

جامعة محمد الخامس الرباط  
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي  
مستر القانون والممارسة القضائية

## صفحة مسنجات الساحة القانونية

الفصل الأول

وحدة القضاء الأسري

مجزوءة المواريث

عرض تحت عنوان

# الإشكالات المسطرية لقسمة العقار الموروث



الموسم الجامعي 2017/2018

## مقدمة

تتميز مواضيع العقار بالكثرة والتنوع لا يمكن حصرها أو الإحاطة بها، لكن لما كان ما لا يدرك كله لا يترك جله، فالقسمة تعتبر من أهم العقود وأكثرها شيوعاً في ساحة القضاء فهي خلاف الأصل والقياس، على اعتبارات القسمة استثناء عارضا، إذ الأصل هو الشياح وهو أصل من الأصول المقررة في مختلف المذاهب إذ شرعت القسمة لدفع ضرر الشركة والشياح ليستقل كل شريك بنصيبه المفرد كيف يشاء نظراً لما للشياح من سلبيات ومشاكل جمة تعصف بما ينبغي أن يسود بين الشركاء من تأليف و تفاهم، ولو في إطار المصلحة المشتركة لاختيار أحسن الوسائل لاستغلال المال الشائع، إضافة إلى تقييد حرية كل شريك في استغلال ما يملكه كما يشاء ما يؤدي إهمال هذا المال وتقصير الشركاء في المحافظة عليه الأمر الذي يكون له أثر سلبي على مردوديته، وتفكيك الروابط الأسرية خاصة الناتجة عن الإرث لأنه غالباً ما تثار نزاعات عائلية مالية لا حصر لها، ويتسبب أيضاً في عرقلة تداول الأموال العقارية.

لذلك وكما هو موماً إليه أعلاه فقد منح الفقه ومعه القانون لكل شريك من المطالبة بتوزيع هذا المال المشاع وقسمته على الشركاء.

ومما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

كيف تعامل القضاء مع إشكالات توزيع العقارات المحفظة على المستوى المسطري. وهذه الإشكالية هي التي سندافع عنها من خلال تقسيم موضوع بحثنا إلى مبحثين:

**المبحث الأول: المبادئ العامة في القسمة وإجراءات رفع الدعوى أمام القضاء**

**المبحث الثاني: الإشكالات التي تثيرها دعوى القسمة على مستوى التطبيق العملي.**

## المبحث الأول: المبادئ العامة في القسمة وإجراءات رفع الدعوى أمام القضاء

### المطلب الأول: المبادئ العامة في القسمة

نستهل هذا المطلب المتعلق بالمبادئ العامة للقسمة من خلال التطرق لمفهومها (الفقرة الأولى) ثم بعد ذلك التعرض لذكر أنواعها (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: تعريف القسمة

إذا كان قانون الإلتزامات والعقود الذي يعتبر الشريعة القانونية العامة في المغرب لم يعط تعريفا محددًا لمفهوم القسمة شأنه في ذلك شأن أكثر التقنيات، فإنه لا مراء من ضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي باعتباره المرجع الأساسي في حالة قصور القانون الوضعي.

فالقسمة لغة هي تمييز الأنصبا ، سواء كان ذلك لمجرد تفريق الأجزاء أو الأبعاض أو لمعرفة ما المقسوم من أمثال المقسوم عليه كما في القسمة الحسابية أم بقصد تعيين الأنصبا تساوت أم تفاوتت<sup>1</sup>.

أما اصطلاحا فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها حسب رؤية كل مذهب لها.

فقد عرفها الحنفية بأنها "جمع نصيب شائع في مكان معين"، وعرفها الحنابلة بأنها "تمييز بعض الأنصبة عن بعض وإفرازها عنها". أما الشافعية قد عرفوها بكونها تمييز الحصص بعضها عن بعض. أما المالكية أو الفقه المالكي الذي يعتبر المرجع في حالة عدم وجود نص في القانون. فقد عرفها الفقيه بن عرفة بأنها "تصيير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معينًا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض"<sup>2</sup>.

أما الفقيه الغبريني من المالكية كذلك فيعرفها بأنها "اختصاص الشريك بما كان له مشاعاً"<sup>3</sup>.

وعموما، ومهما كان التعريف الذي أعطي للقسمة، فهي تعني في جوهرها فرز حصص الشركاء، بحيث تتحول من ملكية شائعة إلى ملكيات فردية حسب عدد المتقاسمين وهي لاتصح بهذا المعنى إلا فيما يقبل القسمة العينية، أما مالا يقبلها فيبيع ويوزع ثمنه بين الشركاء كل حسب حصته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> لسان العرب لابن منظور ، طبعة دار المعارف ص 135

<sup>2</sup> ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم الجزء الثاني دار الكتاب ص 58

<sup>3</sup> يراجع مختصر الفقيه ابن عرفة جزء الرابع ص 84

<sup>4</sup> بثينة العلوط، القسمة القضائية للعقار. دار السلام للطباعة والنشر الطبعة الأولى 2005 ، ص 25

وقد عرف ابن معجوز القسمة" بأنها تعيين وفرز لنصيب كل واحدة من المالكين على الشياخ سواء أكان الشائع عقارا أو منقولا، وهي نوعان : قسمة بتية يقصد منها إنهاء الشيوخ وقسمة تصرف وهي تعيين ما يتصرف فيه كل شريك من المال المشاع، وتتم القسمة إما بالاتفاق وتسمى بقسمة التراضي وإما بالجوء إلى القضاء وتسمى القسمة القضائية".

وقد جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 3242 بتاريخ/6/9/2000 في الملف المدني عدد 2000/ 4/1/ 620 " القسمة الغاية منها الخروج من الشياخ..."<sup>5</sup> من خلال ما تقدم فيمكن تعريف القسمة بأنها: فرز حصص الشركاء في المال المشاع بحيث تتحول الملكية الشائعة إلى ملكية فردية، كما أن القسمة قد تكون اتفاقية أو قضائية. وهذا ما سنتناوله في الفقرة الموالية. المتعلقة بأنواع القسمة.

### الفرقة الثانية: أنواع القسمة

بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالقسمة وخاصة الشريعة العامة أي قانون الالتزامات والعقود نجد الفصلين 978 و979<sup>6</sup> من هذا الأخير قد أقر بأن القسمة حق مطلق يخول للشريك الخروج من حالة الشياخ في أي وقت شاء، إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك. ورغم ذلك تبقى للمحكمة السلطة التقديرية في الحكم بالقسمة. رغم وجود شرط عدم القسمة لمدة معينة، أما شرط عدم القسمة الغير المحدد بأجل، فهو باطل وقديم الأثر.

بعد التطرق للفصلين المذكورين وما هو موماً إليه سابقا، فإن القسمة إما أن تكون باتفاق جميع الشركاء وتسمى القسمة الاتفاقية، أو بالجوء إلى القضاء عند فشل القسمة الاتفاقية وتسمى القسمة القضائية.

القسمة القضائية: فهي القسمة الرضائية التي تجري برضاء شركاء واختيارهم، فهي عقد تسري على الأحكام العامة<sup>7</sup> وتتم باتفاق جميع الشركاء، إما بشكل صريح أو بشكل ضمني ، وتتخذ شكلا القسمة بالتنازل إذا كان المال من نفس النوع وإما بالتقويم إذا اختلف في النوع القسمة، وتتم بالمرضاة وعن طيب خاطر.

وتتميز القسمة الاتفاقية بكونها لا يمنع من إجرائها وجود قاصرا أو غائب غاية ما في الأمر يجب أن يقوم النائب القانوني بإخبار المحكمة وتبقى لهذه الأخيرة السلسلة التقديرية

<sup>5</sup> . عبد العزيز توفيق" الأعلى في القسمة" من سنة 1998 إلى 2004 ، الجزء الثاني المكتبة القانونية مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ص :

54

<sup>6</sup> . بنص الفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود مايلي: " لا يجبر أحد على البقاء في الشياخ ويسوغ دائما لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمة. وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر" الفصل 979 من ق. ل.ع " ويجوز مع ذلك، الإتفاق على أنه لا يسوغ لأي واحد من المالكين طلب..."

<sup>7</sup> . د الرزاق السنهوري" الوسيط في شرح القانون المدني" الجزء الثامن " حق الملكية مع شرح مفصل الأشياء والأموال 1967 ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان

في قبولها تبعا لمصلحة القاصر أو الغائب وإذا لم تطمئن لهم يتم اللجوء مباشرة إلى القسمة القضائية<sup>8</sup> وهذا ما ينص عليه الفصل 1084 من ق.ل.ع " إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة أو إذا كان أحدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه، أو كان غائبا كان لمن يريد منه الخروج من الشياح أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة طبقا للقانون".

فهذا النوع من القسمة حسب القانون المصري رغم أن له طابع إتفاقي يعتبر قسمة قانونية ولا شك أن المشرع المصري راعى في ذلك الأوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات<sup>9</sup> أما المشرع المغربي فنجده يخالف هذه المقترضيات وذلك بجعله القسمة حقا مطلقا وغير مقيد بأجل، ويظهر ذلك من خلال أحكام الفصل 981 من ق.ل.ع "دعوى القسمة لا تسقط بالتقادم".

### القسمة القضائية:

هي التشريع عن طريق القضاء حيث يحق لكل شريك أن يلجأ للقضاء بطلب إجراء قسمة بتية للمال المشترك المشاع .

فتكون القسمة القضائية إما بناء على طلب أحد الشركاء بواسطة مقال يرمي إلى إنهاء حالة الشياح وإما إلزامية نص القانون على ذلك. وتشرع المحكمة من تلقاء نفسها في مباشرة إجراءات في دعوى القسمة القضائية.

تتم القسمة القضائية وجوبا عن طريق القضاء وبالقرعة بالشروط التالية:

1 - أن يكون المال المقسوم متماثلا أو متقاربا وإذا كانت الحصص غير متساوية لا يلجأ إلى القسمة بالقرعة ويتم اللجوء إلى القسمة بمدرك<sup>10</sup>.

2 - أن تكون القرعة شاملة لكل القسمة.

3 - أن تثبت الشركة في المال المشاع المطلوب قسمته وأن يكون غير متخذ للتجارة ومقوما ومعنيا بالرؤية وموجود في مكان واحد<sup>11</sup>.

وهذه القسمة أي القسمة القضائية قد يتم اللجوء إليها بصفقة إلزامية ويجبر عليها الشركاء وذلك في الحالات التالية:

<sup>8</sup> محمد علي دعوى القسمة العقارية المحكمة الابتدائية بتمارة نموذجا بدراسة إحصائية، توثيقية تحليلية. بحث لينيل دبلوم الماستر المتخصص في " المهن القضائية و القانونية السنة الجامعية 2011/2010 ص 8

<sup>9</sup> مصطفى الجمال " نظام الملكية" الفتح للطباعة والنشر الإسكندرية 2000، ص 165

<sup>10</sup> الفصل 259 . من قانون المسطرة المدنية "لا يمكن للمحكمة أن تأمر بالقسمة البينية إذا كان المطلوب قسمته قابلا لها وينتفع كل بحصته بمدرك أو بدونه ولو كان هناك قاصرون"

<sup>11</sup> محمد علي مرجع سابق ص 10 .

- إذا لم يتفق جميع الشركاء على إجراء القسمة الرضائية
- إذا كان من بين الشركاء، محجور ووصي عليه
- إذا كان أحد الشركاء غائبا والمقصود به من انقطع خبره ولم يعرف مصيره.
- إذا كان من بين الشركاء الراغبين في القسمة ناقص الأهلية.

## المطلب الثاني: إجراءات فعال دعوى أمام القضاء

### الفقرة الأولى: القسمة القضائية

قد لا يتفق الورثة على قسمة المتروك، أو يستولي أحدهم على التركة ولا يعترف للباقي بحقوقهم فيكون الحل في النهاية وهو طلب القسمة القضائية. وسواء كان الورثة كلهم رشداً أو معهم قاصر وفي هذه المرحلة تبرز إجراءات احتياطية لحماية التركة قبل الحكم بالقسمة، وهناك إجراءات متعلقة بطلب القسمة القضائية نفسها.

إجراءات احتياطية: من أهم هذه الإجراءات الحراسة القضائية وإجراء وضع الأختام.

الحراسة القضائية: الحراسة القضائية إجراء تحفظي مؤقت لا يمس جوهر الحق يتمثل في الإيداع المادي للشيء محل النزاع بين يدي الغير. وفي مجال التركات هذا الإجراء المقرر لمن له حق متعلق بها يعنيه المحافظة عليه من أي تصرف مضر، فأى منازع في الإرث أو من له الحق في التركة يتوقف نزاعه على البث فيه أمام القضاء يجوز له التقدم بطلب الحراسة القضائية على التركة إلى قاضي المستعجلات. كما يمكن طلب هذا الإجراء من قاضي شؤون القاصرين إذا تعلق الأمر بحق قاصر أو للنياية العامة إذا كانت هنا ممتلكات للدولة ضمن التركة، إنما يجب توفر شروط الحراسة القضائية التي منها:

- أن يكون هناك نزاع جدي في الموضوع.
- أن يتوف عنصر الاستعجال والانتقاص منه.
- أن تكون الحراسة القضائية الوسيلة الوحيدة المحافظة على الشيء.
- أن يكون الشيء قابل للوضع تحت الحراسة القضائية.

إن هذا الإجراء احتياطي جداً ولا سيما إذا كان جميع الورثة من الراشدين إذ من الأفضل هو سلوك القسمة الرضائية أو القضائية وطلب الحقوق بهدوء دون اللجوء إلى وضع المتروك تحت الحراسة القضائية إذ ذلك يشعب الخصام، ويحرك الضغائن والأحقاد.

وضع الأختام: جاء في الفصل 222 منق.م.م المطابق للفصل 373 من ق.م.س أنه: "يجب على القاضي أن يتخذ عند الاقتضاء جميع الإجراءات المستعجلة والضرورية للمحافظة على التركة وله بوجه خاص أن يقرر وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات قيمة"، يستفادوا من هذا النص أن كل ما تشمله التركة من أموال وأشياء ذات قيمة معرض إما للضياع أو الفوات أن يقرر وضع الأختام عليها وقد نضم قانون المسطرة المدنية هذا الإجراء مفصلا كيفية القيام به وما يتضمنه محضر وضع الأختام والمحافظة على أموال التركة أثناء وضع الأختام والتعرضات على هذا الوضع وكيفية رفع الأختام وذلك في الفصول من 223 إلى 240 من القانون المذكور.

### الفقرة الثانية: الشروط الواجب تحققها لإمكانية رفع دعوى القسمة.

إن القاضي الذي ترفع أمامه دعوى قسمة عقار من العقارات المملوكة على الشياح يكون ملزما قبل البث في موضوع الدعوى أن ينظر ما إذا كانت هذه الدعوى قد استوفت صحتها أو بنفسها سيء من ذلك هذه الشروط تنقسم إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية. بالنسبة للشروط الشكلية تتمحور فيما يلي:

ضرورة طلب الشركاء جميعا أو بعضهم القسمة، لأن المحكمة لا يمكنها أن تضع يدها على القضية مباشرة.

عدم إلحاق القسمة ضررا بالمقسوم لهم أو أحدهم وإن كان هذا الشرط غير مانع من القسمة نهائيا.

ضرورة إدخال كلفة المالكين على الشياح في الدعوى وإلا اعتبرت الدعوى غير مقبولة شكلا ويعتبر هذا الشرط أساسيا ومحوريا في الدعوى بحيث يمكن تحققه من فحص باقي عناصر الدعوى ووسائلها ويحول عدم تحقق هذا الشرط دون إتمام الاطلاع على باقي عناصرها الأخرى والتي يتم البث فيها بعدم قبول الدعوى، ذلك أن إدخال جميع الشركاء في الدعوى شرط يدور معه وجودا وعدما وإتمام البحث في الدعوى وعناصرها أو عدم قبولها لأن هذا الشرط هو الذي يمنح الانطلاقة الأساسية للقاضي حتى يتمكن من إتمام إجراءات الدعوى<sup>12</sup>. وإن كان الشرط الأساسي في الدعوى يقضي بضرورة إدخال جميع الشركاء في الدعوى فإنه إذا تعلق الأمر بعقار محفظ فإن الدعوى يجب أن ترفع على كافة الشركاء الدين سجلت حقوقهم بالسجل العقاري وهذا ما استقرت عليه العمل القضائي وقد ورد في قرار لمجلس الأعلى في هذا الإطار ما يلي لأهمية هذا الشرط: "لقبول دعوى القسمة يجب أن تشمل جميع المالكين والشياح في العقار المطلوب قسمته وعدم إدخالهم في

<sup>12</sup> عيد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال أربعين سنة.

الدعوى رغم النص عليهم في الإرث يجعل الدعوى غير مقبولة ويتعرض للنقض القرار الذي قضى بقسمة العقار.<sup>13</sup>

ومن هنا تبرز أهمية هذا الشرط وضرورة تضمينه في الدعوى حتى تكون مقبولة شكلاً أما بالنسبة للشروط الموضوعية فإن القاضي الذي ترفع أمامه دعوى القسمة يكون ملزماً قبل البث فيها بفحص جميع الوثائق المقدمة إليه في ملف الدعوى بحيث يتأكد من استيفاءها بكافة الشروط المتطلبة قانوناً وهذه هي التي تشكل الشروط الموضوعية.

بالنسبة لإثبات ملكية العقار المحفظ الذي هو موضوعنا فإن إثبات الملكية في العقارات لا يثير العديد من الإشكالات ما دامت صفة المالك تثبت لكل شخص مقيد بالرسم العقاري دون سواه وبحسب حصته المبينة في هذا الرسم.

وهكذا يكفي للشريك الذي يطلب الخروج من حالات الشياخ في العقار المحفظ أن يضمن مقاله الافتتاحي بشهادة عقارية تصدر من المحافظ العقاري تثبت صفته كشريك في المالي الشائع وتحدد حصته فيه وتتضمن بالإضافة إلى ذلك أسماء جميع الشركاء المرفوعة ضدهم الدعوى وتحديد حصة كل واحد منهم مع تحديد سبب ملكية كل واحد منهم.

ومن الشروط المتطلبة وقد سبقنا ذكرها وهي رسم الإرث وهي شهادة ينشئها عدلان منتصبان للشهادة إن كانا عارفين للمالك والورثة معرفة العين والاسم والنسب أو تنشأ بشهادة اثني عشرة رجلاً مستوري الحال يصرحون بشهادتهم أمام العدلين بمعرفته للمالك والورثة المعرفة التامة الكافية شرعاً وهو الرسم الذي يعد من أجل تحديد عدة الورثة وعلاقتهم بالموروث الذي يجب أن يضمن العناصر التالية: ذكر وفاة المالك وتاريخ ومحل الوفاة وسبب الوفاة وذكر الورثة على حدة على اسم خاص تم تصحيح فريضة الورثة في ما يرث كل واحد منهم مع ذكر الفريضة في الإرث وكذلك أن ترد على وجه التعميم لا التخصيص وإلا كانت باطلة، إضافة إلى رسم الإرث هناك رسم التركة ويسمى كذلك برسم الإحصاء المتروك وهو الرسم الذي يعد ويحصى كل الأموال التي خلفها الميت، بالإضافة إلى رسم الملكية وهي عبارة عن وثيقة تنشأ بشهادة مجموعة من الأفراد وفق الشروط المحدد فقهاً. هذه في المجمل هي الشروط التي يتطلب على المدعي الالتزام بها.

<sup>13</sup>قرار عدد 856 بتاريخ 25 أبريل 1995، ملف الأحوال الشخصية، عدد 6209/90، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في الشفعة.



## المبحث الثاني: الإشكالات التي تثيرها دعوى القسمة القضائية على مستوى التطبيق العملي

إذا كان المبدأ القانوني السائد في نظام الملكية الشائعة هو أن لا يجبر أحد على البقاء في الشياخ، ونظرا لصعوبة تحقيق توافق رضائي بين المالكين على الشياخ بخصوص قسمة العقار، فإن كلمة الفصل غالبا ما تكون للقضاء الذي يكون ملزما بالبت في دعوى القسمة إذا توافرت شروطها، ودعوى القسمة على غرار بعض الدعوى تفرز في الواقع العملي العديد من الإشكالات منها ما هو متعلق بالإجراءات المسطرية (المطلب الأول)، ومن هذه الإشكالات ما هو متعلق بإجراءات الموضوع والتنفيذ (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الإشكالات المتعلقة بالإجراءات المسطرية

ينتج عمليا عن رفع دعوى القسمة العديد من الإشكالات الناتجة بالأساس عن ارتباط هذه الدعوى ببعض الدعوى (الفقرة الأولى)، كما أنه قد تثار هذه الإشكالات عند تضارب أحكام دعوى القسمة مع بعض القوانين الخاصة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: حالة ارتباط دعوى القسمة بغيرها من الدعوى

من أهم الإشكالات التي تثار بمجرد رفع دعوى القسمة هي تداخلها مع دعوى أخرى ترفع في نفس النطاق، ومنها أساسا دعوى الشفعة (أولا) ودعوى مقابل الاستغلال (ثانيا).

#### أولا: تداخل دعوى القسمة مع دعوى الشفعة

نجد هذا التداخل في كون دعوى القسمة المرفوعة من قبل أحد المالكين على الشياخ، قد تتصادف مع دعوى أخرى يرفعها أحد الخصوم بغاية شفعة الأنصبة أو الحقوق التي تم تقويتها من طرف مالم آخر، وذلك بعلّة أن النصيب أو الحق المفوت لطالب القسمة أو لشريك آخر لم يستقر بعد طالما أن أجل الشفعة لم ينته. ونظرا لما بين هذين الدعويين من ارتباط فإنه غالبا ما يتم ضمهما، وذلك لتيسير الأسباب القانونية والواقعية للبت، وذلك استنادا إلى ما جاء في الفصل 110 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه: "تضم دعوى جارية أمام محكمة واحدة بسبب ارتباطها بطلب من الأطراف أو من أحدهم وفقا لمقتضيات الفصل 49".

إن الارتباط الوثيق الموجود بين دعوى قسمة العقار المشاع ودعوى الشفعة، يتمثل في أن البت في الأولى يستلزم أولا قول كلمة الفصل في الثانية، حيث أن قبول شفعة أحد الخصوم لنصيب طالب القسمة يجعل دعوى القسمة مفرغة من أي أساس ومفتقرة لشروطها، خاصة أن القضاء يشدد على ضرورة استيفاء هذه الأخيرة لكافة شروطها<sup>14</sup>. وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي وكيفية معالجته لهذا الارتباط، نجده ينحو منحيين فهو إما

<sup>14</sup>. حكم المحكمة الابتدائية بوجدة "المركز القضائي بتاوريرت" رقم 06.994 بتاريخ 03-11-2006، ملف عدد 06.41.

يقضي بإيقاف البت في دعوى القسمة إلى حين النظر في دعوى الشفعة، أو إلى عدم قبول الأولى بعلّة كونها سابقة لأوانها.

بخصوص المنحى الأول ذهب المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في أحد قراراته إلى أن: "الدفع بطلب التوقف عن البت في دعوى طلب القسمة ريثما يقع الفصل في دعوى استحقاق الشفعة جدير بالقبول لقيام ارتباط قانوني بين الدعويين يتجلى في وجود صلة وثيقة بينهما..."<sup>15</sup>.

وبالمقابل تذهب بعض المحاكم الابتدائية إلى عدم قبول دعوى القسمة حيث جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات أنه: "وحيث أن طلب القسمة يعتبر سابقا لأوانه، ما دامت هناك منازعة بخصوص حق الملكية، مما يتعين التصريح بعدم قبول..."<sup>16</sup>.

### ثانيا: تداخل دعوى القسمة مع دعوى مقابل الاستغلال

يجد هذا التداخل أصوله في انفراد أحد المالكين على الشياخ باستغلال واستعمال العقار المشاع دون إشراك باقي الشركاء في غلة هذا العقار، ولهذا نجد أنه كثيرا ما يرفع الطرف المدعي بموازاة دعوى القسمة طلبا يرمي منه تمكينه من مقابل الاستغلال الذي انفرد به أحد أو بعض الشركاء.

وبخصوص هذا الاشكال فالمشرع المغربي من خلال الفصل 965 من ق.إ.ع نص على أنه: " لكل مالك على الشياخ حصة شائعة في ملكية الشيء المشاع وفي غلته".

ويستخلص من هذه المقتضيات القانونية إقرار المشرع لحق المالك على الشياخ في الاستفادة من عوائد وثمار العقار المملوك على الشياخ، وإذا كان هذا هو موقف المشرع فكيف تعامل القضاء مع مسألة ارتباط دعوى القسمة مع دعوى مقابل الاستغلال؟.

على غرار دعوى الشفعة فإن ارتباط دعوى القسمة بدعوى مقابل الاستغلال أثار إشكالا على المستوى القضائي حيث نجد اتجاهين متباينين بهذا الخصوص.

فالموقف الأول يسير في اتجاه عدم قبول دعوى مقابل الاستغلال قبل البت في دعوى القسمة لكونها سابقة لأوانها، وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها<sup>17</sup> التي جاء فيها: "وحيث أن العقارات موضوع طلب مقابل الاستغلال ذات جودة مختلفة... وحيث أنه ضمانا لمصلحة المالكين على الشياخ يتعين على المحكمة أن تفصل في دعوى القسمة قبل طلب مقابل الاستغلال... ما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب".

على خلاف هذا الموقف ذهبت نفس المحكمة في قرار آخر<sup>18</sup> إلى إمكانية الفصل في دعوى القسمة مع دعوى مقابل الاستغلال في نفس الوقت ومما جاء فيه: "وهكذا فإن المحكمة لما تبين لها من خلال موقع العقار أنه لا ضرر مطلقا من البت في المطالبة بواجب الاستغلال

<sup>15</sup>. قرار عدد 504 صادر بتاريخ 27/05/1981، ملف مدني رقم 86124.

<sup>16</sup>. حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات (العدد غير مشار إليه)، صادر بتاريخ 22-10-1998، أوردته بثينة العلوط، القسمة القضائية للعقار، ط1 سنة 2005، مكتبة دار السلام، ص 104-105.

<sup>17</sup>. قرار عدد 936 بتاريخ 12/07/2007، ملف عدد 5893 /1/2/05.

<sup>18</sup>. قرار عدد 1419 بتاريخ 23/2/1999، ملف عدد 679 و 6236/1998.

قضت في آن واحد في دعوى القسمة وواجب الاستغلال...".  
وفي ظل هذا الاختلاف لهذين الاتجاهين يبقى الموقف القاضي بالبث في دعوى مقابل الاستغلال ودعوى مقابل القسمة في آن واحد أخرى بالتأييد نظرا لما فيه من اختصار الوقت، واقتصاد النفقات، وعدم إطالة أمد النزاع.

### الفقرة الثانية: علاقة دعوى القسمة ببعض القوانين الخاصة

إن الطبيعة المميزة لدعوى القسمة هي خضوعها لجملة من القوانين المختلفة، هذا الاختلاف الذي قد يصل في بعض القضايا إلى حد التضارب بين المقننات القانونية المختلفة، ويتجلى هذا التضارب من خلال علاقة دعوى القسمة بقانون 90-25 المتعلق بالتجزئات والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات (أولا)، وعلاقتها بقانون 81-7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت (ثانيا).

أولا: علاقة دعوى القسمة مع نصوص قانون 90.25.

إن تقسيم العقارات في المدار الحضري والمراكز المحددة والمناطق التي تشملها وثيقة من وثائق التعمير لا يخضع للإرادة الحرة للأطراف المالكين على الشيعاء، بل أصبح خاضعا لسياسة الدولة وتوجهاتها العامة في مجال التعمير، وذلك بعد صدور القانون رقم 90-25 المتعلق بالتجزئات العقارية.

وبالعودة إلى هذا القانون نجد المادة 58 منه تنص على مايلي:

>>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 التهيئة العمرانية أو تصميم تنمية تجمع قروي يتوقف على الحصول على إذن سابق للتقسيم.

- كل بيع أو قسمة يكون هدفها أو يترتب عليها تقسيم عقار إلى بقعتين أو أكثر معدة لإقامة بناء عليها...<<.

من منطلق هذا الفصل يمكن القول أن أي تقسيم لعقار من العقارات الداخلة في المناطق الخاضعة لوثيقة من وثائق التعمير يتوجب استصدار إذن من رئيس المجلس الجماعي، أيا كان السبب في التقسيم سواء كان تركة أو رغبة من الشركاء في إنهاء حالة الشيعاء. ولعل الحل في هذه الحالة هو ما ورد في المادة 318 من قانون رقم 39-08 المتعلق بالحقوق العينية حيث نصت على ما يلي: " إذا كان العقار المشاع غير قابل 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".

ثانيا: علاقة دعوى القسمة بقانون 81.7.

إن العلاقة بين دعوى القسمة والقانون رقم 81.7

المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت تصل حد التضارب وهو ما يمكن تصوره بالخصوص من خلال ما يقضي به الفصل 38 من نفس القانون والذي جاء فيه ما يلي: "لا يمكن لدعاوى الفسخ أو الاستحقاق وجميع الدعاوى العينية الأخرى أن توقف نزع الملكية أو أن تحول دون إنتاج آثاره، وتحول حقوق المطالبين إلى حقوق في التعويض ويتقى العقار خالصا منها".

من خلال هذا الفصل يمكن استنتاج أن حقوق أطراف دعوى القسمة باعتبارها من الدعاوى العينية، تتحول من المطالبة بفرز النصيب من العقار محل القسمة إلى حقوق في التعويض من نازع الملكية ولا يمكن المطالبة بغير ذلك، بالإضافة إلى ذلك فإن صدور المرسوم القاضي بنزع الملكية للمنفعة العامة يوجب الامتناع عن الاستمرار في قسمة العقار عينا إذا كان في طور القسمة.

ويتخذ نزع الملكية للمنفعة العامة الوارد على العقار المراد قسمته إحدى صورتين وينبغي التمييز بينهما، فالصورة الأولى تتحدد في كون مقرر نزع الملكية ينصب على جزء من العقار، أما الصورة الثانية فتتحدد في ما إذا انصب المقرر على نزع ملكية العقار كافة. فالصورة الثانية لا تثار بشأنها مشاكل نظرا لاستحقاق جميع المالكين لحقوق مادية في مواجهة نازع الملكية، غير أن الصورة الأولى غالبا ما تطرح إشكالات بخصوص الموازنة بين مصالح الأطراف، ولتحقيق هذا التوازن يُفترض قسمة التعويض الوارد على الجزء المنزوع لأجل المنفعة العامة بين المشتاعين، واللجوء إلى قسمة الجزء المتبقي قسمة عينية إذا كانت ممكنة وإلا فقسمة بتية.

### **المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بإجراءات الموضوع والتنفيذ**

تحتل دعاوى القسمة حيزا مهما من الدعاوى العقارية المعروضة على أنظار القضاء نظرا لتعلقها بأسمى حق انساني الذي هو حق الملكية، والتي تثير العديد من الصعوبات والعوائق على مستوى اجراءات القسمة على مستوى الموضوع ( الفقرة الاولى ) وعلى مستوى التنفيذ ( الفقرة الثانية ).

### **الفقرة الأولى: إشكالات دعوى القسمة القضائية على مستوى الموضوع**

يذهب اتجاه من الاجتهاد القضائي في مباشرته لدعوى القسمة، الى الاشكاليات المرتبطة بموضوع الطلب، ذلك أن دعوى القسمة لا يقتصر تأثيرها على طرفيها وانما قد يمتد هذا الاثر لبعض الاشخاص المرتبطين بالعقار كالدائنين، الذين قد تكون لهم حقوق اما عينية تبعية على هذا العقار. كما ان دعوى القسمة بطبيعتها قد تنتهي اما عينا بفرز نصيب كل طرف أو عن طريق التصفية ببيع العقار في المزاد العلني، ذلك على خلاف الأصل حيث الطلب في دعوى القسمة يصبح طلبا متحولا من قسمة عينية الى قسمة قضائية.

ومن هنا نتساءل عن حماية الدائنين في دعوى تقسيم العقارات المحفظة لما كانت للدائنين مصلحة جدية في التدخل في اجراءات دعوى القسمة حتى يتفادوا الطرق الاحتياطية، التي قد

يلجأ اليها احد المالكين على الشياح أو بعضهم للإضرار بحقوقهم في حالة وقوع قسمة قضائية من طرف احد الشركاء, رغم كون العقار مثقل بحجز عقاري أو برهن رسمي, مما يتعارض مع مبدأ أنه لايجبر أحد على البقاء في الشياح, فقد اثار هذا الجانب العديد من الآراء الفقهية، فالمعاملات التي يتم اجرائها على العقار الشائع قبل القسمة تنقسم الى نوعين.

فهناك المعاملات المتعلقة بتصرف الشريك في حصة مفرزة قبل اجراء القسمة, وهناك المعاملات المتعلقة بتصرف الشريك في جميع حصص الشركاء أثناء الشياح, مما يتماشى مع مبدأ أنه يحق لكل مالك على الشياح التصرف في حصته بكافة أنواع التصرفات, ومنها الرهن الرسمي ويقيدها هذا الرهن في حصته في الرسم العقاري. فهل يمنع من قسمة العقار المرهون ؟

ان القاعدة التي تفيد بانه حق عيني عقاري يمنح الدائن المرتهن حق التتبع وحق الاولوية<sup>19</sup> انطلاقاً من خصائص الرهن الرسمي مع بقاء المرهون تحت تصرف المدين الراهن , الا ان هذا التصرف يجب الا يضر بالدائن المرتهن ومن بين التصرفات التي يجريها الملاك على الشياح قسمة العقار قسمة عينية او قسمة التصفية, فاذا كانت القسمة عينية تحولت الرهون من الحصة الشائعة للمدين الى حصة مفرزة, وفي هذا الاطار اكدت محكمة النقض على ان "رهن العقار لا يحول دون قسمته إذا كان لا نزاع في ملكيته بين ملاكه إذ صح أن يتحول الرهن الى الجزء الذي خرج به المدين الراهن", نص الفصل 157 من ظهير التحفيظ العقاري 14.07 علماً أن الرهن الرسمي حق عيني عقاري يرد على العقارات المخصصة لأداء التزام وهو بطبيعته لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة وعلى كل واحد وعلى كل جزء منها ويتبعها في اي يد انتقلت اليها. مفاد ذلك أنه لا يجوز للشركاء في عقار واحد أن يأتوا تصرفاً يترتب عنه تجزئة الرهن كأن تتم قسمة عينية بما عليه من رهن وإن لم يكن من الممكن البقاء في حالة الشياح, وذلك لوجود مبدأ عدم إجبار الشريك على ذلك<sup>20</sup>.

أمام تنازع بين النصوص القانونية وجد القضاء نفسه امام ضرورة ابتكار حلول يمكنها التوفيق بين المصالح بناء على قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

حيث اعتبر المشرع المغربي على ان نتيجة الرهن لا توقف على اجراء القسمة فاذا وقعت الحصة المرهونة في نصيب الشريك الراهن, فانه يعتبر نتيجة للأثر الكاشف للقسمة قد رهن ملكه اما اذا وقعت الحصة المرهونة في نصيب الشريك الاخر اعتبر الشريك راهن

<sup>19</sup>. نور الدين لعرج. الشكلية في عقد الرهن في التشريع المغربي, أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون الخاص ووحدة التكوين والبحث في القانون المدني كلية الحقوق أكدال جامعة محمد الخامس الرباط السنة الجامعية 1999 و2000. ص 68  
<sup>20</sup>. جيهان زواش دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم, رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار شعبة القانون الخاص, اشراف الدكتور أدريس الفاخوري, جامعة محمد الأول, وجدة السنة الجامعية 2011 2012, ص. 78

ملك الغير، ولكن تبقى الاشكالات واردة خاصة حينما ينجز الشركاء قسمة عينية في غير مصلحة الدائنين فكممت يعلم الجميع قد يكون للعقار ككل قيمة معينة يكتب فيكسب فيها كل مالك على الشياح هذه القيمة وعلى أساسها يحصل على ديون وقروض مقابل ضمانحماية الدائنين من قسمة العقار المثقل بحجز عقاري.

إن الهدف من إجراء حجز عقاري على حصة مشاعة في عقار محفظ تتمثل في بيعها بالمزاد العلني لاستيفاء مبلغ الدين من منتج البيع بعد تقييد المشتري الراسي عليه بالمزاد العلني بالرسم العقاري، إذ أن البيع الجبري سيطل الحصة المشاعة الأخرى لكونها مملوكة لأشخاص آخرين غير المدين بل يحق لباقي الشركاء على الشياح شفعة الحصة الشاعة المبيعة بالمزاد العلني من يد المشتري الراسي عليه المزاد، ومن ثم فإن إيقاع حجز عقاري من طرف الدائن الحاجز، لا يحول قانونا دون طلب إجراء قسمة عينية من طرف أحد المالكين على الشياح، أو إجراء قسمة اتفاقية بين جميع المالكين بمن فيهم المدين المحجور عليه على اعتبار أن القسمة العينية لا تنشأ حقوقا للمالكين على الشياح بشأن حق تملكهم الثابت قبل وقوع القسمة .

فمصلحة الدائن الحاجز في التمسك بالدفع ببطلان البيع الجبري منعدمة، طالما أن حقه الشخصي المضمون بتقييد مؤقت - حجز عقاري - ينتقل إلى الثمن المودع بين يدي رئيس مصلحة كتابة الضبط وتكون بالتالي الحماية التشريعية في استيفاء حقه قد تحققت من جراء الحجز العقاري الجاري بشأن العقار المحجوز دون مباشرته شخصيا لإجراءات البيع بالمزاد العلني، غير أنه يحق للدائنين التدخل في القسمة العينية دون وقوع ضرر لهم بل لهم أن يعارضوا في إجرائها بدون حضورهم، رغم أن المشرع المغربي لم يمنح للدائنين أي حق في التدخل في دعوى القسمة لا بصفة أصلية كأطراف مباشرة في الدعوى أو عن طريق معارضة إجراء القسمة بغير تدخلهم وبدون حضورهم، وذلك جعل دعوى القسمة حكرا على الشركاء، ومن ثم يظهر جليا قصور التشريع المغربي عند عدم سده هذه الثغرة على عكس بعض القوانين المقارنة كالقانون المصري، الذي منح الحق للدائنين في معارضة إجراء عملية القسمة بغير علمهم، فقد اعتبر القسمة التي تجري في غيبة الشركاء وبدون إدخالهم في الدعوى غير نافذة في حقهم ولا يمكن مواجهتهم بها، بحيث ينص الفصل 842 من القانون المدني المصري على أن : " لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم وتوجه المعارضة إلى كل من الشركاء ويترتب عليهم إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات وإلا كانت



القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين مقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة<sup>21</sup>.

يتضح من خلال ما سبق على أن تدخل الدائنين في دعوى القسمة أو معارضة إجراءاتها تتضمن لهم حماية لمصالحهم، وأمام سكوت المشرع المغربي عن هذه الإشكالية التي تكون سببا في تضييع حقوق الدائنين خاصة عندما تتم القسمة عن طريق التصفية، فالحل الوحيد هو سد هذا الفراغ التشريعي لمنح الدائنين الحق في معارضة والتدخل في دعوى القسمة إذا ما أضرت بحقوقهم في هذا الإطار جاء في حيثيات حكم صادر عن قضاء الموضوع "... وحيث إن كانت حالة الشيعاء بين المدعين والمدعى عليهم ثابتة، وبالرجوع إلى الشهادة العقارية تبين للمحكمة أن أحد المدعين توجد جميع حقوقه موضوع الطلب تحت حجز تحفظي ضمانا لدين لفائدة القرض الفلاحي، وحيث أنه والحالة هذه لا يمكن المطالبة بفرز نصيبه في هذا العقار ما دام الموضوع حجز تحفظي إعمالا للفصل 453 من ق.م.م خاصة إذا كان من شأن القسمة أن تقضي ببيع العقار بالمزاد العلني، وحيث أنه لا يسع المحكمة سوى التصريح بعدم قبول الطلب".

يستفاد من هذا الحكم أنه قد كرس نوعا من الحماية، حيث أقر بمبدأ حماية الدائنين من خلال عدم قبول طلب قسمة عقار مثقل بحجز تحفظي إلا أنه مع ذلك فإن هذا الحكم مجاني للصواب لكونه اعتمد مقتضيات الفصل 453 من م.م الذي يتعلق بالحجز التحفظي ومن جهة أخرى فهو ينص على التصرفات التي من شأنها أن تؤدي إلى تفويت العقار سواء بعبوض أو عن طريق التبرع ولذلك فإنه لا يمكن الإحالة عليه بخصوص دعوى القسمة ما دامت هذه الأخيرة تعتبر كاشفة للحق فهذا الحكم حاول ما أمكن تحقيق المتطلبات للدائنين في مواجهة المدينين الشركاء.

### الفقرة الثانية : إشكالية دعوى القسمة على مستوى التنفيذ

لقد تطرق المشرع المغربي لصعوبات تنفيذ الأحكام القضائية ومن بينها أحكام القسمة العقارية في الفصول 26 و 149 و 436 من قانون المسطرة المدنية.

وقد عرفه البعض : بأنه تمكين صاحب الحق من اقتضائه بإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته، فإذا لم ينفذ المدين التزامه أجبر على ذلك بتدخل السلطة العامة التي تجري التنفيذ تحت إشراف القضاء ورقابته، فهو تبعا لذلك يعتبر وسيلة قانونية تمارسها السلطة العمومية تحت إشراف القضاء وبأمر منه بناء على حكم صادر عن المحكمة أو بناء على طلب الدائن الذي يتوفر على سند تنفيذي.

الإشكال الذي لا زال يثار بخصوص تنفيذ الحكم القاضي بقسمة العقار المحفظ، حيث

<sup>21</sup> عبد الرحمان الصويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. أورده عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، منشور من طرف دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية 1995 و ص، 246، 247.

قضت المحكمة الابتدائية بالرماني في حيثيات أحد القرارات الصادرة عنها حيث أن :  
"المدعية تقدمت بمقال استعجالي أمام محكمة الاستئناف بالرباط حيث أصدرت قرارا  
يقضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بالمصادقة على تقرير الخبرة المنجز من طرف  
الخبير، وبالتالي فرز نصيب المطلوب في الرسم العقاري، وان الطالبة قد أثارت في مراحل  
الدعوى ان الخبرة لم تكن موضوعية كما انها لم تأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقار وجودته  
لأجله تلتزم اصدار امر بوجود صعوبة حقيقية تشوب الملف التنفيذي، وبالتالي تأجيل  
التنفيذ حتى يبيت محكمة النقض في طلب النقض المرفوع من طرف المدعية.

فقاضي 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 "22.

التساؤل المطروح في هذا السياق هل تدرج دعاوى قسمة العقارات المحفوظة ضمن المفهوم  
الوارد في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص على أن الطعن أمام محكمة  
النقض يوقف التنفيذ في التحفيظ العقاري. فهذه المسألة تكمن أساسا في ضبط وتحديد مفهوم  
عبارة التحفيظ العقاري الواردة في مادة التحفيظ العقاري، أي هل تدرج دعاوى القسمة  
ضمن هذا المفهوم ؟ يتضح لنا بأن الغاية التي قصدها المشرع من اقرار قاعدة عدم جواز  
تنفيذ الاحكام النهائية الصادرة في مجال التحفيظ العقاري هي تحصين عملية تأسيس الرسم  
العقاري وحماية الصيغة النهائية لهذا العقد التي أكد عليها الفصل 62 من ظهير التحفيظ  
العقاري<sup>23</sup>.

وهناك من يذهب الى 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  
الإدلاء بشهادة عدم الطعن بالنقض فيها<sup>24</sup>. ويتضح مما سبق على أن تنفيذ الحكم القاضي  
بقسمة عقار محفظ رغم الطعن فيه أمام محكمة النقض، قد يترتب عنه خلق رسوم عقارية  
فرعية للحقوق المفروزة، وقد يتم تقويت تلك الحقوق للغير حسن النية طبقا للفصول 2 و 62  
من قانون التحفيظ العقاري مما يؤدي إلى استحالة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه<sup>25</sup>.

كما قد يواجه تنفيذ القسمة صعوبات واقعية والتي اشار اليها المشرع المغربي في الفصل  
436 من قانون المسطرة المدنية، ويقصد بها تلك الوقائع التي تحدث بعد صدور الحكم ولم

22. جيهان زاوش دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، مرجع سابق، ص 63.

23. جاء فيه على أن الرسم العقاري نهائي لا يقبل الطعن يعتبر نقطة الانطلاق للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت  
تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة

24. ابراهيم بحماني، تنفيذ الاحكام العقارية ومطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الثانية، 2010، ص 144.

25. جيهان زاوش و مرجع سابق، ص 65.



سبق عرضها على المحكمة اثناء مناقشة الدعوى. كذلك المتعلقة بتأويل الحكم لعدم وضوحه بحيث تكتفي المحكمة مثلا في منطوق حكمها بقولها حكمت المحكمة بإجراء القسمة في المدعى فيه بين الورثة حسب الاراثة دون ان تعين خبيرا ليبين ما اذا كان العقار قابلا للقسمة العينية ام لا.

فطريقة تنفيذ مثل هذا الحكم لا تعرف الا بعد انتقال مأمور التنفيذ الى عين المكان فإذا حضر الاطراف ووافقوا على التنفيذ وتم فرز حصص الشركاء، فإن مأمور التنفيذ يحرر محضرا بذلك يوقع عليه جميع الشركاء، اما اذا لم يتفق الشركاء على تنفيذ هذا الحكم، فإن مأمور التنفيذ لا يملك سلطة اجبارهم على القسمة العينية وانما يجب عليه تحرير محضر بذلك وإثارة صعوبة في التنفيذ طبقا للفصل 436 من قانون المسطرة<sup>26</sup>.

كما أنه قد يصر حكم بالمصادقة على مشروع القسمة العينية الذي أعده الخبير والقاضي بقسمة عقارات مبنية، حيث يستقل كل شريك بعقار مبني، لكن بعد صدور الحكم تهدم احد العقارات الواقعة في نصيب شريك معين. ففي هذه الحالة نكون أمام استحالة التنفيذ طبقا للفصل 335 وما يليه من قانون التزامات والعقود فيتوقف التنفيذ جزئيا أو كليا<sup>27</sup>. كما انه تطرح بعض المشاكل القانوني في الحالة التي يترك فيها الهالك عقارا مملوكا له شخصيا فوق ارض جماعية، فهل يمكن للمحكمة ان تقضي بقسمة هذا العقار بين ورثة المستفيد من هذه الارض الجماعية؟

أجاب المجلس الأعلى عن هذا الاشكال في قرار ورد فيه" من القواعد الفقهية ان من مات عن حق فهو لورثته<sup>28</sup>.

إذا لم يدلي مدعي الاختصاص بما يثبت ان من استقر في دار مبنية فوق ارض جماعية تقوم خاصة به دون بقية ورثة الباني، اعتبرت الدار من تركة الهالك" يتبين ان الرأي الذي ذهب فيه محكمة النقض اقرب الى الصواب، لأنه يجب التمييز بين ملكية الارض التي اقيمت عليها الدار حيث تعود للجماعة السلالية، وبين ملكية الدار المبنية التي تعود للهالك، فالأولى لا يجوز للمحكمة اجراء قسمة بتية بشأنها والاستثناء صعوبة قانونية تحول دون تنفيذها، أما الثانية فالقاعدة ان من توفي عن حق فهو لورثته، ومن ثم يجوز صدور حكم بقسمة على اعتبار انه من تركة الهالك.

<sup>26</sup>. المصطفى مازي، الاشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية ورسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، 2007، 2006، ص132.

<sup>27</sup>. المصطفى مازي ومرجع سابق، ص134.

<sup>28</sup>. قرار رقم 1911 بتاريخ 25 مارس 1997 في الملف رقم 92,4321 وأورده الدكتور عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى، ص124.

## خاتمة

على امتداد خطوات هذا العرض وتوقعاته، كانت المحاولة منصبة على تحديد وضبط المسار القضائي الذي يجب على طالب القسمة سلوكه، بدءا بتعريف هذه الأخيرة وشروطها وانتهاء بآثارها وقد حاولنا جاهدين رصد أهم مواطن الاختلالات والإشكالات التي تعرفها هذه المسطرة. فخلصنا إلى أن دعوى القسمة القضائية تشكل الوسيلة المخولة للالتجاء للقضاء للمطالبة بالحق، والحد من سلبيات نظام الشيوخ العقاري والإسهام في مسار التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

إلا أنه بالرغم من ذلك فهي تظهر العديد من الإشكاليات والعوائق على المستوى العملي سواء من ناحية الإجراءات المسطرية أو الموضوعية أو تنفيذ الأحكام القضائية بالقسمة سواء منها القسمة العينية أو القسمة التصفية.

وبالتالي يجب البحث عن أنجع الحلول والبحث عن أماكن الخلل بحيث يستوجب إعادة النظر في القواعد المؤطرة لهذا الموضوع كما هو الشأن بخصوص المسطرة المدنية. وعموما إن الإصلاح لن يكتمل إلا بإخراج نصوص تشريعية حقيقية تكون للقضاء مرجعا عند المنازعات، خاصة وأن قيمة الدعاوي المنصبة على العقار تكون كبيرة جدا أو أكثر تعقيدا.

## الفهرس

1	مقدمة.....
3	المبحث الأول: المبادئ العامة في القسمة وإجراءات اتر فعال دعو بأماما القضاء.....
3	المطلب الأول: المبادئ العامة في القسمة.....
3	الفقرة الأولى: تعريف القسمة.....
4	الفقرة الثانية: أنواع القسمة.....
6	المطلب الثاني: إجراءات اتر فعال دعو بأماما القضاء.....
6	الفقرة الأولى: القسمة القضائية.....
7	الفقرة الثانية: الشروط الواجب تحققها لإمكانية رفع دعو بالقسمة.....
9	المبحث الثاني: الإشكالات التي تثيرها دعو بالقسمة القضائية علمستو بالتطبيق العملي.....
9	المطلب الأول: الإشكالات المتعلقة بإجراءات اتر المسطرية.....
9	الفقرة الأولى: حالة اتر باط دعو بالقسمة بغير هامنا لدعوى.....
11	الفقرة الثانية: علاقة دعو بالقسمة ببعض القوانينا الخاصة.....
12	المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بإجراءات اتر الموضوعو التنفيذ.....
12	الفقرة الأولى: إشكالات دعو بالقسمة القضائية علمستو بالموضوع.....
15	الفقرة الثانية: إشكالية دعو بالقسمة علمستو بالتنفيذ.....
18	خاتمة.....