



كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
+ⵓⴰⴷⵓⴷⵉⴳ ⴰⴳⴰⴷⵓⴷⵉⴳ ⴰⴷⵓⴷⵉⴳ ⴰⴷⵓⴷⵉⴳ ⴰⴷⵓⴷⵉⴳ ⴰⴷⵓⴷⵉⴳ
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES



ماستر قانون العقار والتعمير

الفوج الأول

مادة : الحقوق العينية

عرض تحت عنوان:

أحكام القسمة

تحت إشراف الدكتورة:

حليمة بن حفو

من إعداد الطلبة:

عثمان رشيق

محمد تمرووت

السنة الجامعية:

2019-2018

كلمة شكر وتقدير :

شكر خاص إلى فضيلة الدكتورة حليلة بن حفو منبع الأخلاق
والتواضع

على الجهد الذي تبذله في سبيل البحث
العلمي.

جزاها الله عنا كل
الخير.

كما نتقدم بالشكر لزملائنا في ماستر العقار والتعمير

لائحة فك الرموز:

مدونة الحقوق العينية	م.ح.ع
قانون الالتزامات والعقود	ق.إ.ع
الصفحة	ص
السنة	س
الطبعة	ط
قانون المسطرة المدنية	ق.م.م
مرجع سابق	م.س

مقدمة :

إذا كان حق الملكية حق عيني يمارسه صاحبه على شيء مباشرة، وله بموجب ذلك حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ومن ثم فهو يمنح صاحبه أوسع السلطات على الشيء. والأصل أن يجمع المالك كل هذه السلطات بين يديه، ويمكن أن تحد هذه السلطات قانوناً أو اتفاقاً.

فإن الملكية الشائعة هي الملكية التي يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة أشخاص دون أن تكون حصتهم مفرزة، وإنما تتحدد الحصة في الحق ذاته إما رمزياً وإما بصورة حسابية. ومن ثم فإن الشيء محل الملكية الشائعة يظل غير منقسم، في حين أن حق الملكية ذاته هو الذي يقسم بين المالكين على الشيوع بحيث يكون لكل منهم نصيب معين فيه كالربع أو النصف.

وينشأ الشيوع إما بالتصرف القانوني كالعقد، وإما بالواقعة القانونية كال ميراث الذي يعد أكثر أسباب الشيوع وقوعاً ويحدد القانون كيفية إدارة المال الشائع واستعماله وحق التصرف فيه.

ولا شك أن البقاء في الشيوع هو أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينشعب من خلافات بين الشركاء لاسيما إذا كانوا أفراد أسرة واحدة فيختل توازنها ويتكدر صفوفها بسبب تلك الخلافات بالإضافة إلى ذلك فإن الفرد ميال بطبعه إلى استغلال ملكه بانفراد لأن هذا الاستقلال في الاستغلال يكون دافعاً للعمل والاستثمار لذلك نجد كل التشريعات السماوية والوضعية تسمح لكل شريك أن يطالب بقسمة الملك الشائع لإزالة الشيوع سواء كان ذلك اتفاقاً أو من خلال القيام بدعوى القسمة.

أهمية الموضوع :

يكتسي موضوع القسمة أهمية بالغة لكون القسمة هي الوسيلة التي تحد من مشاكل الملك الشائع وجعل الملكة دعامة من دعائم الاستثمار

المنهج المتبع

اعتمدنا في موضوعنا هذا على المنهج التحليلي الوصفي الذي يعتمد على تحليل النصوص القانونية

إشكالية البحث:

إلى أي حد استطاع المشرع تنظيم أحكام القسمة ما بين القواعد العامة والقواعد الخاصة

؟

وهو ما يدفعنا إلى طرح مجموعة من الأسئلة الفرعية أهمها :

-ماهية أحكام القسمة في التشريع المغربي ؟

-وماهي إجراءات المسطرية لرفع دعوى القسمة ؟

-وماهي الآثار المترتبة عن القسمة ؟

وللإجابة عن ما تم التطرق إليه سنعتمد التصميم التالي:

المبحث الأول: الأحكام العامة وإجراءات رفع دعوى القسمة أمام القضاء

المبحث الثاني : آثار القسمة

المبحث الأول: الأحكام العامة وإجراءات رفع دعوى القسمة أمام القضاء

تقتضي الإحاطة بمختلف الجوانب المتعلقة بالقسمة، الوقوف أولاً عند الإطار النظري لها، وذلك بالتطرق للأحكام العامة من خلال تعريفها وأنواعها وإجراءات رفع دعوى القسمة، من خلال مطلبين سنتناول في الأول الأحكام العامة للقسمة، والثاني سنتعرض فيه إلى إجراءات دعوى القسمة.

المطلب الأول: الأحكام العامة للقسمة

إذا كان المشرع المغربي اسوة بغيره من التشريعات التي لم يعرف القسمة فإن لا مرأى من ضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي باعتباره المرجع الأساسي في حالة قصور القانون الوضعي.

فما هو إذن مفهوم أو تعريف القسمة وما هي أنواعها وخصائصها؟

الفقرة الأولى: تعريف القسمة

لم يعرف المشرع المغربي القسمة، على خلاف بعض التشريعات المقارنة، حيث عرفها المشرع الأردني في المادة 1114 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "هي تعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم قضائي".¹

ويمكن تعريف القسمة بأنها فرز الحصة الشائعة بأية وسيلة تمكن كل واحد من الشركاء من أن يستقل بنصيبه في المال المشاع، وذلك إذا كان الشيء يقبل القسمة العينية، أما إذا كان لا يقبلها، فإنه يباع ويوزع ثمنه بين الشركاء، وذلك حسب نصيب كل واحد منهم.²

¹-إدريس الفاخوري: "الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08" مطبعة المعارف الجديدة-الرباط طبعة 2017، ص 135.

² المختار عطار: "الوجيز في القانون العقاري المغربي والموريتاني"، طبعة 1، سنة 1999، مطبعة فضاء الإبداع والطباعة مراكش

الفقرة الثانية: أنواع القسمة

يمكن تصنيف القسمة إلى أنواع مختلفة بالنظر إلى زوايا متعددة، فهي إما أن تكون رضائية تقوم على رضا المالكين وحسب إرادتهم، وإما أن تكون قضائية أساسها حكم قضائي، وكذلك يمكن أن تكون قسمة شاملة أو جزئية حسب استنفادها لجميع الشركاء أو اقتصارها على بعض الشركاء بدون الآخرين، وهي إما قسمة بنية أو مهاية تبعا لورودها على جوهر الحق، أو اقتصارها على المنافع فقط.

أولاً: القسمة المؤقتة والقسمة النهائية:

القسمة إما أن تقع على منفعة الشيء الشائع فنكون أمام قسمة مؤقتة، وإما أن تقع على الرقبة مباشرة فنكون أمام قسمة نهائية.

-القسمة المؤقتة:

القسمة المؤقتة تقع على منافع الشيء لا على رقبته وتدوم لمدة قد تطول أو تقصر، وتنتهي دائماً بغير أثر رجعي، وهي غير القسمة المعلقة على شرط فاسخ والتي تزول دائماً بأثر رجعي متى تحقق الشرط الفاسخ.³

وعادة ما تسمى القسمة المؤقتة بقسمة المهاية⁴ أو قسمة المنافع ومن مميزات قسمة المهاية أنها لا تزيل الشيوع في الملك، وإنما تنظم كيفية استغلال الشيء المشترك فقط، وهي إما مهاية زمانية أو مكانية، فقسمة المهاية الزمانية تنصب على منفعة الشيء المشترك خلال مدة معينة ثم يترك المال المشترك لشريكه لكي ينتفع به بدوره لنفس المدة متى كانت حصتهما متساويتين⁵. وإما مهاية مكانية وهي تقسيم للمال المشترك بحيث ينتفع كل شريك من الشركاء بجزء يخصص له من ذلك المال، دون المساس بالرقبة التي تظل شائعة بينهم.⁶

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص: 889.

⁴ المادة 313 من مدونة الحقوق العينية

⁵ - محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي " دراسة شرعية وتشريعية، الطبعة الثانية، 2011، ص: 40-41.

⁶ - محمد الكشور، مرجع سابق، ص: 42.

2-القسمة النهائية:

هي التي تقع مباشرة على الرقبة الشائعة، فتقضي على الشيوخ بصفة نهائية حيث لا يستطيع الشريك بعدها أن يطالب بالقسمة مجدداً، ما لم تبطل القسمة الأولى أو تفسخ لسبب من الأسباب التي حددها القانون⁷.

ثانياً: القسمة الكلية والقسمة الجزئية

1-القسمة الكلية:

وهي خروج جميع الشركاء من حالة الشيوخ واستقلال كل واحد منهم بجزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع في حالة القسمة العينية، وهي تضع حداً نهائياً لحالة الشيوخ وتقضي على كل علاقة تربط بين الشركاء، لكن يمكن أن تكون استثناء جزئية.

2-القسمة الجزئية:

القسمة الجزئية تنهي الشيوخ بالنسبة لجزء معين من المال الشائع أو بالنسبة لبعض الشركاء دون البعض، فينتهي الشيوخ في الحالة الأولى بالنسبة لجزء معين من المال الشائع أما بالنسبة للحالة الثانية فإن الشيوخ ينتهي بالنسبة لبعض الشركاء دون البعض الآخر.

ثالثاً: القسمة العينية وقسمة التصفية

1-القسمة العينية:

⁷ - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة النجاح البيضاء، 1978، ص:376.

وهي فرز حصص الشركاء عينا، بحيث يستقل كل شريك بملكته الفردية المفردة، إذا كان المال الشائع عبارة عن حق عيني لأن الأصل في القسمة أن تكون عينية، ولا يلجأ إلى تصفية المال الشائع إلا إذا استحال تقسيمه.

2-قسمة التصفية:

تعني بيع المال المشترك وتوزيع ثمنه بين المتقاسمين حسب قيمة حصته في هذا المال، ويمكن اللجوء إليها متى تعذرت القسمة العينية إما لعدم قابلية المال المشترك⁸ للقسمة العينية أو إذا كانت تؤدي إلى فقد المنفعة منه.⁹

رابعا: القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية

إن قسمة المال الشائع بجميع أنواع القسمة تكون دائما وأبدا إما قسمة اتفاقية أو قسمة قضائية.

1-القسمة الاتفاقية:

لم ينظم المشرع المغربي القسمة الاتفاقية ضمن العقود المسماة، باستثناء إشارة إليها جد مقتضبة ورد النص عليها ضمن مقتضيات الفصل 1083 من ق.ل.ع،¹⁰ والقسمة الاتفاقية تخضع للقواعد العامة التي تحكم نظام التعاقد من حيث الصحة والتفسير والآثار والأوصاف والتقادم والبطالان والإبطال وهكذا¹¹. في حين نجد ان المشرع اشار الى القسمة الاتفاقية من خلال الفصل 315 من مدونة الحقوق العينية حينما أشار الى كيفية ابطالها، وكذا الى اجل تقادمها.

⁸ كما الأمر في الأرضي الضم أو عدم القابلية للقسمة طبقا لقوانين التعمير
⁹ -ثينة العلوط، القسمة القضائية للعقار، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، الطبعة الأولى، 2005، ص:28.

¹⁰ - ينص الفصل 1083 من ق.ل.ع على أنه:"إذا تمت التصفية في الحالات المذكورة في الفصول السابقة وفي غيرها من الحالات الأخرى التي تلزم فيها قسمة أموال الشركة، حق للشركاء المتمتعين بأهلية التصرف في حقوقهم أن يجروا القسمة على الوجه الذي يرونه، بشرط أن ينعقد إجماعهم عليها. وللشركاء جميعا حتى من لم يشترك في الإدارة منهم، أن يشركوا مباشرة في إجراء القسمة".

¹¹ محمد الكشور، مرجع سابق، ص:55.

2-القسمة القضائية:

هي التي تتم بواسطة القضاء، بحيث ترفع بشأنها دعوى أمام محكمة مختصة، وتنتهي بحكم يقضي إما بالقسمة العينية أو بقسمة التصفية.

وقد تناول المشرع المغربي بعض الحالات الموجبة للقسمة القضائية في الفصل 1084 من ق. ل. ع الذي ينص على ما يلي "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 الشيع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة طبقا للقانون.¹²

الفقرة الثالثة: خصائص دعوى القسمة

إن أهم ما يميز دعوى القسمة أنها لا تقبل التجزئة من جهة وأنها لا تسقط مطلقا بالتقادم من جهة أخرى، وأنها تقتضي تحديد أنصبة الشركاء من جهة ثالثة.

أولاً: دعوى القسمة لا تقبل التجزئة

إن دعوى القسمة لا تقبل التجزئة، وهذه قاعدة شرعية غير منصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ومعنى ذلك أن هذه الدعوى لا بد أن ترفع ابتداء على جميع الشركاء على الشيوع، فكل من يريد الخروج من حالة الشيوع عليه أن يلجأ إلى القضاء في حالة عدم إجراء القسمة الاتفاقية بواسطة مقال افتتاحي يفتح به دعوى القسمة، ويجب أن ترفع على جميع الشركاء الذين يمثلون كخصوم فيها¹³ وليس للشركاء الذين كانوا أطرافاً في الدعوى أو ممثلين فيها تمثيلاً صحيحاً أن يدفعوا عدم قبول الدعوى.

وللمحكمة، متى بلغ إلى علمها أن دعوى القسمة لم توجه ضد أحد الشركاء أن تتحرى في الأمر وتأمّر بإدخاله في الدعوى أو على الأقل تمثيله تمثيلاً صحيحاً، وإلا وجب عليها الحكم بعدم قبول الدعوى.

¹² - حليلة بنت المحجوب بن حفو" القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات، طبعة الأولى 2018، ص58
¹³ محمد الكشور، مرجع سابق ص 198.

وجاء في هذا الصدد قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) " دعوى القسمة لا تسمع إلا بعد إحضار جميع الإشراف"¹⁴، وقد سار المجلس الأعلى في نفس الاتجاه من خلال قرارات متواترة، بل ذهبت الغرفة الشرعية بعيدا في هذا المجال عندما اعتبرت أن قاعدة رفع دعوى القسمة على جميع الشركاء من صميم النظام العام يمكن لقاضي الموضوع أن يثيره من تلقاء نفسه¹⁵.

ثانيا: القسمة لا تسقط بالتقادم

إن دعوى القسمة لا تسقط بالتقادم لأن وجودها مرتبط ارتباطا وثيقا بحالة الشروع، وللتقادم سواء أكان مسقطا للدعوى أو مكسبا للحق العيني يعتبر من الدفع الموضوعية التي يمكن دائما للمتقاسم التمسك بها، في كل مرحلة من مراحل الدعوى .

ثالثا: دعوى القسمة تقضي تحديد انصبة الشركاء

من المفروض ان العقار المطلوب قسمته هو عقار شائع بين عدة شركاء، وعليه، فعلى الشريك الذي يرفع دعوى القسمة ان يحدد في طلبه نصيب كل شريك من خلال ادلائه بالسند المنشئ للشروع كعقد شراء او رسم اراثة مثلا.

وإذا اثار شك ما حول الانصبة رغم وجود السندات لابد من اعمال مقتضيات الفصل 961 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه " ... عند الشك يفترض ان أنصباء المالكين على الشياع متساوية..."

المطلب الثاني: إجراءات دعوى القسمة

يجوز لكل ذي حصة في الملك المشترك أن يرفع دعوى القسمة وذلك طبقا لمقتضيات المادة 27 من مدونة الحقوق العينية وكذا الفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود.

¹⁴ - قرار صادر عن المجلس الاعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 15 ماي 1979 عدد 239 أشار إليه الأستاذ محمد الكشور في كتاب القسمة القضائية في القانون المغربي.

¹⁵ قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 31 مارس 1981 أشار إليه الأستاذ محمد الكشور، مرجع سابق

إذن فمن هم أطراف دعوى القسمة؟ وما هي المحكمة المختصة للبت فيها؟ وما هي شروطها وإجراءاتها؟

الفقرة الأولى: أطراف دعوى القسمة والمحكمة المختصة

ترفع دعوى القسمة من الشريك الأكثر عجلة للوصول إلى نصيبه، حيث يمثل في الدعوى كمدعي، وهي ترفع على باقي الشركاء الآخرين، الذين يمثلون فيها كمدعى عليهم، ويجب أن ترفع هذه الدعوى إلى محكمة مختصة للنظر فيها.

أولاً: أطراف دعوى القسمة

إن أطراف دعوى القسمة هم جميع الشركاء كيفما كان مصدر الشيوخ بالنسبة إليهم، حيث يمثلون إما بصفتهم مدعين أو مدعى عليهم، وإذا كان في التشريع المغربي أن الدائن لا يمكنه رفع دعوى القسمة نيابة عن مدينه، فإنه يستطيع أن يتدخل فيها لحماية حقوقه طبقاً لمقتضيات الفصل 1085 ق.ل.ع.

1 - المدعي في دعوى القسمة

المدعي هو الشريك الذي يبادر إلى رفع دعوى القسمة على باقي الشركاء الآخرين، ويشترط في المدعي حسب مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية حتى تقبل دعواه أن يكون ذا صفة، ذا مصلحة وذا أهلية للإدعاء. والمقصود بالصفة أن يكون المدعي هو صاحب الحق المدعى به أو شريكاً على الشيوخ¹⁶، ويمكن أن يكون المدعي أكثر من شريك أو أن يوكل عنه وكيلًا يتقاضى باسمه بمقتضى وكالة صحيحة.¹⁷

أما من ناحية المصلحة في الإدعاء فإنه لا يعتد بالمصلحة كشرط أساسي إلا إذا كان وراء الدعوى فائدة يجنيها المتقاضى من وراء دعواه، وبما أن المشرع المغربي قد أعطى الحق لكل شريك في طلب القسمة وجعل هذا الحق من النظام العام، فإنه قد افترض وجود

¹⁶ محمد الكشور، مرجع سابق ص 212.

¹⁷ - بتينة العلوط، مرجع سابق، ص 31.

هذه المصلحة لدى الشريك الذي يطلب القسمة عن طريق القضاء، والملاحظ أنه حتى وإن لم تكن هناك مصلحة في حقيقة الأمر فإن الشريك له حق رفع دعوى القسمة¹⁸.

أما فيما يخص الأهلية، فإنه لا يمكن أن يكون طالب القسمة ذا صفة وذا مصلحة للمطالبة بحقوقه فقط، بل لابد من توفره على الأهلية للدفاع عن هذه الحقوق أمام القضاء، والشريك على الشيعاء في التشريع المغربي يعتبر كامل الأهلية متى بلغ سن الرشد القانوني¹⁹، وكان متمتعاً بكامل قواه العقلية²⁰.

وتجدر الإشارة أن الصفة والمصلحة والأهلية لها مساس بالنظام العام الإجرائي يمكن لكل الأطراف في الدعوى إثارتها، بل وحتى للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، ويمكن أن تثار لأول مرة أمام المجلس الأعلى²¹ لأنها مسألة قانونية صرفة²².

2 - المدعى عليه في دعوى القسمة

المدعى عليه - أو المدعى عليهم - في دعوى القسمة هو الشخص الذين يوجه المدعى دعواه ضدهم، وهم دائماً الشركاء على الشيوع، ويمكن للمدعى أن يرفع دعوى القسمة على المدعى عليه إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها أو المحجور عليه وعلى المحكمة أن تعمل على تمثيله تمثيلاً صحيحاً، ذلك أن من القواعد العامة في الفقه الإسلامي، والتي يعمل بها الاجتهاد القضائي المغربي، أن القاضي يعتبر ولي من لا ولي له²³.

أما إذا كان هناك نائب شرعي فإن الدعوى ترفع منه وعليه. ودعوى القسمة متى تعلقت بعقار محفظ فإنها لا تقبل إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء المسجلة حقوقهم بالرسم العقاري وثم تقييدها تقييداً احتياطياً²⁴.

¹⁸ محمد الكثيور، مرجع سابق ص 217.

¹⁹ تنص المادة 209 من مدونة الأسرة " سن الرشد القانوني 18 سنة كاملة"

²⁰ تجدر الإشارة إلى أنه متى بلغ فاقد الأهلية أو ناقصها سن الرشد، أو رفع الحجر عن السفيه أو المجنون أثناء سريان دعوى القسمة، امتنع على النائب الشرعي متابعتها، ويجب أن يتم مباشرة ذلك من طرف صاحب الحق تطبيقاً لمقتضيات الفصل 115 من ق.م.م.

²¹ - قرار مجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) الصادر بتاريخ 19 يونيو 2003 منشور بمجلة القصر، العدد 10 ص 225 وما بعدها.

²² محمد الكثيور، مرجع سابق ص 218.

²³ - محمد الكثيور، مرجع سابق ص 219.

²⁴ - الفصل 316 من مدونة الحقوق العينية.

لكن الإشكال الذي يثار هو إذا ما توفي أحد الشركاء ولم يقر ورثته بتسجيل حقوقهم في الرسم العقاري والنص على وفاة المورث، والحال أن الشريك الآخر يريد وضع حد لحالة الشياخ عن طريق القسمة، فهل يتعين في هذه الحالة رفع الدعوى ضد المالك المتوفي المسجل اسمه بالرسم العقاري، أم يتعين إدخال الورثة باعتبارهم الشركاء الفعليين؟²⁵

إذا كانت دعوى القسمة قائمة وتوفي أحد المتقاسمين بعد أن قطعت الإجراءات شوطا بعيدا وكوّن القاضي فكرة عن كل العناصر التي تمكنه من فض النزاع فإن الموت لن يكون له أي تأثير على الدعوى وهذا ما نص عليه الفصل 114 من ق.م.م.²⁶، أما إذا كانت الدعوى في بدايتها، فلا بد من تصحيح المسطرة ولن يتأتى ذلك إلا إذا سجلوا الورثة رسم الإرث بالرسم العقاري.²⁷

3 - الدائنين

الدائن هو الشخص الذي له حق مالي في ذمة الشريك أو المدعى عليه في دعوى القسمة، ينص الفصل 1242 من ق.ل.ع على " أموال المدين ضمان عام لدائنه".

وعلى هذا الأساس فإن الأموال التي يملكها المدين على الشيوع تدخل في الضمان الذي يمكن أن يتأتى بالقسمة، متى تهاون الشريك المدين في الدفاع عن حقوقه أو تواطأ مع باقي الشركاء على الإضرار بالدائن²⁸. ولحماية حقوق الدائن من الضياع، أعطى المشرع كذلك الحق في التدخل في دعوى القسمة، إلا أنه ربط هذا التدخل بشرط أن يكون المدين متضرر، وهذا التدخل أقره المشرع في الفصل 1085 من ق.ل.ع سواء كانت دعوى القسمة اتفاقية أم قضائية.²⁹

²⁵ - بتبينة العلوط، مرجع سابق ص 34 - 35.

²⁶ - ينص الفصل 114 من ق.م.م على أن " لا تؤخر وفاة الأطراف أو يغير وضعيتهم بالنسبة إلى الأهلية الحكم في الدعوى إذا كانت جاهزة".

²⁷ محمد الكشور مرجع سابق ص 220.

²⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء الثامن ص 937.

²⁹ - ينص الفصل 1085 على ما يلي: " ... لدائنين كل من المتقاسمين إن كان مغيرا أن يتعرض الإجراء القسمة غيا أو بطريق التصفية بدون حضورهم ولهم أن يتدخلوا فيها على نفقتهم، كما أن لهم أن يطلبوا إبطال القسمة التي أجريت برغم تعرضهم".

ويتم التدخل في دعوى القسمة طبقاً لمقتضيات الفصل 111 من ق.م.م.³⁰ وفي هذا جاء قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) أن التدخل يصح حتى أمام محكمة الاستئناف.

31

والمال الشائع قد يكون مثقل برهن رسمي، الذي من مميزاته أنه يفتقر إلى الحيابة، حيث يكتفي تسجيله في الرسم العقاري.

وتنص المادة 165 من مدونة الحقوق العينية "الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين".

فإذا ما حدث أن قسم الورثة العقار المرهون بينهم، فإن تلك القسمة لها أثر على الرهن وهذا ما جاءت به المادة 166 أن "الرهن الرسمي لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة، على كل واحد وكل جزء منها".

4 - الغير

يقصد بالغير من ليس شريكا على الشيوع في المال الشائع موضوع دعوى القسمة ولا خلفاً عاماً لأحد الشركاء الآخرين، ولكن له مصلحة أكيدة في التدخل في دعوى القسمة وينص الفصل 111 من ق.م.م. على ما يلي: "يقبل التدخل الإرادي ممن له مصلحة في النزاع المطروح"، فالتدخل هو الطلب الذي يتقدم به شخص في دعوى قائمة ليس خصماً فيها، ويطلب بمقتضاه اعتباره طرفاً في النزاع حتى يتمكن من الدفاع عن حقوقه وحماية لمصالحه، ولعل أهم الأسباب التي تدفع الغير إلى التدخل في دعوى القسمة كثيرة ومتنوعة نذكر من بينها:

- قد يتدخل الغير في دعوى قسمة عقار محفظ اكتسبه الورثة عن طريق الميراث، مدعي أنه من بين الورثة، وأن الورثة سبق وأن حفظوا العقار باسمهم.

³⁰ ينص الفصل 111 ق.م.م. على ما يلي: "يقبل التدخل الإرادي ممن لهم مصلحة في النزاع المطروح".
³¹ - قرار مدني بتاريخ 5 شتنبر 2007، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69 ص 19 وما بعدها.

- قد يتدخل أحد الأفراد في دعوى القسمة مدعياً أن أحد المتقاسمين قد باعه نصيبه، وأن عقد البيع موقوف على إجراء القسمة وأن الغاية من تدخله تنحصر في مراقبة توزيع الحصص.³²

ثانياً: المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة

إن الشريك الذي يريد وضع حد لحالة الشيوخ لا يمكنه أن يلجأ إلى أي محكمة كانت، بل لابد من أن يلجأ إلى المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة.

تعتبر المحاكم الابتدائية هي المرجع العام والعادي أي صاحبة الولاية العامة للنظر في دعاوى القسمة، فهي تنظر في جميع دعاوى القسمة العقارية وكذا جميع دعاوى القسمة المتعلقة بالتركات – قسم قضاء الأسرة.³³

سنتحدث عن اختصاص المحكمة للنظر في دعاوى القسمة من خلال زاويتين.

1-الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي بوجه عام، الاختصاص الذي يرجع فيه إلى نوع الدعوى بغض النظر عن قيمتها، وبما أن الموضوع مقتصر على العقار دون المنقول، فإن المحاكم الابتدائية هي التي ينعقد لها هذا الاختصاص للنظر في دعاوى القسمة العقارية وهذا ما أكدته الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية³⁴.

2-الاختصاص المحلي

ويقصد به الاختصاص الذي يتحدد تبعاً لمحل الإقامة أو الموطن، أي المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وينص الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية على أنه "تقام الدعاوى العقارية سواء تعلق الأمر بدعوى الاستحقاق أو الحيازة أمام محكمة موقع العقار المتنازع

³² - محمد الكشور، مرجع سابق ص 232 – 231.

³³ - محمد الكشور، مرجع سابق 241.

³⁴ ينص الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: " تختص المحاكم الابتدائية مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى حكام الجماعات وحكام المقاطعات – بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية والإدارية والاجتماعية ابتدائياً وانتهائياً أو ابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف". القسمة القضائية في القانون المغربي مطبعة النجاح ص 18.

فيه". وإذا تعددت فأمام المحكمة التي يوجد بدائرتها أكبر هذه العقارات قيمة³⁵ وهناك من الفقه من يعتبر أنه في حال تعدد العقارات فإن المحكمة المختصة هي التي يتواجد في دائرتها الجزء الأكبر أو الأجزاء الأخرى³⁶.

الفقرة الثانية: إجراءات دعوى القسمة أمام القضاء والشروط الواجب تحققها لإمكانية رفع دعوى القسمة

أولاً: إجراءات دعوى القسمة العقارية أمام القضاء
ترفع دعوى القسمة بمقال مكتوب وموقع عليه من طرف محامي مقيد بجدول هيأت المحامين بالمغرب.

ويجب أن يتضمن المقال لزوماً الأسماء العائلية والشخصية، وصفة ومهنة وموطن أو محل إقامة المدعي أو المدعين والمدعى عليه أو المدعى عليهم وتحديد نائبهم إذا نصبوا محامياً عليهم وإدخال النائب الشرعي عن القاصرين منهم أو المحجورين.

ويجب إدخال جميع الشركاء على الشياخ تحت طائلة عدم قبول الطلب³⁷. ويجب كذلك أن يتضمن المقال جميع العقارات موضوع طلب القسمة مع تحديدها، ووصفها وصفاً دقيقاً وتحديد مساحتها وموقعها وبيان حدودها وإذا كان العقار محفظ وجب ذكر رقم رسمه العقاري، مع تحديد طريقة اكتساب هذه العقارات³⁸.

فإن آلت إليه عن طريق الإرث يتعين ذكر الموروث وإذا آلت إليه عن طريق البيع فيتعين تحديد هوية البائع وتاريخ البيع، كما يتعين تحديد الملتزمات النهائية للمدعين والمتمثلة إما في طلب القسمة العينية أو إجراء قسمة تصفية عن طريق بيع العقار بالمزاد العلني³⁹.

³⁵ محمد الكشور، مرجع سابق ص 244.

³⁶ بتينة العلوط، مرجع سابق ص 39.

³⁷ المادة 316 من مدونة الحقوق العينية.

³⁸ بتينة العلوط، مرجع سابق ص 77 – 78.

³⁹ بتينة العلوط، مرجع سابق ص 578.

ويجب على المدعي أن يرفع مقاله بجميع المستندات والحجج المدعمة لطلبه وهكذا يقوم نائب المدعي أو المدعين بتقديم المقال إلى صندوق المحكمة الذي يؤشر عليه، بعد أداء المصاريف القضائية المحددة قانوناً تحت طائلة عدم قبول الطلب، والتي يمكن أن يعفى منها المدعي بمقتضى قرار المساعدة القضائية الممنوح له⁴⁰.

بعد ذلك تقيد القضية في سجل معد لذلك حسب الترتيب التسلسلي لتلقيها وتاريخها مع بيان أسماء الأطراف وكذا تاريخ الاستدعاء، بعد ذلك يعين رئيس المحكمة قاضياً مقرراً يتولى القضية ويحدد إجراءاتها، ويوجه الاستدعاءات للأطراف لحضور الجلسة التي ستعقد في الموضوع في اليوم والساعة المحددة لها⁴¹، ويوجه الاستدعاء الذي يجب أن تحترم فيه الآجال القانونية، بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو عن الطريق الإداري أو عن طريق الأعوان القضائيين، وتبلغ هذه الاستدعاءات بواسطة شهادة التسليم المرفقة شخصياً.

وبعد تحقيق القاضي المقرر من توصل جميع أطراف الدعوى بالاستدعاءات، وبعد تقديم المدعى عليه مذكرته الجوابية وتبادل المذكرات التعقيبية بين أطراف الدعوى، يقوم هذا الأخير بإصدار أمر بالتخلي بعدما يعتبر القضية أصبحت جاهزة للبت فيها، ويتعين تبليغه للأطراف ويعرض ملف قضيته على الجلسة لتبت فيه الهيئة مجتمعة، ومن ثم تقوم المحكمة بإصدار حكمها إما الباث في الشكل فقط أو أن يتجاوز به إلى الموضوع وذلك بعدم قبول الطلب أو بإصدار الحكم الباث في الموضوع يقضي برفض الطلب أو الاستجابة إليه⁴².

ونظراً لخصوصية دعوى القسمة ولطبيعتها التقنية فإن المحكمة غالباً ما تصدر بشأنها حكماً تمهيدياً بإجراء خبرة. إما بناء على طلب أحد الأطراف أو تلقائياً⁴³، ويجب أن يتضمن

40 - محمد بلهاسمي، الإعفاء من أداء الرسوم القضائية ومجانبة الدفاع، مجلة المحامي العدد الأول، 1980 ص 23.

41 - ينص الفصل 36 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "يستدعي القاضي حالاً....."

42 - هذه الأحكام جميعاً تكون قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة محلها داخل ثلاثين يوماً من تبليغها متى صدرت حضورية أو تكون قابلة للتعرض عليها أمام نفس المحكمة التي أصدرتها داخل أجل 10 أيام من تبليغها متى صدرت غيابية وكانت غير قابلة للاستئناف طبقاً للفصلين 130 و 134 من قانون المسطرة المدنية.

42 - ينص الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية.

43 - ينص الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائياً أن يأمر قبل البث في جوهر الدعوى بإجراء خبرة.

الحكم الخبرة اسم الخبير الذي سيتولى إنجاز الخبرة وتحديد مبلغ أتعابه التي يؤديها إما طالب الخبرة أو المدعي في حالة الأمر بها تلقائياً، ويحدد هذا الحكم كذلك المهام التي يجب أن يقوم بها، وتحدد له أجلاً لكي يضع تقريره بكتابة الضبط، هذا الحكم لا يمكن استئنافه إلا في وقت مع الحكم البات في الموضوع وهذا ما نص عليه الفصل 140 من ق.م.م.

وبمجرد ما يضع الخبير تقريره في الملف، يقوم الأطراف بتقديم مستنتاجاتهم النهائية بعد الخبرة تم الحجز لمحكمة الملف للمداولة وتصدر حكماً إما بالمصادقة على تقرير الخبرة بأكمله أو باعتمادها له ولو جزئياً أو استبعاده نهائياً ما دام غير ملزم للقاضي وفقاً لمقتضيات الفصل 66 من ق.م.م.⁴⁴.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها لإمكانية رفع دعوى القسمة

إن القاضي الذي ترفع أمامه دعوى قسمة عقار من العقارات المملوكة على الشيعاء، يكون ملزماً قبل البت في موضوع الدعوى أن ينظر ما إذا كانت هذه الدعوى قد استوفت شروط صحتها أم ينقصها شيء من ذلك ويمكن أن نقسم هذه الشروط إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية.

1 - الشروط الشكلية

تتمحور هذه الشروط فيما يلي:

ضرورة طلب الشركاء جميعاً أو بعضهم القسمة، لأن المحكمة لا يمكنها أن تضع يدها على القضية مباشرة، ما دام الأمر لا يتعلق بالنظام العام.

عدم إلحاق القسمة ضرراً بالمقسوم لهم أو أحد منهم، وإن كان الشرط في الحقيقة غير مانع من القسمة بل يمنع من القسمة العينية فقط، ولكن تجوز القسمة بطريقة التصفية⁴⁵ وهذا ما سار عليه اجتهاد المجلس الأعلى في العديد من قراراته نذكر منها القرار عدد 572 الصادر

⁴⁴ بتينة العلوط، مرجع سابق ص 81 - 82 - 83.

⁴⁵ عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال الأربعين سنة، الطبعة الأولى 1999 مطبعة النجاح ص 51.

بتاريخ 14 مارس 1990 الذي جاء فيه "إنهاء الشيعاء يتم إما بقسمة الشيء المشاع قسمة عينية وذلك بتمكين كل شريك بحصته حسب ما يملكه في المقسوم إذا كان قابلاً للقسمة العينية، وإلا فبقسمة التصفية وذلك ببيعه بالمزاد العلني وتمكين كل شريك من حصته في الثمن".⁴⁶

ضرورة إدخال كافة المالكين على الشيعاء في الدعوى وإلا اعتبرت الدعوى غير مقبولة شكلاً، وهو الشرط المحوري لدعوى القسمة، فهذا الشرط يمنح الانطلاقة الأساسية للقاضي حتى يتمكن من إتمام إجراءات الدعوى.⁴⁷

وهذا الاتجاه سار عليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في مجموعة من القرارات نذكر منها قرار عدد 869 بتاريخ 10/12/1996 الذي جاء فيه: "لقبول دعوى القسمة يجب أن تشمل جميع المالكين على الشيعاء في العقار المطلوب قسمته، وحيث إن إغفال الموصى لهم بالثلث في العقار المطلوب قسمته وعدم إدخالهم في الدعوى رغم النص عليهم في الإرث يجعل الدعوى غير مقبولة ويتعرض للنقض القرار الذي قضى بقسمة العقار في غيبة الموصى لهم بالثلث".⁴⁸

2- الشروط الموضوعية:

إن القاضي الذي ترفع أمامه دعوى القسمة يكون ملزماً قبل البت فيها بفحص وتمحيص جميع الوثائق المقدمة إليه في ملف الدعوى، حيث يتأكد من استيفائها لجميع الشروط المتطلبة قانوناً، وهذه هي التي تشكل الشروط الموضوعية التي تجد أساسها في إثبات ملكية العقار المطلوب قسمته.

⁴⁶ - قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) عدد 572 أشار إليه الأستاذ عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص 54.

⁴⁷ - بتينة العلوط، مرجع سابق ص 43.

⁴⁸ قرار المجالس الأعلى عدد 869 أشار إليه الأستاذ توفيق عبد العزيز مرجع سابق، ص:115.

فبالنسبة للعقارات المحفوظة فإن إثبات الملكية لا يثير أي إشكال، مادامت صفة المالك تثبت لكل شخص مقيد بالرسم العقاري دون سواه، وبحسب حصته المبينة في الرسم العقاري.⁴⁹

أما فيما يخص إثبات الملكية في العقار غير المحفوظة فهي كثيرة والتي يجب أن يرفقها المدعي بمقاله الافتتاحي وسنذكر من بينها⁵⁰

حالة اكتساب المال الشائع عن طريق الإرث فيجب إثبات حق الملكية برسم الإرثة وهو رسم عدلي يكشف عن موت المورث وعن عدد الورثة وعن علاقتهم بالمورث، ويجب أن يذكر فيها تاريخ الوفاة وجميع الورثة، وذكر نصاب كل وارث منهم إلى غير ذلك.

كذلك نجد رسم التركة وهو يكشف عن الأموال التي خلفها الميت، ولا بد من تحديدها بدقة كبيرة سواء فيما يتعلق بالمنقول أو العقار.

أو أن يثبت ذلك أيضا عن طريق التعاقد كما لو اشترى شخصان عقارا معينا فأصبح تبعا لذلك شائعا بينهما يجب أن يحتوي هذا العقد على نصيب كل شريك.

كما يمكن إثبات التملك عن طريق رسم الملكية (الحياسة) وهي عبارة عن وثيقة أو رسم ينشأ بشهادة مجموعة من الأفراد على واقعة يعلمونها شخصا بحكم المجاورة والمخالطة والإطلاع على الأحوال يصرحون بها أمام العدلين المنتصبين للإشهاد والتي تبقى واقعة على مجموعة من الشروط وهي كما يلي:⁵¹

- أن تكون الحياسة ظاهرة غير خفية؛
- أن تكون الحياسة هادئة؛
- أن تكون الحياسة واضحة؛

49 - بثينة العلوط، مرجع سابق، 46-47.

50 - محمد الكشور، مرجع سابق، ص: 179.

51 - محمد الكشور، مرجع سابق، ص: 189.

- أن تكون الحيابة مستوفية للأجل القانوني
- في حالة وفاة الحائر يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

المبحث الثاني: آثار القسمة

يترتب عن قسمة العقار الشائع إنها حالة الشيوع، من خلال إفراز نصيب الشريك، واستقلاله بحصته، وذلك من أجل الخروج من نمط الملكية الشائعة وما تعرفه من عرقلة للاستثمار العقاري الذي يعد الركيزة الأساس في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتحقيق هذه الأخيرة رهين بمدى كون القسمة عادلة. ولتطرق لكافة هذه النقط لابد من تقسيم المبحث لمطلبين مطلب أول متعلق بإفراز حصص الشركاء، ومطلب ثاني متعلق بوجوب كون القسمة عادلة

المطلب الأول: إفراز حصص الشركاء

يعد إفراز حصص الشركاء على العقار الشائع من أهم آثار الجوهرية للقسمة، بحيث يستأثر بموجبها كل شريك بجزء من العقار الشائع، وتعتبر هذه الحصة ملك له منذ بدء تملك على الشياح (الفقرة الأولى)، كما ان هذا الإفراز يمكن أن يكون له أثر على معاملات سابقة عن القسمة (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الأثر الكاشف للحصة المفردة

إن المشرع المغربي وعلى غرار التشريعات الأخرى كالمشرع المصري والسوري تبنى الأثر الكاشف للقسمة بمقتضى قانون الالتزامات والعقود ثم مدونة الحقوق العينية، حيث جاء في الفصل 1088 من قلع " يعتبر كل المتقاسمين أنه كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه، سواء تمت هذه القسمة عينا أو بطريق التصفية، كما يعتبر أنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء "

كما نصت المادة 322 من مدونة الحقوق العينية " يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفترزة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون " 52.

ليكون بذلك المشرع المغربي خالف ما ساد به العمل لدى الفقهاء المسلمين الذين ميزوا بين القسمة الرضائية واعتبروها ناقلة للملكية وطبقوا عليها أحكام البيع، لذلك لا يمكن اللجوء إليها حسب رأيهم إلا إذا انعقد اتفاق جميع الشركاء، لأنه لا يجبر أحد على بيع ما يملكه، وبين القسمة القضائية واعتبروها كاشفة للحق لذلك يمكن إرغام الشركاء على إجرائها حتى وإن عارض أحدهم. 53

وعليه فإن الأخذ بالأثر الكاشف للقسمة فيه تجاوز للإضرار التي تنتج عن اعتبار القسمة ناقلة للملكية، لأن تصرف الشريك بالرهن مثلاً في المال الشائع ينطوي عنه نفاذ هذا التصرف في حق الشريك الآخر متى وقعت الحصة المثقلة بالرهن في نصيبه، هذا على خلاف الأثر الكاشف للقسمة الذي يترتب عنه سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء عن الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفترز لأنه يعتبر قد تصرف في ملك الغير، والتصرف في ملك الغير حسب الفصل 485 من ق إ ع يقع باطلا ما لم يقره المالك.

وهو ما أكدته المشرع في نص المادة 322 " وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون " 54

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي وإن كان قد اعتبر القسمة كاشفة للحق لا منشأة له فإن الأمر يختلف بين إذا كان محلها عقار محفظ أم عقار غير محفظ.

52 ادريس الفاخوري، الحقوق. م. س. ص 148

53 عمر طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، أورده ادريس الفاخوري م، س 148

54 ادريس الفاخوري، م. س، ص 149

أولاً: 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 بتقيده 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 دعاوي فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم "

وعليه فإن كل ما تم تقيده في السجل العقاري للعقارات المحفظة يعتبر قرينة قانونية⁵⁵ وحجة قوية يمكن التمسك بها لمواجهة كافة الأشخاص ، فصاحب الحق لا ينازعه أحد في حقه لأن التقييد ضمن له الإثبات والاستقرار⁵⁶، وبناء على ذلك فإن قيمة العقار المحفظ لا تنتج أثرها القانوني في فرز حصص الشركاء فيما بينهم ولا بالنسبة للغير ، إلا بتقيدها في لرسم العقاري، وهذا ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها بقولها⁵⁷ : 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 أنصبة الطاعنين مفرزة" وعليه تعتبر ملكية التي حصة التي آلت إلى الشريك عن طريق القسمة ، قد انتقلت إليه نتيجة تقييدها باسمه في السجل العقاري ، وابتداء من تاريخ هذا التقييد و لا تلعب مقتضيات الفصل 1088 من ق. ل. ع. بل يجب أن تستبعد كلما تعلق

⁵⁵ قرار محكمة النقض عدد 2614 بتاريخ 09-07-2008 في الملف 1444-1-3-2006 أورده عادل المعروف، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية، سلسلة البحوث الجامعية، مكتبة دار السلام الرباط، العدد 6، 2015، ص 95

⁵⁶ حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 05-05-1998 عدد 140 في الملف العقاري 404/97 أورده عادل المعروف م س ص 95

⁵⁷ قرار عدد 1334 بتاريخ 04-05-2005 ملف مدني عدد 1061/3/1/2004 أورده عادل المعروف ص 95

الأمر بقسمة عقار محفظ ، لأن ذلك يتعارض مع مقتضيات الفصول 66 و 67 من ق.ت.ع والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية 39.08⁵⁸ والتي تعد نصوصاً أمرة، الغاية منها حفظ الملكية العقارية و الحقوق العينية المرتبطة بها و ضبط كل المعاملات العقارية وحفظ حقوق الغير وهذه أمور تتعلق بالنظام العام ، أما مقتضيات الفصل 1088 من ق.ل.ع فهي مقررّة لمصلحة أحد الشركاء و لا علاقة لها بالنظام العام.⁵⁹

ثانياً: الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة للعقارات الغير المحفوظة

ميز الفقهاء المسلمين كما سبق الذكر بين القسمة الرضائية و القسمة القضائية ، فاعتبروا القسمة الرضائية ناقلة للملكية وطبقوا عليها أحكام البيع ، لذلك لا يمكن اللجوء إليها حسب رأيهم إلا إذا انعقد اتفاق جميع الشركاء، لأنه لا يجبر أحد على بيع يملكه ، أما القسمة القضائية اعتبرها كاشفة للحق لذلك يمكن إرغام جميع الشركاء على إجرائها وإن عارض أحدهم ، لكن المشرع المغربي مع صدور مدونة الحقوق العينية المطبقة على العقارات المحفوظة و الغير المحفوظة تبنى الأثر الكاشف ، حيث ينص الفصل 1088 من ق.ل.ع على أنه "يعتبر كل المتقاسمين أنه كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه ، سواء تمت هذه القسمة عينا أو عن طريق التصفية، كما يعتبره أنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء"⁶⁰

الفقرة الثانية: أثر الإفراز على المعاملات السابقة

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

⁵⁸ تنص المادة 2 من قانون 39.08 على " إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقيدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلاً صاحب الحقوق المبينة فيها"

⁵⁹ عادل المعروف ، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية ، مكتبة دار السلام الطبعة الأولى 2015 - ص 96

⁶⁰ إدريس الفاخوري. م.س. ص 148

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

يمكن للمالك على الشيع أن يتصرف في ملكه على الشيع - سواء كان بعوض كالبيع أو من دون عوض كالهبة - محددا ومفرزا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع، وبذلك تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد تقيده

و إذا كان البيع الصادر من أحد الشركاء على الملك الشائع قد انعقد على جزء مفرز من العقار ، و تمت قسمته بين المشاعين فإن القسمة تكون حجة على المشتري ، و إن لم يدخل فيها ، كما يترتب عنها في نصيبه ما يترتب في نصيب الشركاء المتقاسمين في حالة إنهاء الشيوع، مع اعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ، كما يتحدد بهذه القسمة مصير التصرف في الشخص الصادر إليه ، فإذا وقع الجزء المفرز المبيع له في نصيب الشريك البائع تأكد هذا البيع و استقر تأكد هذا البيع و استقر نهائيا على هذا الجزء ، و يستوي في هذه الحالة التي يكون المتصرف إليه عالما بالشيوع أم غير عالم ، أما إذا لا لم يقع الجزء المفرز المبيع من نصيب الشريك البائع فإن التصرف لا يكون باطلا و لكنه ينتقل إلى الجزء الذي آل إليه المتصرف عن طريق القسمة.⁶¹

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 "⁶²

أما إذا رهن أحد الشركاء جزءا من العقار الشائع للغير، فإن نتيجة هذا الرهن تتوقف على إجراء القسمة، فإذا وقعت الحصة المرهونة في نصيب الشريك الراهن، فإنه يعتبر نتيجة

⁶¹ عادل المعروف في م س، ص 104

⁶² عادل المعروف في م س، ص 105

للاثر الكاشف للقسمة قد رهن ملكه، أما إذا وقعت الحصة المرهونة في نصيب شريك آخر،
أعتبر الشريك الراهن قد رهن ملك الغير.⁶³

ثانياً: أثر الإفراز على تصرف الشريك في كل العقار الشائع

لتحديد أثر الإقرار على تصرف الشريك في كل العقار 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 الشياع،
ويتصرف في كل العقار الشائع.

فبالنسبة للحالة الأولى أي عدم علم المشتري بحالة الشيوع، فإذا تصرف أحد الشركاء
وحده في 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 بإبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الأخر، باعتبار أن
الشريك الأول قد باع ملك الغير⁶⁴، ويعتبر التصرف صحيحاً أي بيع ملك الغير في إذا أقره
الملك أو إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء طبقاً للمادة 485 من ق.إ.ع⁶⁵

أما بالنسبة للحالة الثانية أي علم المشتري بحالة الشيوع، فإنه لا يحق له الطعن في البيع
للمغلط، 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 كله، تحقق البيع وانتقلت ملكية هذا العقار إلى المشتري مع مراعاة ضوابط انتقال

⁶³ عادل المعروف في م س، ص 107

⁶⁴ المصطفى مازي أورده عادل المعروف في م س، ص 94

⁶⁵ تنص المادة 485 على أن " بيع ملك الغير يقع صحيحاً:

1. إذا أقره الملك

2. إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء

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

الملكية العقارية إذا كان العقار محفظاً، أما إذا لم يستطيع البائع استخلاص ملكية ذلك العقار الشائع كله كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع.

المطلب الثاني: وجوب كون القسمة عادلة

إذا كانت الغاية الأهم من القسمة هو افراز حصص الشركاء، فإنه لا بد أن يكون هذا الإفراز عادلاً أي أنه من الوجوب كون القسمة عادلة، من خلال خلوها من عيوب الرضى، وإلا استوجبت الإبطال (الفقرة الأولى)، وكذلك على المتقاسمين ضمان بعضهم البعض من وقوع تعرض أو استحقاق أو وجود عيب خفي في حصة أحد المتقاسمين (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: إبطال القسمة المعيبة

لقد عرض المشرع لأسباب إبطال القسمة في المادة 315 من مدونة الحقوق العينية وحددها في الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن، وهو المعطى نفسه الذي أكدته الفصل 1089 و1091 من ق ل ع، حيث اعتبر القسمة لا يجوز إبطالها إلا لأسباب السابقة، سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية. في حين نجد أن المشرع المصري لم يجر إبطال القسمة بالغبن الفاحش إلا إذا كانت رضائية⁶⁶

وهو ما يفسر حرص المشرع المغربي على حماية المتقاسمين من أي عيب من شأنه التأثير على إرادة الشركاء بغض النظر عن نوعية القسمة الجارية، وإن كان قد حصر أسباب إبطال القسمة بسبب الغبن في حالة كان المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية من خلال إحالته على الفصل 56 من ق ل ع، أما خارج هذه الحالات فلا يكون الغبن سبباً لإبطال القسمة إلا إذا كان مرتبطاً بالتدليس، ويعتبر تدليساً حسب المادة 315 من مدونة الحقوق العينية كل فرق لا يقل عن الثلث بين قيمة ما آل إلى الشريك المتقاسم بمقتضى القسمة، مع العلم أنه يسوغ للمدعي عليه في هذه الحالة طلب الإبقاء على القسمة إذا هو أكمل للمدعي ما نقص من نصيبه عينا أو نقداً.

⁶⁶ جاء في المادة 845 من القانون المدني المصري "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد عن الخمس..."

ويشترط في دعوى إبطال القسمة أن ترفع خلال سنة من وقت تمام القسمة، من طرف المتقاسم الذي تقرر الإبطال لمصلحته أو من طرف نائبه الشرعي، دون إغفال لمقتضيات الفصل 9 من ق. م. م الذي يقضي ب تبليغ القضايا المتعلقة بفاقد الأهلية إلى النيابة العامة. وتجدر الإشارة إلى أنه يحق للمتقاسم المتضرر أن يرفع إلى جانب دعوى الإبطال، دعوى التعويض عن الضرر الذي ألم به نتيجة العيب بشرط أن تتوفر شروط دعوى المسؤولية التقصيرية⁶⁷ وفي حالة وفاته يجوز لورثة المتقاسم رفع دعوى الإبطال خلال المدة المتبقية طبقا لنص الفصل 343 من ق ل ع.⁶⁸

إن إبطال القسمة لأحد الأسباب السالفة الذكر- الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن – يكون بأثر رجعي حيث تعاد الحالة إلى ما كانت عليه بين الشركاء مع الالتزام بعدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق كما نص على ذلك الفصل 1091 من ق. ل. ل والفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري⁶⁹، وبذلك يختلف آثار الإبطال حسب ما إذا تعلق الأمر بالمتقاسمين أنفسهم.

أولاً: آثار إبطال القسمة بالنسبة للمتقاسمين

يكون إبطال القسمة بالنسبة للمتقاسمين بأثر رجعي، بحيث يعود المتقاسمون إلى الوضع القانوني والفعلي الذي كانوا عليها عند إجرائها، وينطوي عنه انبعاث حالة الشياخ من جديد بل وتعتبر كأنها لم تنقضي بعد، ويلزم كل متقاسم حسب الفصل 316 م ق ل ع أن يرد للآخر كل ما أخذه بمقتضى القسمة الباطلة.⁷⁰

لكون تحقيق المساواة بين المتقاسمين ركن جوهري للقسمة وروحها ، فالقسمة ليست كالبيع و غيره من العقود التي يباشرها الأفراد بغية الكسب و الإتجار ، فإذا اختلت فيها قاعدة المساواة تكون قد خرجت عن هدفها الرئيس هو إزالة الشيوخ و أصبحت سببا لإثراء غير

⁶⁷ محمد الكشور أوردته إدريس الفاخوري م س. ص 150

⁶⁸ إدريس الفاخوري م س. ص 150

⁶⁹ بنص الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بقانون 14/07 " لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقيد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة "

⁷⁰ إدريس الفاخوري، م س، ص 151

مشروع يجنيه بعض المتقاسمين على حساب شركائهم ، لذلك منح المشرع إمكانية إبطال القسمة حسب الفقرة الأولى من الفصل 1091 من ق ل ع ، و إذا ما أبطلت القسمة فإن هذا الإبطال يكون له أثر رجعي ، بحيث يعود المتقاسمين إلى الوضع القانوني و الفعلي الذي كانوا عليه عند إجرائها مع عدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق ، و يكون للشركاء على المال الشائع الذين يرغبون في الخروج من الشياح أن يسلكوا مسطرة القسمة القضائية من جديد.⁷¹

ثانيا: آثار إبطال القسمة بالنسبة للغير

إن حرص المشرع على حماية الغير حسن النية و ضمانا لاستقرار المعاملات، 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 المفرز من العقار المشاع وبادر إلى تقيده بالسجل العقاري دون أن يكون عالما بأن القسمة معيبة ثم قرر إبطالها بعد ذلك يظل تقيده منتجا لكافة آثاره القانونية، وهو ما يؤكد الفصول 66 من القانون رقم 14.07 بقوله " لا يمكن بأي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير حسن النية"

على أنه باستحضار مقتضيات المادة 72⁷² من مدونة الحقوق العينية، نجدها أوردت استثناء على الحجية المطلقة لتقيد الغير حسن النية متى أثبت المتقاسم تضرره بسبب تدليس أو زور، حيث يكون له المطالبة بحقه عن طريق رفع دعوى في الموضوع خلال 4 سنوات من تاريخ التقيد المطلوب إبطاله.⁷³

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 ، و مباشرة بعد إجراء القسمة

⁷¹ عادل المعروف، م س، ص 143

⁷² تنص المادة 2 من مدونة الحقوق العينية على " إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنصب عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيط من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن النية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا تدليس إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقيد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيط عليه.

⁷³ إدريس الفاخوري، م س، ص 151

وفرز الأنصبة التي عيبت فيها إرادة أحد الأطراف ، وقام أحد المتقاسمين أو الغير الذي اكتسب الحصة من ذلك المتقاسم بتحفيظها في اسمه ، ففي هذه الحالة يتم تعطيل الفقرة الأولى من الفصل 1091 من ق ل ع 74 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 التطهير⁷⁵ ، ويمكن للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض أمام القضاء إما بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية ، وإما بناء على قواعد الإثراء بلا سبب⁷⁶

الفقرة الثانية: ضمان المتقاسمين لبعضهم البعض

إن لضمان المتقاسمين بعضهم البعض لا بد من توفر العديد من شروط الضمان (أولاً)، التي يؤدي تحققها لعدة آثار (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 الحصص المفروزة لأسباب سابقة عن القسمة والتي آلت إلى المتقاسم شريطة ألا يكون هذا

⁷⁴ تنص الفقرة الأولى من الفصل 1091 من ق ل ع على " إبطال القسمة، لسبب من الأسباب التي يقررها القانون، يقتضي إعادة المتقاسمين إلى الوضع القانوني والفعلي الذي كانوا عليه عند إجرائها مع عدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق على وجه قانوني سليم عن طريق المعاوضة "

⁷⁵ 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

⁷⁶ عادل المعروف، م س، ص 144

الاستحقاق أو التعرض أو العيب الخفي ناتج عن المتضرر المتقاسم، فضلا عن عدم وجود شرط يعفي الضمان⁷⁷.

عموما يمكن القول بأن شروط ضمان المتقاسمين لبعضهم البعض تتمثل في الشروط الآتية:

- وقوع التعرض أو الاستحقاق أو وجود عيب خفي في نصيب المتقاسم

يجب أن يقع التعرض والاستحقاق من طرق الغير، أما إذا تعرض أحد المتقاسمين ماديا، تعين تطبيق القواعد العامة، وإلزام المتقاسم بالامتناع عن التعرض المادي للمتقاسم الآخر لأن من يقع عليه الضمان لا يحق له أن يتعرض، فلو كان في الأموال الشائعة محل تجاري، وقع مفرزا في نصيب أحد المتقاسمين وجب على المتقاسم الآخر الامتناع عن فتح متجر منافس له.

والتعرض الذي يقع كمن الغير وينتج عنه ضمان الاستحقاق؛ هو التعرض القانوني، فلو ادعى شخص استحقاق عقار وقع في نصيب أحد المتقاسمين، أو ادعى وجود حق ارتفاق على العقار، أو وجود حق شخصي، كما لو اكترى شخصا منزلا من المورث بأجرة تقل عن أجرة المثل، وجب ضمان الاستحقاق.

وينبغي أن يقع التعرض فعلا من الغير، فيدعي حقا سواء رفع دعوى أمام القضاء أو لم يفعل، فلو اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه وصالحه عليه، وقام المتقاسمون المدينون بالضمان بإثبات أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه فقد هذا المتقاسم حقه في الرجوع بالضمان.⁷⁸

⁷⁷ عادل المعروف، م س، ص 111

⁷⁸ حليلة بنت المحجوب بن حفو، م س، ص 64

كما يشمل ضمان المتقاسمين لبعضهم البعض العيوب الخفية السابقة للقسمة حسب ما يستفاد من الفصل 1090 من ق ل ع، الذي سبق الإشارة إليه، ويقصد بالعيوب الخفية ما ينقص من قيمة الحصة نقصا محسوسا وهو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة⁷⁹

- أن يكون الضمان سابقا عن القسمة

يشترط لقيام الضمان كذلك 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 ، و يستفاد ذلك صراحة من المادة 324 من مدونة الحقوق العينية و التي نصت على " يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة " إذ أن هذا الشرط بديهي ، و قد نص عليه التشريع المصري و التشريع السوري و التشريع الفرنسي ، كما أن محكمة النقض المصرية جاء في أحد قراراتها " لا يضمن بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق عن القسمة، فيمتنع الضامن إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة⁸⁰.

- انعدام الخطأ في جانب المتقاسم

يسقط الضمان إذا كان الاستحقاق راجعا لخطأ المتقاسم نفسه، وذلك وفقا للمادة 324 من مدونة الحقوق العينية، فلو رفع الغير دعوى استحقاق، وأهمل المتقاسم إدخال المتقاسمين الآخرين، وتولى وحده الدفاع مباشرة في الدعوى، فقد حقه في الرجوع عليهم بالضمان والاستحقاق⁸¹.

أي أن؛ الشريك المتقاسم يستفيد 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 تحمله⁸².

⁷⁹ جميلة العامري أورده عادل المعروف، م س، ص 114

⁸⁰ عادل المعروف، م س، ص 116

⁸¹ حليلة بنت المحجوب بن حفو - م س، ص 64

⁸² عادل المعروف، م س، ص 117

- ألا يوجد شرط يعفي من الضمان

إن الضمان المتبادل بين المتقاسمين والذي قررته 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 الاتفاق، ومن جهة أخرى فإن المتقاسم المتضرر طبقاً للمبادئ القانونية العامة يستطيع بعد ثبوت حقه في التعرض أن يتنازل عن هذا الحق بكيفية صريحة⁸³.

ثانياً: آثار 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 ومطالبتهم بالضمان، وعلى المتقاسمين الآخرين الملتزمين بالضمان أن يعوضوا المتقاسم المتضرر بالطرق الودية كأن يعيدوا القسمة من جديد أو أن يبرموا صلحاً فيما بينهم يضمن للمتضرر حقوقه.

أما إذا لم تؤدي الطرق الودية في إنهاء النزاع يلجأ المتقاسم المتضرر من التعرض أو الاستحقاق أو العيب إلى القضاء برفع دعوى الضمان على بقية المتقاسمين.⁸⁴

ولتحديد آثار استحقاق حصة المتقاسم، فإنه يقتضي ضرورة التمييز بين العقار غير المحفظ والعقار المحفظ.

فبالنسبة للعقار غير المحفظ، يترتب استحقاق حصة المتقاسم كلياً أو جزئياً بما يفوق الثلث، ثبوت حقه في طلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة، ما لم يكن ذلك متعذراً، فحينئذ يبقى لمستحق الضمان الرجوع على باقي المتقاسمين ومطالبتهم بالتعويض.

غير أنه في حالة استحقاق حصة المتقاسم في حدود الثلث أو ما دونه فإنه، فإن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض فقط.

⁸³ عادل المعروف، م س، ص 118

⁸⁴ عادل المعروف، م س، ص 120

أما بالنسبة للعقار المحفظ فإن استحقاق حصة المتقاسم سواء كان كلياً أو جزئياً لا يخوله سوى مطالبة المتقاسمين بالتعويض، وذلك ما يتضح من خلال المادة 325 من مدونة الحقوق العينية.

ويتم تحديد التعويض وحصة المتقاسم فيه على أساس النصيب المستحق أثناء القسمة، وذلك وفقاً للمادة 326 من م.ح.ع.⁸⁵

أما إذا ثبت الضمان بسبب العيب الخفي فإن للمتقاسم الخيار بين أن يطلب فسخ القسمة وإعادتها من جديد وفق أسس عادلة، أو أن يحتفظ بالحصة المعيبة دون أن يكون له الحق في طلب التعويض، وقد نظم المشرع المغربي أجل رفع دعوى ضمان العيب الخفي عكس دعوى الاستحقاق، حيث ترفع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية خلال 365 يوماً بعد تسلم الحصة العقارية حسب مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 573 من ق.ل.ع.⁸⁶

⁸⁵ حليلة بنت المحجوب بن حفو
⁸⁶ عادل المعروف. م.س. ص 128

خاتمة:

ينتهي الشيوخ بأسباب كثيرة، بل إن كل الأسباب التي تكسب الملكية عادة يمكن أن تعتبر كذلك أسبابا لانقضاء الشيوخ، فقد ينتهي الشيوخ بالعقد، أو بالوصية، أو بالحيازة، أو بالشفعة، أو بالميراث... إلا أن هذه الأسباب هي في الحقيقة أسباب عارضة، ويبقى الطريق العادي لانقضاء الشيوخ متمثلا في القسمة، ويتضح مما سبق أن القسمة تصنف إلى أنواع مختلفة بالنظر إلى زوايا متعددة، فهي من حيث طبيعتها إما أن تكون عينية أو قسمة تصفية، ومن حيث شمولها إما أن تكون قسمة شاملة أو قسمة جزئية، ومن حيث أثرها إما أن قسمة بنية أو قسمة نهائية، من حيث مصدرها إما رضائية أو قضائية التي تستوجب عدة شروط لرفع دعوى القسمة للقضاء وإجراءاتها المسطرية.

وللقسمة عدة آثار تتمثل في الأساس في الافراز حيث اعتمد المشرع على الأثر الكاشف وكما أن لهذا الافراز أثر على المعاملات السابقة حيث يتعين 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، كما يجب على المتقاسمين ضمان بعضهما البعض عن أي تعرض أو وجود عيب خفي في نصيب المتقاسم.

لائحة المراجع

الكتب :

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967
- محمد الكشبور، القسمة القضائية في القانون المغربي " دراسة شرعية وتشريعية، الطبعة الثانية، 2011،
- إدريس الفاخوري: "الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08" مطبعة المعارف الجديدة-الرباط طبعة 2017
- المختار عطار: "الوجيز في القانون العقاري المغربي والموريتاني"، طبعة 1، سنة 1999 ،مطبعة فضاء الإيداع والطباعة مراكش
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة النجاح البيضاء، 1978
- حليلة بنت المحجوب بن حفو" القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات، طبعة الأولى 2018
- بثينة العلوط، القسمة القضائية للعقار، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، الطبعة الأولى، 2005
- عادل المعروف ، الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية ، مكتبة دار السلام الطبعة الأولى 2015
- عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال الأربعين سنة، الطبعة الأولى 1999 مطبعة النجاح .

فهرس

4	مقدمة.....
6	المبحث الأول: الأحكام العامة وإجراءات رفع دعوى القسمة أمام القضاء.....
6	المطلب الأول: الأحكام العامة للقسمة.....
6	الفقرة الأولى: تعريف القسمة.....
7	الفقرة الثانية: أنواع القسمة.....
7	أولاً: القسمة المؤقتة والقسمة النهائية:.....
8	ثانياً: القسمة الكلية والقسمة الجزئية.....
8	ثالثاً: القسمة العينية وقسمة التصفية.....
9	رابعاً: القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية.....
10	الفقرة الثالثة: خصائص دعوى القسمة.....
10	أولاً: دعوى القسمة لا تقبل التجزئة.....
11	ثانياً: القسمة لا تسقط بالتقادم.....
11	ثالثاً: دعوى القسمة تقضي تحديد انصبة الشركاء.....
11	المطلب الثاني: إجراءات دعوى القسمة.....
12	الفقرة الأولى: أطراف دعوى القسمة والمحكمة المختصة.....
12	أولاً: أطراف دعوى القسمة.....
16	ثانياً: المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة.....
	الفقرة الثانية: إجراءات دعوى القسمة أمام القضاء والشروط الواجب تحققها لإمكانية رفع
17	دعوى القسمة.....
17	أولاً: إجراءات دعوى القسمة العقارية أمام القضاء.....

19.....	ثانيا: الشروط الواجب توافرها لإمكانية رفع دعوى القسمة
22.....	المبحث الثاني: آثار القسمة
22.....	المطلب الأول: إفراز حصص الشركاء
22.....	الفقرة الأولى: الأثر الكاشف للحصة المفترزة
24.....	أولا: الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة للعقارات المحفظة
25.....	ثانيا: الأثر الكاشف للقسمة بالنسبة للعقارات الغير المحفظة
25.....	الفقرة الثانية: أثر الإفراز على المعاملات السابقة
26.....	أولا: أثر الإفراز على تصرف الشريك في حصة مفترزة قبل القسمة
27.....	ثانيا: أثر الإفراز على تصرف الشريك في كل العقار الشائع
28.....	المطلب الثاني: وجوب كون القسمة عادلة
28.....	الفقرة الأولى: إبطال القسمة المعيبة
29.....	أولا: آثار إبطال القسمة بالنسبة للمتقاسمين
30.....	ثانيا: آثار إبطال القسمة بالنسبة للغير
31.....	الفقرة الثانية: ضمان المتقاسمين لبعضهم البعض
31.....	أولا: شروط الضمان
34.....	ثانيا: آثار الضمان
36.....	خاتمة
37.....	لائحة المراجع