يجب النظر إليها من حيث طبيعة المال الشائع، ثم من حيث الحق الذي يستند إليه المدعي أو الحق الذي يريد الوصول إليه.

فمن حيث طبيعة المال الشائع، قد تكون دعوى القسمة إما دعوى عقارية أو دعوى منقولة أو دعوى مختلطة، وبما أن دعوى القسمة العقارية يكون فيها المال الشائع عقاراً، فإنها تعتبر دعوى عينية عقارية، أما من حيث الحق الذي يستند إليه المتقاسم لإقامة الدعوى، فقد تعتبر دعوى القسمة دعوى شخصية لأنها تجد سند لها في الالتزام القانوني الذي بمقتضاه "لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع" المنصوص عليه في الفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود والفقرة الأولى من المادة 27 من مدونة الحقوق العينية الجديدة، وقد تعتبر دعوى عينية لأنها تهدف إلى الحصول على حق عيني يتمثل في الملكية المفترزة³⁸، كما قد تعتبر ذات طابع مختلط لأنها من جهة تستند إلى التزام قانوني مفاده لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع ومن جهة أخرى تهدف إلى فرز حق عيني خاص بكل شريك على حدى³⁹.

ب- خصوصيات دعوى القسمة القضائية العقارية:

تنفرد دعوى القسمة القضائية للعقار بخصائص تفرد بها عن باقي الدعاوى الأخرى باعتبارها لا تقبل التجزئة، فضلاً إلى عدم إمكانية تقادمها.

1- دعوى القسمة لا تقبل التجزئة

³⁸ - المصطفى مازي: الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية: رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق وجامعة م.س، ص: 24 وما يليها.

³⁹ - المادة 313 من قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية حيث نصت على " ...القسمة البينة أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقضي بها الشياخ.

إن المقصود بخاصية دعوى القسمة لا تقبل التجزئة أنه يجب أن ترفع من طالب القسمة على جميع من عداه من الشركاء على الشياح طبقاً للمادة 316 من مدونة الحقوق العينية⁴⁰، فلا يحق إدخال من يشاء ويترك من يشاء في دعوى القسمة، بل يتعين على الذي يرغب في الخروج من الشياح أن يدخل كافة الشركاء، إذ جاء في إحدى القرارات القضائية ما يلي: "... وحيث أن الحق في القسمة غير قابل للتجزئة ومن ثم يلزم إدخال كافة المالكين على الشياح... وحيث أن المدعين لم يدخلوا في دعوى القسمة الموصى له برسم الوصية المؤرخة في 04/03/1956 إلى جانب الورثة أطراف النزاع، وحيث أن الحكم المستأنف عندما تغاضى عن هذه القواعد المعمول بها قد جانب الصواب مما يتعين إلغاؤه وبعد التصدي الحكم بعدم قبول الطلب .."⁴¹.

وعلى اعتبار عدم قابلية دعوى القسمة العقارية للتجزئة فإن الحكم الابتدائي القاضي برفضها ينبغي أن يشمل في المرحلة الاستئنافية كل الشركاء على الشياح سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم.

وهذا ما سبق لمحكمة النقض أن أقرته، حيث اعتبرت بأن المحكمة التي قضت بعدم قبول الاستئناف الذي لم يشمل كل المشاعين سواء كانوا مستأنفين أو مستأنف عليهم تكون قد بنت قرارها على أساس من القانون⁴²، كما جاء في قرار آخر⁴³ أن: "دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة، وإذا تعدد المحكوم عليهم وكان النزاع غير قابل للتجزئة كما هو الحال في دعوى القسمة، فإن توجيه الطعن بالنقض من أحدهم ضد المدعين دون بقية المدعى عليهم يجعل الطعن غير مقبول".

ومن جهة أخرى جاء في قرار آخر لمحكمة النقض عدد 297 بتاريخ 17/04/2004 الملف العقاري 01/1/522 أنه: "ليس في القانون ما يلزم المحكوم عليهم باستئناف الحكم ضد بقية المحكوم عليهم الذين لهم الحق في استئناف الحكم أو قبوله.

والمحكمة التي قضت بعدم قبول استئناف المحكوم عليهم لعدم توجيهه ضد بقية المحكوم عليهم تكون قد جردت قرارها من الأساس القانوني وعرضته للنقض".

إلا أنه يتضح من خلال القرار الأخير لمحكمة النقض المشار إليه سابقاً أنه أغفل خاصية عدم قابلية دعوى القسمة العقارية للتجزئة، وهذا ما جعل من القرار ينفرد عن باقي القرارات الأخرى التي استقرت عليها محكمة النقض على اعتبار دعوى القسمة لا تقبل التجزئة، كما أن الأخذ بهذا القرار يعد خرقاً واضحاً لمبدأ قانوني يتعلق بالنظام العام

⁴⁰ تنص المادة 316 من قانون 39.08 على أنه: "لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء...".

⁴¹ قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 7862 صدر بتاريخ 01-12-1998 ملف عقاري عدد 98/1157 أورده المصطفى مازي: الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بوجدة، مرجع سابق، ص 26.

⁴² قرار محكمة النقض عدد 485 صدر في 26/06/2002 في الملف الشلاعي عدد 01/400 أشار إليه المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، مرجع سابق، ص 26.

⁴³ قرار محكمة النقض عدد 3997 بتاريخ 29/10/2000 ملف مدني عدد 3997 أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى من سنة 1998 إلى 2004.

وهو قصر أثر الاستئناف على أطرافه لأنه لا يعقل أن يتضرر شخص بحكم لم يكن طرفاً فيه، ولم تتح له الفرصة للدفاع عن نفسه وإبداء ما عنده أمام القضاء، لأنه لا يمكن أن تحكم بين شخصين في مال ثالث⁴⁴.

أما إذا تعلق الأمر بعقار محفظ فيتوجب في دعوى القسمة إدخال جميع المالكين على الشياخ المسجلة أسماؤهم بالرسم العقاري أو بشهادة الملكية العقارية، فإذا أغفل أحدهم كانت الدعوى غير مقبولة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في إحدى قراراتها: "حيث إن الطلب يرمي إلى الحكم بقسمة عقار مقيد بالرسم العقاري عدد 32259/س...وحيث أنه من الشروط عملاً بقول ابن عاصم" وينقض القسم لوارث ظهر"...حيث أن المحكمة بإطلاعها على شهادة الملكية المدلى بها تبين لها أن الطرف المدعي لم يدخل في الدعوى مالك على الشياخ مقيد بالرسم العقاري والمسعى....، حيث تكون الدعوى معيبة شكلاً ويتعين التصريح بعدم قبولها⁴⁵.

إذ أنه في دعوى القسمة للعقار المحفظ أن توجه ضد جميع الشركاء المقيدين بالرسم العقاري المطلوب قسمته دون سواه، ولا يجبر الطالب على إدخال من لم يرد اسمه بالرسم العقاري في الدعوى، لأنه غير ملزم بإتمام النقص الحاصل في أسماء المالكين المسجلين في الرسم العقاري بسبب وفاة أحد الشركاء وعدم تقييد ورثته مكانه في الرسم المذكور⁴⁶.

إذ أن هذا التوجه وإن كان يبدو سديداً من الناحية القانونية لأنه يتماشى مع مقتضيات الفصول 65 و 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري 14.07، حيث لا يعتد بأي حق عيني متعلق بعقار محفظ، ويعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقيده بالرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، إلا أنه مع ذلك يؤخذ على قانون 14.07 الذي لم يأخذ بعين الاعتبار ما أفرزه الواقع العملي من عدم مطابقة الوضعية القانونية للعقار ومع وضعيته الواقعية نتيجة لما يسي بظاهرة عدم تحيين الرسوم العقارية وانعكاساتها السلبية على التنمية والأمن العقاريين⁴⁷.

2- دعوى القسمة لا تسقط بالتقادم.

يقضي الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود أن جميع الدعاوى تسقط بمرور مدة معينة من الزمن، إلا أن الاستثناء من هذا المبدأ والذي يشمل القسمة القضائية للعقار، فإنها دعوى لا تسقط بالتقادم لأنها مرتبطة بحالة

⁴⁴ - المصطفى مازي : "الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوجدة، م.س، ص: 26 وما بعدها.

⁴⁵ - حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بتاريخ 2009-2012 في الملف العقاري عدد 09-21-968، غير منشور.

⁴⁶ - قرار محكمة النقض رقم 875 بتاريخ 1996/12/20 في نلف الأحوال الشخصية لرقم 91/6089 أورده عبد العزيز توفيق: "قضاء المجلس الأعلى خلال أربعين سنة، م.س، ص: 121 وما بعدها.

⁴⁷ - طارق دخيسي: "تحيين الرسوم العقارية وأثره على التنمية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار بكلية الحقوق وجدة، سنة 2007-2008، ص: 12.

الشيوع، ولا تزول إلا بزواله، وتجد هذه الخاصية سندها القانوني في الفصل 981 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن دعوى لا تسقط بالتقادم⁴⁸.

ثانيا: أطراف دعوى القسمة

إن أطراف دعوى القسمة غالبا هم الشركاء في الملك الشائع، حيث يمثلون في دعوى إما بصفتهم مدعين وأما مدعى عليهم، ودعوى القسمة لا تقتصر على الشركاء وحدهم بل تتعداهم إلى كل من الدائنين الذين لهم الحق في التدخل حماية وضمانا لحقوقهم⁴⁹، بل يمكن أن تمتد حتى إلى الغير الذي تؤثر الدعوى على حقوقه، لذلك تدخل المشرع قصد حماية للأطراف لذلك ساعمل على التطرق لكل طرف على حدى.

أ-المدعي في دعوى القسمة:

ترفع دعوى القسمة من طرف المدعي الذي يرغب الخروج من الشيع باعباره واحد من المالكين، كما يمكن أن يكون نائبه الشرعي متى تعلق الأمر بصبي عديم أو ناقص الأهلية أو محجورا عليه، ولا بد أن يشير في المقال الافتتاحي للدعوى بمجموعة من البيانات⁵⁰.

وإذا قدم عدة شركاء على العقار المشاع، كل على حدى مقالا افتتاحيا قصد قسمة العقار الشائع، فمن يعتبر في هذه الحالة مدعيا؟

إن المشرع المغربي لم يجب على هذا الإشكال حيث سكت بخصوص هذا الموضوع بخلاف نظيره الفرنسي الذي اعتبر المدعي في هذه الحالة هو أول من وضع مقاله بكتابة ضبط المحكمة بصفة قانونية طبقا للمادة 967 من قانون المسطرة المدنية⁵¹.

ويلزم لتكون دعوى القسمة العقارية مقبولة قانونا، أن يكون المدعي ذو صفة وذو أهلية و ذو مصلحة في التقاضي طبقا للفصل 1 من قانون المسطرة المدنية.

وإذا كان شرط المصلحة لا يثير أي إشكال في دعوى القسمة ما دام المشرع قد افترض وجود هذه المصلحة لدى الشريك بمجرد رفعها لها، لأنه لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع، بل أكثر من ذلك فإن دعوى القسمة قد تقبل من

⁴⁸ - المصطفى مازي : الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، م.س، ص: 28.

⁴⁹ - تنص المادة 320 من قانون 39.08 على أنه: " يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار"، كما ينص الفصل 1085 من ق.ل.ع.

⁵⁰ - ينص الفصل 32 من ق.ل.ع في فقرته الأولى: " يجب أن يتضمن المقال الافتتاحي أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة أو موطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعى وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي...".

⁵¹ - Article 967 du procédure civil Français stipule que « Entre deux demandeurs, la poursuite appartiendra à celui qui fait viser le première l'original de son exploit par le greffier du tribunal.. ».

- www.legifrance.gouv.FR. le 29/04/2013.

شريك في العقار الشائع حتى ولو كانت مصلحته في غير ذلك، ونفس الشيء بالنسبة لشروط الأهلية الذي يخضع للقواعد العامة.

فإن شرط الصفة يثير عدة إشكالات منها ما هو قانوني ومنها ما هو واقعي، فما المقصود بالصفة في دعوى القسمة العقارية، وما هي الإشكالات التي تطرحها سواء على المستوى القانوني وعلى مستوى الواقع العملي؟

فالمقصود بالصفة توفر سلطة لمباشرة الدعوى أي إثبات سند المدعي باعتباره طرفا في النزاع وقيام علاقة تربطه بالنزاع المعروض على القضاء كمدعي حقيقي لنفسه⁵²، سواء كان شريكا أصليا أو خلفا عاما كالوارث أو الموصى له في أحوال معينة، أو خلف خاصا كالمشتري لحصة أحد الشركاء، وبالنسبة للقضاء المغربي فإن التصرف في جزء معين ومفرض من العقار الشائع لا يخول المشتري صفة شريك في ذلك العقار، بل يعتبره كدائن للشريك الذي تصرف إليه⁵³.

فالمدعي في دعوى القسمة يمكن أن يكون شريكا واحدا، كما يمكن أن يكون أكثر من ذلك أو أن يوكل عنه وكيفا يتقاضى باسمه بمقتضى وكالة صحيحة، وإذا حدث أن توفي الشريك المدعي أثناء النظر في دعوى القسمة أصبح ورثته ذو صفة لمتابعة الإجراءات ويشترط الإدلاء برسم الإرث لإثبات صفتهم كخلف عام للمتوفي⁵⁴.

ونشير إلى أنه متى كان العقار الشائع محفظا، فإن صفة المدعي لا تثبت إلا للذين قيدوا حقوقهم بالرسم العقاري، غير أنه قد يكون العقار الموروث قد سبق الترافع بشأنه وصدر حكم ابتدائي أو استئنائي في غير مصلحة المورث، فهل في هذه الحالة يحق للورثة الطعن في الحكم رغم عدم تقييد إرائتهم؟.

في هذا الصدد أجاب قرار صادر عن محكمة النقض عن هذا الإشكال حيث جاء فيه: "...مجرد إثبات الورثة لصفته الإرثية في الهالك، يخولهم حق الطعن بالاستئناف في الحكم ولو لم تقيد إرائتهم بالرسم العقاري والقرار المطعون فيه القاضي بعدم قبول استئناف الورثة يكون عديم الأساس القانوني ومعرضا للنقض"⁵⁵.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض جاء فيها: "...الصفة من النظام العام ويمكن للمحكمة أن تثيرها تلقائيا إذا كان رسم للإرث يشير إلى أسماء كل الورثة ..."⁵⁶.

فموقف محكمة النقض قد صادفت الصواب لأنه لا يمكن القول بانعدام الصفة بناء على نصوص قانون التحفيظ العقاري⁵⁷، التي تتعلق بالحق موضوع الدعوى لا بإجراءاتها، أما الصفة فإنها تخضع لقواعد مسطرية.

⁵² عبد العزيز حضري: "المسطرة المدنية" مطبعة طه حسين، الطبعة 2005، ص: 21.

⁵³ - المصطفى مازي: "مرجع سابق، ص: 29.

⁵⁴ - جيهان زاوش: "دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق وجدة، سنة

2011-2012، ص: 12.

⁵⁵ - قرار محكمة النقض عدد 734 بتاريخ 1995/03/05 ملف مدني عدد 87/3905 منشور بمجلة القضاء الأعلى العدد 47 لسنة 1995، ص: 35.

⁵⁶ - قرار محكمة النقض بتاريخ 2006/11/22 تحت عدد 660 في الملف الشرعي عدد 03/378 منشور بمجلة القصر عدد 23، ص: 198 وما

بعدها

والملاحظ أن هذا الموقف على الرغم من واقعيته فإنه مع ذلك لم يسلم من بعض الجدل الفقهي، إذ منهم من يرى أن موقف محكمة النقض جاء في غير محله، بعلّة كون الشخص المقيد يعتبر وحده صاحب الملكية، لكن هذه الحقيقة القانونية تقابلها في كثير من الأحيان حقيقة واقعية تشهد بأن المالك المقيد بالرسم العقاري قد توفي وبالتالي انتقلت عنه أهلية الوجوب وأهلية الأداء⁵⁸.

والإشكال المطروح في هذه الحالة إذا توفي أحد الشركاء ولم يتم ورثته بتقييد حقوقهم في السجل العقاري والنص على وفاة الموروث، والحال أن الشريك الآخر يريد وضع حد لحالة الشياخ عن طريق القسمة، فهل يتعين عليه رفع الدعوى ضد الهالك المتوفى الذي لازال اسمه مقيدا بالرسم العقاري؟ أم عليه مخاصمة الورثة؟.

وبالرجوع إلى الفصل 114 من ق.م.م الذي ينص على أنه: "لا تؤخر وفاة الأطراف أو تغيير وضعيتهم بالنسبة إلى الأهلية الحكم في الدعوى، إذا كانت جاهزة"، لكن لا بد من تتبع الاجتهاد القضائي، إذ جاء في إحدى قرارات محكمة النقض ما يلي: "...يكون طلب القسمة مقبولا إذا أدخل في الدعوى جميع الشركاء المقيدين بالرسم العقاري أو ورثتهم حسب ما وقع تعيينهم أثناء سريان المسطرة وليس على طالب القسمة سد النقص الحاصل في الرسم العقاري من جراء عدم تقييد باقي الشركاء فيه.

إن المالك على الشياخ للعقار المحفوظ يعد باقيا على قيد الحياة ما لم تقيد وفاته بالرسم العقاري وأن الحقوق العينية المنجزة بالإرث من شريك في العقار المحفوظ تعتبر غير موجودة إن لم تقيد بالرسم المذكور.

وفي حالة إدعاء وفاة شريك دون أن تكون وفاته مقيدة بالرسم العقاري يتعين على طالب القسمة توجيه دعواه ضده لا ضد غيره ممن يدعون إرثه ودون تقييد لحقوقهم.

وإذا رجعت شهادة التسليم مشيرة إلى تعذر التبليغ بسبب وفاة المعني بالأمر فعلى القاضي المختص أن يعتبر المدعى عليه غائبا وأن يعين عنه وكيفا عند إنجاز القسمة⁵⁹...

إلا أن هذا القرار استند على مدرجات الرسم العقاري ليصرح بأن الموروث لا زال حيا وذو صفة يتعين توجيه الدعوى ضده، ما دامت وفاته لم تقيد بالرسم العقاري، إلا أن هذا الأمر يعتبر في الحقيقة من الإفرازات السلبية لنظام التحفيظ العقاري المغربي الذي لا يعترف بالحقائق الواقعية إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري، مما ينتج عنه في كثير من الأحيان عدم مطابقة الحقيقة القانونية للحقيقة الواقعية⁶⁰، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قرار محكمة النقض

⁵⁷ راجع الفصلين 66 و 67 من قانون 14.07.

⁵⁸ عز الدين الماحي: "التركة بين واقعة الوفاة والتسجيل" ندوة الأنظمة العقارية في المغرب نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، يومي 5 و 6 أبريل 2002، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى ص 271 وما بعدها.

⁵⁹ قرار محكمة النقض عدد 115 بتاريخ 14/02/1969 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 7، أبريل 1969، ص: 7 وما بعدها.

⁶⁰ - المصطفى مازي: الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، م.س، ص: 32.

أجاز إمكانية مقاضاة شخص ميت وهذا التوجه فيه خرق واضح لحق الدفاع الذي يعتبر من أهم الركائز التي يقوم عليها مبدأ العدالة.

ولا يشفع لهذا القرار كونه اعتبر المدعى عليه الميت بمثابة غائب يجب أن يعين وكيلًا عنه، لأن مهمة وكيل الغائب تتمثل في البحث والدفاع عن مصالحه، لكن في هذه الحالة فالوكيل لا يمكنه البحث عن مدعى عليه ميت، ولهذا تراجعت محكمة النقض في قرار آخر⁶¹: "... بمقتضى الفصول 230 و 321 و 322 و 232 من مدونة الأسرة فإن الإرث يستحق بموت الموروث حقيقة أو حكماً وبتحقيق حياة وارثه بعده وإخراج الحقوق المتعلقة بالتركة، وبهذا فإن ملكية التركة انتقلت إلى الورثة بمجرد الوفاة، وقبل تقييدهم في الصك العقاري لأنه إذا توفي صاحب الحقوق العقارية فإن حقوقه تنتقل مباشرة إلى رسم الورثة وأن بقاء موروثهم مقيداً بالرسم العقاري لا يخرج عن كونه وضعياً مادية ألغى الموت مفعولها القانوني، لأن الميت عدم والعدم لا يملك حقوقاً والمحكمة لما صرحت بأن الطالبين احتلوا العقار قبل تقييد إرائتهم واعتبرتهم محتلين بدون سند قانوني، فإنها لم تركز قرارها على أساس".

وانطلاقاً مما سبق أن دعوى القسمة تستلزم لمباشرتها تقييد الإرثة في السجل العقاري، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.

والرأي فيما اعتقد أنه يمكن للورثة صلاحية التدخل في الدعوى وذلك طبقاً للمادة 111 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه: "يقبل التدخل الإرادي ممن لهم مصلحة في النزاع المطروح"، كما يمكنهم أن يسجلوا تعرضهم على الحكم الصادر ضد مورثهم المتوفى بصريح الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية، والذي ينص على: "يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدعى هو أو من ينوب عنه في الدعوى"، وقد يحدث أن تعترض مسطرة تقييد حقوق الورثة بالرسم العقاري بعض العراقيل تجعل من المتعذر تقييدها في الحال، مما قد يفوت عنهم فرصة الطعن في الحكم، خاصة إذا علمنا أن الفصل 137 من قانون المسطرة المدنية نص على إمكانية مواصلة الدعوى بعد مرور خمسة عشر يوماً التالية لتبليغ الحكم للورثة.

ب- المدعى عليه في دعوى القسمة

بعد المدعى عليه في دعوى القسمة القضائية للعقار الشائع هو الشريك أو باقي الشركاء الذين توجه ضدهم دعوى قسمة العقار، فإذا كان العقار الشائع محفظ فيشترط لمنازعة باقي الشركاء أن يكونوا قد قيدوا حقوقهم بالسجل العقاري، وذلك من أجل اكتساب صفة التقاضي طبقاً للفصول 65 و 66 و 67 من قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري، لكن هذه الحقيقة القانونية قد تقابلها حقيقة واقعية أخرى بأن المالك المقيّد في الرسم العقاري قد توفي

⁶¹ - قرار محكمة النقض الصادر في 28 أكتوبر 2007 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 69 ، ص: 44 وما بعدها.

لتنفي عنه للأهلية⁶²، فهل الملكية في هذه الحالة تنتقل إلى الورثة مباشرة ليصبحوا شركاء فعليين وبالتالي وجب إدخالهم في الدعوى بصفة أصلية؟ أم أن هذا الانتقال يبقى متوقفا على تقييد إراثهم ليبقى المتوفى هو الشريك الفعلي؟ فإذا بادر الورثة في تقييد إراثهم بالسجل العقاري فلا يطرح أي إشكال⁶³، لكن يطرح في الحالة التي لا يبادر فيها الورثة إلى تقييد إراثهم بالسجل العقاري، ففي الحالة التي يرغب فيها أحد الشركاء الخروج من الشيع، فهل يتعين عليه رفع الدعوى ضد الشريك المتوفى والتي لا يزال اسمه مقيدا بالرسم العقاري؟ أم وجب عليه منازعة الورثة باعتبارهم الشركاء الفعليين؟.

وللإجابة عن هذا الإشكال، فلا بد من تتبع للاجتهاد القضائي لإبراز موقفه، ففي سنة 1969 جاء قرار لمحكمة النقض⁶⁴ : "...إن المالك على الشيع للعقار المحفوظ يعد باقيا على قيد الحياة ما لم تقيده وفاته بالرسم العقاري وأن الحقوق العينية المنجزة بالإرث من الشريك في العقار المحفوظ تعتبر غير موجودة إن لم تقيده بالرسم المذكور.

وإذا رجعت شهادة التسليم مثيرة إلى تعذر التبليغ بسبب وفاة المعني بالأمر، فعلى القاضي المختص أن يعتبر المدعى عليه غائبا وأن يعين عنه وكيفا عند إنجاز القسمة...".

وعليه فالملاحظ من هذا القرار أنه قد استند على الرسم العقاري والذي يعتبر حيا وذو صفة يتعين توجيه الدعوى ضده على اعتبار أن وفاته لم تقيده بالرسم العقاري.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض الصادر في سنة 1987⁶⁵ : "... كون الرسم العقاري مازال مقيدا باسم شخص توفي لا يعطي لهذا المتوفى أهلية التقاضي كما لا ينفي عن ورثته الصفة ف الدفاع عن حقوقهم في التركة...".

وانطلاقا من القرار الأخير الذي ذهب إلى كون بقاء المتوفى مقيدا بالرسم العقاري لا يجعل منه شخصا حيا يرزق ل يتم اعتباره طرفا في الدعوى، وذلك بالاستناد على مقتضيات الفصل 82 من قانون التحفيظ العقاري الذي ينص على : " لتقييد الحقوق العينية المترتبة على الإرث يجب على الورثة أو الموصى لهم أن يقدموا للمحافظ على الأملاك العقارية طلبا للتقييد مدعما بكل الوثائق المثبتة لانتقال الحق لفائدته بصفة قانونية...".

⁶² - عز الدين الماحي: "التركة بين واقعة الوفاة والتسجيل" ندوة للأنظمة العقارية في المغرب لمركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض، يومي 5 و 6 أبريل 2002، المطبعة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2003، ص: 271 وما بعدها.

⁶³ - سفيان دوهو، اختصاصات المحافظ وقاضي التحفيظ على ضوء القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق طنجة لسنة 2011-2012 ص : 34.

⁶⁴ - قرار محكمة النقض عدد 115 صادر بتاريخ 1969/02/14 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 7 أبريل 1969، ص 7 وما بعدها.

⁶⁵ - قرار محكمة النقض عدد 672 صادر بتاريخ 1987/04/1 ملف مدني عدد 84/ 2393 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40 لسنة 1988، ص 52 وما بعدها.

ثالثا : الدائنون والغير في دعوى القسمة العقارية.

بلا شك يمكن للدائنون الذين لهم مصلحة جدية التدخل في إجراءات دعوى القسمة العقارية، وفي هذا الإطار نص الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود على : " أموال المدين ضمان عام لدائنيه " إلا أنه في حالة تدخل الدائنين في دعوى القسمة تبرز إشكالية حماية حقوقهم من طرق للاحتيال التي قد يلجأ إليها بعض المالكين على الشيعاء، فكيف يمكن ضمان الحماية لحقوق الدائنين في دعوى القسمة العقارية ؟

إذا كان المشرع المغربي لا يأخذ بالدعاوى غير المباشرة، فقد أعطى للدائن إمكانية التدخل في دعوى القسمة وذلك طبقا للفصل 1085⁶⁶ من قانون الالتزامات والعقود، والمادة 320⁶⁷ من مدونة الحقوق العينية، إلا أنه ربط هذا التدخل بكون المدين معسرا، ولا لوم على المشرع في هذا المشرع ما دامت ذمة الشريك المدين موسرة، ثم إن هذا الأمر من شأنه أن يساعد على تسريع مسطرة القسمة القضائية، غير أنه ما يعاب عليه المشرع المغربي في هذا الصدد أنه جعل نفقة التدخل على عاتق الدائن المتدخل، وهو موقف منتقد وليس له ما يبرره من الناحية القانونية، لأن مصاريف الدعوى يتحملها الطرف الخاسر لها وليس الدائن⁶⁸.

ويمكن للدائن أن يتدخل في دعوى القسمة سواء كان دائن بحق شخصي أو بحق عيني كالرهن الرسمي، ليثار التساؤل هل يمنع الرهن الرسمي من إجراء قسمة العقار المشمول بالرهن ؟

فالرهن الرسمي حسب المادة 165 من قانون 39.08 ينص على أنه : " حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين " ومن بين خصائصه حق الأولوية⁶⁹ وحق التتبع⁷⁰ مع بقاء المرهون تحت تصرف المدين الراهن.

فإن الرهن لا يمنع المدين الراهن من التصرف في العقار المرهون شريطة ألا يضر التصرف بالدائن المرتهن⁷¹، ومن بين التصرفات التي يجريها الملاك على الشيعاء قسمة العقار الشائع قسمة عينية أو قسمة التصفية، فإذا كانت القسمة عينية تحول الجزء المرهون من الحصص الشائعة للمدين إلى حصته المفردة، وهذا ما أقرته محكمة النقض في أحد

⁶⁶ - ينص الفصل 1085 من ق.ل.ع على : " لدائني الشركة ولدائني كل من المتقاسمين إذا كان معسرا أن يتعرضوا لإجراء القسمة عينا عن طريق التصفية بدون حضورهم ولهم أن يتدخلوا فيها على نفقتهم كما لهم أن يطلبوا إبطال القسمة التي أجريت برغم تعرضهم " .

⁶⁷ - تنص المادة 320 من م.ح.ع على : يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار " وللإشارة لم تشر المادة إلى إمكانية إبطالها كما كان مقترحا في مشروع المدونة قبل المصادقة عليها إذ كانت عبارة " ... وإلا جاز لهؤلاء طلب إبطالها " (المادة 42).

⁶⁸ - المصطفى مازي : الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، مرجع سابق، ص 35.

⁶⁹ - المادة 197 من مدونة الحقوق العينية 39.08.

⁷⁰ - المادة 199 من مدونة الحقوق العينية 39.08.

⁷¹ - المادة 187 من مدونة الحقوق العينية 39.08.

قراراتها، إذ جاء فيه : " ... رهن العقار لا يحول دون قسمته إذا كان نزاع في ملكيته بين ملاكه، إذ صح أن يتحول الرهن إلى الجزء الذي خرج به المدين الراهن..."⁷².

فالمحكمة التي عللت قرارها بأن الرهن المنصب على كل من الطالبين لا يحول دون قسمتها، كما لا يعتبر منازعة في أصل ملكيتها تكون قد أصابت الصواب⁷³، وهذا ما أكدته قرار آخر لنفس المحكمة بتاريخ 28 دجنبر 2005⁷⁴.

كما يمكن كذلك للغير التدخل في دعوى القسمة ما دام له مصلحة أكيدة في ذلك، طبقا للفصل 111 من ق.م.م.⁷⁵، فبالرغم من أن المشرع المغربي أقر مبدأ نسبية آثار الأحكام القضائية من خلال الفصل 451 من ق.ل.ع والذي " يعتبر قوة الشيء المقضي به لا يثبت إلا بمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه ..."، فهذا المبدأ غير كفيلا بصيانة حقوق الغير، على خلاف القانون المصري والتي نصت المادة 126 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه : " يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ".

وتجدر الإشارة إلى أن المتدخل في دعوى القسمة لا يمكنه القيام بذلك إلا إذا كان ذا صفة وذا مصلحة وذا أهلية للإدعاء، فالمحكمة تثير تلقائيا انعدام الصفة والأهلية والمصلحة وهو الإذن بالتقاضي إن اقتضت الضرورة كما تنذر بتصحيح المسطرة، فإذا تم تصحيح هذه المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة، وإلا صرحت المحكمة عكس ذلك.

الفقرة الثانية : القواعد الشكلية لدعوى القسمة العقارية.

ينتهي الشيعاء إما بالهلاك الكلي للعقار أو عن طريق القسمة، فإن القاضي الذي ترفع أمامه قسمة عقار من العقارات المملوكة على الشيعاء يكون ملزما قبل البت في موضوع الدعوى بأن ينظر إلى ما إذا كانت الدعوى قد استوفت شروط صحتها وفق الإجراءات الشكلية المحددة قانونا، وهل هو مختص في البت فيها أم لا، فإن تحقق هذين الشرطين يباشر القاضي عمله باستدعاء الخصوم لتأخذ الدعوى مسارها في التقاضي، وتبعاً لذلك سأتناول هذه الشكليات كما يلي :

⁷²- قرار محكمة النقض 213 بتاريخ 2002/03/20 في الملف العقاري عدد 308 /99/1/2 أورده المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة العقارية، مرجع سابق، ص 36.

⁷³- تنص المادة 323 من مدونة الحقوق العينية على أنه : " إذا كانت حصة أحد الشركاء مثقلة بحق عينية قبل القسمة، فإن هذا الحق ينتقل ليثقل الجزء المفرز الذي آل إلى هذا الشريك ".

- كما يمكن أن يشمل الرهن باقي الشركاء إذا ما رتبوا هذا الحق مجتمعون (المادة 322 من مدونة ح.ع).

⁷⁴- قرار لمحكمة النقض بتاريخ 2005/12/28 نص على " حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه على القسمة لا تستلزم الإدلاء برفع اليد على المحجوز والرهن، إذ أن حقوق الدائنين تبقى مسجلة بالرسم العقاري، وتنتقل إلى لأنصبة التي آلت إلى المدينين...". مجلة سلسلة للأنظمة والمنازعات العقارية، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب على ضوء قانون 39.08 لمحمد الهيني، منشورات مجلة الحقوق، طبعة 2012/6.

⁷⁵- الفصل 111 من ق.م.م " يقبل التدخل الإرادي ممن له مصلحة في النزاع المطروح ".

أولاً: شكليات دعوى القسمة العقارية

يقصد بشكليات دعوى القسمة البيانات التي يتعين الالتزام بها في الطلب الرامي إلى رفع دعوى القسمة أمام القضاء، فحسب الفصل 31 من ق.م.م ترفع دعوى القسمة إلى المحكمة الابتدائية بمقال افتتاحي كتابية وموقع من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصياً ليحرر بعدها أحد أعوان كتابة الضبط المكلفين محضراً يوقع من طرف المدعي أو يشار فيه إلى أنه لا يمكن له التوقيع⁷⁶، إلا أنه لا يمكن قبول دعوى القسمة إلا عبر تقديم مقال مكتوب وفق التعديل الذي لحق فصول ق.م.م بواسطة ظهير 10-09-1993، وبذلك أصبحت ترفع لزوماً بمقال مكتوب وموقع عليه من طرف محامي مسجل بجدول هيئات المحامين بالمملكة وفقاً لقانون المحاماة المغربي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشكليات في دعوى القسمة تكون كتابية طبقاً للفصل 45 من ق.م.م والذي ينص على أنه: "تطبق أمام المحاكم الابتدائية قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستئناف...".

وحتى يتمكن القاضي من إتمام إجراءات الدعوى لإنهاء حالة الشيع، يجب عليه التأكد من ضرورة توجيه المقال الافتتاحي وإدخاله كافة المالكين على الشيع وإلا اعتبرت الدعوى معيبة شكلاً وغير مقبولة، هذا ما نصت عليه المادة 316 من م.ح.ع إذ لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء فإذا انتفى هذا الشرط على الرغم من توفر المقال الافتتاحي على الشكليات الأخرى تم البت فيها بعدم القبول، على اعتبار هذا الشرط هو الذي يمنح الانطلاقة الأساسية لسير إجراءات الدعوى، إذ نجد معظم الأحكام القضائية التي تقضي بعدم قبول دعوى القسمة شكلاً بعلّة عدم إدخال جميع الشركاء في العقار المشاع، وفي هذا الصدد نورد بعض القرارات والأحكام القضائية فيما يتعلق بمحكمة النقض إذ جاء في أحد قراراتها⁷⁷: "إن قسمة التركة يجب أن تشمل الدعوى جميع الورثة ومن واجب المحكمة أن تشير تلقائياً لو لم يتمسك به الأطراف لأن تنفيذ الحكم بالقسمة بين البعض سيؤدي بالضرورة إلى ضياع حقوق الباقين، ولهذا يتعرض للنقض القرار الذي أفاد أن قسمة المتروك وقعت بين الأولاد دون والدتهم التي هي من جملة الورثة".

وفضلاً عن شكلية الكتابة في دعوى القسمة هناك شكليات أخرى تتمثل في ضرورة مراعاة المقال الافتتاحي لضوابط الفصل 32 من ق.م.م بتضمينه :

- التعريف بالأطراف في الدعوة ولارتباطه بتحديد الاختصاص المكاني للمحكمة مع بيان الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات.

⁷⁶ - عبد اللطيف البغيل : " المختصر في الدعوى المدنية وإجراءاتها وفق قانون المسطرة المدنية المغربي " مطبعة سبارطيل بطنجة لسنة 2006، ص 84.

⁷⁷ - بثينة العلوط " القسمة القضائية للعقار، مطبعة دار السلام بالرباط، الطبعة الأولى لسنة 2005 لسنة 2011، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها.

⁷⁷ - قرار محكمة النقض عدد 174 الصادر بتاريخ 31-03-1981 أورده عبد العزيز توفيق، قضاء محكمة النقض في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى سنة 2002، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، المطبعة الأولى 2003، ص 136.

- بيان موضوع الدعوى الذي يعد هو طلب إجراء قسمة العقار و فرز الأنصبة حسب عدد الشركاء.
- ملخصا للوقائع المتعلقة بدعوى القسمة.

أما في حالة إغفال هذه الشكليات المنصوص عليها في الفصل 32 من ق.م.م المذكورة أعلاه فيكون مصير دعوى القسمة هو عدم القبول⁷⁸.

ثانيا : المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة

إن الشريك الذي يرغب بأن يستقل بنصيبه في العقار المشاع إما عن طريق قسمة التصفية أو القسمة العينية، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا ومكانيا للبت فيها.

أ-الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى داخل الجهة القضائية الواحدة⁷⁹، بغض النظر عن قيمتها، وتعتبر المحاكم الابتدائية هي صاحبة الولاية العامة للنظر في دعوى القسمة، وهذا ما أكده الفصل 18 من ق.م.م: " إذ تختص المحاكم الابتدائية بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة..."

كما يمكن للأطراف الدفع بعدم الاختصاص طبقا للفقرة الأولى من الفصل 16 من ق.م.م الذي ينص على أنه : " يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص سواء أكان نوعيا أو مكانيا لا علاقة له بالنظام العام، ولا يثير أي إشكال بالنسبة للاختصاص المحلي، فإنه غير مستساغ قانونا بالنسبة للاختصاص النوعي، وذلك من خلال الفقرة الخامسة من الفصل 16 من ق.م.م إذ تنص على أنه:" يمكن الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا من لدن محكمة الدرجة الأولى"⁸⁰.

فالاختصاص النوعي حسب الفقرة السالفة الذكر لا يتعلق بالنظام العام، ولا بالنسبة للأطراف فقط ولكن كذلك حتى بالنسبة لقضاء الدرجة الأولى في حدود ضيقة، فالفقرة لم تفرض على قضاء الدرجة الأولى الحكم بعدم الاختصاص النوعي بل أقرت له بهذه الإمكانية فقط من خلال ورود عبارة "يمكن"⁸¹.

وتخص المحاكم الابتدائية بالنظر ابتدائيا مع حفظ حق الاستئناف أمام غرفة الاستئناف بالمحاكم الابتدائية التي يكون محلها عقارا إلى غاية 20.000 درهم، وأمام محاكم الاستئناف إذا تجاوزت دعوى القسمة المبلغ السابق⁸².

⁷⁸- عبد الكريم الطالب : " الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية " مطبعة وراقاة الوطنية، مراكش، الطبعة الخامسة، لسنة 2008، ص 176 وما بعدها.

⁷⁹- الطيب الفصايلي : التنظيم القضائي في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1995 ص 128.
- وداد العيدوني : المنظومة القضائية المغربية، دراسة في الهياكل والاختصاص، مطبعة سليكي إخوان، طنجة، الطبعة الأولى 2013 ص 160.

⁸⁰- محمد الكشور : " القسمة القضائية في القانون المغربي"، م.س، ص: 246.
- عبد الكريم الطالب: " الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية مطبعة رواق الوطنية ، الطبعة الخامسة 2008، م.س، ص: 25 وما بعدها.

⁸¹- جيهان زاوش: " دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، م.س، ص: 20
⁸²- إدريس الفاخوري : " مدونة الحقوق العينية عللا ضوء القانون 39.08 مطبعة الجسور وجدة، الطبعة الأولى 2012، م.س، ص: 252.

إلا أنه يطرح الإشكال حول الجهة القضائية المختصة في النظر في قسمة العقار في طور التحفيظ، فهل يعود هذا الاختصاص لمحكمة التحفيظ أم يعود للقضاء العادي؟

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد محكمة النقض قد أقرت إمكانية قسمة العقار في طور التحفيظ من طرف القضاء العادي، حيث جاء في حيثياته⁸³: "يتعرض للنقض القرار القاضي بعدم قبول الدعوى بعله أن العقار المطلوب قسمته ضمن أموال التركة هو عقار في طور التحفيظ وبالتالي فالاختصاص يعود للقضاء العادي".

والرأي فيما اعتقد أن هذا الاجتهاد جاء في محله لأن موضوع القسمة عبارة عن تركة، وقد أوجب على المدعي إقامتها أمام المحكمة التي افتتحت التركة بدائرتها حسب الفصل 28 من ق.ل.ع، على اعتبار أن تقديم مطلب التحفيظ أمام المحافظ يعتبر مجرد إجراء ابتدائي قد يتحول إلى رسم عقاري وقد يتم إلغاؤه.

ب- الاختصاص المحلي.

ويقصد به المحكمة المختصة جغرافيا أو مكانيا بنظر الدعوى، وتختص كل محكمة بقضايا منطقة تسمى "دائرة اختصاص المحكمة"⁸⁴.

والقاعدة العامة في الاختصاص المحلي على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في أقرب محكمة إليه⁸⁵، وينص الفصل 28 من ق.م.ق على ما يلي: "تقام الدعاوى العقارية سواء تعلق الأمر بدعوى الاستحقاق أو الحيابة أمام محكمة موقع العقار المتنازع فيه".

وعليه إذا كان موضوع دعوى القسمة عقارا أو تركة وجب إقامتها أمام محكمة موطن العقار أو محكمة محل افتتاح التركة⁸⁶، إلا أنه مع ذلك يطرح الإشكال في الحالة التي توجد فيها عدة عقارات مشتركة ولا تقع في دائرة نفوذ محكمة واحدة، فأى من المحاكم الابتدائية التي يعود لها الاختصاص بالبت في دعوى قسمة هذه العقارات؟ وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه⁸⁷ بأن دعوى القسمة يجب أن ترفع أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها أكبر هذه العقارات قيمة، على اعتباره رأي وجيه والذي يفرضه المنطلق القانوني السليم وحسن سير العدالة من الناحية الإجرائية، وأمام غياب أي نص قانوني يقضي بذلك إلا أنه يطرح إشكال آخر في حالة ما إذا تساوت قيمة العقارات، فما هي المحكمة المختصة؟

⁸³ - قرار محكمة النقض بتاريخ 1990/09/25 في الملف العقاري عدد 28/5254 أولردته جهان زاوش: دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، م.س، ص:20.

⁸⁴ - الطيب الفصايلي: "التنظيم القضائي في المغرب"، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى لسنة 1995، م.س، ص: 129.

⁸⁵ - جهان زاوش: "دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وجدة لسنة 2011-2012، م.س، ص: 21.

⁸⁶ - محمد الكشور: "القسمة القضائية في القانون المغربي"، م.س، ص: 244.

⁸⁷ - إدريس الفاخوري: مدونة الحقوق العينية على ضوء القانون 39.08، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2012، ص: 216.

والرأي فيما اعتقد أنه يمكن رفع الدعوى أمام أي محكمة وقع عليها الاختيار من طرف المدعي إذا ما تساوت قيمة العقارات المراد قسمتها، وفي حالة النزاع حول تحديد قيمة هذه العقارات فلا مانع من اللجوء إلى الخبرة لتحديد أي العقارات أكثر قيمة.

ثالثا: التبليغ في دعوى القسمة.

فالتبليغ هو إيصال أمر أو واقعة ثابتة إلى شخص معين على يد أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين، أو عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل، أو بالطرق الإدارية⁸⁸، والهدف هو ضمان علم المبلغ إليه بالأمر المراد تبليغه.

وبناء عليه يجب على القاضي في دعوى القسمة العقارية للمال المشاع أن يستدعي حالا المدعي والمدعى عليه كتابة إلى جلسة يعين تاريخها ضمن الاستدعاء، ويتضمن هذا الأخير مجموعة من البيانات المنصوص عليها في الفصل 36 من ق.م.م كما يرفق بشهادة يبين فيها من سلم له الاستدعاء وفي أي تاريخ، ويلزم أن توقع الشهادة من الطرف أو الشخص الذي تسلمها في موطنه⁸⁹ وإذا عجز عن التوقيع أو رفضه أشار إليه المكلف بالتبليغ مع توقيعه على هذه الشهادة في جميع الأحوال ويرسلها إلى كتابة الضبط بالمحكمة.

وتجدر الإشارة إلى أن شهادة التسليم التي ترفق بالاستدعاء في دعوى القسمة تعتبر وثيقة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالنزور⁹⁰، ثم إن كل تبليغ لم يتضمن هذه الشكليات يكون باطلا غير أنه في الأحوال التي يكون فيها موطن أو محل إقامة أحد الأطراف غير معروف، فإن القاضي يقوم بتعيين عون من كتابة الضبط بصفته فيما يبلغ إليه الاستدعاء، وذلك وفقا للفقرة السابعة من الفصل 39 من ق.م.م ليقوم هذا الأخير بالبحث عن هذا الطرف بمساعدة من النيابة العامة، إلى حين الوصول إلى معرفة محل أو موطن إقامة الطرف المبحوث عنه، ليتم إخبار القاضي ليقوم بإخطاره بالمسطرة وتحديد تاريخ الجلسة، وإذا حضر الأطراف فإن القاضي يطرح القضية للمناقشة⁹¹، ليتم بعدها استئناف مسطرة دعوى القسمة والتي تمر عبر مرحلتين أساسيتين هما مرحلة إعداد مشروع القسمة والمصادقة عليها ليتم بعدها مباشرة تنفيذ الحكم القاضي بقسمة العقار محل النزاع.

المبحث الثاني : مراحل مسطرة القسمة القضائية العقارية.

⁸⁸ - عبد الكريم الطالب : " الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م.س، ص: 181.

⁸⁹ - إبراهيم بحماني : " تنفيذ الأحكام العقارية"، مطبعة دار السلام بالرباط، الطبعة الثالثة لسنة 2012، ص: 76 إلى 86.

⁹⁰ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 9690 صادر بتاريخ 13 شتنبر 1999 ملف مدني عدد 21/6917 أورده المصطفى مازي : الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، مرجع سابق، ص 43.

⁹¹ - المصطفى مازي : الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، مرجع سابق، ص 43.

- محمد يحيى ولد أحمدناه : إجراءات التبليغ والتنفيذية العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بطنجة لسنة 2009-2010.

بمجرد تحقق القاضي المقرر من توصل جميع أطراف الدعوى بالاستدعاءات، وبعد تقديم المدعى عليه أو المدعى عليهم مذكراتهم الجوابية وتبادل المذكرات التعقيبية بين أطراف الدعوى والمتضمنة دفوعات وملازمات كلا الطرفين المتنازعين، يتتبع القاضي مراحل الدعوى إلى حين أن تصبح القضية جاهزة للبت فيها، على أساس من أول جلسة يطرح طلب إجراء القسمة للمناقشة قبل إقفال القضية وحجزها للمداولة، لتأتي بعد هذه المرحلة إعداد مشروع القسمة والتي تعتبر من أهم المراحل التي تمر منها القسمة القضائية للعقارات موضوع الخصومة، وذلك لما ترتبط به من إجراءات قانونية وعمليات تقنية دقيقة، ولما يمكن أن تحدثه من تأثير على حقوق الأطراف كانوا ملاكا أو أغيرا، ليأتي بعدها مرحلة تنفيذ الحكم القاضي بقسمة العقارات، وهو مرتبط بمدى نجاح الأعمال التقنية والقانونية التي عرفتها مرحلة إعداد مشروع القسمة (المطلب الأول) وإنهاء حالة الشياخ بتنفيذ الحكم الصادر بالقسمة العقارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعداد مشروع القسمة العقارية.

تتطلب هذه المرحلة من إنجاز القسمة العقارية مجموعة من إجراءات تقنية وقانونية، فالأمر يقتضي إسناد هذه المهمة إلى الخبير العقاري الذي يقوم بإعداد مشاريع لفرز الأنصبة للعقار المشاع وفق رسوم بيانية غاية في التحديد والدقة، وعليه يقتضي إناطة هذه المهمة للخبرة القضائية، وذلك عن طريق حكم تمهيدي يقضي بتعيين خبير وتحديد المهام المنوطة به، فإذا كان العقار قابلاً للقسمة العينية أو البتية أعد مشروعاً لقسمة (الفقرة الأولى) أما إذا كان العقار غير قابلاً للقسمة فيقترح الخبير بيعه بالمزاد العلني عن طريق قسمة التصفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجهة التي تقوم بإعداد مشروع القسمة.

تتطلب القسمة العقارية الإلمام بمجموعة من العمليات التقنية والفنية الدقيقة، والتي يستعصي على القاضي أن يجيدها مثل تحديد القيمة الفعلية للعقار، أو بالتعرف على نوعية التربة وجودتها، أو بإعداد مشاريع لفرز الأنصبة، لذلك يقضي بإناطة هذه المهمة إلى خبير عقاري باعتباره ذوي الاختصاص في هذا المجال، ولذلك فالقاضي يعتمد إلى إصدار حكم تمهيدي يقضي بتعيين خبير أو عدة خبراء لإعداد مشروع القسمة (أولاً) وذلك من خلال تقرير وفق المهام المنوطة إليه (ثانياً).

أولاً: الحكم التمهيدي بتعيين خبير في دعوى القسمة

ينص الفصل 59 من ق.م.م على أنه: "إذا أمر القاضي بإجراء خبرة عين الخبير الذي يقوم بهذه المهام تلقائياً أو باقتراح الأطراف واتفاقهم..." ويفيد أن للقاضي صلاحية اللجوء إلى الخبرة⁹² كلما اقتضت الضرورة، ويتم تعيين الخبير إما من طرفه أو بناء على اقتراح مقدم من لدن الأطراف بعد اتفاقهم، فيحق للمدعي أن يطلب بإجراء الخبرة بتعيين خبير سواء في مقاله الافتتاحي أو في مقال إضافي، كذلك يمكن للمدعى عليه أن يطلبها في مقال أثناء النظر في الدعوى، كما يمكن لهما أن يتفقا على انتداب خبير بتقديم عريضة للقاضي تتعلق بذلك⁹³.

ويعتبر الحكم التمهيدي بتعيين خبير في دعوى القسمة إجراء تحقيقي يلجأ إليه القاضي من أجل استجلاء موضوع محل النزاع، وهذا يعني أن الخبرة لا يمكن أن تكون موضوعاً لدعوى مستقلة⁹⁴، وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بالحسيمة⁹⁵: "...وحيث إن طلب الخبرة لا يشكل لوحده موضوعاً لدعوى مدنية تستهدف البت في نزاع معين، وذلك أن الخبرة ليست سوى إجراء من إجراءات التحقيق المسطرية التي لا يمكن رفع دعوى موضوعية للأمر بها، الشيء الذي يستدعي التصريح بعدم قبول الدعوى".

وإذا كانت الخبرة عاملاً مساعداً ومؤثراً بشكل إيجابي قصد تحقيق الإنصاف والعدالة عبر استشارة تقنية تطلبها المحكمة من شخص ذي كفاءة تؤهله من معاينة واقعة مادية. إذ يصعب على القاضي إنجازها، فإنها تعتبر من أهم

⁹² والخبرة هي إجراء للتحقيق يعهد به القاضي إلى شخص مختص ينعت بالخبير بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها أو على العموم إبداء رأي يتعلق بها علماً أو فناً، لا يتوافر في الشخص العادي ليقدم به بياناً أو رأياً فنياً، لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده، محمد جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة 1990، ص 11 وما بعدها.

⁹³ - محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 268.

⁹⁴ - عبد اللطيف البيجيل، التقاضي أمام المحاكم المدنية من رفع الدعوى إلى صدور الحكم، مطبعة دار أبي رقرق، الطبعة الأولى، 2013، ص 180.

⁹⁵ - قرار بتاريخ 2000/02/22 أورده عبد اللطيف البيجيل، نفس المرجع، ص 180.

المراحل التي تمر منها القسمة العقارية، إذ نادرا ما نكاد نجد حكما واحدا قضى بإجراء قسمة عقار معين من دون الاستعانة بخبير، ومن هنا يطرح الإشكال، هل الخبرة هي عملية إلزامية أم اختيارية في دعوى القسمة القضائية العقارية ؟

وللإجابة عن هذا الإشكال لا بد من الوقوف على بعض القرارات القضائية :

فإذا قضت المحكمة بإجراء قسمة عينية دون أن تقوم بإجراء خبرة، وأصبح الحكم نهائيا، فإن تنفيذ الحكم قد تثار بشأنه إشكالات تحول دون تنفيذه، وإذا نفذ فقد تعقب تنفيذه مساطر تهدف إلى إبطاله بحجة أنه لم يستجيب لما قضى به، كأن يسلم لشخص عقارا جيدا، بينما يسلم للآخر عقارا أقل جودة، رغم اتحاد المساحة، أو أن يسلم لشخص عقارا لا منفذ له، أو عقارا معرضا للإتلاف لقربه من نهر يعرف فيضانا بين موسم وآخر.

وإذا كان الإشكال يتعلق فقط بعدم بيان نصيب كل شريك على الشياخ لأن الحكم قضى بالقسمة وفق الإرادة، فإن ذلك لا يشكل إشكالا⁹⁶، لأن الإرادة تبين الأنصبة بوضوح، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها⁹⁷: " إن الإحالة على الإرادة كاف لبيان أنصاف الورثة".

وفي قرار آخر لمحكمة النقض نجد أنه: " يكون ناقص التعليل الحكم الذي يقضي بإلغاء طلب قسمة عقار على حاله بعلة أن القسمة التي يحكم بها هي قسمة القرعة وأن القضية لا تتوفر على أية حجة تثبت أن عقار النزاع قابل للقسمة قبل قيام المحكمة بالوقوف على عين المكان مستعينة في ذلك بالخبرة الضرورية للتأكد من قبول محل النزاع للقسمة أو عدمه وفقا لما ادعاه المستأنف في مذكرته لتتخذ الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية إذا تبين أن المحل غير قابل للقسمة"⁹⁸، إذ يتبين من هذا القرار أنه يجب على المحكمة قبل الحكم بعدم قابلية العقار محل النزاع للقسمة بتعيين خبير لتحديد إن كان العقار قابلا للقسمة أم لا.

وهذا ما يجعلني أؤيد طرح أحد الفقهاء⁹⁹ الذي يرى أنه من الضرورة انتداب خبير من طرف المحكمة وذلك بإصدار حكم تمهيدي لإجراء الخبرة كلما تعلق الأمر بقسمة عقارية للمال المشاع¹⁰⁰.

وعلى كل حال، فكلما ارتأى القاضي أن الدعوى تقتضي إجراء خبرة أصدر حكما تمهيديا يقضي به، وعليه يلجأ إلى خبير مسجل بجدول المحكمة، وقد يتعذر في بعض الأحيان على القاضي تعيين خبير إما لأنه غير موجود أو أنه متغيب، إذ يعين القاضي وبصفة استثنائية خبيرا غير مسجلا بجدول المحكمة¹⁰¹.

غير أنه يطرح التساؤل حول إمكانية اتفاق أطراف دعوى القسمة على مطالبة القاضي بالموافقة على تعيين خبير

غير مسجل بجدولة المحكمة ؟

⁹⁶ - إبراهيم بحماني: "تنفيذ الأحكام العقارية"، نرجع سابق، ص 154.

⁹⁷ - قرار محكمة النقض رقم 1202 صادر في تاريخ 1999/12/14 ملف عدد 11/2/1/95 أورده إبراهيم بحماني، نفس المرجع، ص 154.

⁹⁸ - قرار لمحكمة النقض عدد 364 بتاريخ 1978/09/27، ملف اجتماعي عدد 76/ 6637، منشور بمجلة المحاماة، العدد 17 لسنة 1980 ص111.

⁹⁹ - محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 286.

¹⁰⁰ - المادة 18 من قانون 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين تنص " يؤدي الخبير عند تسجيله في الجدول لأول مرة اليمين التالية أمام محكمة الاستئناف التي سجل بدانيتها.....".

¹⁰¹ - المادة 136 من قانون الإثبات المصري.

نجد المشرع المغربي قد سكت عن هذه الفرضية، كما أني ام أعثر على أي اجتهاد قضائي تطرق للمسألة بخلاف نظيره المصري والذي نص على أنه : " إذا اتفق الخصوم على خبير أو ثلاثة خبراء أقرت المحكمة اتفاهم ".
والرأي فيما أعتقد أنه على المشرع المغربي أن يسلك منحى المشرع المصري باعتبار ذلك أنه سيقبل من نسبة تجريح الخبراء ويساعد على تسريع مسطرة القسمة، وبهذا الصدد أتساءل هل هناك إمكانية للطعن في الحكم التمهيدي القاضي بتعيين خبير قصد إعداد مشروع القسمة بكيفية مستقلة عن الحكم الأصلي ؟.
يبدو أن الحكم التمهيدي الذي يقضي بتعيين خبير لفرز الحصص محل النزاع هو حكم قطعي بات في الجوهر لأنه ينطوي ضمناً على الاعتراف لبعض المتقاسمين من طرف المحكمة بحقوق متنازع عليها، وبالتالي يمكن استئناف الحكم التمهيدي بصفة مستقلة عن الحكم الأصلي، ويعتبر ذلك استثناء للقاعدة أنه لا يمكن استئناف الأحكام التمهيدية إلا في وقت واحد مع الأحكام الفاصلة طبقاً للفصل 140 من ق.م.م.

وفي إطار الحكم التمهيدي القاضي بإجراء الخبرة في دعوى القسمة، قد منح الفصل 62 من ق.م.م إمكانية الأطراف التجريح في الخبير متى كان القاضي هو الذي قام بتعيينه، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض أنه : " لا يقبل تجريح الخبير إلا للرقابة أو لأسباب خطيرة أخرى ويتعين على الطرف الطالب تقديم الوسائل للتجريح داخل أجل خمسة أيام من تاريخ تبليغ المقرر القضائي بتعيين خبير"¹⁰².

فإذا كان للأطراف الحق في تجريح الخبير، فهل يمكن لهذا الأخير أن يطعن في التجريح أو يقوم بالرد ؟
أمام غياب نص قانوني أو اجتهاد قضائي، ففي هذه الحالة لا يمكن الطعن بالتجريح أو الرد من طرف الخبير لأنه سيعتمد إلى إطالة مسطرة النزاع من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لا مانع من أن يرفع الخبير دعوى شخصية لمتابعة الطرف الذي يرى أنه قد جرحه من غير حق وأن يطالبه بالتعويض¹⁰³.

ثانياً : مهام الخبير في دعوى القسمة

يحدد القاضي الأعمال التي يقوم بها الخبير تحديداً بينا وواضحاً، وهي الأعمال التقنية والفنية الصرفة، لا أعمال قضائية، إذ يمنع تفويض سلطة القاضي للخبير، وإذا ما تم شيء من ذلك، كان الحكم مخالفاً للقانون ومعرضاً للنقض، وترتب عن هذا العمل المنجز البطلان وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من الفصل 59 من ق.م.م.¹⁰⁴
ويقدم الخبير أجوبة فنية في شكل تقرير مكتوب يرفق بالبيانات والرسوم التي تبين مضمونه، وهذا التقرير يصطلح عليه مشروع القسمة، ومن بين المهام المنوطة للخبير في دعوى القسمة أذكر ما يلي:

1- القيام بقسمة العقار عينا إذا كان قابلاً للقسمة العينية، وهذه مسألة تفترض أن تكون أنصبة الشركاء محددة تحديداً دقيقاً¹⁰⁵.

¹⁰²- قرار محكمة النقض بتاريخ 19/01/1999 عدد 53083 منشور بمجلة الملحق القضائي العدد 2 مارس 1995، ص: 89.

¹⁰³- محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص: 276.

- حمادي لمعكشاوي: "المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء قانون 39.08، سلسلة إشاعة للثقافة القانونية العدد 2 لسنة 2013، م.س، ص: 261.

¹⁰⁴- الفصل 59 من ق.م.م فقرته الثالثة ينص على " يحدد القاضي للنقط التي تجري فيها في شكل أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقاً بالقانون".

2- القيام بتحديد إذا كان العقار قابلاً للقسمة العينية أم لا، ففي حالة إذا كان غير قابلاً للقسمة العينية، يقترح الخبير ثمن انطلاقة البيع بالمزاد العيني لقسمة العقار عن طريق التصفية، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بوجدة في أحد قراراتها: "حيث أن المدعية التمسّت إنهاء حالة الشياح مع المدعى عليهم طبقاً للفصل 78 من ق.ل.ع، وبذلك انتداب خبير لوضع مشروع قسمة عينية للعقار وفي حالة استحالة القسمة العينية تحديد ثمن انطلاقة البيع بالمزاد العلني لفرز حقها من العقار..."¹⁰⁶، كما يحدد الخبير ثمن انطلاقة بيع العقار المراد قسمته بثمن افتتحي.

3- تحديد مدى مطابقة رسم الشراء على العقار محل دعوى القسمة، حيث القرار القضائي يوضح: "...بيد أن السيد الخبير أوضح في تقريره بأن رسم الشراء المصحح الإمضاء ببلدية الحسيمة بتاريخ 1995/06/10 لأصحابه المستأنفين لا ينطبق على العقار موضوع دعوى القسمة..."¹⁰⁷.

4- تحديد الجزء الذي وقع عليه الترامي من العقار محل القسمة إذ جاء في إحدى القرارات ما يلي: "...وحيث أن الخبير أنجز تقريراً واضحاً انتهى فيه إلى أن رسم المدعي (المستأنف عليه) ينطبق على القطعة الأرضية موضوع دعوى القسمة وانتهى إلى تحديد الجزء المترامي عليه وجهته وجسده على رسم بياني..."¹⁰⁸.

وإن كان الخبير يقوم بكافة الأعمال السالفة الذكر لتحديد وضعية العقار وأطراف النزاع، حيث يعتمد كذلك باستدعائهم ووكلائهم لحضور إنجاز الخبرة عبر استدعاء يحدد فيه تاريخ ومكان وساعة إنجازها، وذلك على الأقل قبل خمسة أيام من تاريخ إنجازها حسب ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 63 من ق.م.م وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها القاضي: "أن الفصل 63 من ق.م.م يوجب على الخبير استدعاء جميع أطراف النزاع مهما كان عددهم، وأن المحكمة التي رفضت طلب إعادة الخبرة لعدم استدعاء جميع أطراف الدعوى بعلّة أنه لا يمكن حضور جميع الأطراف البالغ عددهم 14 شخصاً، وأن حضور شخص واحد عند كل فريق يكفي للقول بقانونية الخبرة بقطع النظر عن كون الحاضر حضر عن نفسه أو نيابة عن غيره، ورغم أن الخبير أشار في تقريره المعتمد عليه إلى أنه استدعى شخصين فقط دون بقية الأطراف تكون قد عللت قرارها تعليلاً فاسداً يوازي انعدامه"¹⁰⁹، هذا القرار يدل على أنه يجب على الخبير استدعاء كافة الأطراف لحضور الخبرة بصفة قانونية وتحت طائلة البطلان، لكن يبقى الإشكال في حالة استدعائهم بصفة قانونية وتغيّبوا؟.

¹⁰⁵- قرار محكمة النقض عدد 1911 بتاريخ 1997/03/25 أورده إبراهيم بحماني: "تنفيذ الأحكام العقارية"، م.س، ص: 152.

¹⁰⁶- قرار محكمة الاستئناف بوجدة رقم 36 بتاريخ 2011/04/28 ملف عدد 2009/1401/37 أورده جيهان زاوش: "دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم"، ص: 45.

¹⁰⁷- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة رقم 36 بتاريخ 2004/04/20 ملف عقاري رقم 03/675 أورده المصطفى مازي: "الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية"، م.س، ص: 49.

¹⁰⁸- قرار صادر عن محكمة النقض رقم 810 بتاريخ 1996/02/06 ملف رقم 91/3942 أورده المصطفى مازي، نفس المرجع، ص: 49.

¹⁰⁹- قرار محكمة النقض رقم 810 صادر بتاريخ 1996 في الملف المدني رقم 91/3942 أورده المصطفى مازي، م.س، ص: 49.

إذا كان المشرع قد حصر على إلزامية إخبار الخبير للأطراف طبقاً للفصل 63 من ق.م.م في فقرته الثانية واستدعائهم بصفة قانونية لأنه لا يمكن أن يباشر مهامه إلا بحضورهم أو بحضور وكلاءهم بعد توصلهم بالاستدعاء بصفة قانونية، إلا أن الخبير كيف يتأكد من توصل الأطراف بهذا الاستدعاء؟.

إذا كان منطلق الخبير أنه " يجب على الخبير ألا يقوم بمهمته إلا بحضور أطراف النزاع ووكلاءهم أو بعد استدعائهم بصفة قانونية ..."، إلا أن طرق التبليغ المعتمدة تطرح لنا العديد من الصعوبات الواقعية، ويبقى الاستدعاء عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل من بين الوسائل الفعالة في الاستدعاء، إلا أنها هي الأخرى تعرف بعض العراقيل خاصة في حالات يرجع الإشعار بالتوصل بملاحظة "غير مطلوب" إذ لا يعتبر توصله¹¹⁰.

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يتم الخبير بالمهمة داخل الأجل المحدد له أو لم يقبل القيام بالمهمة، عين القاضي خبير آخر وأشعر الأطراف، وذلك بصرف النظر عن الجزاءات التأديبية والحكم عليه بالمصاريف والتعويضات المترتبة عن تأخير إنجاز الخبرة للطرف المتضرر، كما يمكن الحكم عليه بغرامة لفائدة الخزينة¹¹¹.

ومن جهة أخرى أرى أنه لا مانع أن يمنح القاضي أجلاً إضافياً للخبير إذا كان لذلك الأخير مبرراً معقولاً، تفادياً لما يمكن أن يخلفه استبداله من طول المسطرة وكثرة للمصاريف، وإذا رأى القاضي أن الخبرة يجب أن لا تقع من خبير واحد، عين أكثر من ذلك¹¹².

وتقرير الخبرة قد يحدد شكلاً من أشكال مشروع القسمة العينية، وقد يأمر ببيع العقار وقسمته بطريقة التصفية، هذا ما سأتناوله بالتحليل في الفقرة الموالية.

القسمة الثانية: إعداد مشروع القسمة العينية وقسمة التصفية

يحدد الخبير شكلاً للقسمة، إذا كانت قابلة للقسمة العينية¹¹³، أما إذا كانت غير ممكنة فيتم اللجوء إلى قسمة التصفية بتحديد الثمن الافتتاحي للبيع في المزاد العلني، وسأعمل على توضيح القسمة العينية وقسمة التصفية على الشكل التالي :

¹¹⁰ - قرار محكمة النقض رقم 23 بتاريخ 1978/12/27، أورده إبراهيم بحماني: "تنفيذ الأحكام العقارية، م.س، ص: 67.

¹¹¹ - يعتبر محمادي لمعكشاوي " يمكن اعتبار هذه الفقرة من نصوص المسطرة المحنطة التي لا تطبق " المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة، م.س، ص: 261.

¹¹² - الفصل 66 من ق.م.م.

¹¹³ - يجب مراعاة في قسمة المتروك الخصوصية المسطرية لكل عقار أي مسطرة العقار المخفف ومسطرة العقار غير المخفف، وإذا صادقت المحكمة على قرار الخبير والذي لم يتخذ بعين الاعتبار الوضعية القانونية لكل عقار على حدى، تكون المحكمة بنت قرارها على غير أساس. قرار عدد 471 بتاريخ 13 شتنبر 2011 في الملف الشرعي عدد 143-2-1-2009 منشور بمجلة محكمة النقض العدد 2 لسنة 2012 ص: 261.

أولاً: إعداد مشروع القسمة العينية للعقار

لم يعرف المشرع المغربي القسمة العينية، وقد عرفها أحد الباحثين¹¹⁴ بأنها هي تقسيم الشيء المشترك إلى عدة أقسام مفرزة بعضها عن بعض بحيث تكون مثقلة مع حصص الشركاء الذين يستقل كل واحد منهم بقسم يناسب حصته، ولذلك فإن القسمة العينية لا يلجأ إليها إلا إذا كان العقار قابلاً لها وينتفع كل شريك بنصيبه، وهذا ما أكدته مدونة الحقوق العينية من خلال المادة 317 التي تنص على: "تحكم المحكمة بقسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة، وبفرز الحصص وتكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة، وعن طريق التقويم والتعديل، تم توزيع الأنصبة بين الشركاء بالقرعة، وتصدر حكمها بناء على تصميم ينجزه خبير في المسح الطبوغرافي يعين موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرز"، ويحدد هذا الأخير إذا كان العقار قابلاً للقسمة العينية، إذ جاء في حكم قضائي¹¹⁵: "وحيث أن القول بعدم إمكانية إجراء القسمة العينية في الطابق الأرضي من العقار موضوع الرسم عدد 24/2220 يفنده ما أكده السيد الخبير (د) في تقريره المؤرخ في 27/11/2000 من أن العقار المذكور قابل للقسمة العينية وأعد مشروعاً لقسمة عن نصفين حسب التصميم البياني المرفق بتقريره المؤرخ في 01-02-2000 الشيء الذي يتعين معه عدم الالتفات إلى هذا الدفع".

ويمكن للقسمة العينية للعقار أن تتخذ عدة أنواع، يختلف إعدادها من شكل إلى آخر لتأتي عملية المصادقة عليها في المرحلة الأخيرة.

أ- أنواع القسمة العينية

يتخذ هذا النوع من القسمة نوعين: هناك القسمة العينية الشاملة والقسمة العينية الجزئية.

1- القسمة العينية الشاملة

القسمة الشاملة هي التي يخرج فيها جميع الشركاء من الشيوع، فيستقل كل منهم بنصيبه من العقار عن طريق عملية الإفراز التي يقوم الخبير انطلاقاً من إحدى الطرق التالية:

- فرز حصص المتقاسمين على أساس أصغر نصيب

ويرتكز هذا النوع من القسمة إلى تجزئ العقار الشائع إلى عدة حصص متساوية على أساس أصغر نصيب لتوزيع بين الشركاء بالقرعة¹¹⁶، وقد جاء في قرار قضائي¹¹⁷: "إن القسمة هي تمييز حق مشترك بفصله عن غيره وأن قسمة القرعة يحكم بها ويجبر عليها من أبها إن انتفع كل واحد منهما بقسم ولم يحصل ضرر لواحد منهما بذلك القسم، وأنه لا يجبر عليها من أبها إلا إذا تماثل المقسوم وتجانس وانتفع كل شريك انتفاعاً متجانساً لانتفاع الشريك الآخر، بحيث لا

¹¹⁴- إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مرجع سابق، ص 149 وما بعدها.

¹¹⁵- قرار المحكمة الابتدائية بالحسيمة رقم 54 صادر بتاريخ 13-05-2002 ملف عدد 02-07 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 52.

¹¹⁶- المادة 317 من م.ح.ع.

¹¹⁷- قرار محكمة النقض عدد 227 بتاريخ 26-05-2005 ملف مدني 2002/7/1/3235 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 53.

يكون لبعضهم على بعض زيادة على حظه لدخول كل شريك على قيمة مقدرة ودره معلوم وأن مؤدى القاعدة المذكورة أن يكون الجزء المفرز الذي يقع في نصيب الشريك مساويا لتحقيق الجزء الذي كان له المآل المشاع وخاليا من أب تحملات أو تفويطات رتبها عليه الغير".

- فرز حصص المتقاسمين على أساس التجنيب

يتم إفراز حصص المتقاسمين عن طريق التجنيب إذا تعذرت قسمة العقار الشائع إلى حصص متساوية أو من شأنها أن تؤدي إلى الانتقاص من قيمته، في هاته الحالة يلجأ الخبير إلى قسمة العقار على أساس التجنيب أي قسمة العقار الشائع إلى أجزاء مفرزة كل جزء مفرز منها يمثل حصة لأحد الشركاء.

وهذه الطريقة الاستثنائية لا يتم اللجوء إليها إلا إذا تعذرت الطريقة الأولى، كما لو كان العقار مشاعا بين أربعة أشخاص بحيث يملك أحدهم 30 سهما من 100 سهم، والآخر 15 والثالث 35 والرابع 20 سهما، فعملية الفرز في هذه الحالة تتم عن طريق التجنيب دون اللجوء إلى القرعة¹¹⁸.

- القسمة العينية بمدرك

تتم القسمة العينية بمدرك وذلك كما لو كان العقار يملكه بالتساوي ثلاثة أشخاص وبه ثلاث شقق قيمة كل منها تختلف عن الأخرى، بحيث تكون قيمة إحداها 100 ألف درهم والأخرى 150 ألف درهم والثالثة 170 ألف درهم، ففي هذه الحالة تجري القسمة عن طريق القرعة، ومن خرج من نصيبه القطعة الأعلى ثمننا يرد على الآخرين الفرق، فالفرق بين القطع الثلاث هو 120 ألف درهم، ويكون صاحب القطعة التي تساوي 150 ألف درهم أن يرد على الأول عشر آلاف وعلى صاحب القطعة التي تساوي 170 ألف درهم أن يرد على الأول ثلاثين ألف درهم وهكذا¹¹⁹.

ويمكن تطبيق هذه الحالات على قسمة العمارات المشاعة بين عدة أشخاص مادامت قابلة للقسمة العينية بمدرك.

2- القسمة العينية الجزئية

القسمة الجزئية تنهي الشروع بالنسبة لجزء معين من المال الشائع، أو بالنسبة لبعض الشركاء دون البعض، ومثال ذلك أن تكون أرض مملوكة مناصفة لشخصين توفي أحدهما تاركا عدة ورثة بحيث يطلب الشريك الباقي على قيد الحياة من المحكمة الحكم بالقسمة الجزئية للأرض ليستقل هو بملكية نصف الأرض ويستقل الورثة بملكية النصف

¹¹⁸ - المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، مرجع سابق، ص 53.

¹¹⁹ - ابراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مرجع سابق، ص 151.

الأخر، فالقسمة في هذه الحالة هي قسمة جزئية لأنها اقتضت على إخراج أحد الشركاء من الشيوخ مع إبقاء الشركاء الآخرين في حالة الشيوخ¹²⁰.

فالقسمة الجزئية تتم بطلب الفريق المدعي المكون من عدة أشخاص إلى فرز نصيبهم مجتمعين أو متى طلب أحد الشركاء الخروج وحده من الشيوخ وبقاء نصيب الباقي للشركاء شائعا¹²¹.

وفي هذا الإطار نتوقف عند أحد القضايا الشاذة التي سبق أن طرحت على القضاء، نجمل وقائعها فيما يلي: (توفي شخص وترك خمسة أولاد كورثة، وترك حصة شائعة في عقارين وكان قد أوصى قبل وفاته بالثلث من تركته لكل حفدته الموجودين وقت كتابة الوصية والحفدة الذين سيولدون من أولاده مستقبلا، كما حدث أن طلب أحد المشاعين القسمة عن طريق القضاء تطبيقا للفصل 978 من ق.ل.ع الذي يقضي بأنه لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ)¹²² إلا أنه في هاته النازلة وجدت المحكمة نفسها أمام ثلاث إشكالات:

- الإشكال الأول: أن دعوى القسمة يجب أن ترفع ضد جميع الشركاء، إلا أنه في النازلة بعض الموصى لهم لم يولدوا بعد.

- الإشكال الثاني: إن حصص الشركاء غير محددة بشكل دقيق، في حين أن حصص الموصى لهم غير معروفة.

- الإشكال الثالث: وضعية الموصى لهم الذين لم يولدوا هل ستعتبرهم المحكمة في حكم الغائبين؟.

وأمام هذه الإشكالات فقد استقر القضاء في هذه النازلة على تجنب حصص الشركاء، حيث أعطى لكل شريك على الشيوخ حصته مفرزة على أمر من الخبر ليبقى الجزء الموصى به شائعا بين الموصى لهم سواء الموجودين أو الذين سيوجدون مستقبلا في حدود الثلث.

فإذا كان يمكن إخراج الوصية ما دام قدرها معلوما ومعينا، ولو لم يعين بعد عدد الموصى لهم من الموجودين والذين سيوجدون فإن الوصية تخرج من التركة وتبقى خاصة بالموصى لهم إلى أن يتم تحديدهم، وقد صدر عدة قرارات لمحكمة النقض في موضوع إجراء القسمة بين الورثة في التركة التي تضم وصية، ولو لم يحدد بعد عدد الموصى لهم لأن ذلك لا يهم الورثة باعتبار مقدار الوصية محددًا مهما كان عدد الموصى لهم، وبعد أن يحدد عدد الموصى لهم يمكنهم إجراء قسمة فيما بينهم¹²³.

¹²⁰ - هناء الراوي : القسمة القضائية للعقار، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة القانون المدني والأعمال، بكلية الحقوق طنجة، لسنة

2010-2011.

¹²¹ - محمد جطيق، القسمة القضائية في التشريع المغربي، رسالة نهاية تدريب المعهد العالي للقضاء لسنة 2011، ص 44.

¹²² - قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 29-04-1939 عدد 2041 أشار إليه المصطفى مازي م س، ص: 55.

¹²³ - ابراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مرجع سابق، ص 156.

وإذا حكمت المحكمة بالقسمة دون حضور الموصى لهم في الدعوى رغم أن الإرثية تتضمن أن هناك وصية، فإن الحكم يكون معرضا للنقض¹²⁴، ولكن إذا أصبح نهائيا، فإنه يمكن إثارة صعوبة قانونية في تنفيذه ليصبح الحكم باطلا قانونا، وكما قال ابن عاصم:

"وينقض القسم وارث ظهر" وأحرى إن كان موجودا.

والرأي فيما أعتقد أن الاجتهاد الأول لم يكن في محله وإن كان عمل على إنصاف الشركاء بفرز أنصبتهم دون أن يبقى ذلك موقوفا على ظهور جميع الشركاء، أي الموصى لهم غير الموجودين حالا، إذ اعتبر هذا الاجتهاد خارقا لخاصية دعوى القسمة بأنها لا تقبل التجزئة، وبالتالي أؤيد الاجتهاد الثاني باعتباره بني على ضرورة أن تشمل دعوى القسمة جميع الشركاء خاصة الموصى لهم.

ب- المعايير الفنية لإعداد مشروع القسمة العينية

تعد الخبرة في مجال القسمة العقارية عاملا مهما وحاسما في تحديد نوعية وكيفية إجراء القسمة، وعلى الرغم من اعتبارها عرفا قضائيا لا بد منها¹²⁵، إلا أن الواقع العملي أفرز لنا العديد من الإشكالات التي تهتم كيفية إعداد مشروع القسمة بالطرق الفنية، وأمام الفراغ التشريعي في مجال كيفية تطبيقها يطرح التساؤل حول المعايير الفنية التي يعتمدها الخبير لإعداد مشروع القسم؟.

1- المعايير الفنية لقسمة العقارات الفلاحية

إن المغرب بلد فلاحي تشكل فيه الأراضي الفلاحية قطب الرحي لصراع اجتماعي واقتصادي غايته الاستحواذ على الأجزاء الأكثر إنتاجية، والخبرة رغم بساطتها قد تؤثر بكيفية مباشرة أو غير مباشرة على الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد محل النزاع قصد إنهاء الشياخ¹²⁶، ولذلك وجب على الخبير مراعاة المعايير التالية :

¹²⁴- قرار محكمة النقض، رقم 869 في 10-12-1996 ملف 92/6736 حيث قضى بأن إغفال الموصى لهم بالثلث في العقار المطلوب قسمته وعدم إدخالهم في الدعوى رغم النص عليهم في الإرثية يجعل الدعوى غير مقبولة، أورده عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 117.

¹²⁵- محمد الكشور: "القسمة القضائية في التشريع المغربي" م س، ص: 266.

¹²⁶- المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، مرجع سابق، ص 65.

- جودة التربة للعقار الفلاحي: يختلف نوع التربة من عقار إلى آخر، ونوعية التربة عامل مهم على تحديد إن كانت الإنتاجية للأرض الفلاحية مهمة أم لا، إذ تعد تربة

" الترس " هي الأفضل، وأكثر قيمة يحددها الخبير ضمن مشروع إعداد القسمة.

- الثروة المائية للعقار الفلاحي محل القسمة: تعد الأرض التي تتوفر على المياه الجوفية أو قريبة من منابع المياه هي أكثر قيمة من الأراضي الفلاحية التي تنعدم فيها المياه الجوفية أو المياه السطحية.

- نوع التضاريس للعقار الفلاحي محل القسمة: تختلف قيمة العقار من الأراضي المنبسطة إلى الأراضي الواقعة على المنحدرات أو الجبال، وتختلف كذلك من حيث قربها من الأودية، ففي حالة الأمطار يرتفع الصبيب ويغطي جزءا من الأراضي المحاذية له.

- وجود بنايات أو منشآت بالعقار الفلاحي محل القسمة: ويختلف على العقارات الفلاحية التي لا تتوفر على أي بناء أو شيء آخر من هذا القبيل.

وهناك معايير فنية أخرى لا يسعني الحديث عنها كافة.

2- إشكالية قسمة العقار في المدار الحضري

تنص المادة 58 من قانون التجزئات العقارية والمجموعات السكنية، وتقسيم العقارات¹²⁷ على أنه " في الجماعات الحضرية والمراكز المحددة والمناطق المحيطة بها والمجموعات الحضرية والمناطق ذات صبغة خاصة وكل منطقة تشملها وثيقة من وثائق التعمير موافق عليها كمخطط توجيه التنمية العمرانية أو تصميم تنمية تجمع قروي، تتوقف على الحصول على إذن سابق للتقسيم:

- كل بيع أو قسمة يكون هدفها أو يترتب علمها تقسيم عقار إلى بقعتين أو أكثر غير معدة لإقامة بناء عليها.
 - بيع العقار لعدة أشخاص على أن يكون شائعا بينهم إذا كان من شأن ذلك أن يحصل أحد المشتريين على الأقل نصيب شائع تكون المساحة المطابقة له دون المساحة التي يجب أن تقل على مساحة البقع الأرضية بمقتضى وثيقة من وثائق التعمير أو دون 2500 متر مربع إذا لم ينص على مساحة من هذا القبيل" والملاحظ على أن المادة لم تشر إلى ما المقصود بالقسمة هل الرضائية أم القضائية؟.
- إلا أنه باستقراءنا للنص القانوني أنه لا يمكن إجراء قسمة عقار شأنه مخالفة وثائق التعمير، إذ يتعارض مع السياسة العمرانية، والخبير¹²⁸ هو الذي يعمل على إبراز هذه المعطيات ضمن تقريره لإعداد مشروع القسمة...

ج- المصادقة على مشروع القسمة العينية للعقار

بعد إنجاز الخبرة المطلوبة في دعوى القسمة العقارية من قبل الخبير الذي يضع تقريراً مفصلاً عن ذلك مرفقاً بنسخة تصميم للقسمة العينية، ونسخة تصميم عقاري مفصل، ونسخة الوكالة في حالة وجودها وغير ذلك من الوثائق الضرورية بكتابة الضبط للمحكمة التي عينته، لكي يطلع عليه كل من يعنيه الأمر¹²⁹.

وإذا تبين للمحكمة أن تقرير الخبرة جاء كما ينبغي، فهذه الأخيرة تصادق على مشروع القسمة في منطوق الحكم لكي يصبح تقرير الخبرة قابلاً للتنفيذ، غير أنه إذا اقترح الخبير فرز نصيب كل شريك في جهة معينة دون أن يراعي قسمة القرعة بعد التعديل والتقويم، فيتعين على المحكمة أن تقبل الاقتراح وعدم المصادقة على التقرير، هذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها والذي جاء¹³⁰: " إن محكمة الاستئناف مصدرة القرار المطعون فيه في إطار دعوى القسمة

¹²⁷- القانون رقم 25.90 الخاص بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الصادر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.92.7 المؤرخ في 17 يونيو 1992، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 15 يوليوز 1992، ص: 880 وما بعدها.

¹²⁸- جاء في حيثيات حكم قضائي "...وحيث أن هذا الخبير خلص من خلال خبرته لاستحالة القسمة العينية طبقاً لقانون التجزئات العقارية رقم 90.25 نظراً لقلّة مساحته وتعدد شركائه..." حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 127 صادر بتاريخ 2004/02/04 في ملف عدد 97.208، أورده المصطفى مازي، م.س، ص: 58.

¹²⁹- المصطفى مازي: الإشكالات العملية للقسمة العقارية، م.س، ص: 58.

¹³⁰- قرار محكمة النقض عدد 232 مؤرخ في 2005/01/26 ملف عدد 2001/711/329 (غير منشور).

واقترح الخبير فرز نصيب كل شريك في جهة معينة مع المدرك أو بدونه وقضت بالمصادقة على التقرير المذكور والحال أن القسمة القضائية هي قسمة قرعة بعد التعديل والتقويم، تكون بذلك قد جعلت قرارها مخالفا للقاعدة الفقهية المذكورة أعلاه وبالتالي فهو يستوجب النقض".

وإذا كان العقار غير قابلا للقسمة العينية فإن الخبير يشير إلى ذلك في تقريره باستحالة إجرائها ليقترح قسمة التصفية، ويحدد الثمن الافتتاحي للبيع بالمزاد العلني لإجراء قسمة التصفية.

ثانياً: قسمة التصفية

يقصد بقسمة التصفية بيع العقار الشائع بالمزاد العلني، وقسمة الثمن الشائع عن طريق البيع على الشركاء، كل على حسب حصته¹³¹، وهي طريق احتياطي لإجراء القسمة، بحيث لا يجوز للمحكمة الالتجاء إليها إلا عند تعذر الطريق الأصلي¹³² وهو القسمة العينية. وفي نفس السياق جاء قول ابن عاصم:

وكل ما قسمته تعذر تمتع أخذه كالتالي بما تضرر
ويحكم القاضي بتسويق ومن يريد أخذه يزيد في الثمن
وإن أبو قومة أهل البصر وأخذ له يقضي من يدر
وإن أبو بيع عليهم بالقضا وأقسموا الثمن كرها أو رضا¹³³

وتلجأ المحكمة تلقائياً إلى قسمة التصفية عند تعذر القسمة العينية ومن دون أن يطلبها المتقاسمون وفقاً للفقرة الثانية من الفصل 259 من ق.م.م والتي تنص على أنه: "تأمر المحكمة إذا موضوع القسمة غير قابل لها ولا لانتفاع كل بحصته ببيعه جملة وتفصيلاً بالمزاد العلني مع تحديد الثمن الأساسي للبيع". وهذا ما أكدته مدونة الحقوق العينية في المادة 318 بقولها "إذا كان العقار المشاع غير قابلاً للقسمة العينية أو كان من شأن قسمته مخالفة القوانين والضوابط الجاري بها العمل أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني".

ويتم اللجوء إلى قسمة التصفية في إحدى الحالات التالية :

1- حالة تعذر إجراء القسمة العينية

قد تكون هناك مجموعة من العقارات محلاً للملكية الشائعة ولا تقبل بطبيعتها القسمة العينية، ذلك بأن تجزئتها تؤدي إلى تعطيل المنفعة منها كالشقة السكنية الواحدة. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض حيث جاء في إحدى قراراتها "لا يلجأ إلى قسمة التصفية إلا إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة ولو بمدرک وتجري القرعة بعد ذلك بين الشركاء"¹³⁴.

2- إمكانية القسمة العينية مع إمكانية حدوث ضرر

¹³¹- عادل حامدي: التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ بين الفقه الإسلامي والفراغ القانوني، مطبعة الوراثة لوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2006، ص 31.

¹³²- قرار محكمة النقض عدد 2636 بتاريخ 30-10-1991 في الملف العقاري عدد 89/3037 أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى خلال أربعين سنة، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها.

¹³³- بشرى أزكري "الملكية الشائعة دراسة مقارنة" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق بطنجة لسنة 2009-2010 ص: 131.

¹³⁴- قرار محكمة النقض عدد 2636 صادر بتاريخ 30-10-1991 ملف عقاري عدد 89/3037 منشور بقضاء المجلس الأعلى خلال 40 سنة، ص 64.

إذا كان العقار الشائع يقبل القسمة العينية، وذلك بإحداث نقص كبير في قيمته، وتكون الحصص التي تنتج عن عملية التقسيم لا يستطيع المتقاسم الاستفادة منها بأي وجه من الوجوه.

وينص الفصل 980 من ق.ل.ع " لا يسوغ طلب القسمة، إذا كان محل الشياح أعيانا من شأن قسمتها أن تحول دون أداء الغرض الذي خصصت له ".

وفي هذا الإطار صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط ما يلي¹³⁵ : " إذا كانت العقارات الشائعة لا تقبل القسمة بسهولة أو كان القيام بها من شأنه أن يحدث نقصا كبيرا في قيمة الحصص المفترزة، أو من شأنه أن يجعل الانتفاع بهذه الحصص مرهقا من الناحية المالية، فإن مصلحة الأطراف تقضي ببيع هذه العقارات.

¹³⁵ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 17-02-1942 أورده محمد الكشور، مرجع سابق، ص 260،
والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 23-12-2010 ملف عدد 2010-1615 (غير منشور).

حالة اتفاق الأطراف على قسمة التصفية

يمكن للمدعي أن يطلب من المحكمة أن تصدر حكماً يقضي بتصفية العقار الشائع وقسمة ثمنه بين الشركاء، سواء كان هذا العقار يقبل القسمة العينية أم لا شرط اتفاق الشركاء على تصفيته، ففي هذه الحالة تحكم المحكمة ببيع المدعى فيه وقسمة الثمن بين الشركاء كل حسب نصيبه حسب ق.م.م.

ويخضع تقدير توافر أو عدم توافر حالات قسمة التصفية للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع والتي تعتبر من الأمور الواقعية التي لا تدخل تحت رقابة محكمة النقض، إلا أن ذكر الأسباب التي حثت القاضي على إصدار حكمه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، لذا يتعين على قاضي الموضوع أن يبين الأسباب التي دفعته إلى الحكم بتصفية العقار الشائع¹³⁶.

وإن كانت قسمة التصفية تطرح إشكالات بخصوص ما ورد في القرار أعلاه، يتعذر إجراء القسمة العينية بأنها تتعارض مع بعض القواعد المنصوص عليها في ق.م.م خاصة الفصل 3 منه، والذي ينص على أنه يجب البث في حدود الطلبات.

وقد تفتن المشرع لهذه الثغرة القانونية حيث تم التنصيص في مدونة الحقوق العينية الجديدة على أنه يجوز للشركاء على أن يتفقوا على قسمة العقار المشاع فيما بينهم بالطريقة التي يتعقد اجتماعهم عليها، بشرط أن تتم وفقاً للقوانين والضوابط الجاري بها العمل¹³⁷.

المطلب الثاني : تنفيذ الحكم العقاري بإجراء القسمة

تندرج الأحكام القاضية بالقسمة العقارية ضمن الأحكام الرامية بالقيام بعمل، إلا أنها تختلف عنها لكونها لا تهدف لإفراغ المحكوم عليه من العقار وإخراجه منه بصفة كلية، بل تهدف إلى وضع حد لحالة الشياخ جزئياً أو كلياً، وقد تنص على إجراء القسمة العينية أو قسمة التصفية¹³⁸، عن طريق بيع العقار بالمزاد العلني، إلا أن هذه العملية قد تشوبها مجموعة من المعوقات تختلف من عقار محفظ وعقار غير محفظ وعقار في طور التحفيظ، فكيف يتم تنفيذ الأحكام القاضية بقسمة هذه العقارات، وكيف تعامل القضاء المغربي معها؟

كل هذه الإشكالات سأعمل على الإجابة عنها بالحديث عن تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة العينية (الفقرة الأولى) تم الانتقال بالحديث عن تنفيذ الحكم القاضي بإجراء قسمة التصفية (الفقرة الثانية).

¹³⁶ - هناك الراوي : القسمة القضائية للعقار، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بطنجة لسنة 2010-2011 مرجع سابق، ص 61.

¹³⁷ - المادة 25 من مدونة الحقوق العينية.

¹³⁸ - إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مرجع سابق، ص 141.

الفقرة الأولى : تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة العينية

من المؤكد أنه لا تكتمل الحماية القضائية للحقوق بمجرد صدور الأحكام وإقرار الحماية الموضوعية، بل تظل هذه الحماية القضائية رهينة بتحقيق شقها الثاني وهو الحماية التنفيذية التي تؤدي إلى ترجمة منطوق الحكم إلى الواقع الخارجي ليصبح موافقا له¹³⁹.

وعليه يجب أن أسلط الضوء على تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة العينية والذي يختلف من عقار محفظ إلى عقار في طور التحفيظ، ثم أخيرا العقار غير المحفظ.

أولا : تنفيذ الحكم بإجراء القسمة العينية لعقار محفظ

إذا كان العقار محفظا، فالحكم بالقسمة يعتمد غالبا على تقرير خبير تكون المحكمة قد عينته، وأعد تقريره واستدعى الأطراف لإبداء ملاحظاتهم حوله، وإذا تبين للمحكمة أن تقرير الخبير عادل كما لو كانت الحصص متساوية وأنجز تقريراً مرفقا بتصميم بين مواقع الحصص، وتبين أنه لا يوجد فرق بين تلك المواقع، فإن منطوق الحكم يقتصر على المصادقة على تقرير الخبير والتصميم المرفق به ليصبح الحكم قابلا للتنفيذ¹⁴⁰، وتسلم نسخة من الحكم للطرف المعني، ويفتح ملف التنفيذ لينتقل مأمور التنفيذ برفقة مهندس طبوغرافي إلى عين المكان، وقد يكون هو الخبير الذي أعد التقرير نفسه، ليقوم بوضع حدود كل قطعة، تم تجرى القرعة بين المشتاعين، ليحرر بعدها محضرا وتسلم لكل شخص القطعة التي خرجت من نصيبه، ويتم تدوين كل ذلك بالمحضر الذي تسلم نسخة منه مع الحكم والتصميم ليقيد بالمحافظة ويستخرج رسم عقاري لكل قطعة باسم مالكيها¹⁴¹، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل 54 من قانون التحفيظ العقاري 14-07 بقولها : "إذا وقع تجزئ عقار بسبب قسمة أو غيرها فإنه يباشر تحديد كل قطعة من طرف مهندس مساح طبوغرافي محلف من جهاز المسح العقاري، مقيد في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين، يقوم بنقل العملية إلى التصميم ويؤسس رسم عقاري وتصميم مستقلين لكل جزء من العقار".

والملاحظ أن المحافظات العقارية درجت على تبني تقارير الخبرة المنجزة في هذا المجال دون اللجوء إلى عملية التحديد، وذلك في الحالة التي لا توجد فيها صعوبة التنفيذ لأنه كما هو معلوم تتعدد الصعوبات التي تعترض المحافظ في تنفيذ الحكم، فقد ترجع للقضاء كعدم احترامه لحدود اختصاصه، وقد ترجع إلى الأطراف أو من يمثلهم الذين لا يعمدون إلى إقامة تقييد احتياطي، فيفقدون رتبهم في التقييد رغم استصدارهم لأحكام في صالحهم فيتعذر تنفيذها¹⁴².

¹³⁹- المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، مرجع سابق، ص 62.

¹⁴⁰- إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مرجع سابق، ص 150.

¹⁴¹- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية المؤرخ في 23 أكتوبر 2007، منشور بمجلة المحاماة، العدد 28 ص 308.

¹⁴²- سعاد آيت بلخير : قرارات المحافظ عن الملكية العقارية بين إمكانية الطعن وحق التعويض، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، وجدة لسنة 2004-2005 ص 80.

ومن أمثلة ذلك الصعوبات التي في حالة طلب الشفعة من أحد المشتاعين، فإنه يحل محله شرط تقييده احتياطيا حتى لا يتصرف فيه المشفوع منه في الجزء محل الشفعة لشخص آخر¹⁴³.

ثانيا: تنفيذ الحكم بإجراء القسمة العينية لعقاري في طور التحفيظ

إن تنفيذ الحكم القاضي بقسمة عقار في طور التحفيظ قسمة عينية يتطلب فضلا عن بعض الإجراءات التي سبقت الإشارة إليها عند الحديث عن العقار المحفظ مع مراعاة خصوصيات هذا الأخير، إيداع نسخة التنفيذ لدى المحافظة العقارية طبقا للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري 14-07¹⁴⁴.

إلا أنه تثار صعوبات وإشكالات بخصوص تنفيذ الحكم القاضي بقسمة العقار المحفظ وفي طور التحفيظ، حيث قضت المحكمة الابتدائية بالرماني في حثياتها إن¹⁴⁵: "المدعية تقدمت بمقال استعجالي أمام محكمة الاستئناف بالرباط، حيث أصدرت قرار يقضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بالمصادقة على تقرير الخبرة المنجزة من طرف الخبير، وبالتالي فرز النصيب المطلوب في الرسم العقاري وأن الطالبة قد أثارت في مراحل الدعوى أن الخبرة لم تكن موضوعية، كما أنها لم تأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقار وجودته، لأجله تلتمس إصدار أمر بوجود صعوبة حقيقية تشوب الملف التنفيذي، وبالتالي تأجيل التنفيذ حتى ثبت محكمة النقض في طلب النقض المرفوع من طرف المدعية.

فقاضى المستعجلات أمر بالتصريح بوجود صعوبة قانونية في تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرماني المؤيد استئنافيا، وقد كانت المحكمة قد قضت بقيمة العقار المحفظ وبفرز نصيبها".

ويرجع هذا الإشكال إلى الجدل الذي أثارته عبارة " التحفيظ العقاري" الواردة في الفصل 361 من ق.م.م والذي ينص على أنه: " لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال التالية :

1- في الأحوال الشخصية،

2- في الزور الفرعي،

3- التحفيظ العقاري...".

وبالرجوع إلى صياغتها في النص الأصلي والتي جاءت كالتالي :

¹⁴³ - محمد وفولوس : النظام القانوني للتسجيل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال، طنجة، لسنة 2009، ص 48.
¹⁴⁴ - ينص الفصل 84 من قانون 14.07 على أنه " إذا أنشأ عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع في المحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات.
يقيد الحق المذكور عند التحفيظ بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له إذا سمحت إجراءات المسطرة بذلك.
¹⁴⁵ - قرار المحكمة الابتدائية بالرماني، بدون ذكر رقم الملف، لسنة 2007/10/23 أوردته جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 63.

« on matière d'immatriculation » أي في مادة التحفيظ العقاري وبعبارة أكثر تدقيقاً¹⁴⁶ ، إذا أثير نقاش حول الأحكام الصادرة في مادة العقار المحفظ ومدى أثر الطعن بالنقض في تنفيذها، وسبب ذلك هو الإشكال المطروح ما المقصود من مصطلح التحفيظ العقاري التي تؤدي إلى إنشاء رسم عقاري لعقار غير محفظ، أم أن المصطلح يشمل العقار المحفظ؟ وهل تندرج دعاوى القسمة ضمن هذا المفهوم؟.

فإذا كانت غاية المشرع من إقرار قاعدة عدم جواز تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة في مجال التحفيظ العقاري هي تحصين عملية تأسيس الرسم العقاري وحماية الصيغة النهائية لهذا الرسم الذي أكد عليها الفصل 62 من قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري¹⁴⁷ .

ويرى أحد الممارسين على أنه يجب التمييز بين القرارات الاستئنافية التي تتعلق بحقوق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، وبين القرارات المتعلقة بإجراءات تحفظية صرفة، فالقرارات التي تتعلق بحقوق الملكية كدعوى الشفعة ودعوى القسمة وغيرها، يجب أن يتوقف تنفيذها إذا تم الطعن فيها أمام محكمة النقض، إذ لا تنفذ إلا بعد الإدلاء بشهادة عدم الطعن فيها بالنقض¹⁴⁸ .

وفيما يخص الإدارة المركزية للمحافظة العقارية فقد عملت على أن المقصود بالعبارة الواردة في الفصل 361 من ق.م.م يشمل ما قبل مرحلة التحفيظ منذ سنة 1981¹⁴⁹ إلى حدود 1989 إذ تراجعت عن الموقف وتبنت مفهوماً ضيقاً لعبارة الفصل 361 من ق.م.م حيث اعتبرته مرحلة ما قبل التحفيظ¹⁵⁰ .

إلا أن هذا المفهوم الضيق أثار مجموعة من الصعوبات تمس استقرار المعاملات والثقة في نظام التحفيظ العقاري والقضاء على السوء، لأن من شأن إجراء التقييد في السجلات العقارية بناء على قرار استئنافي رغم وجود طعن بالنقض أن يفرغ قرار أعلى هيئة قضائية بالمغرب وهي محكمة النقض من محتواه، خاصة إذا لم يساير القرار الاستئنافي، وكان المستفيد من تقييد القرار المذكور قد تصرف في الحق موضوع النزاع لفائدة الغير الذي تمكن بدوره من إجراء تقييد لصالحه¹⁵¹ .

¹⁴⁶ - جيهان زاوش: "دعوى القسمة ودور القضاء في حماية المتقاسم ، م.س، ص: 64.

¹⁴⁷ - جيهان زاوش: مرجع سابق، ص: 64.

¹⁴⁸ - إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مرجع سابق، ص 152.

¹⁴⁹ - أصدرت مديرية المحافظة على الأملاك العقارية والمسح العقاري والخرائطية، في شأن الأثر الموقف للتنفيذ الناتج عن الطعن بالنقض أمام محكمة النقض، دوريته عدد 280 بتاريخ 1981، تبنت بموجبها مفهوماً موسعاً لعبارة التحفيظ العقاري، مسابرة في ذلك ما ذهبت إليه وزارة العدل فيب رسالتها عدد 1748 بتاريخ 1980.

¹⁵⁰ - يراجع الدورية الصادرة عن مديرية المحافظة على الأملاك العقارية والمسح العقاري والخرائطية، عدد 314 بتاريخ 1989/05/19.

¹⁵¹ - المصطفى مازي: مرجع سابق، ص 67.

ثالثا : تنفيذ الحكم بإجراء القسمة العينية لعقار غير محفظ

إذا قضى الحكم بقسمة عينية لعقار غير محفظ فإن تنفيذه يتم وفقا لمنطوقه وحسب الحالات، فإذا قضت المحكمة بالقسمة العينية تبعا لتقرير الخبير الذي سبق أن عينته، وأعد مشروع القسمة إما أن تتم عن طريق القرعة إذا كانت الحصص متساوية أو غير متساوية بمدرك، إذ يرد من صارت في نصيبه الحصة الأعلى ثمنا، الفرق على من صارت في نصيبه القطعة الأقل ثمنا¹⁵² ، وذلك كما سبق وأن بينته سابقا.

أما إذا كانت الحصص غير متساوية وأنجز الخبير تقريره بالقسمة على أساس التجنيب، فإذا عين لكل مشتاع جانبا من العقار، وبعد أن قدم الأطراف مستنتاجاتهم على الخبرة أو على الأقل استدعائهم للإطلاع عليها، وبعد ذلك قضت المحكمة بالمصادقة على تقرير الخبرة ليصبح الحكم نهائيا، فإن تنفيذه يستلزم استدعاء الأطراف إلى عين المكان¹⁵³ ، ووضع الحدود بين القطع المحددة بتقرير الخبير وتحرير محضر بذلك يبين فيه العمليات التي وقعت أثناء التنفيذ، والأشخاص الذين حضروا العملية. وهم في الغالب الخبير أو العارف وممثل السلطة المحلية، وقد يحضر رجال الدرك أو الشرطة إذا اقتضى الأمر وذلك حفاظا على الأمن¹⁵⁴ .

وفيما يتعلق بمنطوق الحكم أشير إلى أن غالبا ما تقتزن الأحكام القاضية بالقسمة مع الأحكام القاضية بإفراغ الأجزاء المفترزة والمحكوم بها لفائدة طالب القسمة، وهذه الأحكام لا تميز في أغلب الأحيان بين مفهوم الإفراغ ومفهوم التخلي، والحال أن الإفراغ يتعلق بالعقار المبني بينما التخلي مفهوم يتعلق بالأرض العارية، ويتعين الحكم به إذا ما تعلق الأمر بعقار غير مبني¹⁵⁵ .

الفقرة الثانية : تنفيذ الحكم القاضي بقسمة التصفية

إن تنفيذ الحكم القاضي بقسمة التصفية أي بيع العقار بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه على الشركاء يتوقف على إفراغ العقارات أو التخلي عنها من أجل عرضها للبيع بالمزاد العلني، فهذا الأخير الذي يتميز بإجراءات خاصة¹⁵⁶ .

أولا : الإفراغ أو التخلي عن العقارات من أجل البيع بالمزاد العلني

لا شك أن عرض العقار للبيع بالمزاد العلني وهو فارغ يكون أكثر فائدة للمشتاعين في حالة قسمته عن طريق التصفية، لأن ثمنه يكون أكثر مما لو بيع مشغولا، وأما إذا بيع العقار مشغولا فإنه يؤدي إلى النقص في قيمته، لأن مشتريه يضع في اعتباره أنه سيكون أمام مساطر أخرى للحصول على قرار إفراغ العقار وتنفيذ ذلك القرار بالقوة

¹⁵² - إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 153.

¹⁵³ - المطلوب هو استدعاء الأطراف أثناء التنفيذ، وأما حضورهم فليس ضروريا، فعملية التنفيذ تتم ولو لم يحضر بعض الأطراف، وهذا ما أقره القضاء في الملف 81/121 بمحكمة الاستئناف باكادير بتاريخ 1981/07/21 قرار 1034 ورد فيه " إن هدم حضور المحكوم عليه للتنفيذ رغم استدعائه لا يؤدي إلى إبطال التنفيذ" قرار أورده إبراهيم بحماني، نفس المرجع ص 153.

¹⁵⁴ - المصطفى مازي، نفس المرجع، ص 68.

¹⁵⁵ - بثينة علوط : مرجع سابق، ص 156.

¹⁵⁶ - محمادي لمكثاوي، مرجع سابق، ص 262.

العمومية شأنه أن يحمله مصاريف ووقتاً قد يستغرق عدة شهور¹⁵⁷، ومن الناحية التشريعية فهناك فراغاً تشريعياً في هذا المجال، فالنصوص المتعلقة بالقسمة لم تشر لا من قريب ولا من بعيد إلى هذا الإجراء على الرغم من أهميته الاقتصادية والاجتماعية للشركاء المشتاعين، أما من الناحية العملية غالباً ما يتم بيع العقار مشغولاً، سواء من قبل أحد الشركاء أو من غيرهم، على أن تمارس مسطرة الإفراغ أو التخلي بعد ذلك¹⁵⁸.

وبخصوص فقهاء الشريعة الإسلامية ميزوا وبينوا الأشخاص الذين يتعين إفراغهم، والذين لا يمكن إفراغهم، كما ميزوا بين محلات السكنى والمحلات التجارية، وفي ذلك يقول أبو الحسن على الزقاق في لاميته :

وتخلى لتسويق ديار فقط وقيل إلا من أنقال المخازن سهلا

وتكرى على بيع لغير ولم يمل وصبوب إخلاء به ثمن علا

وإن يبد من ذي الحق طرفاً فأخرجن¹⁵⁹

ويبقى الإشكال مطروحاً في حالة إذا كان العقار محل قسمة التصفية مكترى للغير فإنه لا يخلى، بل يتم تسويقه وهو مشغول، إلا إذا تبين أن هناك تواطؤ بين ذلك الغير الذي يشغل العقار مع أحد الشركاء على الشيعاء فإنها تخلى¹⁶⁰، وهذا ما أكده أحد الفقهاء¹⁶¹ بقوله : " يعني أن الدار المشتركة إن سكنها بعض الشركاء وطلب غيرهم تسويقها وبيعها وإخلاءها لذلك، وطلب الساكنون أداء الكراء والبقاء فيها بشرط الإباحة للتسويق وأبى الغير ذلك، فإنها تخلى لذلك على ما قاله ابن عتاب حاكياً في ذلك فتوى بعض شيوخه ووقع الحكم بذلك، وقال المتبطي به أقوال إلا أن يوجد من يكتريها من غير الشركاء بشرط التسويق، وشرط أمن ميله لبعض الشركاء وليس من ناحية بعضهم فتكرى له حينئذ، ولا تخلى إلا الدور دون الحوانيت وشبهها، وهل تخلى الدور من جميع الشواغل أو يبقى فيها ما في نقله وكلفة وثقله من الأثقال كالقمح والزيت ونحوهما تسهلاً على الشكاء قولاً؟".

يتضح أن الفقه الإسلامي ميز بين قسمة التصفية الواقعة على العقارات المعدة للتجارة كالحوانيت، فتسويقها مشغولة من طرف من يستغلها، ولا تخلى للتسويق إذا أسس بها حق تجاري أو كان المكري يملك أكثر من ثلاث أرباع العقار المكري، أما العقارات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني فإذا كان من يشغلها هو من الشركاء فيتعين عليه إخلاءه لتسويقه لأنه من شأن ذلك يؤدي إلى تعليية الثمن.

¹⁵⁷- إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 166.

¹⁵⁸- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 69.

¹⁵⁹- إبراهيم بحماني، نفس المرجع، ص 166.

¹⁶⁰- تم كراء العقار بعد رفع دعوى القسمة وبذلك يتعين إفراغها وفقاً لقرار محكمة النقض عدد 1666 بتاريخ 1999/06/26 ملف مدني عدد

95/1722 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 45 لسنة 1991، ص: 10.

¹⁶¹- الشيخ أحمد بن محمد الرهوني التطواني: " في شرح اللامية والمعروف بحادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، الجزء 2، الطبعة الأولى

1346هـ، ص: 19.

ثانياً: إجراء البيع بالمزاد العلني في قسمة التصفية

إن تنفيذ الحكم القاضي بقسمة العقار قسمة التصفية تقتضي بيع هذا الأخير بالمزاد العلني انطلاقاً من الثمن الذي حددته الخبرة المصادق عليها من طرف المحكمة ثم توزيع ثمنه الذي رسا عليه المزاد بين الشركاء حسب نصيب كل واحد منهم¹⁶².

إلا أنه بالرجوع إلى النصوص المنظمة للقسمة القضائية يتضح أن المشرع لم يحدد نهائياً الإجراءات الواجب إتباعها من أجل بيع العقار بالمزاد العلني وقسمة ثمنه بين الشركاء، مما يجعلني أرجع إلى إجراءات البيع بالمزاد العلنية الواردة في قانون المسطرة المدنية والمتعلقة بتحقيق الرهن¹⁶³، إلا أن تتخللها العديد من الإشكالات التي تعوق تنفيذ هذا الحكم، فغالبا ما يفرض لنا الواقع العملي لجوء بعض الشركاء أو غالبيتهم إلى مجموعة من الحيل القانونية لإعاقة بيع العقار بالمزاد العلني، بحيث يقوم الشركاء بالتواطؤ مع المتزايدين على عدم تقديم أي عرض أو بتقديم عروض غير كافية لا تتناسب مع قيمة العقار بغية إطالة المسطرة والإضرار بحقوق باقي الشركاء، على الرغم من إعادة المزايدة أكثر من مرة، مع العلم أن هذه العملية تبقى تحت إشراف رئيس المحكمة إلا أن لا يحق له أن يعتمد على إنزال الثمن المحدد من جانب المحكمة.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 26 من ق.م.م الذي ينص على: "تخصص كل محكمة مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 بالنظر إلى الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ أحكامها أو قراراتها وخاصة في الصعوبات المتعلقة بالمصاريف المؤدية أمامها".

ويستفاد مما سبق أن تعديل الثمن الافتتاحي للمزايدة لا يمكن أن يتم إلا من خلال مراجعة المحكمة المصدرة للحكم وذلك ضمن الصلاحيات المخولة لها.

فإذا كانت قسمة التصفية تبقي الشركاء في حالة الشيع إلى غاية بيع العقار بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه عليهم، فيطرح الإشكال هل يحق أن يستفيد أحد الشركاء بطلب الشفعة في موضوع البيع أم لا؟.

باستقراءنا للفصل 473 من ق.م.م الذي نص على: "يخطر في حالة الشيع عون التنفيذ في حدود للإمكان المنفذ عليه في الملكية بإجراءات التنفيذ المباشر ضد شريكهم حتى يتسنى لهم مشاركة السمسرة"، ويتضح أنه يجوز الأخذ بالشفعة في البيع بالمزاد العلني على أن يتم إخطار الشركاء تكون حجة عليهم، إذ يكون بإمكانهم أن يشاركوا في المزاد

¹⁶² - جيهان زاوش، م.س، ص: 65.

¹⁶³ - عمر حمزة " الائتمان البنكي بين الكفالة كضمانة شخصية والرهن الرسمي كضمانة عينية " أطروحة لنيل بقانون التجارة والأعمال بكلية الحقوق بالرباط، لسنة 2010-2011 ص: 64.
- يونس سوساني " آثار الرهن الرسمي العقاري بالنسبة للدائن المرتهن والحائز " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق بطنجة لسنة 2011-2012 ص: 37.

العلني ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا للأجنبي من التدخل، ولذلك فلا شفعة في البيع بالمزاد العلني¹⁶⁴، إلا أن المشرع المغربي سكت عن هذا الاجتهاد مما جعل الفقه ينقسم إلى عدة اتجاهات:

يرى بعض الفقه¹⁶⁵ أن البيوع التي تجيز الشفعة هي البيوع الرضائية، أما البيع الجبري الذي يحصل إثر إجراءات التنفيذ، فلا يعطي للشركاء ممارسة حق الشفعة، بخلاف جانب آخر من الفقه¹⁶⁶ الذي يرى أن البيع بالمزايدة من البيوع التي تثبت فيها الشفعة سواء كان هذا الشريك الذي يرغب في الشفعة حاضرا أثناء المزايدة أم لم يكن حاضرا، وسواء علم بتلك المزايدة أم لم يعلم.

والرأي فيما أعتقد بأن الشفعة للشريك الذي لم يحضر للمزايدة، إذ لم يتم إعلامه بها، أما إذا كان حاضرا أثناء المزايدة ولم يشارك فيها أو استدعي ولم يحضر فإنه لا شفعة له¹⁶⁷.

164- محمد خيرى: "قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي" مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الخامسة 2009، ص: 358.

165- مأمون الكزبري: م.س، ص: 130.

166- محمد ابن محجوز: "أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1993، ص: 164.

167- محمد محجوبة: "الشفة في الفقه المالكي والتشريع المغربي"، مجلة دار القلم الرباط، الطبعة الخامسة 2011، ص: 188.

الفصل الثاني :

آثار القسمة القضائية والمنازعات المثارة

الفصل الثاني : آثار القسمة القضائية والمنازعات المثارة

إن الغاية من إجراء قسمة العقار هي وضع حد نهائي أو جزئي على الأقل لحالة الشبوع، ويتم ذلك عن طريق تحويل الملك الشائع إلى ملكيات فردية مفرزة تتفق وحصص كل شريك على الشبوع، وما يصحب ذلك من أثر كاشف،

ولتحقيق المساواة بين الشركاء فإن المشرع رتب للمتقاسمين ضمان حصص بعضهم البعض مما يقع من تعرض أو استحقاق أو وجود عيب خفي بسبب سابق على القسمة لم يتبناه إليه ساعة الفرز، وذلك لتفادي سلبيات نظام الشيوخ العقاري وتفادي النزاعات المصاحبة له، على اعتبار الآثار الاقتصادية والاجتماعية للقسمة القضائية وما تلعبه من دور إنمائي عبر الاستثمارات العقارية من جهة، ومن جهة أخرى ما تخلفه القسمة القضائية العقارية من خلق رصيد عقاري مفرز ومحفظ، وذلك تفاديا لغلبة العقار غير المحفظ على حالة الشيوخ العقاري، وعليه سأقتصر على دراسة آثار القسمة القضائية العقارية من الجانب القانوني وانعكاس هذا الأخير على الواقع العملي بالتركيز على مدى إسهام القسمة في إنهاء الشيوخ العقاري وفرز الأنصبة للشركاء على الشياخ مع ضمان المتقاسمين لحصص بعضهم البعض في مواجهة ما قد يحدث من تعرض أو استحقاق أو وجود عيوب خفية أو عابها عيب من عيوب الرضا (المبحث الأول) كما أنه غالبا ما تشوب مسطرة القسمة القضائية عدة منازعات التي تثار في صدها سواء من قبل الأطراف أو من لدن الجهات الساهرة على إجراءاتها، وأحيانا أخرى من لدن الأغيار، إذ تثار صعوبات تعيق وتنفيذ الحكم الصادر بشأن القسمة القضائية العقارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : آثار القسمة القضائية العقارية

يترتب عن قسمة العقار الشائع إنهاء حالة الشيوخ، وذلك بإفراز نصيب الشريك، بحيث يتطابق النطاق المعنوي المتمثل في الحصة مع نطاقه المادي المتمثل في الجزء المعين بذاته، وذلك بتحقيق المساواة بين الشركاء، ليحصل كل منهم على قدر من المال الشائع يعادل حصته لا أقل منها ولا أكثر، وذلك للخروج من النمط للملكية الشائعة وما تعرفه من عرقلة للاستثمار العقاري الذي يعد الركيزة الأساس في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن تحقيق هذه الأخيرة رهين بمدى ضمان الشركاء المتقاسمين لحصص بعضهم البعض، مما قد يحدث من تعرض أو استحقاق أو عيب خفي، وتمكين كل شريك من استيفاء حقه في واجب استعمال واستغلال العقار الشائع قبل الحكم بالقسمة.

وإذا كانت عملية القسمة القضائية العقارية يترتب عنها فرز حصص الشركاء في العقار الشائع، فقد عمل المشرع على تنظيمها في إطار قانون الالتزامات والعقود، وضمن مدونة الحقوق العينية 08-39، مع مراعاة خصوصيات قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ (المطلب الأول) وسأعمل على إبراز الأسس القانونية للضمان ومقابل استعمال واستغلال لحصص الشركاء، والإجابة على الإشكال بمدى علاقة دعوى القسمة العقارية بدعوى مقابل استعمال واستغلال العقار الموجهة ضد المتقاسمين في العقار الشائع (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إفراز حصص الشركاء وأثره على المعاملات السابقة

يعد إفراز حصص الشركاء على العقار الشائع من أهم الآثار الجوهرية للقسمة، حيث تتحول حصة الشركاء من حصص رمزية مجردة إلى أجزاء مادية مفرزة ومحددة، إذ يستأثر كل شريك بجزء من العقار الشائع.

وإذا كان الشريك يعتبر مالكا للحصة التي ستؤول إليه عن طريق القسمة من بدء تملكه على الشياخ، وأنه لم يملك غيرها من حصص باقي الشركاء، حسب نص الفصل 1088¹⁶⁸ من قانون الالتزامات والعقود.

فماذا يقصد بالإفراز وما هي طبيعته والآثار المترتبة عليه (الفقرة الأولى) وكيف يؤثر الإفراز على العمليات السابقة له ؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : أحكام الإفراز في القسمة القضائية العقارية

يقصد بإفراز العقار الشائع انفراد كل شريك بملكية حصة مفرزة من العقار الشائع، وقد عرف تكييف الإفراز جدلا فقهيا واسعا حول اعتباره ناقلا للحق أم أنه كاشفا له ؟ وما هو موقف المشرع المغربي بهذا الخصوص؟.

أولا : تطور طبيعة القسمة من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف

قبل الحديث عن كيفية انتقال آثار القسمة من ناقل للملكية إلى كاشف لها وجب أن أحدد المقصود بكونها كاشفة للحق أو ناقلة له.

فالقسمة البتية تنهي الملكية الشائعة لتحل محلها الملكية الفردية¹⁶⁹، فكل متقاسم يملك الجزء المفرز الذي آل إليه ويفقد كل حق في الأجزاء المفرزة الأخرى التي اختص بها بقية المتقاسمين، فهل نعتبر أن تملك المتقاسم للجزء المفرز الذي استقل به، وفقدانه كل حق في الأجزاء المفرزة الأخرى التي كانت من نصيب شركائه، قد بدأ منذ تاريخ القسمة، وأن القسمة هنا منشئة ناقلة لحق المتقاسم على الحصص التي تنازل عنها شركاؤه له في الجزء الذي اختص به، أم نعتبر أنهما يرجعان إلى تاريخ بدء الشيوخ وأن القسمة إذن معلنة، كاشفة لحق المتقاسم على الجزء المفرز الذي آل إليه والذي يعتبر أنه قد انتقل إليه بمجموعه من الشخص الذي كان تلقى عنه الحصة الشائعة في الشيء المشترك¹⁷⁰.

أ- طبيعة الإفراز في القوانين القديمة

وسوف أتطرق إلى كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم.

1- طبيعة القسمة في القانون الروماني

¹⁶⁸ - ينص الفصل 1088 من ق.ل.ع على أنه : " يعتبر كل من المتقاسمين كأنه يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه..."
¹⁶⁹ - بشرى أزكري " الملكية الشائعة دراسة مقارنة " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق بطنجة لسنة 2009-2010

ص : 134.

¹⁷⁰ - مأمون الكزبري : التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 136.

يعطي القانون الروماني للقسمة أثرا منشئا، فإذا كانت القسمة عينية اعتبرت بمثابة مقايضة وإذا أجريت عن طريق التصفية اعتبرت بمثابة بيع من البيوع.

فالقسمة منشئة للحق ناقلة للملكية، تقوم على أساس مبادلة المتقاسمين حصصهم الشائعة، ويعتبر كل متقاسم يعتبر متنازلا عن حصته المشاعة في الأجزاء المفزعة التي استقل بها شركاؤه لقاء تنازل شركائه له عن حصصهم الشائعة في الجزء المفزذ الذي آل إليه¹⁷¹، وبهذا يعتبر المتقاسم متلقيا من شركائه ملكية الحصص الزائدة عن حصته في الجزء الذي اختص به، لتكون القسمة إذن في القانون الروماني منشئة للحقوق وناقلة لها¹⁷².

2- طبيعة القسمة في القانون الفرنسي القديم

للتخلص من نتائج الأثر الناقل للقسمة في إطار القانون المدني، فقد قيل القسمة ليست من عقود المضاربة، بل هي مجرد عملية الغاية منها حصول المتقاسم على حصته مفزعة وغير متأثرة بالتصرفات القانونية التي رتبها الشركاء والتي قد يمس بالحصص التي وقعت في نصيبه نتيجة القسمة¹⁷³.

إلا أن الحديث عن مبدأ الأثر الكاشف للقسمة، والذي لقي في بداية ظهوره معارضة قوية من بعض الفقهاء ومن بين أنصارها "ديمولان".

ففي قضية شهيرة التي عرفت بقضية الإخوة الأربعة تمسك "ديمولان" بالأثر الناقل للقسمة، وقد أكد القضاء الفرنسي هذه المسألة إذ اعتبر أن "الحقوق التي رتبها أحد الشركاء على حصص شائعة تعتبر باطلة، إذا لم هذه الحصص في نصيبه نتيجة للقسمة" وذلك في سنة 1538 ليتحول موقف القضاء عن الأثر الناقل للقسمة إلى الأثر الكاشف والذي بني على أنه ينقض الأثر الكاشف بأن الخلف يتلقى حقوقه مباشرة من السند الذي تولد عنه الشيوخ وليس عن القسمة، فإذا كان مصدر الشيوخ هو الإرث، فإن الوارث يعتبر قد تلقى حقوقه مباشرة من الموروث¹⁷⁴.

ب- طبيعة الإفراز في القوانين الحديثة

وسأطرق إلى كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المصري والقانون المدني السوري وأخيرا القانون اللبناني.

1- طبيعة القسمة في القانون الفرنسي

فقد نص الفصل 883 من القانون المدني الفرنسي على أن "كل وارث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع في نصيبه، وأنه لم يرث شيئا فيما وقع في نصيب غيره من الورثة"، وإن كانت هذه القاعدة قد وردت في قسمة التركة إلا أنه

¹⁷¹ - بشرى أزكري "الملكية الشائعة دراسة مقارنة" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق بطنجة لسنة 2009-2010 م س، ص: 135.

¹⁷² - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة القاهرة، لسنة 1997، ص 950 وما بعدها.

¹⁷³ - محمد جطيف، القسمة القضائية في التشريع المغربي، مرجع سابق، ص 48.

¹⁷⁴ - محمد جطيف، مرجع سابق، ص 49.

من المسلم به فقها وقضاء وأنها تطبق على كل قسمة أيا كان مصدر الشيوخ، مما تكون معه القسمة معلنة للحق لا ناقله له¹⁷⁵.

2- طبيعة القسمة العقارية في القانون المدني السوري والمصري

على غرار القانون المدني الفرنسي، واعتبارا للأثر الرجعي للقسمة أنها معلنة للحقوق المنشئة لها، فقد ورد في الفصل 797 من القانون المدني السوري، والفصل 843 من القانون المدني المصري أن: "المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص"¹⁷⁶.

3- طبيعة القسمة العقارية في الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني الجزائري

تنص المادة 946 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "يعد كل متقاسم كأنه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت في نصيبه أو التي اشتراها بالمزاد عند بيع المال المشترك وكأنه لم يكن سائر الأشياء"، والمادة 750 من القانون المدني الجزائري "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوخ وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"¹⁷⁷.

ويستفاد مما سبق أن فرز حصة الشريك عن طريق قسمة العقار المشاع له وصف كاشف، بمعنى أنه لا يخلق لأي متقاسم حقا لم يكن له، وإنما يكشف عن حق منذ بدء الشيوخ وهذا ما يعرف بالأثر الكاشف للقسمة الذي يقرر وضعا قانونيا قائما من ذي قبل دون أن يعدل فيه.

وتبعاً لذلك فالقسمة القضائية كاشفة بطبيعتها لحق الشريك المتقاسم وليس منشئة، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالقنيطرة على أن القسمة العينية معلنة للحقوق وليس منشئة لها، فيعتبر المتقاسم مالكا من الأصل للأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه¹⁷⁸.

ثانيا: الأثر الكاشف للحصة المفترزة في التشريع المغربي

عند إفراز نصيب الشريك في الأرض يصبح الجزء المفترز ملكه وحده، كما تم تبيانه، وكان هذا النصيب قبل القسمة وفي أثناء الشيوخ ملكا للشريكين لكل منهما النصف، إذن فالإفراز تبت للشريك في هذا النصيب المفترز قبل

¹⁷⁵- عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 965.

¹⁷⁶- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 955.

¹⁷⁷- جيهان زاوش: مرجع سابق، ص 86.

¹⁷⁸- قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة عدد 2 بتاريخ 04-01-2005 الملف العقاري 428-2004 منشور بمجلة الإشعاع، العدد المزدوج 34-35 لسنة 2009، ص 292.

القسمة في النصف الآخر، ومن تم تكون للقسمة أثرا كاشفا في نصف النصيب وأثر ناقل في النصف الآخر، ومن الناحية العلمية تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل¹⁷⁹.

وعليه فإن المشرع المغربي تبنى فكرة الأثر الكاشف، ولذلك اعتبر أن كل من المتقاسمين كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعها القسمة في نصيبه سواء تمت هذه الأخيرة عن طريق قسمة التصفية أو عن طريق قسمة عينية، كما يعتبر أنه لم يملك قد غيرها من بقية الأشياء وذلك طبقا لما نص عليه الفصل 1088 من ق.ل.ع على اعتبار أن القسمة القضائية في التشريع المغربي كاشفة بطبيعتها لحق الشريك المتقاسم، ويطرح التساؤل إلى أي حد يسري هذا الأثر على قسمة العقار؟

وللإجابة عن التساؤل وجب أن أشير ما إذا كان الأمر يتعلق بعقار محفظ أم بعقار غير محفظ.

¹⁷⁹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 949.

أ-الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة للعقارات المحفظة

ينص الفصل 66 من قانون التحفيظ العقاري 14.07 على أن " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة ."

ويضيف الفصل 67 من نفس القانون " بأن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية -من بينها القسمة- الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا ينتج أي أثر ولو بين الأطراف- الأثر الكاشف- إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم ."

وعليه فإن كل ما تم تقييده في السجل العقاري للعقارات المحفظة يعتبر قرينة قانونية¹⁸⁰ وحجة قوية يمكن التمسك بها لمواجهة كافة الأشخاص، فصاحب الحق لا ينازعه أحد في حقه لأن التقييد ضمن له الإثبات والاستقرار¹⁸¹، وبناء على ذلك فإن قيمة العقار المحفظ لا تنتج أثرها القانوني في فرز حصص الشركاء فيما بينهم ولا بالنسبة للغير، إلا بتقييدها في الرسم العقاري، وهذا ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها بقولها¹⁸² : "إن كل حق عيني عقاري لم يقيد في الرسم العقاري يعتبر غير موجود، ولا يمكن الاحتجاج بالنسبة للأطراف أو الغير، وأنه أمام عجز الطاعنين عن تقديم شهادة على الأملاك العقارية تفيد تقييد حكم القسمة في الصك العقاري، فإن العقار المدعى فيه لا زال في حالة الشيع، ولا يمكن القول بأن أنصبه الطاعنين مفرزة..." وعليه تعتبر ملكية الحصة التي آلت إلى الشريك عن طريق القسمة، قد انتقلت إليه نتيجة تقييدها باسمه في السجل العقاري، وابتداء من تاريخ هذا التقييد.

ولا تلعب مقتضيات الفصل 1088 من ق.ل.ع، بل يجب أن تستبعد كلما تعلق الأمر بقسمة عقار محفظ، لأن ذلك يتعارض ومقتضيات الفصول 66 و67 من ق.ت.ع والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية¹⁸³ 39.08 والتي تعد نصوصا

¹⁸⁰ - قرار محكمة النقض عدد 2614 بتاريخ 09-07-2008 في الملف 3-1-3144-2006 منشور بمجلة محكمة النقض، العدد 71 الصفحة 144 وما بعدها.

¹⁸¹ - حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 05-05-1998 عدد 140 في الملف العقاري 97/404 وفي حكم آخر لنفس المحكمة يقول : " ...وحيث أثبت المدعون ملكيتهم على الشيع في العقار أعلاه مع المدعي عليهم بمقتضى صورة طلبات الأصل لشهادة الملكية المتعلقة بالرسم عدد... الحكم بتاريخ 02-02-2010 عدد 439 الملف العقاري عدد 2009 (غير منشور). وفي نفس الاتجاه حكم ابتدائي للمحكمة الابتدائية بوادي زم جاء فيه " ... حيث إن الطلب يهدف إلى إجراء قسمة في العقار المسمى... وحيث إن حالة الشبوع قائمة بين الطرفين بموجب الشهادة المستخرجة من الرسم العقاري أعلاه " الحكم بتاريخ 11-06-1996 عدد 96/55 في الملف العقاري عدد 96/4 (غير منشور).

¹⁸² - قرار عدد 1334 بتاريخ 04-05-2005 ملف مدني عدد 2004/3/1/1061 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 83.

- قرار لمحكمة النقض عدد 857 بتاريخ 16-08-1990 في الملف 89/1794 منشور بمجلة المحاماة، ص 91.
¹⁸³ - تنص المادة 2 من قانون 39.08 على " إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها...".

أمره الغاية منها حفظ الملكية العقارية والحقوق العينية المرتبطة بها وضبط كل المعاملات العقارية وحفظ حقوق الغير وهذه أمور تتعلق بالنظام العام، أما مقتضيات الفصل 1088 من ق.ل.ع فهي مقررمة لمصلحة أحد الشركاء ولا علاقة لها بالنظام العام.

إلا أنه قد تقع بعض الإشكالات العملية بهذا الخصوص، كما لو قام الشركاء على الشياخ في عقار محفظ بقسمته من دون تقييد القسمة بالرسم العقاري، فإذا أقدم أحد الشركاء المتقاسمين بنقل الحصة التي آلت إليه عن طريق القسمة ببيعها لشخص آخر فهل يحق لباقي الشركاء أن يطالبوا بالشفعة مع العلم بأن القسمة هنا غير مقيدة ؟

من خلال استقراءنا للاجتهاد القضائي يتضح أنه ليس هناك ما يمنع من ممارسة حق الشفعة من طرف باقي الشركاء باعتبار القسمة عديمة الأثر القانوني طبقا للفصل 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري 14-07، لكن ما السبيل إذا كان المدعي في دعوى القسمة والذي صدر الحكم بقسمة العقار المحفظ لصالحه، هو الذي يطالب بالشفعة في حالة عدم تقييد الحكم بالرسم العقاري ؟

طرح هذا الإشكال أمام محكمة الاستئناف بأكاير حيث أقرت¹⁸⁴ " إن المحكمة عند مناقشتها ودراستها لوثائق الملف تأكد لديها أن ذلك لا يرتكز على أساس باعتبار أن الحكم المستأنف قضى بإجراء القسمة في الملك المذكور بناء على طلب الطاعن نفسه، ومن ثم فإنه لا يحق له بعد ذلك طلب إبطاله من أجل ممارسة حقه في شفعة حصة شريكته المستأنف عليها التي باعها لكل من ... و... وهو ما نعاها خليل بقوله : " وسقطت الشفعة إن قاسم شيء " والذي يتعين معه رد استئناف الطاعن وتأييد الحكم من كون المدعي في دعوى القسمة الذي صدر الحكم لصالحه، لا يجوز له طلب إبطال الحكم غير المقيد بالرسم العقاري من أجل ممارسة حق الشفعة، يبدو أنه موقف ينسجم مع متطلبات الواقع، لأن المدعي ما دام قد رفع دعوى القسمة من أجل الخروج من حالة الشياخ، فيفترض فيه تبعا لذلك أنه أراد التخلص من الآثار القانونية لهذا الشياخ، ولعل من بين أهم هذه الآثار نجد حق الشفعة، لذلك فلا حق له في الشفعة سيما بعد صدور حكم نهائي ويات بإجراء القسمة، غير أن هذا الموقف الذي يبدو سديدا من الناحية الواقعية قد يصطدم بمقتضيات صلبة تضمنها قانون التحفيظ العقاري¹⁸⁵ التي لا تعترف بأي أثر قانوني للقسمة إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري، وعليه فإن كل حكم صدر بغية ذلك يكون خرقا لمقتضيات من صميم النظام العام¹⁸⁶، هذا ما أقرته محكمة النقض في أحد قراراتها¹⁸⁷.

184- قرار محكمة الاستئناف بأكاير عدد 278 صادر بتاريخ 04-02-1992 تحت رقم 81-91 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق ص 84.

185- الفصل 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري 14.07.

186- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 85.

187- قرار محكمة النقض عدد 88 بتاريخ 07-11-1998 الملف المدني رقم 97-1150 أورده المصطفى مازي، نفس المرجع، ص 85.

وعليه اجتنابا للوقوع في إشكالات قانونية، منح المشرع المغربي إمكانية الشركاء بتقييد احتياطي كإجراء وقائي أثناء مسطرة القسمة بناء على مقتضيات الفصلين 85 و 86 من قانون 14.07 وذلك إلى حين صدور الحكم النهائي وتقييده إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

ب- الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة للعقارات غير المحفظة

من أجل دراسة أثر القسمة بالنسبة للعقارات غير المحفظة وجب الرجوع إلى قواعد الفقه المالكي، إذ نجده يفرق بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، بحيث يترتب عن كل منهما أثرا معينا.

فالقسمة الاتفاقية عند المذهب المالكي تعتبر بيعا من البيوع، وعليه فهي بذلك ناقلة لحق المتقاسم وليس كاشفة له، والسبب الذي حدا بهؤلاء الفقهاء إلى اعتبارها كذلك هو أنها تخضع للمساومات، وتجري فيما اتفق وما اختلف من الأموال، كما أنها لا تحترم قاعدة المساواة بدقة، بالإضافة إلى أن من أتاها لا يجبر على تنفيذها.

أما القسمة القضائية فهي تعتبر كاشفة لحق المتقاسم وليست ناقلة له، ذلك أن هذا النوع من القسمة يخضع لمراقبة صارمة من طرف القضاء، ولا تتطلب مساواة قانونية فقط، بل وفعلية كذلك، وللوصول إلى هذه الغاية فإن هذه القسمة لا تجري إلا فيما اتفق من حيث الجنس والنوع والكيف، ولو تطلب الأمر الاستعانة بالمقومين وأهل الخبرة¹⁸⁸.

وما يهمننا هنا النوع الثاني أي القسمة القضائية والتي تعد كاشفة للملكية وليست ناقلة لها، وذلك من خلال الفصل 1088 من ق.ل.ع والذي يقابله نص المادة 883 من القانون المدني الفرنسي، فما هي حدود الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة للعقارات غير المحفظة ؟

وبغية الإجابة عن التساؤل تقتضي معالجته من ناحية التصرفات تم من ناحية الأشخاص.

1- حدود تطبيق الأثر الكاشف للقسمة القضائية من حيث التصرفات

تجدر الإشارة إلى أن الأثر الكاشف للقسمة من حيث التصرفات، يطبق على كل تصرف من شأنه إنهاء حالة الشيع، أما قسمة المهايآت¹⁸⁹ سواء كانت مكانية أم زمانية فلا يمكن أن يطبق بشأنها لأنها لا تنهي الشيع بصفة باتة، ولذلك فهو يطبق على القسمة القضائية سواء كانت عينية أو تصفية بمعدل أو بدون معدل، كلية كانت أم جزئية¹⁹⁰.

¹⁸⁸ - محمد جطيف، مرجع سابق، ص 57.

¹⁸⁹ - المادة 313 من مدونة الحقوق العينية 39.08.

¹⁹⁰ - Mazeaud ibid : « leçon de droit civil » édition siray. Paris 1975 p :155.

وإذا كانت القسمة العينية لا تثير أي إشكال في هذا المجال، فإن قسمة التصفية تحتاج إلى توضيح.

- بيع العقار المشاع لشخص أجنبي

في هذه الحالة إذا بيع المال الشائع في إطار تصفيته لأجنبي، فإن ذلك التصرف يعتبر ناقلاً للملكية الشيء الشائع إلى المشتري، أما توزيع الثمن بين الشركاء، فيعتبر قسمة تصفية تترتب عليها جميع آثار القسمة¹⁹¹ ومن تم يجوز للمشتري أن يظهر العقار المبيع من الرهون التي ترتبت عليه من الشركاء في أثناء الشيوخ، هذا من جهة ومن جهة أخرى إن توزيع الثمن بين الشركاء المتقاسمين تترتب عنها جميع آثار القسمة ومنها الأثر الكاشف.

- بيع العقار المشاع لأحد الشركاء

إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء فقد جرى القول أن هذا البيع يعتبر قسمة تصفية تترتب عليها جميع آثار القسمة بما للأثر الكاشف، حيث تسقط تصرفات كل شريك آخر في العقار تكون قد صدرت أثناء الشيوخ، وبالمقابل تثبت تصرفات الشريك المشتري الذي وقع المال في نصيبه، ثم يكون الثمن الراسي به المزاد حكم معدل القسمة، ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة¹⁹².

وبخلاف ما ذهب إليه بعض الفقه¹⁹³ الذي يعتبر بأنه " ومع ذلك فقد يشكك البعض في اعتبار رسو المزاد قسمة بطريق التصفية تترتب عليه آثار القسمة لا آثار البيع " والواقع أنه لا يرى اختلاف الراسي عليه المزاد يترتب عنه اختلاف تكييف رسو المزاد، فرسو المزاد يعتبر دائماً بيعاً تترتب عنه آثار البيع لا آثار القسمة ولو كان الراسي عليه المزاد هو أحد ملاك الشيء الشائع الذي يتم بيعه بالمزاد، أما القسمة فتتمثل دائماً في اقتسام الثمن الذي رسي به المزاد¹⁹⁴.

والرأي فيما أعتقد أن التمييز بين حالة البيع للعقار الشائع للأجنبي وحالة البيع لأحد الشركاء، باعتبار الأول بيعاً تنتج عنه آثار البيع كما هو منصوص عليه في ق.ل.ع والثاني تنتج عنه آثار القسمة يعتبر تمييزاً في غير محله، لأنه هو الآخر تسري عليه نفس آثار البيع لقانون الالتزامات والعقود، أما فيما يخص الأثر الكاشف فإنه لا يسري على الشريك الذي رسي عليه المزاد إلا في حدود الحصص التي كان يملكها في العقار الشائع، وأنه هناك حالة أخرى تتمثل في بيع أحد الشركاء حصته لشريك آخر، فهل ينطبق على هذا التصرف الأثر الكاشف للقسمة؟.

¹⁹¹- محمد الكشور: القسمة القضائية في التشريع المغربي، مرجع سابق، ص 370.

- جيهان زواث، مرجع سابق، ص 93.

- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 87.

¹⁹²- محمد المنجي: " دعوى القسمة موسوعة الدعاوى العملية " منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 1996 ص 379 وما بعدها.

¹⁹³- مصطفى الجمال: " نظرية الملكية في القانون اللبناني والمقارن " الجزء الأول، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 1973، ص

277.

¹⁹⁴- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 88.

إن الأثر الكاشف لا ينطبق على القسمة فقط، بل ينسحب على كل تصرف قانوني ينهي الشيوخ بأية كيفية كانت سواء تم ذلك بصفة كلية أو جزئية، وسواء خرج جميع الشركاء من حالة الشيوخ أو خرج منها البعض فقط¹⁹⁵.

2- حدود تطبيق الأثر الكاشف للقسمة من حيث الأشخاص

إن الأثر الكاشف يسري على جميع الشركاء المتقاسمين أي بالنسبة لجميع الأشخاص الذين كانوا يعتبرون ملاكا على الشيوخ وقت إجراء القسمة، ويستوي في ذلك من كان يملك في الشيوخ منذ بدايته، ومن كان يملك فيه بعد ذلك ما دام أنه مالكا وقت القسمة ومن تم يسري الأثر الكاشف على جميع الورثة، كذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوخ قبل القسمة¹⁹⁶، كما يسري على حق الغير إذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزء مفرزا من العقار الشائع لدائن مرتين فإن هذا الدائن الغير يسري في حقه الأثر الكاشف للقسمة¹⁹⁷.

وتطبيقا لذلك لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرين أثناء الشيوخ على العقار الشائع، فإذا كان أحد الشركاء قد باع أو رهن جزءا مفرزا أثناء الشيوخ ثم آل هذا الجزء بالقسمة إلى شريك آخر، فإنه يؤول إليه محررا من ذلك البيع أو الرهن، كما أن المشتري لا يستطيع المطالبة بنقل ملكية الجزء المبيع، ولو كان قد قام بتقييد عقده، إذ يترتب عن القسمة سقوط التقييد بفعل الأكثر الكاشف للقسمة، ويعتبر كل من البيع والرهن قد صدر من غير مالك¹⁹⁸.

وقد يرد على هذا الحكم استثناء يتعلق بالتصرف المبرم بين جميع الشركاء، فمثل هذا التصرف يبقى قائما وهذا ما نصت عليه المادة 322 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "يعتبر كل تقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفردة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون".

ويبقى التساؤل مطروحا في الحالة التي تكون فيها القسمة مع المدرك أو المعدل، فهل يسري على المدرك أو المعدل الأثر الكاشف للقسمة أم لا؟.

لو افترضنا أن هناك قسمة أرض وشقة شائعتين بين شريكين إذ نال أحدهما الأرض والآخر الشقة على أن يدفع صاحب الأرض معدلا لصاحب الشقة، ففي هذه الحالة تعتبر كل من الأرض والشقة ملكا لصاحبها ومن وقت بدء الشيوخ

¹⁹⁵ - المادة 883 من القانون المدني الفرنسي والتنصيص على " غير أنه متى تم التصرف بواسطة وكالة مصادق عليها من طرف جميع الشركاء، أو بواسطة رخصة قضائية، فإنه لا يمكن الاحتجاج على المتصرف إليه بالأثر الكاشف للقسمة.

¹⁹⁶ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 89.

¹⁹⁷ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 963 وما بعدها.

¹⁹⁸ - جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 95.

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 525 الصادر بتاريخ 27 شتنبر 2011 في الملف الشرعي عدد 2010-1-2-373 منشرو بمجلة محكمة النقض العدد 2 ص: 256.

عملا بالأثر الكاشف للقسمة، أما المعدل أو المدرك فليس من الأموال التي أفرزت بالقسمة لكونه التزاما في ذمة المدين بموجب القسمة ولكن بأثر ناقل وليس كاشف.

الفقرة الثانية : أثر الإفراز على المعاملات السابقة للقسمة العقارية

يقصد بأثر الإفراز على المعاملات السابقة للقسمة العقارية، تلك المعاملات الواقعة على المال الشائع، ويجب التمييز بين نوعين من التصرفات : النوع الأول يتعلق بتصرف شريك في حصة مفرزة قبل إجراء القسمة، والنوع الثاني يتعلق بتصرف شريك على الشياخ في جميع حصص الشركاء، فما هو أثر الإفراز على كل من الحالتين ؟

أولا : أثر الإفراز على تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة

يمكن للمالك على الشياخ أن يتصرف في ملكه على الشياخ- سواء كان بعوض كالبيع أو من دون عوض كالهبة- محددًا ومفرزًا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوخ¹⁹⁹ ، وبذلك تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد تقييده.

وإذا كان البيع الصادر من أحد الشركاء على المال الشائع قد انعقد على جزء مفرز من العقار، وتمت قسمة بين المشتاعين فإن القسمة تكون حجة على المشتري، وإن لم يدخل فيها، كما يترتب عنها في نصيبه ما يترتب في نصيب الشركاء المتقاسمين في حالة إنهاء الشيوخ، مع اعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، كما يتحدد بهذه القسمة مصير التصرف في الشخص الصادر إليه²⁰⁰ ، فإذا وقع الجزء المفرز المبيع له في نصيب الشريك البائع تأكد هذا البيع واستقر نهائيا على هذا الجزء، ويستوي في هذه الحالة التي يكون المتصرف إليه عالما بالشيوخ أم غير عالم، أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع من نصيب الشريك البائع فإن التصرف لا يكون باطلا ولكنه ينتقل إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف عن طريق القسمة.

إلا أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى أحكام تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع، وأمام سكوت المشرع عن هذه المسألة نرجع إلى القضاء حيث أفادت محكمة النقض بالرباط بأن : " التصرف في عقار شائع من طرف أحد الشركاء يعتبر صحيحا وفقا لمبادئ الفقه الإسلامي، متى تبين أن الشركاء الآخرين قد علموا بالبيع ولم يحركوا ساكنا "

وبالرجوع إلى التشريع المصري فقد نظم أحكام تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة في المادة 826 من القانون المدني والتي تنص : " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة

¹⁹⁹ - وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 714 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على : " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

²⁰⁰ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 11.

في نصيب المتصرف انتقل إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف" إذ يتضح أن المشرع المصري ميز بين حالتين :

أ- الحالة التي ينتج فيها عن الإفراز وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، فالمشرع المصري لم يتطرق إلى حكمها باعتباره تحصيل حاصل، بحيث يتأكد التصرف ويستقر بصفة نهائية على هذا الجزء، سواء أكان التصرف إليه عالما بالشئ وقت التصرف أم لم يكن عالما به، ونفس الحكم إذا أقر باقي الشركاء التصرف في ذلك الجزء.

ب- الحالة التي ينتج فيها عن الإفراز عدم وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وهذه الحالة هي التي حدد المشرع المصري حكمها ونص على أن حق المتصرف إليه ينتقل من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف عن طريق القسمة، والمتصرف إليه في هذه الحالة إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في طلب إبطال التصرف²⁰¹، لكن ما هو الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف ؟

اختلف الفقه في تحديد الأساس، إذ يذهب فريق من الفقه²⁰² باعتبار أن أساس هذا الانتقال هو وحدة المحل الذي قد يكون هو الذي تعين عند التصرف، وقد يكون هو الذي تعين وقت القسمة، بينما يذهب فريق آخر من الفقه إلى أن الأساس في الانتقال هو مجرد نقل التزام على اعتبار أن المشرع المصري قد نص على خلاف القواعد العامة على تنفيذ التزام المتصرف بنقل الملكية من الوقت الذي نشأ فيه هذا الالتزام على مال آخر، وهو المال الذي اتضح بمقتضى القسمة أن المتصرف كان مالكا له وقت إبرام الالتزام.

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه²⁰³ أن أساس هذا الانتقال هو الحلول العيني الذي أشار إليه المشرع المصري في المادة 826 من القانون المدني، ذلك أن الجزء المفرز الآخر الذي وقع في نصيب الشرك البائع يحل حلولا عينيا محل الجزء المبيع، ومن تم يعتبر البيع واقعا لا على الجزء المبيع في الأصل بل على الجزء المفرز الذي وقع بعد القسمة في نصيب الشرك البائع، ويعلل ذلك بأن المشتري يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه، يكون قد ارتضى مقدما شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة، وتجد نظرية الحلول العينية هذه تطبيقا لما في حالة الرهن الرسمي طبقا للمادة 2/1039 من القانون المدني المصري.

أما التشريع المغربي، فإن رهن أحد الشركاء جزءا من العقار الشائع للغير، فإن نتيجة هذا الرهن تتوقف على إجراء القسمة، فإذا وقعت الحصة المرهونة في نصيب الشرك الراهن، فإنه يعتبر نتيجة للأثر الكاشف للقسمة قد رهن ملكه، أما إذا وقعت الحصة المرهونة في نصيب شريك آخر، اعتبر الشرك الراهن قد رهن ملك الغير²⁰⁴ وقد نصت مدونة الحقوق العينية في المادة 323 على أنه " إذا كانت حصة أحد الشركاء مثقلة بحق عيني قبل القسمة فإن هذا

²⁰¹ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 92.

²⁰² - شفيق شحاتي: " النظرية العامة للحق العيني " المطبعة العالمية، القاهرة، السنة 1951 ص 165.

²⁰³ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 876

²⁰⁴ - قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة عدد 235 بتاريخ 08-06-2010 في الملف العقاري عدد 86-1402-2010، غير منشور.

- قرار لنفس المحكمة عدد 410 بتاريخ 30-11-2010 الملف العقاري عدد 2009/4 غير منشور

الحق ينتقل ليثقل الجزء المفرز الذي آل إلى هذا الشريك " والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي لم تحدد موقفه من رهن جزء مفرز مملوكا على الشيعاء، وبإجراء القسمة آل هذا الجزء المرهون إلى أحد الشركاء.

ثانيا : أثر الإفراز على تصرف الشريك في كل العقار الشائع

لتحديد أثر الإقرار على تصرف الشريك في كل العقار الشائع وجب أن نميز بين حالتين : الأولى التي يتصرف فيها الشريك في كل العقار الشائع ويعتقد المشتري أن البائع يملك كل العقار، والحالة الثانية التي يكون فيها المشتري على علم بأن البائع هو شريك على الشيعاء، ويتصرف في كل العقار الشائع.

أ- الحالة الأولى : عدم علم المشتري بحالة الشيعاء

إذا تصرف أحد الشركاء وحده في كل العقار الشائع بالبيع، وكان المشتري يعتقد وقت البيع أن البائع يملك كل العقار، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية للشيء المبيع، وعليه فيمكن للمشتري المطالبة بإبطال البيع للغلط، كما له أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر، باعتبار أن الشريك الأول قد باع ملك الغير²⁰⁵، ويعتبر هذا التصرف صحيحا أي بيع ملك الغير في الحالات المنصوص عليها في الفصل 485 من ق.ل.ع والذي ينص على أن : " بيع ملك الغير يقع صحيحا :

1- إذا أقره المالك.

2- إذا كسب البائع في ما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع، وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري جهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير، ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير".

ب- الحالة الثانية : علم المشتري بحالة الشيعاء

في هذه الحالة إذا كان المشتري على علم بحالة الشيعاء، فلا يحق له الطعن في البيع للغلط، لأنه يفترض فيه أنه قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية العقار الشائع كله لينتقل إليه.

فإن استطاع البائع أن يستخلص ملكية العقار الشائع كله، تحقق البيع وانتقلت ملكية هذا العقار إلى المشتري مع مراعاة ضوابط انتقال الملكية العقارية إذا كان العقار محفظا، أما إذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية ذلك العقار

²⁰⁵ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 94.

- " إذا ما تصرف الشريك في الشيعاء في جزء مفرز من العقار الشائع، وكان المشتري يعتقد أن الشريك يملك المبيع مفرزا قبل قبل قسمة العقار الشائع، فإنه يكون قد وقع في غلط بصفة جوهرية في محل البيع، إذ أنه إعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزا لا شائعا، ومن ثم فإن البيع يكون قابلا للإبطال بسبب الغلط وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 81 و 82 من القانون المدني الجزائري، على أن يقدم ذلك الطلب قبل القسمة، لأنه غير ملزم بانتظار القسمة ونتيجتها..." وهاب عياد " التصرف في الملكية العقارية الشائعة" مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري جامعة منتوري - قسنطينة الجزائر، لسنة 2007-2008 ص: 44.

الشائع كله كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع، غير أنه إذا وقع جزء مفرز من العقار المبيع في نصيب البائع عند القسمة، فإنه يكون من حق المشتري إما أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن، وإما فسخ البيع وهذا ما يتماشى مع مقتضيات الفصل 485 من ق.ل.ع.²⁰⁶.

المطلب الثاني : ضمان حصص الشركاء ومقابل استعمال واستغلال العقار

لقد أشرت في المطلب الأول من هذا الفصل إلى مجموعة من الآثار المترتبة عن القسمة القضائية للمال الشائع، منها الأثر الكاشف إلى جانب إفراز حصص المتقاسمين.

إلا أن هناك آثار أخرى تتعلق بالضمان أي يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض في مواجهة التعرض والاستحقاق، وذلك بالنظر لما تستهدفه القسمة من إفراز ومساواة حماية لكل نصيب يفرز، مما قد يتخلله من نقص أو استحقاق لسبب سابق عن القسمة، غير أن هذا الضمان لا يمكن إعماله إلا إذا توافرت شروطه.

إلى جانب ذلك قد تمتد حماية المتقاسمين إلى مقابل الاستعمال والاستغلال عبر رفع دعوى، إلا أن الإشكال المطروح هو علاقة دعوى القسمة القضائية للعقار بدعوى مقابل الاستعمال والاستغلال ؟ وهل يمكن رفع هذه الأخيرة أثناء سريان مسطرة القسمة ؟ أم أنه يتوقف إلى حين البت في القسمة وإفراز حصص المتقاسمين ؟

وللإحاطة بمختلف الإشكالات سأعمل على إبراز شروط الضمان وآثاره على حصص الشركاء في المال الشائع (الفقرة الأولى) على أن أتطرق إلى دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال للمال الشائع قبل انقضاء الشيوخ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : شروط الضمان لحصص الشركاء وآثاره

يستند الالتزام بالضمان إلى مبدأ المساواة حماية لما يفرز لكل شريك من نصيب، وذلك لما قد يقع لأحد المتقاسمين من تعرض أو استحقاق أو اكتشاف عيب خفي في نصيبه بسبب سابق على القسمة، ولكي يتحقق الضمان لا بد من تحقق شروطه (أولاً) وإذا ما توافرت شروطه فلا بد من إعمال آثاره (ثانياً).

أولاً : شروط الضمان

نص المشرع المغربي في المادة 324 من مدونة الحقوق العينية على أنه " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة إلا إذا تم الاتفاق صراحة على الإعفاء منه أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه" كما نص قانون الالتزامات والعقود في الفصل 1090 على أنه " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض حصصهم من أجل الأسباب السابقة على القسمة، وفقاً لأحكام البيع " غير أنه لقيام الضمان يجب توفر بعض الشروط وهي وقوع تعرض أو استحقاق أو عيب خفي في الحصة المفرزة لأسباب سابقة عن القسمة والتي آلت

²⁰⁶ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 96.

إلى المتقاسم شريطة ألا يكون هذا الاستحقاق أو التعرض أو العيب الخفي ناتج عن المتضرر المتقاسم، فضلا عن عدم وجود شرط يعني من هذا الضمان، وسأعمل على عرض كل شرط من شروط الضمان.

أ-وقوع تعرض أو استحقاق أو وجود عيوب خفية في نصيب المتقاسم

لا يتحقق غرض المتقاسم من القسمة لمجرد حصوله على حصة مفرزة من العقار الشائع، وتمام تسليمها له، لذلك فإن باقي المتقاسمين يلتزمون فضلا عن ذلك بأن يضمنون له انتفاعه بها انتفاعا هادئا مستقرا لا يشوبه أي تعرض أو استحقاق أو عيب خفي²⁰⁷، فما المقصود من التعرض والاستحقاق والعيب الخفي في القسمة القضائية العقارية ؟

1- التعرض : أن المقصود بالتعرض في هذا المجال هو التعرض القانوني لا مجرد التعرض المادي كأعمال الغصب والتعدي، وإنما التهديد بالاستحقاق تهديدا له صفة قانونية بحيث يحتمل معنى الغير حقا عينيا على النصيب المقسوم²⁰⁸، مثل رفع دعوى استحقاق أو المطالبة بحق ارتفاق وغيرها، ويمكن للمتقاسم أن يعمل على حماية حقه بإحدى الوسائل المتاحة له وذلك ما علم بوجود حق الغير، كان يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة، بحسب ما التزم به من الثمن الذي رسا به المزاد العلني حتى يزول الخطر²⁰⁹.

وأشير إلى أن مناط تطبيق أحكام ضمان التعرض القانوني هو أن يكون صادرا من الغير²¹⁰ مع العلم بأن الورثة يعتبرون غيرا بخصوص أموالهم الخاصة. وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها²¹¹ الذي جاء فيه : " حيث أن الطرف الحقيقي في الدعوى هو تركة الهالك وأن ورثته يعتبرون طرفا فيما تركه، ويعتبرون طرفا في أملاكه الخاصة التي قضت بها المحكمة لفائدتهم، ولذلك فهم أغيارا بمقتضى الفصل 482 من ق.م.م بالنسبة لأملاكهم لا يعتبرون أغيارا فيما يتعلق بتركة الهالك"، وإذا وقع التعرض من أحد الشركاء طبقا للأحكام العامة التي تقتضي بتنفيذ التزامات بحسن النية، وهذا الفعل من شأنه التشويش على حيازة بعضهم البعض للحصص المفرزة، أما بالنسبة للتعرض القانوني فهناك من اعتبره جائزا للمتقاسم اتجاه المتقاسم الآخر، وذلك باعتبار أن القسمة القضائية هنا كاشفة للحق وليست ناقلة له، والمالك للعين لم ينق ملكيتها للمتقاسم الآخر، حتى يلتزم بعدم التعرض القانوني، كل ما هناك أنه يجوز في هذه الحالة إبطال القسمة للغلط أو نقضها للغبن إذا توفرت شروطه.

بينما ذهب محمد المنحي بعكس الطرح الأول باعتبار أن المتقاسم ملزم بعدم التعرض القانوني، وأن القول بعدم التزامه يتعارض مع القسمة بالغلط على إبطالها²¹².

²⁰⁷- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 98.

²⁰⁸- عبد الرزاق السنهور، مرجع سابق، ص 971 وما بعدها.

²⁰⁹- جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

²¹⁰- إن التعرض الصادر عن الغير يجب أن يقع فعلا بأن يتخذ مظهرا ملموسا وحالا، فلا يكفي أن يكون احتماليا ولكن ليس بالضروري بالمقابل أن يأخذ شكل دعوى ترفع ضد المتقاسم، إذ يكفي التلويح بها إذا تبين أن المتعرض يملك فعلا مستندات تهدد هذا الأخير جديا في حيازاته أو ملكيته للحصة المفرزة، المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 98.

²¹¹- قرار محكمة النقض عدد 3020 ملف مدني عدد 8871 بتاريخ 17 نونبر 1993، منشور بمجلة قرارات محكمة النقض عدد 48 لسنة 1996، ص 106.

²¹²- محمد المنجي، مرجع سابق، ص 404.

وفيما يخص انتقال الالتزام بعدم التعرض إلى الورثة نشير إلى أنه كان من المقرر في نطاق القانون المدني الفرنسي، أن الالتزامات التي يتحمل فيها الشخص خلال حياته تنتقل إلى ورثته إلا إذا احتفظ الوارث لنفسه بشرط الجرد²¹³، أي أنه لا يقبل التركة إلا إذا كان خال من الديون، وأنه يتقبلها بشرط عدم تحمل ما يمكن أن تتحمله من تكاليف²¹⁴، وفي هذا الإطار نص الفصل 229 من ق.ل.ع على أنه "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتها وخلفائها ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود التركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم.

2- الاستحقاق

يقصد بالاستحقاق²¹⁵ في مجال القسمة تحقق تجريد المتقاسم من النصيب المفرز المقسوم له لصالح الغير، أو بوجه عام إهدار حقوقه أو الانتقاص منها عن النصيب نتيجة ثبوت حق الغير، فالحكم له بملكية هذا النصيب أو بملكية جزء منه أو ثبوت حق انتفاع ويتحقق الضمان كذلك متى كانت الحصة التي تمثل نصيب المتقاسم تحت يد الغير ولم يستطع استردادها منهم²¹⁶.

3- العيب الخفي

ويقصد بالعيب الخفي هو ما ينقص من قيمة الحصة نقصا محسوسا وهو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء²¹⁷، بشكل عام أو تلك التي تجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعد له بحسب طبيعته، أو بمقتضى عقد قسمة²¹⁸، أما العيوب التي تنقص نقضا يسيرا من القيمة أو الانتفاع وكذلك العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها، فلا تخول الضمان²¹⁹، إذ يمكن للقاضي الاستعانة بخبير ليستطيع تقييم قيمة العيب الخفي إن كان مؤثرا بشكل بالغ أم أن تأثيره يسيرا وبالتالي لا تخول الضمان وذلك قياسا على الفصل 549 من ق.ل.ع.

²¹³- المادة 302 من القانون المدني الفرنسي.

²¹⁴- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 99.

²¹⁵- يقال في اللغة استحق فلان الشيء إذا حكم له بعد إدلائه بحجة عادلة أمام القضاء، راجع ابن منظور : " لسان العرب" مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، المجلد الأول، بيروت لبنان، الطبعة 12 ص 822.

ويقصد بالاستحقاق بمعناه الضيق ضياع حق بمقتضى حكم قضائي وغالبا ما يسبق الاستحقاق التعرض ويتم الاستحقاق إذا حكم للغير بما يدعيه من تعرض.

²¹⁶- محمد الكشور، القسمة القضائية، مرجع سابق، ص 3870.

²¹⁷- جميلة لعماري : الوجيز في عقد البيع دراسة على ضوء قانون 05-53 لتبادل المعطيات الالكترونية وقانون 00-44 لبيع العقار في طور الانجاز ، م س ، ص: 98 وما بعدها.

²¹⁸- عبد القادر العرعاري : " وجهة نظر خاصة في مادة القانون المدني المعمق بين الفقه والقضاء " مطبعة الأمينية بالرباط، الطبعة الأولى 2010، ص 281.

²¹⁹- عبد الحق الصافي " عقد البيع " دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، المطبعة غ.م الطبعة الأولى 1998، ص 390.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه بالنسبة للتشريعات المقارنة تستثني العيوب الخفية من الضمان في مجال القسمة²²⁰، فهذه الأخيرة تشمل ضمان التعرض والاستحقاق ولا يمتد إلى العيوب الخفية كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المغربي في المادة 324 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أنه: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة..." إذ كان حريا على المشرع المغربي أن يضيف العيوب الخفية إلى ضمان التعرض والاستحقاق، حيث يعتبر وجودها موجبا للضمان.

ب- أن يكون الضمان سابقا عن القسمة

ويشترط لقيام الضمان أن يكون التعرض أو الاستحقاق الذي ذهب ضحيته أحد المتقاسمين مستندا لأسباب سابقة على القسمة، أما إذا كانت هذه الأسباب لاحقة عليها، فلا يتحقق أي ضمان، ويستفاد ذلك صراحة من المادة 324 من مدونة الحقوق العينية والتي نصت " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة " إذ أن هذا الشرط بديهي، وقد نص عليه التشريع المصري²²¹ والتشريع السوري²²² والتشريع الفرنسي²²³، كما أن محكمة النقض المصرية جاء في أحد قراراتها " أن المتقاسمين لا يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة"²²⁴.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض بالمغرب²²⁵ حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق القانون وانعدام التعليل ذلك أنه طبقا للفصلين 491 و 532 من ق.ل.ع فإن المشتري يكتسب بقوة القانون ملكية المبيع بمجرد تمام العقد، وأن الطاعنين قد سلما المنزل المبيع للمشتري، فقاما بهدمه وإعادة بنائه واتخذة المشتري سكنا بعد حصوله على الرخص اللازمة، ولذلك يكونان قد نفذوا التزاما اتجاه المطلوب، وأنه إذا كان المبيع منقلا الآن بحجز تخفيض فإنه لا بد لهما في ذلك، فهو وقت بيعه لم يكن مثقلا بأي شيء وأن الحجز التحفظي لم يقع على المبيع إلا بتاريخ 19-09-1984 وبعد حلول عشر سنوات من حيازة المطلوب له، وعليه أن يتحمل وزر تقصيره وتفريطه في حقه كما أنهما غير مدينين لمن أجرى

²²⁰ - تنص المادة 448 من التشريع المصري على أنه " يرجع السبب في وجود فرق جوهرى بين القسمة والبيع ففي البيع ليس هناك ما يلزم المشتري بقبول المبيع المعيب، أما في القسمة فإن العقار الشائع لا بد أن تشمل عملية الإفراز ولو كان معيبا فيقع ف نصيب أحد الشركاء، ولا يعني اكتشاف هذا العيب سوى أن الحصة المفززة التي ألت إلى المتقاسم قومت بأكثر من قيمتها، عندئذ لا يكون أمامه إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين عن طريق القسمة بسبب الغبن إذا تحققت شروطه.

- محمد المنجي، مرجع سابق، ص 402.

²²¹ - تنص المادة 844 من ق.م المصري على أنه " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعضها قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ".

²²² - تنص المادة 796 من ق.م السوري على أنه: " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصتهم..."

²²³ - تنص المادة 884 من القانون المدني الفرنسي :

« les cohéritiers demeurent respectivement garants ; les uns envers les autres des troubles et évictions seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage... » www.legifrance.gouv.fr.

²²⁴ - مجموعة أحكام النقض 13 رقم 78 ص 506 أوردها عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 975.

²²⁵ - قرار محكمة النقض رقم 915 بتاريخ 13-02-1997 في الملف المدني عدد 95-2214 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 78-79 ماي-

غشت 1997 ص 59.

الحجز التحفظي عليه، ولذلك فإن القرار المطعون فيه الذي قضى عليه برفع الصعوبة المادة القانونية لتمكين المشتري من تقييد شرائه يكون قد أخطأ التعليل"، وإن كان هذا القرار يتعلق بالبيع إلا أنه يمكن الأخذ به في مجال القسمة العقارية على اعتبار أن لها نفس أحكام الضمان.

ويلاحظ أن جل التشريعات يشمل أثر القسمة ضمان التعرض والاستحقاق فقط دون أن يمتد للعيوب الخفية، إلا أن المشرع المغربي أضاف العيوب الخفية لكونه لم ينظم الضمان في القسمة بنصوص خاصة، وإنما أحالها على أحكام الضمان في عقد البيع الذي تشمل ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

ت- ألا يكون التعرض أو الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه

يستفيد الشريك المتقاسم من الضمان إذا لم يكن قد ساهم بفعله الخاطئ في مساعدة الغير الذي استفاد تبعا لذلك من التعرض أو الاستحقاق، ويكون طبيعيا في هذه الحالة أن يتحمل المتقاسم المتضرر خطأه، دون إجبار المتقاسمين الآخرين على مشاركته في تحمله، ومن الأمثلة العملية لهذا الشرط، جاء في أحد قرارات محكمة النقض²²⁶: "إن الشريك المتقاسم الذي تقام عليه الدعوى في شأن استحقاق العقار المقسوم يتعين عليه إشعار باقي الشركاء المتقاسمين بها، حتى يتحملوا الضمان الواجب عليهم بمقتضى القانون ولما أقيمت عليه الدعوى ولم يشعر بها باقي الشركاء المتقاسمين واختار مواجهتها بنفسه، سقط حقه في الرجوع عليهم وتحمل هو نتيجة ما يقضي به في هذه الدعوى".

كما نصت المادة 844 من القانون المدني الفرنسي على "...يمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه".

فلا محل للالتزام بالضمان إذا كان المتقاسم قد ساهم بفعله الخاطئ في مساعدة الغير الذي استفاد من التعرض والاستحقاق، فيجب أن يتحمل وحده نتيجة خطئه وذلك لما نص عليه الفصل 547 من ق.ل.ع بأن "البائع ولو أدخل في الدعوى وقت مقيد لا يتحمل بأي ضمان إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق وعلى وجه الخصوص :

أ- إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع والساري ضده يتم، أو إذا أهمل إتمام تقادم بدأ البائع.

ب- إذا بني الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري".

والرأي فيما أعتقد أن المتقاسم لا يفقد حقه بالرجوع على بقية المتقاسمين إلا إذا توصل من طرف المحكمة بالتنبيه المنصوص عليه في الفصل 537 من ق.ل.ع، وفي حالة ما إذا لم يتمكن الشريك المتقاسم من إبلاغ بقية

²²⁶- قرار محكمة النقض رقم 2489 بتاريخ 04-07-2006 ملف مدني عدد 04-6-1-2786 أورده جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 102.

المتقاسمين بالتعرض الصادر عن الغير بسبب غيابهم، فإنه لا يفقد في حقه بالرجوع عليهم بالضمان طبقا للفصل 548 من ق.ل.ع.

د- ألا يوجد شرط يعني من الضمان

إن الضمان المتبادل بين المتقاسمين والذي قرره مدونة الحقوق العينية في مادتها 324 يرمي بالأساس إلى حماية كل متقاسم مما قد ينقص من نصيبه أو يضيعه عليه لسبب سابق على القسمة، وبالتالي يستطيع المتقاسمون التحلل من الالتزام بالضمان عن طريق للاتفاق، ومن جهة أخرى فإن المتقاسم المتضرر طبقا للمبادئ القانونية العامة يستطيع بعد ثبوت حقه في التعرض أن يتنازل عن هذا الحق بكيفية صريحة²²⁷، حيث نص الفصل 544 من ق.ل.ع على أنه " يسوغ أن يتفق المتعاقدان على أن البيع لا يتحمل بأي ضمان أصل" وإن نص هذا الفصل صراحة على الإعفاء من الضمان إلا أن هذا الشرط لا يكون له أثر في هاتين الحالتين :

- 1- إذا بني الاستحقاق على فعل شخصي للمتقاسم المستفيد من الشرط
- 2- إذا وقع تدليس من المتقاسم المستفيد من شرط عدم الضمان كأن يعرف سبب الاستحقاق مسبقا ولم يصح به.

في هذا الصدد خصص المشرع الليبي في التقنين المدني إمكانية الاتفاق على الإعفاء من الضمان في الفقرتان الأولى والثانية من المادة 434²²⁸، والفقرة الثانية من المادة 435²²⁹ مع العلم بأن هذه الأحكام وإن كانت خاصة بعقد البيع إلا أنها هي نفسها التي تطبق في مجال القسمة.

وبالرجوع إلى الفصل 544 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، فإن نص صراحة على مشروعية شرط الإعفاء من الضمان، وعلى أنه لا يكون لهذا الشرط من أثر إلا إعفاء المتقاسم من التعويضات، وقد يكون غير ذي جدوى متى تم الاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية التي تعتبر من النظام العام حسب الفصلين 77 و 78 من ق.ل.ع، وبالتالي يكون المشرع قد ضيق إلى حد بعيد من إمكانية اتفاق الشركاء على الإعفاء من الضمان على خلاف التشريع الليبي الذي نص بوضوح على الحالات التي يمكن الاتفاق على الإعفاء من الضمان.

²²⁷ - جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 103.
- ادريس الفاخوري " سلسلة المعارف القانونية والقضائية : الحقوق العينية وفق القانون رقم 08-39" منشورات مجلة الحقوق، العدد 12 لسنة 2013، ص 152.
²²⁸ - تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة 434 من ق.م.ل.ع على أن " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أو يزيد ضمان الإلتحاق أو أن ينقصا منه، أو أن يسقط هذا الضمان، ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري ".
²²⁹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 435 على أنه " إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع تكون مسؤولا عن رد قيمة المبيع، وقت الاستحقاق إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق " أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 103.

ثانيا : آثار تحقق الضمان

إذا ما توافرت الشروط الأربعة المتقدمة ووقع تعرض أو استحقاق أو وجد عيب خفي في نصيب أحد المتقاسمين فإنه له حق الرجوع على باقي المتقاسمين ومطالبهم بالضمان، وعلى المتقاسمين الآخرين الملتزمين بالضمان أن يعوضوا المتقاسم المتضرر بالطرق الودية كأن يعيدوا القسمة من جديد أو أن يبرموا صلحا فيما بينهم يضمن للمتضرر حقوقه. إما إذا لم تؤدي الطرق الودية في إنهاء النزاع يلجأ المتقاسم المتضرر من التعرض أو الاستحقاق أو العيب إلى القضاء برفع دعوى الضمان على بقية المتقاسمين²³⁰.

قبل الخوض بالحديث عن آثار الضمان أشير إلى أن بعض التشريعات المقارنة كالتشريع السوري²³¹، وسواء كان الاستحقاق جزئيا أو كليا، فالمتقاسم المتضرر لا يثبت له إلا الحق في التعويض، ويلزم كل متقاسم بالتعويض في حدود حصته، وبالنسبة للعيوب الخفية جل التشريعات لم تعتبرها من الأسباب الموجبة للضمان، فمتى كان العيب كبيرا ينقص من قيمة الحصة أكثر من خمسها في التشريع السوري والمصري أو أكثر من ربعها في التشريع الفرنسي سببا كافيا للطعن في القسمة بالغبن وليس من أجل عيب خفي²³².

أما التشريع المغربي فقد نصت المادة 325 من مدونة الحقوق العينية²³³ على أنه : "إذا كان العقار غير محفوظ واستحقت حصة المتقاسم كلها أو بعضها بما زاد عن الثلث كان له أن يطلب فسخ القيمة وإجراء قسمة جديدة فيما بقي من العقار الشائع كله إذا كان ذلك ممكنا ولم يلحق أي ضرر بالغير، فإذا تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض.

إذا كان ما استحق من المتقاسم في حدود الثلث فما دون، فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض.

إذا كان العقار محفظا واستحق حصة المتقاسم كلاً أو بعضاً فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض". وباستقراء المادة يتضح أن المشرع المغربي نهج حذو التشريعات المقارنة، فالمتقاسم المتضرر لا يثبت له إلا الحق في التعويض عما ضاع منه وفي حدود حصته، أما لو كان استحق في حدود الثلث وما دونه فإنه لا يكون للمتقاسم المتضرر بالاستحقاق المطالبة بالقسمة من جديد في حالتين :

- إذا كان ما استحق فاق مقدار الثلث متى كانت القسمة من جديد غير ممكنة أو فيها ضرر للغير.

- إذا كان ما استحق قد بلغ الثلث أو دونه.

²³⁰ - محمد الكشور، مرجع سابق، ص 392.

²³¹ - المادة 798 من ق.م. السوري.

²³² - جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 105.

²³³ - ويقابلها الفصل 1090 من ق.ل.ع المتعلق بأحكام الضمان في القسمة على تلك الخاصة بالبيع كما هو منصوص عليها في الفصول 533 و 575 من ق.ل.ع.

والملاحظ أنه لا يكون إلى الرجوع بالتعويض على المتقاسمين الآخرين ولم يبين النص هل يقدر هذا التعويض بحسب حصص المتقاسمين مناهم من القسمة القضائية، أم أن تعويض يكون بأداء متساوي من كافة المتقاسمين²³⁴، ومن هنا يطرح التساؤل حول كيفية احتساب قيمة التعويض، هل يؤخذ بتاريخ الحكم بالقسمة القضائية أم بقيمة العقار الحالية؟

بالرجوع إلى المادة 326 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه " يتحمل المتقاسمون كل بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم، والعبارة في تقدير التعويض بقيمة النصيب المستحق وقت القسمة، وإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع ما ينوبه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، على أن يعودوا عليه في حدود منابه إذا أصبح موسرا " وانطلاقا من المادة يتضح أن المشرع المغربي قد تدارك الأمر بوضعه معايير، إذ أن المتقاسمين يتحملون كل واحد بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسمين والعبارة في تقدير هذا التعويض بقيمة النصيب المستحق وقت القسمة، وأضافت المادة 326 من المدونة أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسرا تم توزيع ما ينوبه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير معسرين على أن يعودوا عليه في حدود منابه إذا أصبح موسرا²³⁵.

أما فيما يخص ضمان العيوب الخفية، فإن التشريعات المقارنة²³⁶ لم تعتبرها من الأسباب الموجبة للضمان، لأنه لا بد من وقوع هذه الحصة المعيبة بعيب خفي في نصيب أحد المتقاسمين، ثم إن العيب متى كان على قدر من الأهمية بحيث ينقص من قيمة الحصة بأكثر من خمسها في التشريع السوري²³⁷ والتشريع المصري²³⁸ فإن ذلك يخول إمكانية الطعن في القسمة بالغبن²³⁹.

وفي هذا الصدد ميز المشرع المغربي بين الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي وأعطى لكل منهما حكما خاصا به مع العلم بأن العيوب الخفية تنفرد هي الأخرى بقواعد وأحكام ضمن القواعد العامة.

أ- آثار الاستحقاق الكلي

في حالة استحقاق حصة أحد المتقاسمين بمجموعها كان مأل القسمة حسب ق.ل.ع الفسخ، على أن تعاد من جديد على أسس عادلة.

²³⁴- محمد بن أحمد بونيات: "العقار غير المحفظ والمعاملات" مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، لسنة 2010 ص 72.

²³⁵- حيهان زاوش، مرجع سابق، ص 106.

²³⁶- التشريع السوري والمصري.

²³⁷- المادة 799 من القانون المدني السوري.

²³⁸- المادة 845 من القانون المدني المصري.

²³⁹- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 105.

ويكون العقار الذي وقع في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد استحق استحقاقا كلياً، بأن استطاع الأجنبي المتعرض أن يثبت ملكيته للعقار ويسترده من تحت يد المتقاسم، ووفقاً لمقتضيات الفصل 540 من ق.ل.ع فإنه إذا كان المتقاسم الآخر الذي لم تستحق حصته سيء النية بأنه كان عالماً بالاستحقاق ولم ينبه، فإنه ملزم بالإضافة إلى فسخ بتعويض المتقاسم الذي وقع ضحية الاستحقاق عن كل المصروفات التي أنفقها، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط بأحد قراراتها²⁴⁰: "وحيث أن إقدام الأب عن البيع للمدعي لقطعة أرضية تم التنازل عنها بعد ذلك لابنه، قرينة على وجود تهمة سوء النية، بين هذين الأخيرين لحرمان المشتري الأول من مشتراه، وحيث أن علاقة القرابة بين البائع الأصلي وابنه، وطول الفترة الفاصلة بين تاريخ البيع الأول والثاني توجي بأن المشتري كان عالماً بالبيع الأول، وحيث أن حجية التقييد بوجهها الإيجابي والسلي، في حالة سوء النية تتلاشى وتضحى حجبة غير قاطعة تتوقف عن صحة التصرف...".

وتجدر الإشارة إلى أنه متى وجهت دعوى الاستحقاق إلى أحد المتقاسمين، عليه أن يطالب بإدخال المتقاسم أو المتقاسمين الآخرين، وعلى المحكمة بدورها أن تنبهه إذا استمر في السير في الدعوى باسمه الشخصي قد يعرض نفسه لضیاع حقه في الرجوع على المتقاسم أو المتقاسمين الآخرين، فإذا فضل على الرغم من هذا التنبيه أن يدافع مباشرة في الدعوى فإنه يفقد كل حق في الرجوع على المتقاسم أو المتقاسمين الآخرين إذا خسر الدعوى²⁴¹، وذلك طبقاً للفصل 537 من ق.ل.ع.

ويذهب المشرع المصري أنه: "عند استحقاق حصة المتقاسم استحقاقاً كلياً، فإنه يحق للمتقاسم المطالبة بالتعويض مستحق عن الضمان، على أن تكون العبرة في تقرير الشيء بقيمته يوم القسمة..." وذلك طبقاً للمادة 844 من القانون المدني المصري.

إلا أنه يطرح الإشكال، إذا ما انصبت القسمة على عقار محفظ وتصرف بعض الشركاء أو كلهم بعد القسمة في حصصهم بالبيع أو غيرها من التصرفات للغير حسن النية وقيد هذا الغير حقوقه بالرسم العقاري فما العمل هنا ؟

ففي هذه الحالة تقييد الحكم بفسخ القسمة وحتى إن صدر الحكم فلا يمكنه تنفيذه لأنه أصبح أمام حقوق الغير حين النية الذي يعتبر التقييد بالنسبة إليه ذو حجية مطلقة طبقاً للفصل 66 من قانون التحفيظ العقاري²⁴²،

²⁴⁰ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 1813 بتاريخ 09/03/1999 ملف عدد 97/487 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 106.

²⁴¹ - جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 107.

²⁴² - ينص الفصل 66 من قانون 14.07 على: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية .
- لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

وبقى الحل هو تقدير التعويض للمتضرر نظرا لاستحالة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل أو أثناء القسمة²⁴³. وهذا ما أكدته مدونة الحقوق العينية في فقرتها الثالثة من المادة 325²⁴⁴.

ب- آثار الاستحقاق الجزئي

منح المشرع المغربي للمتقاسم في حالة الاستحقاق الجزئي إمكانية فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة فيما بقي من العقار الشائع إذا كان ذلك ممكنا، فإذا تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض طبقا للمادة 325 من مدونة الحقوق العينية.

ويتضح مما سبق أن المتقاسم الذي كان ضحية هذا الاستحقاق ولم يستطع فسخ القسمة يكون له الحق في مطالبة باقي المتقاسمين بتعويض عادل عما نقص من حصته، وقبل الانتقال إلى الحديث عن أحكام العيوب الخفية، أود الإشارة إلى تقدير الاستحقاق الجزئي البالغ الأهمية أم يسيرا يعتبر من الأمور الواقعية التي ينتقل تقديرها لقاضي الموضوع، ويمكن للمتقاسمين كما يمكن للمحكمة أن تستعين بالخبرة الضرورية للوقوف على أهمية العيب أو على الأقل تكوين فكرة واضحة عنه²⁴⁵.

وقد خير المشرع المغربي المتقاسم الذي كان ضحية الاستحقاق الجزئي بالغ الأهمية بين فسخ القسمة وبين الاحتفاظ بما تبقى له من حصته مع مطالبة المتقاسمين الآخرين بالجزء المستحق والمعطل عند الاقتضاء حسب مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 542 ق.ل.ع، أما في حالة الاستحقاق الجزئي اليسير فلا يكون للمتقاسم حق فسخ القسمة بل يبقى حقه محصورا في مطالبة المتقاسمين الآخرين بالتعويض عما نقص من حصته مع العطل والضرر عند الاقتضاء²⁴⁶.

ويجب التذكير بأن دعوى ضمان الاستحقاق والتعرض تتقدم بعد خمسة عشر سنة طبقا للفصل 387 من ق.ل.ع غير أنه يقع التساؤل عن مدى سريان هذا التقادم؟

²⁴³- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 106.
²⁴⁴- تنص الفقرة الثالثة من المادة 325 من قانون 39.08 على أنه: " إذا كان العقار محفظا واستحقت حصة المتقاسم كلا أو بعضا فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض ".
²⁴⁵- جيهان زاوش، مرجع سابق، ص 107.
²⁴⁶- هناء الراوي، مرجع سابق، ص 78.

والرأي فيما أعتقد بأن انطلاق مدة التقادم يجب أن يكون من الوقت التي يثبت فيه الاستحقاق تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني والتي تقضي ببدء سريان التقادم الذي لم يرد بشأنه نص خاص من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء²⁴⁷.

ج- آثار ضمان العيوب الخفية

ينص الفصل 549 من ق.ل.ع على: " يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو التي تجعله غير صالحا لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد، أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من قيمة الانتفاع والعيوب التي جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان".

والملاحظ أن المشرع المغربي ميز بين العيوب الخفية التي تنقص من قيمة الحصاة نقصا بالغا والتي تجعله غير صالحا للاستعمال فيما أعد له، فهذه العيوب يضمنها المتقاسمون الآخرون وبين العيوب الخفية التي تنقص من الحصاة نقصا يسيرا أو التي جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول أي ضمان.

ويفترض على المتقاسم متى ظهر عيب خفي في حصته من العقار الشائع وجب عليه أن يعمل فورا على إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبير مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إن كان موجودا في عين المكان، وإذا لم يتم المتقاسم بإثبات الحصاة المقسومة على وجه سليم، تعين عليه أن يثبت أن العيب كان موجودا فعلا عند تسليم الحصاة المعيبة²⁴⁸.

وإذا ثبت الضمان بسبب العيب الخفي كان للمتقاسم الخيار بين أن يطلب فسخ القسمة وإعادتها من جديد وفق أسس عادلة، أو أن يحتفظ بالحصاة المعيبة دون أن يكون له الحق في طلب التعويض²⁴⁹.

وقد نظم المشرع المغربي آجال رفع دعوى ضمان العيب الخفي عكس دعوى الاستحقاق، حيث ترفع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية خلال 365 يوما بعد تسلم الحصاة العقارية حسب مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 573 من ق.ل.ع.

وأحكام الضمان الخاصة بالعيوب الخفي المتعلقة بالقسمة العينية فقط دون قسمة التصفية، ذلك أنه وفقا للفصل 575 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه: " لا دعوى لضمان العيب في البيوع التي تجري بواسطة القضاء".

²⁴⁷- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 108.

²⁴⁸- محمد الكشور، مرجع سابق، ص 270 وما بعدها.

²⁴⁹- ينص الفصل 556 من ق.ل.ع على أنه: " إذا أثبت الضمان بسبب العيب أو خلو المبيع من صفات معينة كان للمشتري الحق أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن، وإذا فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع، لم يكن له الحق في أن ينقص الثمن، للمشتري الحق في التعويض:

أ- إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها، ولم يصرح بأنه يبيع بدون ضمان ويفترض هذا العلم موجودا دائما إذا كان البائع تاجرا أو صناعا وباع منتجات الحرفة التي يباشرها.

ب- إذا صرح البائع بعدم وجود العيب ما لم تكن العيوب قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن تحملها بحسن نية...".

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الضمان التي تم التطرق إليها بضمن التعرض والاستحقاق وضمن العيب الخفي متعلقة بأحكام ضمان الشيء المبيع ذلك أن المشرع أحال أحكام ضمان القسمة من خلال الفصل 1091 من ق.ل.ع إلى أحكام الضمان في عقد البيع.

الفقرة الثانية : دعوى مقابل استعمال واستغلال العقار الشائع

غالبا ما ينفرد أحد المالكين على الشياخ باستعمال العقار الشائع واستغلاله، ففي حالة أراد أحد الشركاء الخروج من حالة الشياخ أن يلجأ إلى مسطرة القسمة كما يطالب بتمكينه من حقه في الاستعمال والاستغلال الذي لم يستفد منه قط أثناء فترة الشياخ.

إذ يجد المتقاسم سنده من المطالبة بحق الاستعمال والاستغلال في الفصل 965 من ق.ل.ع والذي ينص: " على كل مالك من المالكين على الشياخ أن يقدم للباقين حسابا عاما أخذه زائدا على نصيبه من على الشيء المشترك، كما نص الفصل 973 من ق.ل.ع على أن: " لكل مالك على الشياخ حصة شائعة في ملكية الشيء المشاع وفي غلته..." وقد عملت بعض التشريعات المقارنة بهذه الإمكانية وفي هذا الصدد نصت عليه المادة 826 من القانون المدني المصري على أنه: " كل شريك على الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

وإن كان ق.ل.ع المغربي ينص على أنه يمكن للمالك على الشياخ حق الاستفادة من مقابل استغلال واستعمال العقار بقدر حصته فيه، كما يمكنه إذا ما حرم من ذلك أن يرفع دعوى لاستخلاص مقابل استعمال أو استغلال العقار، إلا أن قد المشرع المغربي نص في المادة 330 من مدونة الحقوق العينية أنه: " لا يلتزم أي متقاسم اتجاه الآخرين بتقديم أي حساب عما قبضه خلال مدة انتفاعه".

وعليه يطرح الإشكال بكيفية تعامل القضاء وخاصة بارتباط دعوى الاستعمال والاستغلال بدعوى القسمة ؟ وهل يتم رفعها قبل أم أثناء أم بعد دعوى القسمة ؟ وكيف يتم إثبات هذا الحق ؟

أولا : وقت رفع دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال للعقار الشائع

وجب التمييز بداية بين الحكم القاضي بالقسمة والحكم القاضي بالتمكين من الواجب، فالحكم القاضي بالقسمة يتطلب حضور جميع الشركاء على الشياخ وإلا كانت باطلة ولو نفذ الحكم²⁵⁰ ، وأما الحكم القاضي بالتمكين من الواجب فيتعلق مبدئيا بحياسة جزء مشاع للانتفاع به ريثما تتم القسمة البتية، وهذا الحكم الأخير لا يتم تقييده بالمحافظة العقارية إلا إذا تعلق الأمر بعقار محفظ طبقا للمادة 316 من مدونة الحقوق العينية لأنه يتعلق بقسمة

²⁵⁰- قرار لمحكمة النقض عدد 174 وللتوسع أكثر أنظر هنا الراوي، مرجع سابق، ص 32.
- وقرار لنفس المحكمة رقم 490 بتاريخ 09-02-85 ملف رقم 84-4515 أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى خلال أربعين سنة، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها.
- المادة 316 من م.ح.ع " لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء..."

المنفعة وليس بقسمة بتية، ثم إنه لا يشمل جميع المشتاعين، وإنما يصدر بين المدعي ومن هو في حالة غضب للعقار الشائع²⁵¹.

وقد تقضي المحكمة بتسليم المدعي واجبه من غلة العقار بصفة منتظمة ودورية، وفي هذه الحالة ينفذ الحكم فيما يخض الغلة التي تم البت فيها عن المدة السابقة على صدور الحكم، ويطلب من المحكوم عليه تنفيذ الحكم عن المدة اللاحقة، فإذا نفذه ذلك هو المطلوب، وإذا لم يتمكن من تنفيذه يمكن للمحكوم الرجوع إلى القضاء من جديد لاستصدار حكم آخر، أما إذا ادعى المحكوم عليه بأن جني الغلة كلفه مصاريف، فإن قوله لا يسمع بعد صدور الحكم. إلا أنه يطرح التساؤل متى يتم النظر في دعوى مقابل استعمال واستغلال العقار الشائع، هل أثناء سريان دعوى القسمة أم بعد الحكم بالقسمة ؟

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي المغربي بهذا الخصوص، فإنه لم يستقر على اتجاه واحد إذ تارة يستجيب لطلب النظر في دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال مع دعوى القسمة، وأحياناً أخرى يرفض دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال إلى حين البت في دعوى القسمة، إذ يعتبر في هذه الحالة أن دعوى الاستعمال والاستغلال هي سابقة على أوانها.

يذهب الاتجاه الأول القاضي بقبول دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال قبل البت في دعوى القسمة، وهذا ما أكدته استثنائية الرباط في أحد قراراتها²⁵²، "وحيث أن الشريك على الشياح يحضر عليه الانفراد بالحيازة للمال الشائع لاستعماله أو استغلاله بدون موافقة بقية الشركاء، وحيث أن الكراء المبرم بين المستأنف عليها والغير بشأن الدكان المتواجد بالمدعى فيه المطلوب قسمته لا يلزم باقي الشركاء إذا لم تكن الشريكة العارضة تتوفر على نصيب في المدعى فيه يصل إلى ثلاثة أرباع المال الشائع طبقاً للفصل 971 من ق.ل.ع. وحيث انفرد المستأنف عليها باستغلال المدعى فيه يخول لباقي الشركاء المطالبة بواجبهم من على كراء الدكان".

وفي قرار آخر لنفس المحكمة²⁵³: "وحيث أنه بالنظر إلى موقع العقار وتحديد مرافقه فإن قيمة الاستغلال المحددة من طرف الغير هي قيمة موضوعية، وبالتالي تكون المستأنفة عليها محقة في طلب نصيبها من قيمة الاستغلال قبل فرز الأنصبة خلافاً لما جاء في الوسيلة المثارة بهذا الصدد، وحيث أنه استناداً لما ذكر تبقى هذه الوسيلة غير ذات جدوى ويتعين استبعادها...".

أما الاتجاه الثاني يذهب إلى عدم الأخذ بإمكانية إقامة دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال إلا بعد الحكم بالقسمة على اعتبار إقامتها سابقة لأوانها، وهذا ما استقرت عليه محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها²⁵⁴: "وحيث أن الطلب يهدف إلى تمكين المدعي من واجبهم في استغلال محل النزاع، وحيث أن المستأنف عليها تقر بأن المدعى فيه من مختلف والدتها (ب) وحيث أن الشريك على الشياح يحضر عليه الانتفاع بحيازة المال الشائع لاستعماله أو استغلاله

²⁵¹- قرار لمحكمة النقض عدد 53 بتاريخ 04-02-81 في الملف المدني عدد 68563 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 109.

²⁵²- قرار محكمة الاستئناف بالرباط، رقم 1845 بتاريخ 02-02-1999 ملف عدد 98/6183 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 110.

²⁵³- قرار محكمة الاستئناف رقم 1419 بتاريخ 23-02-199 ملف مدني عدد 98/6236 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 110.

²⁵⁴- قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 735 بتاريخ 02-02-2000 ملف مدني عدد 98/6183.

بدون موافقة بقية الشركاء المطالبة بواجبهم في غلة العقار، فإنه ونظرا لكون العقار غير مقسوم بين الشركاء من جهة، ومن جهة أخرى لكون أنصبتهم غير محددة الشيء الذي يجعل طلب واجب الاستغلال سابقا لأوانه ويتعين التصريح بعد قبوله".

وباستعراضنا للاتجاهين القضائيين يمكن القول بأن :

الاتجاه الأول يقضي بقبول دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال قبل البت في دعوى القسمة يبدوا غير سليما، ولا يمكن تأييده على اعتبار أن الحصص قد تكون غير محددة بشكل دقيق وبالتالي يصعب على القضاء تقدير مقابل الاستعمال والاستغلال للعقار الشائع، كما لو قضى الحكم بالتمكين بمقابل الاستعمال والاستغلال اعتمادا على الإرادة، ودون إجراء الخبرة، إذ من الناحية العملية يصعب تنفيذ هذا الحكم نظرا لاختلاف جودة العقارات المراد قسمتها.

أما الاتجاه الثاني القاضي بعدم قبول طلب استرداد واجب الاستغلال نظرا لكون العقار الشائع غير مقسوم، وأن أنصبة الشركاء غير محددة، فهذا الاتجاه يفتقد لمبررات قانونية معقولة، لأنه وكما هو معلوم لا يوجد نص قانوني يوجب عدم قبول دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال إلا بعد البت في دعوى القسمة، بل على العكس من ذلك هناك نص صريح وهو الفصل 973 من ق.ل.ع والذي ينص على " لكل مالك على الشياح حصّة شائعة في ملكية الشيء المشاغ وفي غلته..." ومن الناحية العملية لا يمكن أن نتصور وجود حق موضوعي دون أن يوجد حق إجرائي يحميه، ولا يمكن أن نسلم بعدم قبول هذا الحق الإجرائي إلا بمقتضى نص صريح وهو ما لا يوجد بالنسبة لدعوى مقابل الاستعمال والاستغلال، ولذلك فهذا التوجه القضائي يعتبر محل نظر²⁵⁵.

ثانيا : إثبات الحق في مقابل الاستعمال والاستغلال

تختلف المعايير لإثبات الحق في استعمال واستغلال العقار الشائع، وسأعمل على إبرازها من خلال العمل القضائي سواء بالنسبة لقضاء الموضوع وقضاء محكمة النقض.

أ-معايير الإثبات في قضاء الموضوع

باستقراءنا لبعض الأحكام القضائية يتضح أن قضاء الموضوع غير مستقر فيما يخص معايير الإثبات لمقابل الاستعمال والاستغلال، ففي بعض الأحكام يشترط إثبات واقعة الانفراد بالعقار الشائع، وفي أحيان أخرى يشترط إثبات الانفراد أو المنع من الاستعمال والاستغلال، وفي أحيان أخرى يذهب إلى اشتراط وجوب مطالبة المدعى عليه ترك النصيب.

1- إثبات واقعة الانفراد

²⁵⁵ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 112.

اشترط القضاء إثبات واقعة الانفراد، وقد جاء في حكم قضائي²⁵⁶ " وحيث لخص الطرف المدعي طلبه في الحكم له بمقابل الاستغلال، وحيث أن المدعي عليهم أنكروا واقعة انفرادهم باستغلال العقار موضوع الدعوى، وحيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف، لم يتبين لها هذه الوقائع المادية، وحيث أنه لا مكان لمطالبة المدعي عليهم بثمار ومنتجات العقار ما دام لا يوجد بالملف ما يثبت ما أشير إليه أعلاه، وحيث أنه تبعا لذلك يكون الطلب غير مدعم بشكل يجعله يستوفي لشروط القبول ويتعين من ثم التصريح بعدم قبوله".

وعليه يستفاد من الحكم أن المدعي في دعوى مقابل الاستعمال أو الاستغلال يكون ملزما بإثبات انفراد المدعي عليه باستغلال العقار الشائع تحت طائلة عدم قبول الطلب.

2- واقعة الانفراد أو المنع من الاستعمال والاستغلال

ومن التطبيقات القضائية لهذا المعيار نجد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط والذي ورد فيه²⁵⁷ : " وحيث أن طلب المدعية بواجبها في استغلال العقار موضوع النزاع منذ تاريخ وفاة والدها في 11-08-1972 إلى تاريخ القسمة جاء مجردا من أي إثبات أو إنذار يفيد مطالبتها لهم باستغلال نصيبها في العقار الذي آل إليهم جميعا إرثا من والدهم وأن المدعي عليهم منوعوا من ذلك مما بقي طلبها غير مرتكز على أساس وينقصه الإثبات مما يتعين معه رفضه " ومن هنا يتضح أن القضاء اشترط إثبات واقعة الانفراد أو واقعة المنع، وذلك تحت طائلة البطلان.

ب- معايير الإثبات في محكمة النقض

كما سبقت الإشارة إلى ذلك فإن موقف محكمة النقض ليس مستقرا في هذا المجال إذا اعتبر في أحد قراراته²⁵⁸ ، أن مجرد إصدار المدعي عليه على كونه يملك وحده جميع الملك مطلوب قسمته قرينة على استحقاق المدعين لواجبهم في استغلال الملك المشترك.

كما ذهب قرار آخر²⁵⁹ إلى تمكين الشريك من واجبه في العقار المشترك رهين بإثبات حرمانه من استغلال حصته في العقار الشائع.

وعلى خلاف ذلك ورد لنفس المحكمة قرار²⁶⁰ " اعتماد المحكمة في رفض طلب الطاعنين الحكم لهم على المطلوبين بتعويض على استغلال نصيبهم في العقار المشترك على تصريح استغلال المطلوبين بأن المدعيات لم يدلين بأي دليل يفيد

²⁵⁶- قرار محكمة الابتدائية بالرباط، عدد 14 بتاريخ 08-11-2003 ملف عدد 08-11-2003-407-9 أوردته بثينة العلوط، مرجع سابق، ص 121.
²⁵⁷- حكم للمحكمة الابتدائية بالرباط عدد 1333 بتاريخ 23-04-2003 ملف عدد 2000/513/7 أوردته بثينة العلوط، مرجع سابق، ص 123.
- وحكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 398 بتاريخ 12-11-2003 ملف عدد 02-311-9 أوردته المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 113.
²⁵⁸- قرار لمحكمة النقض رقم 4151 بتاريخ 30-11-1994 في الملف رقم 89/3325 أوردته عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى خلال أربعين سنة، مرجع سابق، ص 84 وما بعدها.
²⁵⁹- قرار لمحكمة النقض عدد 569 بتاريخ 13-02-2002 في الملف عدد 01/2/1/391 أوردته عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة من سنة 1998 إلى 2004، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها.
²⁶⁰- قرار لمحكمة النقض عدد 569 بتاريخ 13-02-2002 في الملف المدني عدد 01/2/1/3091 أوردته المصطفى مازي م س ص : 113.

امتناعهن عن تمكينهن من استغلال منابهن، في حين أن تقرير الخبرة يفيد أن المدعى عليهم هم الحائزون والمستغلون وحدهم لأرض النزاع، وأن المدعيات لا يستغلن أي جزء من هذه العقارات يجعل قرارها منعدم الأساس القانونية".

وبهذا الخصوص وجب على المحكمة أن تكون قناعتها لحق مقابل الاستعمال والاستغلال ليس فقط بناء على الأدلة المقدمة من طرف مدعي هذا الحق وإنما كذلك عن طريق سائر إجراءات التحقق كالتجربة والمعاينة، لكي لا يحتمي الطرف المستغل للعقار الشائع من غياب الأدلة في إثبات هذا الحق، لأنه من شأن ذلك أن يؤثر سلبا على سير مسطرة القسمة ويجعلها عرضة لمجموعة من المنازعات²⁶¹.

المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بمسطرة القسمة القضائية العقارية

إذا كانت القسمة القضائية العقارية تقطع مجموعة من المراحل انطلاقا من رفع الدعوى ومرورا بإعداد مشروع القسمة والنظر فيها بالمصادقة وصولا إلى إصدار حكم نهائي بتنفيذها، إلا أنه قد تتخللها جملة من المنازعات التي يثيرها الأطراف المعنيون بالمسطرة، ومنها ما يرمي إلى إبطال مسطرة القسمة أو نقضها لوجود عارض يشوب إجراءاتها (المطلب الأول)، كما أن هناك منازعات تستهدف إيقاف تنفيذ الحكم الصادر بشأن دعوى القسمة لوجود صعوبات قانونية أو وقتية وغيرها من الصعوبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعوى إبطال القسمة العقارية وما تنتقض به

أضاف المشرع المغربي إمكانية رفع الدعوى لإبطال القسمة العقارية من قبل المتقاسمين متى تبين أنه قد شاب القسمة عيب من عيوب الرضا، وما تخلفه من آثار في مواجهة باقي الأطراف والغير إن وجدوا (الفقرة الأولى)، كما يمكن للقسمة أن تنتقض في حالة ظهور الدائن أو شريك آخر والذي يمكن أن يكون وارثا أو موصى له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دعوى إبطال القسمة العقارية

تقطع مسطرة القسمة القضائية العقارية عدة مراحل كما سبق وأن أشرت سابقا، وغالبا ما تشوبها إشكالات تعوق سيرها العادي، مما يجعل إمكانية الطعن في هذه المسطرة بالأمر الوارد، وذلك حماية لحقوق الأطراف المتقاسمة، وقد نص الفصلين 1089 و 1091 من قانون الالتزامات والعقود على هذه الإمكانية كما أكدتها مدونة الحقوق العينية في المادة 315، فيما يتعلق بإبطال القسمة الرضائية²⁶²، فمتى تأكد المتقاسمين من تضرر مصالحهم حق لهم مراجعة

²⁶¹ - المصطفى مازي، م.س، ص: 115.

²⁶² - تنص المادة 315 من م.ح.ع " إذا تمت القسمة بالتراضي جاز لكل من الشركاء أن يطلب إبطالها إذا شاب إرادتها عيب من عيوب الرضى، الغلط والتدليس والإكراه، أو إذا لحقه غبن لا يقل عن الثلث.

القضاء قصد معالجة مسطرة القسمة بممارسة دعوى الإبطال لهذه الأخيرة، كما يترتب عن هذه المسطرة مجموعة من الآثار.

أولاً: إبطال القسمة من أجل عيوب الرضى

أخضع المشرع المغربي جواز إبطال القسمة العقارية إذا ما شأها عيب من عيوب الرضى بمقتضى الفصل 1089 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على "القسمة سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية لا يجوز إبطالها إلا للغلط²⁶³ أو الإكراه²⁶⁴ أو التدليس²⁶⁵ أو الغبن²⁶⁶"، وكذا الفقرة الثانية من الفصل 1091 من قانون الالتزامات والعقود: "لا يسوغ إبطال القسمة إلا للأسباب التي تعيب الرضى كالإكراه أو الغلط أو التدليس أو الغبن"، وذلك عبر دعوى شخصية يرفعها المتقاسم أو من طرف ممثله القانوني، إذا تعلق الأمر بفاقد أو ناقص الأهلية.

وانطلاقاً من الفصل 9 من ق.م.م فإن القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية، وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائباً أو مؤازراً لأحد الخصوم، وكذلك تلك التي تهم الأشخاص المفترضة غيبتهم، يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة، وبناء على ذلك فإن دعوى إبطال القسمة يجب أن تبلغ للنيابة العامة متى كانت تشتمل على ممثل قانوني لناقصي أو فاقدي الأهلية أو غيرهم من الأشخاص المفترضة غيبتهم، إذ يعد هذا الإجراء من النظام العام، إلا أن الملاحظ هو أن محكمة النقض سبق لها وأن قررت عكس ذلك في أحد قراراتها²⁶⁷: "تبلغ النيابة العامة بملفات القاصرين إجراء وضع لفائدة هؤلاء فلا يجوز الاحتجاج بعدم احترامه من طرف الخصوم في الدعوى...".

إلا أن هذا الاتجاه عرف انتقاداً واسعاً لما قد شاب حماية فاقدي الأهلية وناقصيها، وسرعان ما تراجعت محكمة النقض عن هذا التوجه في قرار آخر²⁶⁸: "وحيث يجب في الحالة التي يكون فيها أحد الأطراف في الدعوى قاصراً يمثله نائبه القانوني أن يبلغ ملف القضية إلى النيابة العامة ويشارف في الحكم إلى إيداع مستنجاتها...".

والملاحظ أن المشرع المغربي قد جعل القسمة القضائية قابلة للإبطال بسبب الغبن في الحالة التي يكون فيها المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية، على خلاف التشريعات الأخرى²⁶⁹ تقتصر على إبطال القسمة بسبب الغبن على القسمة الرضائية دون القضائية لتوفر الضمانات الكافية في هذه الأخيرة، وهذا ما كرسته مدونة الحقوق العينية الجديدة 39.08

²⁶³ - الغلط هو اعتقاد واهم يصور الأمور على غير حقيقتها في نفسية المتعاقد ويكون هو المحرك للأسباب نحو التعاقد مع الغير بحيث لولاه لما أقدم هذا المتعاقد على ذلك، وقد نظم المشرع أحكام الغلط من الفصل 40 إلى 45، وقد ينصب الغلط على حكم من أحكام القانون أو في الحساب أو الشخص المتعاقد أو في الشيء محل العقد.

²⁶⁴ - عرف المشرع المغربي الإكراه في الفصل 46 حيث أفاد: "الإكراه إجبار مباشر غير أن يسنح به القانون يحمل بواسطة شخص شخصاً آخر على أن يعمل عملاً دون رضاه".

²⁶⁵ - التدليس، هو لجوء أحد المتعاقدين أو أي شخص يعمل لحسابه إلى استعمال طرق الاحتيال والخداع من أجل حمل المتعاقد الآخر على إبرام العقد.

²⁶⁶ - الغبن، هو انعدام التعادل بين ما يعطي الشخص وما يأخذ في العقد بشكل يجاوز الحد المألوف بين الناس.

- وللتوسع أكثر انظر: محمد بقال: "النظرية العامة للالتزام"، طبعة 2003، مطبعة اسبارطيل ص: 104 ما بعدها.

²⁶⁷ - قرار محكمة النقض عدد 324 بتاريخ 07/08/1978 أورده المصطفى مازي، م،س، ص: 117.

²⁶⁸ - قرار محكمة النقض عدد 267 بتاريخ 04-04-1979 ملف شرعي عدد 97/789 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 117.

²⁶⁹ - المادة 845 من القانون المدني المصري والفصل 779 من القانون المدني السوري

من خلال المادة 315 والتي تنص على : " إذا تمت القسمة بالتراضي جاز لكل من الشركاء أن يطلب إبطالها إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضى، الغلط والتدليس والإكراه أو إذا لحقه غبن لا يقل عن الثلث بين قيمة ما آل إليه بمقتضى القسمة وبين القيمة الحقيقية لحصته في العقار المقسوم، وتكون العبرة في تقديره لقيمة وقت إجراء القسمة، وللمدعي عليه في هذه الحالة الأخيرة طلب الإبقاء على القسمة، إذا هو أكمل للمدعي ما نقص من نصيبه عينا أو نقدا".

والرأي فيما أعتقد أن المشرع المغربي أصاب الصواب بخصوص تطرقه لإبطال القسمة الرضائية دون القضائية، نظرا لما تعرفه هذه الأخيرة من ضمانات كافية.

وإذا شاب عيب من عيوب الرضى القسمة القضائية العقارية، كما لو تبين لأحد الشركاء أن الجزء الذي خرج في نصيبه بمقتضى القسمة يساوي القيمة التي حددت له، وكما لو أكره شخص على إجراء قسمة عقار شائع، أو وقع شخص غيره في عقار ما بناء على اعتقاده أنه شريك له أو قبل مقاسمة شريكه مناصفة، ثم تبين أنه لا يملك معه إلا الربع، فيحق للطرف المغبون في أحوال معينة، والمكره، والمدلس عليه، والواقع في الغلط أن يطلب إبطال القسمة، كما يثبت الحق في طلب إبطال القسمة إذا ادعى أحد الشركاء أن المتقاسم وقع في غلط أثناء القسمة أو أنه جائر فيها وحصل لهذا الشريك من ذلك جزء يقل عن نصيبه²⁷⁰، إلا أنه يثار التساؤل حول المدة التي يجب أن ترفع فيها دعوى إبطال القسمة ؟

وبالرجوع إلى المادة 315 في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه : " تتقادم هذه الدعوى في جميع الأحوال بمضي سنة من تاريخ إجراء القسمة"²⁷¹ وأيضا بالرجوع إلى الفصل 1091 من ق.ل.ع والذي ينص : "... يجب رفع دعوى الإبطال خلال سنة من وقت تمام القسمة، فإن انقضى هذا الأجل، كانت الدعوى غير مقبولة..."، وهذا ما أكده قضاء الموضوع في حكم قضائي²⁷² : " إن دعوى إبطال القسمة بحكم خاص سواء من حيث مدة تقادمها وهي سنة في كل حال، أن من حيث بدء سريان هذا التقادم الذي هو دوما تمام القسمة..."

وقد أبدى بعض الباحثين²⁷³ تحفظه بخصوص بدء سريان مدة تقادم دعوى إبطال القسمة الذي جعله المشرع المغربي يسري انطلاقا من تمام القسمة، فهذا المقتضى لا يحقق ضمانا أو حماية كافية للذين لهم الحق في طلب إبطال القسمة، وكان حريا على المشرع أن تحيل على الفصل 312 من قانون الالتزامات والعقود الذي جعل مدة تقادم دعوى إبطال الالتزامات تبدأ في حالة الإكراه من يوم زواله، وفي حالة الغلط والتدليس من يوم اكتشافهما، وبالنسبة للقاصرين من يوم بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة للمحجور عليهم ناقصي الأهلية، من رفع الحجر عنهم أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقصو الأهلية وهم على هذه الحالة، وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين من يوم وضع اليد على الشيء

²⁷⁰- المصطفى مازي، م.س، ص: 118.

²⁷¹- يتعلق هذه المدة بإبطال القسمة الرضائية إن شابها عيب من عيوب الإرادة وتتقادم بمرور سنة من إجراءها، ويمكن أن تتم هنا التقادم بالقياس.

²⁷²- قرار محكمة الاستئناف بأسفي عدد 1447 بتاريخ 23/10/1993 ملف عدد 93-56 منشور بمجلة المحاماة عدد 5 لسنة 1994، ص: 100.

²⁷³- المصطفى مازي، م.س، ص: 119.

محل العقد، إلا أنه يطرح الإشكال في مدى إمكانية رفع دعوى القسمة من طرف الورثة الذين توفي مورثهم، فهل ينتقل هذا الحق إليهم أم لا؟.

بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود في مادته 313 والتي تنص على أن دعوى إبطال القسمة تنتقل إلى الورثة فيما يبقى لمورثهم من مدتها، كما لو توفي المتقاسم الذي منح له المشرع حق الإبطال بعد أربعة أشهر من إجراء القسمة، فإن لورثته الحق في رفع دعوى إبطالها طيلة ثمانية أشهر المتبقية من مدة التقادم.

ثانياً: آثار دعوى إبطال القسمة على سير المسطرة

بالرجوع إلى الفصل 1091 م.ق.م.ع والذي ينص على: "إبطال القسمة لسبب من الأسباب التي يقرها القانون، يقتضي إعادة المتقاسمين إلى الوضع القانوني والفعلي الذي كانوا عليه عند إجراءها مع عدم الإجلال بما اكتسبه الغير الحسن النية من حقوق على وجه قانوني سليم عم طريق المعاوضة...".

نلاحظ أن المشرع يرجع الحالة إلى ما كانت عليه في حالة الشيع باستثناء الغير حسن النية لأنه اكتسب الحق بشكل قانوني سليم، وعليه يختلف أثر دعوى إبطال القسمة من المتقاسمين إلى الغير.

أ- أثر دعوى إبطال القسمة بالنسبة للشركاء

يترتب عن إبطال القسمة أثر تجريدها من كل نتائجها، إذ يعود كل من المتقاسمين إلى الحالة القانونية والفعلية التي كانوا عليها عند إجرائها²⁷⁴، لأنه ركن جوهري للقسمة يتمثل في تحقيق المساواة بين المتقاسمين، إذ اعتبرت المساواة روح القسمة²⁷⁵ فهذه الأخيرة ليست كالبيع وغيره من العقود التي يباشرها الأفراد بغية الكسب والاتجار، فإذا اختلفت فيها قاعدة المساواة تكون قد خرجت عن هدفها الرئيس هو إزالة الشيع، وأصبحت سبباً لإثراء غير مشروع يجنيه بعض المتقاسمين على حساب شركائهم، لذلك منح المشرع إمكانية إبطال القسمة حسب الفقرة الأولى من الفصل 1091، وإذا ما أبطلت القسمة فإن هذا الإبطال يكون له أثر رجعي، بحيث يعود المتقاسمين إلى الوضع القانوني والفعلي الذي كانوا عليه عند إجرائها مع عدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق، ويكون للشركاء على المال الشائع الذين يرغبون في الخروج من الشيع أن يسلكوا مسطرة القسمة القضائية العقارية من جديد.

ب- أثر دعوى إبطال القسمة بالنسبة للغير

حرصاً من المشرع على حماية الغير حسن النية وضماناً الاستقرار للمعاملات نص على أن الإبطال لا يكون له أثر في مواجهته ولا يمكن أن يلحق به أي ضرر، لذلك فإن الغير الذي اكتسب حقا على الجزء المفروض من العقار المشاع وبإدارة

²⁷⁴- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 120.

²⁷⁵- ادريس الفاخوري، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص 149.

إلى تقييده بالسجل العقاري دون أن يكون عالماً بأن القسمة معيبة تم تقرر إبطالها، بعد ذلك يظل تقييده منتجا لكافة آثاره القانونية، وهو ما يؤكد الفصل 66 من القانون 14.07 بقوله: " لا يمكن بأي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير حسن النية"²⁷⁶، وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية نجدها أوردت استثناء على الحجية المطلقة²⁷⁷ لتقييد الغير حسن النية متى أثبتت المتقاسم تضرره بسبب تدليس أو زور، ويكون له المطالبة بحقه عن طريق رفع دعوى في الموضوع.

وعلى الرغم من نجاعة هذه الأحكام فإنها قد تكون في بعض الأحيان غير ذات جدوى في بعض الحالات، كما لو كان العقار محل القسمة غير محفظ، ومباشرة بعد إجراء القسمة وفرز الأنصبة التي عيبت فيها إرادة أحد الأطراف، وقام أحد المتقاسمين أو الغير الذي اكتسب الحصص من ذلك المتقاسم بتحفيظها في اسمه، ففي هذه الحالة يتم تعطيل الفقرة الأولى من الفصل 1091 من ق.ل.ع لأنه في هذه الحالة يصعب أو بالأحرى غير ممكن إرجاع المتقاسمين إلى الوضع القانوني أو الفعلي الذي كانوا عليه قبل إجراء القسمة، ولو صدر حكم قضائي أقر دعوى إبطال القسمة على اعتبار أن أطرافها أصبحوا أمام قاعدة التطهير²⁷⁸. ويمكن للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض أمام القضاء إما بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية، وإما بناء على قواعد الإثراء بلا سبب²⁷⁹.

الفقرة الثانية: ما تنقض به القسمة العقارية

إن إصدار الحكم بالقسمة القاضي بفرز الأنصبة إذ يستفرد كل شريك بنصيبه، فإنها تعتبر نهائية لا يمكن نقضها إلا بوجود سبب قانوني يقتضي ذلك منها حالة إغفال تسديد الديون العالقة بالتركة أو ظهور وارث جديد أو موصى له لم يكن معروفاً...

وعليه ساعمل على إبراز بعض الإشكالات المرتبطة بمصير الديون التي لم تسدد بعد، ثم الإشكالات المرتبطة بظهور وارث جديد أو وصى له باعتبارهما يؤثران على مسطرة القسمة من الناحية العملية.

أولاً: الديون التي لم تسدد قبل القسمة

لا بد من الوقوف على موقف الفقه والتشريع القضائي المغربي وبعض القوانين المقارنة للإجابة عن هذا الإشكال.

²⁷⁶ - إدريس الفاخوري، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص 151.
²⁷⁷ - تنص المادة 4 من مدونة الحقوق العينية أنه: " يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك...".
²⁷⁸ - إقامة الرسم العقاري له صفة نهائية لا تقبل الطعن، وتحسم على نزاع يتعلق بعقار ولا يمكن الاحتجاج به بأي حق عيني سابق على التحفيظ لم يقيد على الرسم العقاري.

- قرار لمحكمة النقض بتاريخ 21-04-1972 الملف الإداري عدد 18271 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 ص 32 وما بعدها.
²⁷⁹ - Paul DECROUX « de quelques effets et conséquences de l'immatriculation foncière au Maroc ». Revue Marocaine de droit, 1958 p 101.

أ-موقف الفقه الإسلامي من الديون التي لم تسدد قبل القسمة

تباين موقف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمصير الشركة بعد الوفاة، فاتجاه يقضي بإبقائها على ذمة الهالك على اعتبار أن الديون العالقة لها لم تسدد، بينما يذهب الاتجاه الثاني أن يتم نقل التركة إلى الورثة على الرغم من وجود الديون²⁸⁰.

ومن هذا التباين يطرح الإشكال عن مدى صحة القسمة قبل تسديد الديون المتعلقة بالتركة؟.

تفسخ القسمة عند الأحناف في حالة ظهور الدين سواء علم به الورثة أم لم يعلموا به، وسواء أحاط بالتركة أم لم يحط بها، لأنها انصبت على مال غير مملوك للمتقاسمين ما دامت الديون العالقة بها لم تدفع بعد.

أما الشافعية فيجيزون قطعاً قسمة التركة قبل تصفية ديونها، سواء استغرقت كل التركة أم لم تستغرقها، وإذا تمت مخالفة هذا الحكم فإنه يكون للدائن أن يستوفي حقه من أية حصة في التركة.

وفيما يخص الحنابلة فإن وجود الديون بالتركة لا يمنع من قسمتها ولو علم الورثة بهذه الديون، كل ما هنالك هو أنه يجب على الورثة أداء هذه الديون وإلا طالب بها، مما ينجم عنه نقض القسمة²⁸¹.

وبالنسبة إلى المذهب المالكي فيختلف حكم طرء الدين بعد القسمة بحسب ما إذا كان المال المقسوم مقوماً أو غير مقوم، وبحسب ما إذا كان الورثة عالمين به أو غير عالمين به، وبحسب قضائهم بحق الدين وعدم قضائهم لهم، والمعتمد كما نص على ذلك الإمام الزرقاني في شرح المختصر أن القسمة تنقض إذا كان الورثة عالمين بالدائن²⁸²، أما إذا كان الورثة غير عالمين بالدائن فهناك تعدد في الأقوال، حيث جاء في شرح الزرقاني للمختصر أنه يجب نقض القسمة إذا كان المقسوم مقوماً، أما إذا كان غير ذلك فإن القسمة لا تنقض، في حين جاء في شرح البناني أن المعتمد هو نقض القسمة مطلقاً إذا طرأ الغريم على الورثة، وهذا الرأي ما ذهب إليه محكمة النقض في إحدى قراراتها²⁸³ من وجوب نقض القسمة إذا طرأ الغريم بين الورثة دون تمييز بين المقسوم مقوماً أو غير مقوم.

²⁸⁰- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، لبنان، تاريخ الطبعة غير مذكور، ص 62 وما بعدها.

²⁸¹- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 124.

²⁸²- عادل حاميدي، مرجع سابق، ص 51.

²⁸³- قرار محكمة النقض عدد 485 بتاريخ 09-05-2000 ملف شرعي عدد 293-45 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 124.

ب- موقف المشرع المغربي من الديون التي لم تسدد قبل القسمة

نص المشرع المغربي في الفصل 228 من ق.ل.ع على أن "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون" كما نص الفصل 229 من ق.ل.ع على أنه "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما، ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، مع ذلك، فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، وبنسبة مآل كل واحد منهم.

وإذا رفض الورثة التركة، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها، وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم".

وباستقراء للفصل 229 من ق.ل.ع المذكور أعلاه يتضح بأنه جاء بأحكام مخالفة لتلك التي أقرها الفقه الإسلامي بخصوص مآل الديون التي لم تسدد قبل القسمة، ذلك أنه فضلا عن تنصيبه على أن الورثة ملتزمون من الناحية المبدئية بأداء ديون الموروث في حدود أموال التركة وبنسبة مناب كل واحد منهم، فهو يفتح مجالاً واسعاً أمام إمكانية قبول أو رفض التركة، ويلتزمون الورثة تبعا لذلك بأداء ديون الموروث في الحالة الأولى دون الثانية على اعتبار أنه إذا رفض الورثة التركة، فإنهم لا يجبرون على قبولها ولا على تحمل ديونها، إذ يتعين في هذه الحالة للدائنين أن يباشروا ضد التركة لاستخلاص حقوقهم²⁸⁴.

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي نص في المادة 322²⁸⁵ على أن ديون الهالك تقع على تركته وليس على ورثته، وأمام هذه التضاربات أتساءل عن موقف القضاء من مصير تسديد الديون ؟

ج- موقف القضاء المغربي من مصير تسديد الديون

يتضح أن موقف القضاء من خلال قرار لمحكمة النقض²⁸⁶ الذي جاء في حيثياته " إن ديون الهالك تخرج من تركته وأن وارثيه ليسوا مسؤولين عن ديونه ما دام لم يثبت أن الهالك خلف متروكا وأن الورثة حازوه قبل قضاء الديون المتخلفة في ذمة الهالك، ومن جهة أخرى فإن مسؤوليتهم في ذلك مسؤولية فردية تكون على نسبة ما حازه كل منهم في نصيبه، ولهذا فإن محكمة الموضوع قد خرقت هذه المبادئ عندما قضت على الورثة بالأداء على سبيل التضامن بينهم دون أن يقوم بتصفية التركة، أو تختبر هل خلف الهالك متروكا يفي بقضاء ديونه، وهل حاز الورثة منه شيئا، وما مقدار ما حاز كل واحد منهم من ذلك لتجري أحكام الشريعة الإسلامية على مقتضاها.....".

²⁸⁴- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 125.

²⁸⁵- تنص المادة 322 من مدونة الأسرة على : " تتعلق بالتركة حقوق خمسة تستخرج على الترتيب الآتي :

1- الحقوق المتعلقة بعين التركة

2- ديون الميت"

²⁸⁶- قرار لمحكمة النقض رقم 270 بتاريخ 4 يوليو 1969 أورده المصطفى مازي، ص 126.

ويمكن القول بأن هذا القرار جاء مطابقا لمبادئ الفقه الإسلامي إذ أقر بأن التركة هي الملتزمة تجاه ديون الهالك وليس الورثة، وأنه إذا أقر بأن التركة قبل تصفية دونها، فإن مسؤوليتهم في ذلك تكون فردية على نسبة ما حازه كل واحد منهم في نصيبه، وهذا يخالف ما أثاره جمهور المالكية من وجوب نقض القسمة في حالة ظهور دائن أو دائنين للملك الأصلي بعد القسمة²⁸⁷.

ثانيا : ظهور صاحب وصية بعد قسمة التركة

قد يظهر بعد إجراء القسمة القضائية وارث جديد أو موصى له لم يكن معروفا من قبل، فكيف يتم الحكم بهذه الإشكالية ؟

قد جاء في تحفة ابن عاصم الغرناطي :

وينقض القسم لو ارث ظهر
أو دين أو وصية فيما اشتهر
إلا إذا ما الوارثون بأؤوا
بحمل دين فلهم ما شاؤوا²⁸⁸

وباستقراء لما أورده ابن عاصم يتضح أن ظهور صاحب وصية أو أصحاب وصية أو وصايا، يرتب نفس الأثر التي يرتبها ظهور وارث أو صاحي دين، بالشكل السابق بيانه سابق، إذ أنه ينضاف إلى ذلك أنه إذا تبينت وصية بعد القسمة، ينقض إذا كان الموصى به جائزا شرعا، وإن كان بعد والتزم الورثة بأدائه، فلا نقض²⁸⁹ وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها²⁹⁰ حيث ورد : " ينقض القسم لو ارث ظهر تأكيد المطلوبين وجود وارث لم يضمنوا اسمه في الإرث بها وقضاء المحكمة بالقسمة رغم ذلك يجعل القرار المطعون فيه خارقا للقاعدة الفقهية المشار إليها أعلاه.

المطلب الثاني : عوارض تنفيذ أحكام القسمة العقارية

تعرض المشرع المغربي لصعوبات تنفيذ الأحكام القضائية والتي تندرج أحكام القسمة العقارية ضمن فصول ق.م. خاصة الفصول 26 و 149 و 436 ويقصد بها تلك الصعوبات القانونية أو الواقعية التي يتقدم بها المحكوم عليه أو المحكوم له والغير إن وجدوا وأحيانا من طرف مأمور التنفيذ²⁹¹ للحيلولة دون التنفيذ على أمواله²⁹²، ويمكن أن تكون هذه الصعوبات متعلقة بمحل التنفيذ عندما يكون غير واضحا ومحددا، وأحيانا متعلقا بأطراف سند التنفيذ

²⁸⁷- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 127.

²⁸⁸- محمد الكشور، مرجع سابق، ص 132.

²⁸⁹- أحمد الغازي الحسيني "أثار الطوارئ على القسمة" الجزء الثاني، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط لسنة 1991-1992 ص 312 وما بعدها.

²⁹⁰- قرار عدد 231 بتاريخ 28-05-2003 في الملف العقاري عدد 02-1-2-424 أورده محمد توفيق في مجلة قضاء المجلس الأعلى في القسمة من سنة 1998 إلى 2004، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها.

²⁹¹- إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 207.

²⁹²- عرفها بعض الفقهاء " تلك الصعوبات الواقعية أو القانونية التي تعترض تنفيذ الحكم من طرف المدين أو الدائن بمناسبة البدء في تنفيذ وتكون غابيتها إذا كانت وقتية إما وقف التنفيذ أو الاستمرارية فيه، وإذا كانت موضوعية تعرض على المحكمة للفصل فيها".

عندما يكون شامل لجميع أطراف النزاع، أو ماسا بحقوق الغير الذي لم يمثل في السند، كما قد تتعلق بعيب يشوب السند نفسه لعدم توفره على جميع البيانات اللازمة أو استيفائه لإجراءات التي تجعله قابلا للتنفيذ²⁹³، وعليه أتاح المشرع المغربي لأطراف النزاع في دعوى القسمة العقارية ولمأمور التنفيذ إثارة صعوبة التنفيذ، كما يحق للغير إثارة هذه الصعوبات في حدود معينة، إذا كان قد يتضرر من التنفيذ.

وقصد الإلمام بمختلف الإشكالات المتعلقة بصعوبات التنفيذ لأحكام القسمة العقارية لا بد من الوقوف على أنواعها (الفقرة الأولى) ثم تبيان من له الحق في إثارتها والجهات المختصة بالبت فيها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : أنواع صعوبات تنفيذ الأحكام للقسمة العقارية

يقسم الفقه صعوبات التنفيذ إلى عدة تقسيمات حسب الزاوية التي ينظر منها إليها، وقد ميزها المشرع المغربي منها ما يتعلق بالصعوبات الموضوعية والتي حددها الفصل 26 من ق.م.م والصعوبات الوقتية والتي تطرق إليها الفصل 149 من ق.م.م فضلا عن الصعوبات الواقعية والقانونية المشار إليها في الفصل 436 من ق.م.م وللإحاطة بأنواع الصعوبات سأقسمها على الشكل التالي :

أولا : الصعوبات الموضوعية

يقضي الفصل 26 من ق.م.م المغربي بأنه تختص كل محكمة مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 بالنظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ أحكامها أو قراراتها، وخاصة في الصعوبات المتعلقة بالمصاريف المؤداة أمامها.

انطلاقا من الفصل يمكن القول أن المقصود بصعوبات التنفيذ الموضوعية تلك المنازعات القضائية التي تثار أثناء عملية التنفيذ أمام قضاة الموضوع ليفصل فيها في أصل الحق²⁹⁴، وإذا كان المشرع المغربي لم يورد اصطلاحا خاصا بالمنازعات الموضوعية كما فعل نظيره الفرنسي، فإن ذلك يعني أن جميع المنازعات تندرج تحت لفظ الصعوبات التي ترمي إلى إصدار حكم موضوعي في التنفيذ، وذلك بجوازه أو عدم جوازه، بصحته أو بطلانه²⁹⁵، إذ أن الصعوبات الموضوعية هي التي يطلب فيها الحكم في موضوع المنازعة بما يحسمها، وذلك سواء تعلقت بأصل الحق الذي يجري التنفيذ لاقتضائه أم لا، فهي إذن المنازعات المتعلقة بالشروط الواجب توفرها للقيام بإجراءات التنفيذ، حيث يصدر حكم بشأنها إما بإيقاف التنفيذ أم استمراره أو بصحته أو بطلانه، وإذا كانت هذه الصعوبات هي الضمانة القضائية للتحقق من صحة إجراءات التنفيذ وقانونيتها، فيجب ألا تستغل كذريعة لعرقلة التنفيذ وإيقافه²⁹⁶، ويجب أن ترفع أمام محكمة الموضوع سواء شرع في التنفيذ أم لم يشرع فيه لأنها تهدف إلى إنهاء النزاع عن طريق صدور قرار في

²⁹³- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 129.

²⁹⁴- سعيد كوكبي : " تنفيذ الأحكام الاجتماعية في التشريع المغربي " دار القلم، الرباط، طبعة 2002، ص 146.

²⁹⁵- أب اشبيه الفتح : " التنفيذ على العقار في التشريع الموريتاني والمغربي " رسالة لنيل الماستر في قانون المدني والأعمال، كلية الحقوق طنجة، لسنة 2008-2009، ص 87.

²⁹⁶- إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 161.

الموضوع من شأنه أن يرجع بالحكم إلى ما قبل مرحلة التنفيذ كدعوى استحقاق عقار، ويجوز استئنائه إذا كان الحكم في الدعوى الأصلية بدوره قابل للاستئناف²⁹⁷.

ثانيا : الصعوبات الوقتية

ينص الفصل 436 من ق.م.م المغربي بأنه : " إذا أثار الأطراف صعوبة واقعية أو قانونية لإيقاف تنفيذ الحكم أو تأجيله أحيلت الصعوبة على الرئيس من لدن منفذ له أو محكوم عليه أو العون المكلف بتبليغ أو تنفيذ الحكم القضائي، ويقدر الرئيس ما إذا كانت الادعاءات المتعلقة بالصعوبة مجرد وسيلة للمماطلة والتسويق وترمي إلى المساس بالشئ المقضي به، حيث يأمر في هذه الحالة بصرف النظر عن ذلك وإذا ظهر أن الصعوبة جدية أمكن له أن يأمر بإيقاف التنفيذ إلى أن يثبت في الأمر"²⁹⁸.

وترفع قبل البدء في التنفيذ أو أثناءه، ويشترط لقبول الصعوبات الوقتية ضرورة توافر عنصر الاستعجال، وأن يكون الهدف هو مجرد اتخاذ إجراء وقفي تحفظي، والجدية وأن ترفع قبل تمام التنفيذ، وإلا اعتبرت إثارة الصعوبات الوقتية هنا من دون أساس²⁹⁹.

ثالثا : الصعوبات الواقعية

ويقصد بها تلك الوقائع التي تحدث بعد صدور الحكم ولم يسبق عرضها على المحكمة أثناء مناقشة الدعوى³⁰⁰، إلا أنه يثار خلاف حول إذا ما كان طلب إيقاف الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل يعتبر صعوبة أم لا؟

فذهب البعض إلى أن المنازعة في التنفيذ لا تجدي لصاحبها نفعا إلا إذا كان أساسها وقائع لاحقة على صدور الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه³⁰¹.

أما إذا كانت سابقة عليه، فالمفروض أنه قد وقع الحسم بشأنها صراحة أو ضمنا سواء كان قد دفع بها فعلا أثناء النظر في الموضوع أم لم يدفع بها.

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الأمر بشمول الحكم بالنفاذ المعجل على الرغم من كون المشرع نص على عدم إمكانية الأمر بهذا النفاذ في قضايا معينة يشكل صعوبة في التنفيذ تحتم الأمر بإيقاف التنفيذ، فالمشرع عندما نص

²⁹⁷ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 131.

²⁹⁸ - ويقابل المادة 232 من ق.م.ت.ل الموريتاني على أنه " في جميع حالات الاستعجال، أو إذا ما أريد البث مؤقتا في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ سند تنفيذي أو حكم، فإن القضية ترفع إلى رئيس المحكمة المختص بوصفه قاضي الأمور المستعجلة ".

²⁹⁹ - أب اشبيه الفتح : التنفيذ على العقار في التشريع الموريتاني والمغربي " رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المدني والأعمال، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

³⁰⁰ - المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 131.

³⁰¹ - سعيد كوكبي، تنفيذ الأحكام الاجتماعية في التشريع المغربي، مرجع سابق، ص 138.

صراحة على منح شمول الأحكام بالنفاذ المعجل في بعض القضايا فإنه يقيد حرية القاضي في إمكانية إعمال رخصة النفاذ المعجل، وذلك بغية حماية خاصة ببعض فئات المجتمع ودرء عواقب التنفيذ المعجل³⁰².

وبالرجوع إلى الفصل 436 من ق.م.م فقد أشار إلى الصعوبات الواقعية وهي تلك الوقائع التي تحدث صدور الحكم ولم يسبق عرضها على المحكمة أثناء مناقشة الدعوى.

وبالرجوع إلى القسمة العقارية فهناك حالات للصعوبات الواقعية.

أ-الصعوبات الناتجة عن الحكم القاضي بالقسمة نفسه

إن الصعوبات الواقعية التي تعترض تنفيذ الحكم العقاري القاضي لقسمة والنتيجة عن الحكم نفسه عديدة، نذكر منها تأويل الحكم لعدم وضوحه، كما إذا اكتفت المحكمة في منطوق الحكم بقولها حكمت المحكمة بإجراء القسمة في المدعى عليه بين الورثة حسب الإرادة بدون أن تعين خبراء لبيان ما إذا كان العقار قابلاً للقسمة العينية أم لا؟.

فطريقة تنفيذ الحكم لا تعرف إلا بعد انتقال مأمور التنفيذ إلى عين المكان، فإذا حضر الأطراف ووافقوا على التنفيذ وثم فرز الأنصبة فيحرر مأمور التنفيذ محضراً بذلك يوقع عليه جميع المتقاسمين، وفي حالة عدم اتفاقهم فإن مأمور التنفيذ لا يملك سلطة إجبارهم على القسمة العينية، وإنما يحرر محضراً يثير فيه صعوبة التنفيذ طبقاً للفصل 436 من ق.م.م³⁰³.

وإذا قام مأمور التنفيذ بقسمة عينية أو أجبر عليها الأطراف فإن محضره يكون معرضاً للطعن فيه، وهذا ما أقرته محكمة النقض³⁰⁴: "...إن إيداع المحكوم عليه لأوامر مأمور التنفيذ لا يعد اعترافاً منه بما يقضي به الحكم الابتدائي المراد تنفيذه لأن مأمور التنفيذ ليست له سلطة قضائية لتكون تصريحات الأطراف اعترافاً قضائياً تنطبق على مقتضيات الفصل 405 من ق.م.ع".

هذا وقد تكون الصعوبة ناتجة عن وجود خطأ مادي في الحكم نفسه كأن يرد في الحكم مثلاً الرسم العقاري عدد 18963/ج، وعند تنفيذ الحكم تبين أن العقار المعني رقمه هو 18968/ج وليس 18963/ج، وهذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض: "قضت محكمة النقض بتصحيح الخطأ المادي اللاحق بالقرار الصادر عنه تحت عدد 2798 بتاريخ 13/05/1998 في ملف مدني عدد 93/985 بالقول بأن رقم الرسم العقاري الصحيح هو 18968/ج بدلاً من الرقم الخاطئ 18963/ج...".

³⁰²- أحمد النويضي: القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ، طبعة 1955 وبدون ذكر دار النشر، ص 139.

³⁰³- المصطفى مازي: م.س، ص: 132.

³⁰⁴- قرار محكمة النقض رقم 59 بتاريخ 09/02/1982 ملف شرعي عدد 82716 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 لسنة 1982، ص: 128 وما بعدها.

وعليه يمكن إثارة هذه الصعوبات وغيرها أمام القضاء الاستعجالي للاستصدار أمر وقفي لإيقاف التنفيذ أو تأجيله إلى ان يبت في الأمر.

ب- الصعوبات الواقعية الناتجة عن أعمال مادية وقعت بعد صدور الحكم

ويتمثل هذا النوع من الصعوبات في حالة الحكم بفرز الحصص للمتقاسمين بحيث استفرد كل شريك بنصيبه من العقارات، وبعد صدور الحكم تهدم أحد العقارات الواقعة في نصيب أحد الشركاء، وفي هذه الحالة يتوقف التنفيذ كلياً أو جزئياً لأنه أصبح أمام استحالة التنفيذ طبقاً للفصل 335 من قانون الالتزامات والعقود، الشيء الذي يستدعي إثارة صعوبة التنفيذ والرجوع إلى المحكمة لتطبيق المقاضيات الخاصة للفصل المذكور أعلاه³⁰⁵.

رابعاً: الصعوبات القانونية

يقصد بالصعوبات القانونية أن يتعارض الحكم مع نص القانون في قضية معينة، فمن المعلوم أن المفروض في الأحكام أن تصدر دائماً مطابقة للقانون، وما لم يوجد نص قانوني يقتضي بتنظيم عقارات معينة بكيفية خاصة، ويمنع تنفيذ الأحكام المخالفة لذلك القانون، فإن الأصل هو أن تبقى الأحكام الصادرة في النزاعات العقارية قابلة للتنفيذ، ومن الحالات التي نظمها القانون بكيفية خاصة، واعتبر كل حكم أو قرار مخالفاً لما نص عليه غير قابلاً للتنفيذ³⁰⁶، ونجد العديد من صورها في القسمة العقارية تستعصي من الناحية العملية ونورد منها:

أ- قسمة الأراضي الفلاحية الخاضعة للضم

أوجب الفصل 4 من ظهير ضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض كما تم تنميته بموجب ظهير 25 يوليوز 1969 منع كل تصرف إرادي بما فيه قسمة الأراضي المتواجدة بمنطقة الضم ابتداء من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية لإعلان الإيداع لدى السلطة المحلية لما خلص إجمالي يشمل المطالب المودعة.

ومن المهم الإشارة إليه أن منع قسمة الأراضي الفلاحية الخاضعة لعملية الضم والتي تظل رسوم القسمة ذات التاريخ الثابت والسابق على النشر بالجريدة الرسمية أو اللاحقة على مرسوم المصادقة على مشروع الضم سليمة من جزاء البطلان، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 1918³⁰⁷، إذ جاء في حيثياته: "يؤدي تنفيذ مشروع ضم الأراضي إلى مقياضة بين العقارات بحيث يعطي مالك قطعة أو قطع معينة في مكان معين قطعة أخرى بديلة كانت في

³⁰⁵ - المصطفى مازي، م.س، ص: 133 وما بعدها.

³⁰⁶ - إبراهيم بجماني، م.س، ص: 200.

³⁰⁷ - قرار محكمة النقض عدد 1918 بتاريخ 1986/06/27 ملف مدني عدد 84/466 منشور بمجلة قرارات محكمة النقض في المادة المدنية، الجزء الثاني.

ويراجع أيضاً قرار محكمة النقض عدد 3785 بتاريخ 2004/12/29 في ملف مدني عدد 2004/4429 (غ.منشور).

- حكم ابتدائي أربيعاء الغرب بتاريخ 2004/04/21 في ملف العقار المحفظ عدد 03/19 (غ.منشور)

ملك شخص آخر وتفاديا لما قد ينتهي إليه مشروع الضم من تغيير في وضعية العقارات على هذا النحو منع المشروع تفويتها، فالمنع مؤقت ينتهي بالمصادقة على مشروع الضم".

ولعل الإشكال المطروح في هذا الصدد إذا كان المنع ينصب على القسمة الرضائية دون القضائية المشار إليها في الفصل 4 من ظهير ضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض، فهل هذا يعني بمفهوم المخالفة أن القسمة القضائية تبقى بعيدة عن جزاء البطلان ما دام أنه لا يوجد نص صريح يمنع إجراء القسمة القضائية للعقار؟.

يعتقد أن أي دعوى قسمة ينتج عنها لزوما إصدار حكم بإجراء خيرة لتطبيق الرسوم على أرض الواقع، وذلك تفاديا في إحداث تقسيمات أدنى من مساحة الاستغلال الدنيا والتي حددها المادة 2 من قانون 34.94 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية، وإذا ما ثبت أن قسمة تلك العقارات المشاعة سيؤدي إحداث تقسيمات أدنى من مساحة الاستغلال الدنيا أن يتم قسمتها عن طريق التصفية لأن القسمة العينية هنا تتعارض مع روح ظهير ضم الأراضي الفلاحية.

ب- قسمة أراضي الجموع

تعتبر أراضي الجموع تلك التي تملكها جماعات قبلية إما في شكل دواوير أو قبائل أو عائلات أصبحت حقوق الفرد فيها غير متميزة عن حقوق الجماعة، أي أن الحقوق فيها مشاعة وتسنده رئاسة تسييرها لمجموع رؤساء العائلات المشكلة للمجموعات القبلية في إطار يطلق عليه مجلس العائلة³⁰⁸، وتكون هذه الأراضي تحت وصاية الدولة التي تحدد كيفية تنظيمها وإدارتها طبقا لظهير 27 أبريل 1912، فهذه الأراضي يمنع تفويتها كما لا يجوز حجزها ولا تملكها أو قسمتها، وإذا صدر ذلك الحكم فيمكن لمن يعنيه الأمر أن يثير صعوبة في تنفيذه وفي هذا المجال جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "إن دعوى استرداد أرض جماعية لا تخضع لمقتضيات الفصول 166 وما يليه من ق.م.م بل للظواهر المنظمة للأراضي الجماعية، ولما استبعدت المحكمة الفصل 166 وما يليه وحجة الطاعنين المتعلقة بالحيازة المكسبة للملك واعتمدت الشهاداتتين الإداريتين اللتين تفيدان أن الأرض سلمت للجماعة المدعية لاستغلالها ولا حق للطاعنين لأنهم ليسوا في هذه الجماعة، وصرحت أن الأحكام الجماعية لا يمكن قطعها بالتقادم، فقد طبقت القوانين الواجب التطبيق، كما أن محكمة النقض سبق وأن أكدت عدم قابلية الأملاك الجماعية للتفويت والتملك بالتقادم، كما أكدت عدم اختصاص المحاكم بما فيها المحاكم الإدارية في البث في قسمتها وفي الطعن في قرار مجلس الوصاية أمامها³⁰⁹".

ومن جهة أخرى قد تطرح بعض المشاكل القانونية في الحالة التي يترك فيها الهالك عقارا مملوكا له شخصا فوق أرض جماعية، فهل يمكن للمحكمة أن تقضي بقسمة هذا العقارين ورثة المستفيد من هذه الأرض الجماعية؟

³⁰⁸ - عبد الكريم بالزاغ: "أراضي الجموع، محاولة لدراسة بنيتها السياسية والاجتماعية، وردها في التنمية الاقتصادية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998، ص: 15.

³⁰⁹ - إبراهيم بحماني: م.س، ص: 201 وما بعدها.

لقد أجابت محكمة النقض عن هذا الإشكال في أحد قراراتها³¹⁰ حيث ورد فيه: "من القواعد الفقهية أن من مات عن حقه فهو لورثته".

إذا لم يدل مدعي الاختصاص بما يثبت أن من استقر في دار مبنية فوق أرض جماعية تقوم خاصة بدون بقية ورثة الباني، اعتبرت الدار من تركة الهالك".

إذ أنه يجب التمييز بين ملكية الأرض التي أقيمت عليها الدار حيث تعود للجماعة السلالية وبين ملكية الدار المبنية التي تعود للهالك، فالأولى لا يجوز للمحكمة إجراء قسمة بتية بشأنها وإلا ستثار صعوبة قانونية تحول دون تنفيذها.

أما القاعدة الثانية أن من توفي عن حقه فهو لورثته، ومن تم يجوز إصدار حكم بقسمته على اعتبار أنه من تركة الهالك³¹¹.

الفقرة الثانية: إثارة الصعوبات في التنفيذ والجهة المختصة بالبت فيها

تطرح بصدد الدعوى العديد من التساؤلات الكبرى بصدد بحث صعوبة التنفيذ، التساؤل حول الأشخاص المخول لهم قانوناً إثارة هذه الصعوبات ومدى أحقية الغير في إثارتها، أم أن صفة رفعها تقتصر على أطرافها، فضلاً عن الجهة القضائية التي ينبغي لمثير إشكالية أو صعوبة في التنفيذ التوجه إليها لتبت فيها، وبعبارة أخرى ما هي الجهة القضائية المختصة نوعياً بالبت في صعوبات التنفيذ؟ وهل هناك فرق بين صعوبات التنفيذ الوقتية وصعوبات التنفيذ الموضوعية في هذا الصدد؟

أولاً: إثارة الصعوبة من قبل الأطراف

تتعدد الجهات المختصة بإثارة الصعوبة في التنفيذ لأحكام القسمة العقارية، وتتمثل هذه الجهات في المحكوم عليه والمحكوم له، ومأمور التنفيذ ثم الغير على الرغم من الخلاف الذي أثير بخصوصه.

أ- إثارة الصعوبة من طرف المحكوم عليه

إن كثير من الصعوبات التي تنشأ بشأن تنفيذ الأحكام، إنما يثيرها عادة المحكوم عليه، وهي صعوبات متعددة وأغلب الأحيان تكون وقتية تتعلق بعدم صحة التبليغ، وهذه الصعوبات إنما تؤدي إلى تأجيل التنفيذ إلى أن يتم إنجاز الإجراء المطعون فيه بكيفية صحيحة وأحياناً أخرى موضوعية كأن يدعي أن الحكم القاضي بالقسمة لم يعين العقار الذي سيجري عليه البيع لقسمة عن طريق التصفية³¹².

³¹⁰ - قرار محكمة النقض رقم 1911 بتاريخ 1997/03/25 رقم الملف 92/4321 أورده عبد العزيز توفيق: قضاء المجلس الأعلى على خلاف أربعين سنة، م.س، ص: 124.

³¹¹ - المصطفى مازي، م.س، ص: 135.

³¹² - أب اشبيح الفتوح: م.س، ص: 101 وما بعدها.

ب- إثارة الصعوبة من طرف المحكوم له

كثيرا ما تثار الصعوبة من طرف المحكوم له، وهذه شيء طبيعي لأن المحكوم عليه هو الخاسر الأول في القضية وهو المفروض أن يتضرر من التنفيذ إلا أنه قد يحدث أن يقوم المحكوم له بإثارة صعوبة في التنفيذ إذا تبين له أن الحكم سينفذ بطريقة تضر مصالحه، كما إذا كان منطوقه مناقضا لتعليقاته وتنفيذه سيؤدي إلى حصول المحكوم له على أقل مما يستحق فلو قضى حكم عقاري بالقسمة وأهمل طلب استخراج وصية لفائدة أبناء قاصرين لأحد الورثة المشتاعين، فإن والد الموصى لهم الذي هو أحد الورثة للمستفيدين من القسمة يمكنه أن يثير صعوبة في التنفيذ ويطلب إيقافه إلى أن يبت في الأمر³¹³، وإذا أشعر مأمور التنفيذ رئيس المحكمة بطلب يلتمس صرف النظر عن الصعوبة المثارة ويثبت بأنه لا توجد أي صعوبة، فكثيرا ما تحكم المحكمة بإجراء القسمة حسب الفريضة كذا وعند التنفيذ لا توجد تلك الفريضة، فيحرر مأمور التنفيذ محضر الصعوبة ثم يأتي المعني بالأمر ويطلب الاستمرار في التنفيذ ويدلي بالفريضة التي قد توقف عليها الاستمرار في التنفيذ، وهذه الإجراءات كلها يمكن أن يقوم بها ورثة المحكوم له بعد وفاته، وكذا الدائنين الذين تتأثر مصالحهم.

ت- إثارة صعوبة التنفيذ العقاري من الغير

الأصل أن الأحكام نسبية ولا يتعدى أثرها غير أطرافها، ولكن تنفيذها قد يمس أحيانا مصالح الغير، فيضطر هذا الأخير إلى الاعتراض على تنفيذ حكم لم يكن طرفا فيه، وقد بين المشرع المغربي في الفصل 468 من ق.م.م كيفية مباشرة الأعيان لإثارة هذه الصعوبة³¹⁴.

فبالنسبة لتنفيذ الحكم العقاري في هذا النص لا سبيل للغير إلى وقف التنفيذ سوى رفع دعوى الاستحقاق الفرعية، وهذا ما أكدته الفصل 482 من ق.م.م، ويمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية، ويترتب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيها بالاستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر من خلالها أنها مبنية على أساس صحيح³¹⁵.

ولا شك أن تقدير هذه الوثائق يدخل ضمن سلطة القاضي المكلف بالتنفيذ، ولكن إذا لم يوقف القاضي المكلف بالتنفيذ تنفيذ الحكم على الرغم من رفع دعوى الاستحقاق، فإنه يمكن للمعني بالأمر أن يتقدم بطلب صعوبة في التنفيذ أمام رئيس المحكمة وقرار رئيس المحكمة قابل للاستئناف، وقد ذهبت محكمة النقض في قرارها رقم 615 لسنة 1991-03-06 إلى إثارة الصعوبة في التنفيذ لا تثبت إلا لأطراف الحكم المراد تنفيذه لا للغير الخارج عن الخصومة³¹⁶.

³¹³- أحمد النويضي : القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ الجبري للأحكام، مرجع سابق، ص 158.

³¹⁴- ويقابلها الفصل 378 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية الموريتانية.

³¹⁵- عبد الله الشرفاوي، مجلة القضاء والقانون، عدد 128 ص 27.

³¹⁶- أب اشبيح، مرجع سابق، ص 104.

وإذا كانت محكمة النقض في قرارها السابق قد حدد الأشخاص الذين يحق لهم إثارة صعوبة في تنفيذ الحكم استنادا إلى الفصل 436 من ق.م.م فإن أغلب الفقهاء يرون لأن كل من تضرر من الحكم أن يثير صعوبة في تنفيذه، وهناك رأي آخر يرى أن الأطراف في الصعوبة هم أطراف الحكم دون غيرهم وأن الغير إنما يمكنه رفع دعوى الاستحقاق أو الطعن في الحكم بتعرض الغير الخارج عن الخصومة ويلتمس في نفس الوقت من قاضي المستعجلات إيقاف التنفيذ في إطار الفصل 149 من ق.م.م في حين يرى جانب آخر من الفقه أن ذلك الغير الذي يهدده التنفيذ يمكنه أن يثير صعوبة في التنفيذ في إطار الفصل 482 من ق.م.م المتعلقة بالتنفيذ على العقار، ويتعين على القاضي أن يأمر بإيقاف التنفيذ إذا تبين له جدية الوثائق ويمتنح المعني بالأمر أجلا لرفع دعوى الاستحقاق أو التقدم بالطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم المطلوب تنفيذه، وإن لم يفعل ذلك داخل الأجل المحدد له فإنه يتعين إصدار أمر بمواصلة إجراءات التنفيذ³¹⁷.

د- إثارة الصعوبة من طرف مأمور التنفيذ

قد تواجه مأمور التنفيذ أثناء قيامه بمهمته صعوبات أخرى، إذ يحق له إثارها أمام رئيس المحكمة حسب ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 436 من ق.م.م، ولكن العمل القضائي بالمغرب جرى على أن عون التنفيذ يكتفي بتحرير محضر الصعوبة ويضعه بالملف، وعلى من يعنيه الأمر أن يثير الصعوبة أمام رئيس المحكمة، وقد نصت محكمة النقض في قرارها³¹⁸ رقم 817 على أن " الصعوبة في التنفيذ يثيرها الأطراف طبقا للفصل 436 من ق.م.م أما عون التنفيذ فإن مهمته تكون فقط إشعار رئيس المحكمة بوجود الصعوبة، ولذلك فالمواجهة والطعون تكون بين الطرفين " ويلاحظ أن هذا القرار يبين بوضوح الأطراف في ملف الصعوبة في التنفيذ، وبمقتضاه فإن من الطلب يمكن فقط أن يقدم بحضورهما ليقدموا البيانات التي تظهر لهما باعتبارهما مكلفين بالتنفيذ، وإذا لم يقدم طلب إثارة الصعوبة في تنفيذ الحكم في مواجهة أطراف الحكم فإنه يعتبر غير مقبول³¹⁹، ومن هنا نعتقد بأن الرأي الذي ذهب إليه أحد الباحثين³²⁰ بأن ما نصت عليه محكمة النقض في القرار الوارد أعلاه أن مأمور التنفيذ مهمته هي إشعار المحكمة مخالفا لنص الفصل 436 من ق.م.م لأن هذا الفصل ينص بالحرف على أن العون المكلف بتبليغ أو تنفيذ الحكم القضائي يحيل الصعوبة على الرئيس، ولا ينص على مجرد الإشعار كما جاء في قرار محكمة النقض، إذ أن هناك فرقا هاما بين مجرد الإشعار والإحاطة، فالإشعار لا يقتضي إصدار أمر بالبت في الصعوبة، وهذا ما نص عليه الفصل 436 من ق.م.م.

³¹⁷- إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 211.

³¹⁸- إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص 212.

³¹⁹- أب اشبيح الفتاح، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

³²⁰- إبراهيم بحماني، نفس المرجع، ص 213.

ثانيا : الجهة المختصة بالبحث في صعوبة تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة

إذا كانت الصعوبات الموضوعية تختص بالبحث فيها محكمة الموضوع طبقا للفصل 26 من ق.م.م بلا خلاف، فإن الصعوبات الوقتية وإن كان الاختصاص بالبحث فيها يعود للرئيس على ما ينص عليه الفصل 436 من ق.م.م إلا انه قد ثار خلاف بخصوص المقصود بكلمة الرئيس، فهل هو رئيس المحكمة الابتدائية ؟ أم الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف إذا كان النزاع معروضا على محكمة عملا بالفصل 149³²¹ من ق.م.م، ولتوضيح هذه الإشكالات سأطرق للجهة المختصة بالبحث في كل صعوبة على حدة.

أ-الجهة المختصة بالبحث في الصعوبات الوقتية

إن الجهة المختصة بالبحث في الصعوبات الوقتية تتحدد بتحديد الاختصاص بنوعيه النوعي والمحلي، فبإحيانا تكون المحكمة الابتدائية، وقد تكون أحيانا أخرى محكمة الاستئناف، حيث نجد المشرع المغربي نص في الفصل 149 من ق.م.م على أنه " يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبحث بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي...إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول " وانطلاقا من هذا النص نجد أن المشرع المغربي أسند البحث في الصعوبة الوقتية إلى رئيس المحكمة الابتدائية سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل إلى هذه المحكمة أم لا، إلا أنه وإذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف فإن رئيسها الأول يمارس المهام³²².

إلا أنه أثير خلاف حول وجوب إناطة هذه الصعوبات الوقتية إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف إذا كان النزاع في الجوهر معروضا على محكمته، ومقتضيات الفصل 436 من ق.م.م الذي أسند الصعوبات للرئيس، ويرى أحد الباحثين³²³ أن رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بالبحث في صعوبة تنفيذ الحكم بدائته وأن اختصاص الرئيس الأول لا يتصور إلا في حالة واحدة وهي شمول الحكم بالنفذ المعجل، وهذا الاختصاص يبدأ بمجرد وضع مقال استئناف الحكم المشمول بالنفذ المعجل في كتابه ضبط المحكمة الابتدائية.

ويرى عبد اللطيف هداية الله أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في إطار الفصل 436 من ق.م.م لا يتمتع بنفس الاختصاصات المخولة له بمقتضى الفصل 149 من ق.م.م بل أن رئيس المحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ هو المختص، وإذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف فإنه يعمل بمقتضيات الفصل 149 وليس الفصل 436³²⁴، ومعنى ذلك أن المقصود بكلمة الرئيس في الفصل 436 هو رئيس محكمة الدرجة الأولى وليس الرئيس الأول لمحكمة الدرجة الثانية³²⁵.

³²¹- المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 144.

³²²- أب اشبيح الفنج: م.س، ص: 106 وما بعدها

³²³- إبراهيم بجماني، نفس المرجع، ص: 214 وما بعدها.

³²⁴- قرار لمحكمة النقض عدد 309 بتاريخ 1988/04/09 ملف اجتماعي عدد 86/8664 أورده المصطفى مازي، م.س، ص: 145.

³²⁵- لمصطفى مازي، م.س، ص: 145.

والرأي فيما اعتقد أن المقصود بكلمة الرئيس في إطار الفصل 436 من ق.م.م هو رئيس المحكمة الابتدائية وليس الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف لأنه لو كان الأمر خلاف ذلك لنص عليه المشرع صراحة في الفصل كما فعل في الفصل 149 من ق.م.م.

ب- الجهة المختصة بالبحث في صعوبة التنفيذ الموضوعية

بعدما تطرقت إلى اختصاص كل من رئيس المحكمة التي يقع التنفيذ بدائرتها بالبحث في الصعوبة الوقتية المتعلقة بتنفيذ حكم عقاري وإلى أن هذه الصعوبة الوقتية تهدف إلى إيقاف التنفيذ مؤقتا أو تأجيله ريثما يثبت في الأمر، وأنها ترفع قبل تمام التنفيذ لأنها بعد تمام تنفيذ الحكم لم يعد لها محل، وأن إثارتها تعتبر من القضايا الاستعجالية التي يشترط فيها حالة الاستعجال لان التهديد بإجراء التنفيذ يعتبر في حد ذاته متضمنا خطرا حالا وضررا محققا لا يمكن تلافيه بعد إجراء التنفيذ.

وننتقل بعدها إلى الحديث عن الجهة المختصة بالبحث في الصعوبة الموضوعية، فقد نص المشرع المغربي في الفصل 26 من ق.م.م على أنه " تختص كل محكمة مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 بالنظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ أحكامها أو قراراتها وخاصة في الصعوبات المتعلقة بالمصاريف المؤداة أمامها، لا تستأنف الأحكام الصادرة طبقا للفقرة السالفة إلا إذا كانت الأحكام في الدعاوى الأصلية قابلة هي نفسها للاستئناف"، ويتضح من خلال النص أن الجهة المختصة بالبحث في صعوبة التنفيذ الموضوعية هي المحكمة التي أصدرت الحكم سواء كانت ابتدائية أم استئنافية، وذلك لأن الصعوبة الموضوعية هي التي تقع إثارتها أمام محكمة الموضوع وهي تهدف إلى تفسير الحكم³²⁶ أو الطعن في التنفيذ لمخالفته مقتضى الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية التي تقع في الحكم كالأخطاء التي تقع في تحديد المدعى فيه أو في أسماء الأطراف أو عناوينهم أو ممثليه.

³²⁶- قرار محكمة النقض عدد 66 الصادر بتاريخ 1980 في الملف المدني عدد 68/562 أورده المصطفى مازي، مرجع سابق، ص 147.

خاتمة

تشكل دعوى القسمة حلا لانقضاء الشيوخ والخروج من إشكالاته، فلا يمكن إنكار أنها فض حاسم لكل منازعة قد تشوب بين المشتاعين، وما لها من اسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية عبر تشجيع الاستثمارات خاصة في مجال السكن، إلا أنها في نفس الوقت تشكل عائقا يحول وسرعة تحقيق التنمية، خاصة القسمة العينية وما يخلفه تجزئ الشئ محلها من نقص لقيمتها وتراجع لمردوديتها وتعارضها مع بعض القوانين خاصة قانون التعمير فيما يتعلق بالواقع العملي إذ لا يستجيب العقار الناتج عن القسمة لمعايير تصميم التهيئة وغيره من جراء تجزئته إلا قطع صغيزة، هذا من جهة ومن جهة أخرى يمكن القول بأن الحق المخول على إطلاقه لكل شريك على الشيوخ في اللجوء إلى القسمة خروجاً من الشيوخ قد يحمل في طياته ضرراً لباقي الشركاء على الشيوخ الذين يفضلون البقاء في الشيوخ.

وينظاف إلى ذلك ما لمستته من اختلاف تشريعي باختلاف محل القسمة خاصة ما ارتبط منه بالعقار غير المحفظ وما يترتب عن إعمال القواعد الفقهية بخصوصه من تباين واختلاف راجع في أساسه إلى الآراء الفقهية المتعددة التي يعرفها الفقه المالكي بهذا الخصوص.

إلا أن أهم نقطة يمكن تسجيلها للمشرع المغربي في هذا المجال، تطرقه لمسألة ضمان العيب الخفي كأثر للقسمة، وهو ما لم نجد له صدى في القوانين المقارنة، إلا أن هذا لا ينفي القول بأن الإحالة المستعملة بخصوص الضمان في القسمة عموماً (ضمان الاستحقاق، التعرض، العيب الخفي) على قواعد الضمان في عقد البيع في حاجة إلى إعادة النظر.

على المستوى القانوني التزم المشرع المغربي الصمت في كثير من الثغرات والنواقص التي تعتري مجال القسمة القضائية من اشكالات سواء تعلق الأمر بغموض وتعارض بين بعض النصوص القانونية المنظمة للقسمة القضائية العقارية فيما يتعلق بقسمة العقارات المحفظة وفي طور التحفيظ، وبين بعض القوانين وقواعد الفقه الإسلامي إذا تعلق الأمر بعقارات غير محفظة، الأمر الذي أفرز كثرة الاجتهادات القضائية بتضاربها وتباينها وعدم استقرارها سواء على مستوى قضاء الموضوع أو على مستوى قضاء محكمة النقض، مما يتسبب في تراكم ملفات القسمة القضائية العقارية العالقة وعرقلة سير المسطرة وتعدد الجهات المتدخلة، وبعض النزاعات الهامشية التي تحول وتنفيذها، ليتعارض وروح فلسفة المشرع من تنظيمه للقسمة القضائية للخروج من سلبات نظام الشيوخ العقاري.

وإن كان القضاء قد حاول سد بعض الثغرات بإصداره لجملة من الاجتهادات إلا أنه قد كرس مجموعة من الإشكالات والتمثلة في :

- عدم مراعاة المحكمة التحقق من إدخال كافة الشركاء في دعوى القسمة وبعدم إغفالها ذكر إن كان أحد الشركاء قاصراً أو غائباً.

- عدم تحري القاضي بعض الضوابط القسمة وذلك بالتأكد من أن العقار داخل المدار الحضري تفاديا للتعارض مع قانون المجموعات السكنية والتجزئات العقارية.

وأمام هذه الإشكالات المثارة بخصوص القسمة القضائية العقارية، ولتجاوز العوائق التي تطرحها على المستوى القانوني من جهة ومن جهة أخرى على المستوى العملي، فإنه أصبح على المشرع المغربي التدخل لتعديل المنظومة القانونية المتعلقة بالقسمة .

انطلاقا مما سبق ولسد النواقص أصبح من الضروري :

- الحسم في مسألة الطرف الذي يتعين رفع دعوى القسمة ضده في حالة وفاة المالك على الشيعاء وتراخي الورثة في تقييد حقوقهم، هل المالك المتوفى أم الورثة الذين لم يقيدوا حقوقهم خاصة أن بعض القضاة يرون بأنه ترفع الدعوى على المالك المقيد بالسجل العقاري بالرغم من أنه متوفى لأنه في نظرهم ما يزال في حكم الحي، وهذا غير مقبول من وجهة نظري.

- تفعيل المقتضيات التشريعية للخبرة القضائية في مجال القسمة العقارية بفرض رقابة صارمة على الخبير عن طريق تقيده بضرورة إنجاز مشروعين فما أكثر بدلا من مشروع واحد، مع تفعيل العقوبات الجزية في حالة الإخلال بأداء واجبهم.

- ترسيخ الحماية للدائنين في دعوى القسمة وذلك اقتداء بباقي القوانين المقارنة.

- انفراد البيع بالمزاد العلني الواقع نتيجة قسمة التصفية بنصوص خاصة ومتميزة عن البيع القضائي.

- بيان زمان رفع دعوى القسمة في حالة ارتباطها بدعوى الشفعة ودعوى مقابل الاستعمال والاستغلال .

وكل هذا لن يتأتى إلا بجمع شتات النصوص القانونية المنظمة للقسمة العقارية وإعادة هيكلتها سواء تعلق الأمر بالقواعد المسطرية أو الموضوعية لتفادي العراقيل التي تواجه استغلال العقارات واستثمارها، وليساهم القضاء بدوره في خدمة استثمار العقار والتنمية.

المراجع المعتمدة :

للكتب:

- ابراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مطبعة دار السلام بالرباط، الطبعة الثالثة لسنة 2012.
- أحمد النويضي، القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ، طبعة 1955 وبدون ذكر دار النشر.
- إدريس الفاخوري، مدونة الحقوق العينية على ضوء القانون 39.08، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2012.
- بثينة العلوط، القسمة القضائية للعقار، مطبعة دار السلام بالرباط، الطبعة الأولى لسنة 2005 لسنة 2011.
- جميلة لعماري، الوجيز في عقد البيع دراسة على ضوء قانون 05-53 لتبادل المعطيات الالكترونية وقانون 00-44 لبيع العقار في طور الإنجاز مطبعة السليبي إخوان، الطبعة الثانية 2012.
- سعيد كوكبي، تنفيذ الأحكام الاجتماعية في التشريع المغربي، دار القلم، الرباط، طبعة 2002.
- شفيق شحاتي، النظرية العامة للحق العيني، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة لسنة 1951.
- الشيخ أحمد بن محمد الرهوني التطواني، في شرح اللامية والمعروف بحادي الرفاق إلى فهم لامية الرقاق، الجزء 2، الطبعة الأولى 1346هـ.
- الطيب الفصايبي، التنظيم القضائي في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1995.
- عادل حاميدي، التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ بين الفقه الإسلامي والفراغ القانوني، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2006.
- عبد الحق الصافي، عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، المطبعة غ.م الطبعة الأولى 1998.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة القاهرة، لسنة 1997.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، لبنان، تاريخ الطبعة غير مذكور.
- عبد العزيز حضري، المسطرة المدنية " مطبعة طه حسين، الطبعة 2005.
- عبد القادر العرعاري، وجهة نظر خاصة في مادة القانون المدني المعمق بين الفقه والقضاء، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2010.
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية " مطبعة وراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الخامسة، لسنة 2008.

- عبد الكريم بالزاع، أراضي الجموع، محاولة لدراسة بنيتها السياسية والاجتماعية، وردها في التنمية الاقتصادية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998.
- عبد اللطيف البغيل، المختصر في الدعوى المدنية وإجراءاتها وفق قانون المسطرة المدنية المغربي، مطبعة سبارطيل طنجة لسنة 2006.
- عبد اللطيف البغيل، التقاضي أمام المحاكم المدنية من رفع الدعوى إلى صدور الحكم، مطبعة دار أبي رقرق، الطبعة الأولى، 2013.
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية لسنة 1987.
- محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1993.
- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الأولى لسنة 1990.
- محمد الكشور، القسمة القضائية في التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثالثة لسنة 2011.
- محمد المنجي، دعوى القسمة موسوعة دعاوى العملية، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 1996.
- محمد بقبالي، النظرية العامة للالتزام، طبعة 2003، مطبعة اسبارطيل طنجة.
- محمد بن أحمد بونيات، العقار غير المحفظ والمعاملات، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، لسنة 2010.
- محمد جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة 1990.
- محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الخامسة 2009.
- محمد محجوبة، الشفة في الفقه المالكي والتشريع المغربي، مجلة دار القلم الرباط، الطبعة الخامسة 2011.
- مصطفى الجمال، نظرية الملكية في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- وداد العيدوني، المنظومة القضائية المغربية، دراسة في الهياكل والاختصاص مطبعة سليكي إخوان، طنجة، الطبعة الأولى 2013.

- آب اشبيه الفتح، التنفيذ على العقار في التشريع الموريتاني والمغربي، رسالة لنيل الماستر في قانون المدني والأعمال، كلية الحقوق طنجة، لسنة 2008-2009.
- أحمد الغازي الحسيني، آثار الطوارئ على القسمة، الجزء الثاني، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط لسنة 1991-1992.
- بشرى أذكري، الملكية الشائعة دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق بطنجة لسنة 2009-2010.
- جيهان زاوش، دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2011-2012.
- سعاد آيت بلخير، قرارات المحافظ عن الملكية العقارية بين إمكانية الطعن وحق التعويض، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، وجدة لسنة 2004-2005.
- سفيان دوهو، اختصاصات المحافظ وقاضي التحفيظ على ضوء القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق طنجة لسنة 2011-2012.
- طارق دخيسي، تعيين الرسوم العقارية وأثره على التنمية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار بكلية الحقوق وجدة، سنة 2007-2008.
- عمر حمزة ، الانتماء البنكي بين الكفالة كضمانة شخصية والرهن الرسمي كضمانة عينية، أطروحة لنيل بقانون التجارة والأعمال بكلية الحقوق بالرباط ،لسنة 2010-2011
- محمد الهاشي، دعوى القسمة من خلال العمل القضائي، المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، نموذج بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 36 الفترة التدريبية 2009-2011.
- محمد جطيق، القسمة القضائية في التشريع المغربي، رسالة نهاية تدريب المعهد العالي للقضاء لسنة 2011.
- محمد وفولوس، النظام القانوني للتسجيل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال، طنجة، لسنة 2009.
- محمد يحيى ولد أحمدناه، إجراءات التبليغ والتنفيذية العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بطنجة لسنة 2009-2010.
- المصطفى مازي، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق، وجدة، لسنة 2006-2007.
- هناء الراوي، القسمة القضائية للعقار، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة القانون المدني والأعمال، بكلية الحقوق طنجة، لسنة 2010-2011.

- وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري جامعة منتوري – قسنطينة الجزائر، لسنة 2007-2008.
- يونس سوساني، آثار الرهن الرسمي العقاري بالنسبة للدائن المرتهن والحائز، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال بكلية الحقوق بطنجة لسنة 2011-2012.

المجلات والندوات :

- ادريس الفاخوري " سلسلة المعارف القانونية والقضائية : الحقوق العينية وفق القانون رقم 39-08" منشورات مجلة الحقوق، العدد 12 لسنة 2013.
- عز الدين الماحي، " التركة بين واقعة الوفاة والتسجيل "، ندوة الأنظمة العقارية في المغرب نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، يومي 5 و 6 أبريل 2002، مطبعة الوراثة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى.
- عبد الله الشرفاوي، مجلة القضاء والقانون، عدد 128.
- عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة من سنة 1998 إلى 2004، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005.
- عبد العزيز توفيق، قضاء محكمة النقض في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى 2002 مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003.
- محمد رياض، "وسائل الإثبات في العقار غير المحفظ"، ندوة توثيق التصرفات العقارية، نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بجامعة القاضي عياض مراكش، يومي 11 و 12 فبراير 2005، الطبعة الثانية.
- محمد لمعكشاوي، في سلسلة إشاعة الثقافة والقانونية، المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقهاء والقضاء (قانون رقم 39.08) الطبعة 2013.
- محمد الهيبي، مجلة سلسلة للأنظمة والمنازعات العقارية، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب على ضوء قانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق، طبعة 2012/6.
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 1 لسنة 2012.
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 2 لسنة 2012.

- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 48 يناير 1996.
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 45 لسنة 1991.
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 40 لسنة 1988.
- مجلة قضاء محكمة النقض عدد 7 أبريل 1969.
- مجلة الاشعاع عدد 34 و 35 المشترك لسنة 2009.
- مجلة المحاماة عدد 17 لسنة 1980.
- منشورات مجلة المحاكم المغربية عدد 78 و 79 لسنة 1997.

الفهرس

2	مقدمة:
8	الفصل الأول: الإجراءات المسطرية للقسمة القضائية العقارية.....
7	المبحث الأول: ضوابط مسطرة القسمة القضائية العقارية.....
7	المطلب الأول: شروط سلوك مسطرة القسمة القضائية العقارية.....
8	الفقرة الأولى: حالات تحقق القسمة القضائية العقارية.....
8	أولاً: اختلاف الشركاء حول إجراء القسمة.....
8	ثانياً: وجود شريك غير متمتع بأهلية التصرف.....
10	ثالثاً: أن يكون أحد الشركاء غائباً.....
10	الفقرة الثانية: إثبات التملك على الشياع في دعوى القسمة.....
11	أولاً: إثبات التملك على الشياع للعقار المحفظ.....
12	ثانياً: إثبات التملك على الشياع للعقار غير المحفظ.....
14	المطلب الثاني: قواعد فتح مسطرة القسمة القضائية العقارية.....
19	الفقرة الأولى: القواعد الموضوعية لدعوى القسمة العقارية.....
15	أولاً: الطبيعة القانونية لدعوى القسمة العقارية وخصائصها.....
18	ثانياً: أطراف دعوى القسمة.....
23	ثالثاً: الدائنون والغير في دعوى القسمة العقارية.....
24	الفقرة الثانية: القواعد الشكلية لدعوى القسمة العقارية.....
25	أولاً: شكليات دعوى القسمة العقارية.....
26	ثانياً: المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة.....

39ثالثا: التبليغ في دعوى القسمة
28المبحث الثاني : مراحل مسطرة القسمة القضائية العقارية.
30المطلب الأول : إعداد مشروع القسمة العقارية
30الفقرة الأولى : الجهة التي تقوم بإعداد مشروع القسمة
30أولا : الحكم التمهيدي بتعيين خبير في دعوى القسمة
32ثانيا : مهام الخبير في دعوى القسمة
34الفقرة الثانية : إعداد مشروع القسمة العينية وقسمة التصفية
35أولا : إعداد مشروع القسمة العينية للعقار
42ثانيا: قسمة التصفية
58المطلب الثاني : تنفيذ الحكم العقاري بإجراء القسمة
59الفقرة الأولى : تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة العينية
59أولا : تنفيذ الحكم بإجراء القسمة العينية لعقار محفظ
61ثانيا: تنفيذ الحكم بإجراء القسمة العينية لعقار في طور التحفيظ
63ثالثا : تنفيذ الحكم بإجراء القسمة العينية لعقار غير محفظ
64الفقرة الثانية : تنفيذ الحكم القاضي بقسمة التصفية
48أولا : الإفراغ أو التخلي عن العقارات من أجل البيع بالمزاد العلني
50ثانيا: إجراء البيع بالمزاد علني في قسمة التصفية
52الفصل الثاني : آثار القسمة القضائية والمنازعات المثارة
53المبحث الأول : آثار القسمة القضائية العقارية
71المطلب الأول : إفراز حصص الشركاء وأثره على المعاملات السابقة

54	الفقرة الأولى : أحكام الإفراز في القسمة القضائية العقارية.....
54	أولا : تطور طبيعة القسمة من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف
56	ثانيا : الأثر الكاشف للحصة المفرزة في التشريع المغربي
63	الفقرة الثانية : أثر الإفراز على المعاملات السابقة للقسمة العقارية.....
63	أولا : أثر الإفراز على تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة
65	ثانيا : أثر الإفراز على تصرف الشريك في كل العقار الشائع
88	المطلب الثاني : ضمان حصص الشركاء ومقابل استعمال واستغلال العقار.....
89	الفقرة الأولى : شروط الضمان لحصص الشركاء وآثاره.....
89	أولا : شروط الضمان
72	ثانيا : آثار تحقق الضمان
77	الفقرة الثانية : دعاوى مقابل استعمال واستغلال العقار الشائع.....
77	أولا : وقت رفع دعوى مقابل الاستعمال والاستغلال للعقار الشائع
79	ثانيا : إثبات الحق في مقابل الاستعمال والاستغلال
81	المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بمسطرة القسمة القضائية العقارية.....
81	المطلب الأول: دعوى إبطال القسمة العقارية وما تنتقض به
81	الفقرة الأولى: دعوى إبطال القسمة العقارية.....
82	أولا: إبطال القسمة من أجل عيوب الرضى.....
84	ثانيا: آثار دعوى إبطال القسمة على سير المسطرة.....
85	الفقرة الثانية : ما تنتقض به القسمة العقارية.....
85	أولا : الديون التي لم تسدد قبل القسمة

88 ثانيا : ظهور صاحب وصية بعد قسمة التركة
88 المطلوب الثاني : عوارض تنفيذ أحكام القسمة العقارية
89 الفقرة الأولى : أنواع صعوبات تنفيذ الأحكام للقسمة العقارية
89 أولا : الصعوبات الموضوعية
90 ثانيا : الصعوبات الوقتية
90 ثالثا : الصعوبات الواقعية
92 رابعا: الصعوبات القانونية
94 الفقرة الثانية: إثارة الصعوبات في التنفيذ والجهة المختصة بالبث فيها
94 أولا: إثارة الصعوبة من قبل الأطراف
97 ثانيا : الجهة المختصة بالبث في صعوبة تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة
99 خاتمة
101 المراجع المعتمدة :
107 الفهرس

