

دور الممارسة القضائية في توكي العدالة الإجرائية.

عبد العلي حفيظ, باحث بكلية الحقوق أكدال = الرباط.

دور الممارسة القضائية في توكي العدالة الإجرائية.

عبد العلي حفيظ، باحث بكلية الحقوق أكادال = الرباط.

تتفرد العدالة الإجرائية أساسا بكونها من صنع المشرع فقط، إذ لا إجراء إلا بنص، وأن الأصل في الإجراءات هو المنع، لذلك فإن تقييم هذه العدالة إنما ينطلق من تحليل مضامين النصوص الإجرائية، فإذا افتقدت العدالة داخل النص تعذر إدراكها خارجة، ونقصد بذلك دور القضاء في خلق العدالة الإجرائية، ما دام أن الإجراءات لا تتميز أو من المفروض أن لا تتميز بميزة القابلية للتفسير أو التأويل التي تتمتع بها القاعدة الموضوعية ومن أجل ذلك كان الإطناب والإسهاب في التشريع الإجرائي أمرا محمودا، وتأسيسا على ذلك لم تتبلور على الأقل في الميدان المدني "**اجتهادا قضائيا مسطريا**" وأن المحاولات القضائية التي تمت بهذا الخصوص عرفت تضاربا واضحا كما هو الحال بخصوص إمكانية إعمال مسطرة إعادة النظر في القرارات الجنحية، مما استلزم تدخل المشرع في إطار ق.م.ج الجديد من أجل النص على الطعن المذكور وبخصوص قرارات المجلس الأعلى فقط، كما أن فعالية القاعدة الإجرائية وعدالتها إنما تتجسد في الحماية القانونية التي تحققها قضاء واقتضاء، وكذا في المردودية الاقتصادية للقاعدة المذكورة.

إذا ثبت هذا الأمر، ثبت معه القول بأن الأصل في الوظيفة القضائية من الناحية المسطرية هو الانضباط للإجراءات المقررة قانونا والذي بتحقيقه (أي الانضباط) تتحقق العدالة الإجرائية المتوخاة من طرف الإدارة التشريعية.

غير أنه إذا كان هذا الفهم يستجيب لفلسفة التشريع الإجرائي، فإن واقع هذا التشريع يكشف عن وجود حالات للقصور أو الغموض الإجرائي، مما استدعى تدخل القضاء لرفع هذين العارضين، وإن كان المجال لا يسمح بتفصيل الحديث في تقييم كيفية تعامل القضاء المغربي مع حالات القصور والغموض في التشريع الإجرائي، فإننا سنقتصر في هذا الصدد على التعرض لنموذجين من الممارسات القضائية في المجال الإجرائي المتعلق بالتنفيذ الجبري على العقار، واللذان يعكسان بأن سعي الممارسة القضائية نحو توكي العدالة الإجرائية قد يفضي إلى إحداث تكليف إجرائي غير منضبط (**أولا**)، كما قد يؤدي بالمقابل إلى تحقيق عدالة إجرائية متميزة تقوم على تبريرات قانونية مضبوطة (**ثانيا**).

أولاً: دور الممارسة القضائية في إحداث تكليف إجرائي

غير منصوص عليه.

سنقتصر في هذه العجالة على الحديث عن واحدة من الممارسات القضائية التي أصبحت من قبيل اليقين القانوني وهو ما يسمى بالإندار العقاري، حيث نجد العديد من الأحكام و القرارات القضائية تتحدث عما يسمى بمسطرة الإندار العقاري وبكونها مسطرة استثنائية أقرها المشرع لفائدة الدائنين المرتهنيين الحاصلين على الشهادة الخاصة بتقييد الرهن⁽¹⁾، مما يوحي بوجود إجراءات قانونية خاصة في هذا الشأن، مع أنه في الحقيقة لا وجود لمسطرة من هذا النوع ولا حتى من الناحية الاصطلاحية إذ يستعمل المشرع عادة مصطلح " الإعدار " في الفصل 440 والفصل 205 من ظ 1915، اللهم إلا إذا استثنائياً تعبير الإندار الذي ورد في الفصل 61 من مرسوم 27 دجنبر 1968 والذي بدوره يحيل على الفصل 205 من ظ 1915، لكن الجزئية الإجرائية المميزة لمسطرة الإندار العقاري حسب ما هو سائد عملياً هو استلزام وجود أمر قضائي بتبليغ الإندار العقاري، مما يفضي بنا إلى التساؤل حول الأساس القانوني لهذا الإجراء أو المسطرة .

الواقع أن العمل القضائي في المغرب يسير في مجموعه على قبول طلبات تبليغ الإندار العقاري المبني على الشهادة الخاصة بتقييد الرهن وذلك تأسيساً على أحكام الفصول 148 و 440 من ق.م.و.و. 204 و 205 من ظهير 2 يونيو 1915، ولعل الذي رسخ هذه الممارسة هو النموذج المعد من طرف وزارة العدل عدد 00/60076 والذي يسمى الأمر ب " القرار بالتنفيذ "⁽²⁾، ويشير إلى مقتضيات الفصل 87 من ظهير 12

(1) وهكذا فقد ورد في القرار عدد 4040 الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 04 نونبر 1994 على أن " مسطرة الإندار العقاري مسطرة استثنائية في النظام القانوني المغربي تسمح بالبيع الجبري في غياب أي ضمانات قضائية سابقة على سريان إجراءات التنفيذ، إلا أن للقضاء أن يتدخل ويأمر بإيقاف إجراءات التنفيذ إن بدا له من ظاهر الوثائق المنازعة الجدية في الدين المضمون به الرهن أنه غير محدد، ذلك أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة " منشور بمجلة المحامي، عدد 34، ص 208، ومن ذلك أيضاً الأمر استعجالي عدد 100 صادر بتاريخ 14/04/1999 في الملف عدد 99/119 والذي ورد فيه على أنه:

"وحيث إن مسطرة الإندار العقاري مسطرة امتيازية تخول للدائن المرتهن الحاصل على الشهادة الخاصة المنصوص عليها في الفصل 58 من ظهير التحفيظ العقاري مباشرة مسطرة التنفيذ الجبري لاستيفاء دينه دون ضرورة الحصول على سند تنفيذي وذلك عملاً بالفصل 204 من القانون العقاري الصادر بتاريخ 1915/06/02.

وحيث إن هذه المسطرة استثناء من القواعد العامة التي توجب على الدائن الحصول على سند تنفيذي قبل مباشرة مسطرة التنفيذ الجبري أما للإندار العقاري من قوة تنفيذية بنص القانون....."، منشور بمجلة الإشعاع عدد 24، ص 266.

(2) وهو التعبير الذي نجده في بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في عهد الحماية، تحت تعبير *ordonnance de mise a exécution*، أنظر حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 20 يونيو 1938 والمنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 787 وتاريخ

غشت 1913، فهل تسعف هذه المقتضيات القانونية للقول بضرورة وجود أمر قضائي لمباشرة مسطرة الإعذار (أو الإنذار العقاري)، وإن كان الأمر كذلك فهل يشترط الأمر المذكور بالنسبة للإعذار المرتبط بكل السندات التنفيذية المعتمدة للتنفيذ على عقار محفظ أم يخص فقط تبليغ الإعذار الناتج عن الشهادة الخاصة بتقييد الرهن؟.

إننا لم نجد في الحقيقة من بين هذه الفصول ما يصلح أساسا للقول بضرورة وجود أمر قضائي بمباشرة مسطرة الإعذار، وذلك للاعتبارات الآتية:

أ: أن الشهادة الخاصة بتقييد الرهن لا تنفرد بأية خصوصية إجرائية مقارنة مع باقي السندات

التفصيلية، وان إجراءات التنفيذ التي تباشر استنادا إلى الشهادة المذكورة هي نفسها المتخذة بناء على سائر السندات التنفيذية الأخرى مع مراعاة الإجراءات التي يفرضها نظام التسجيل العقاري وفق ما ينص عليه الفصل 203 من ظهير 02 يونيو 1915⁽¹⁾، باقي السندات التنفيذية المعتمدة في تنفيذ العقارات المحفظة لا تستثني من مسطرة الإعذار المنصوص عليها في الفصل 440 من ق.م.م والفصل 205 من ظهير 2 يونيو 1915، بدليل ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 206 من ظهير 2 يونيو 1915 التي جاء فيها على أنه "...ويكون الحال كذلك عندما يكون الإعذار الرامي إلى الحجز والمبلغ بناء على سند تنفيذي غير مسجل وغير متضمن للتخصيص - قد سجل على عدة عقارات"، ورغم ذلك لم نجد أحدا يقول بضرورة وجود أمر قضائي بتبليغ الإعذار المبني على باقي السندات التنفيذية، لذلك فلا أساس لتمييز الشهادة الخاصة بتقييد الرهن بإجراء غير منصوص عليه، كما أن الفصل 440 وكذا 205 لا يستلزمان صدور أمر بتبليغ الإعذار، وإنما يكفي فقط وجود طلب من المستفيد من الحكم .

ب: أن الإعذار المنصوص عليه في أحكام التنفيذ الجبري ليس هو نفسه الإنذار الوارد في

الفصل 148 من ق.م.م. (1)، وذلك للاعتبارات التالية:

◀ أن الفصل 148 من ق.م.م يتعلق بالإجراءات السابقة عن الدعوى القضائية وعن تحصيل السند التنفيذي، لذلك فإن المشرع في الفصل المذكور يتحدث عن المدعى عليه الاحتمالي، والحال أن المدين في إجراءات التنفيذ لا ينطبق عليه وصف المدعى عليه.

◀ أن الإعذار يعتبر إجراء تنفيذيا بدليل أن المشرع اعتبره بمثابة حجز عقاري في الفصل 61 من مرسوم 17 دجنبر 1968 المظم للقرض العقاري والفندقي والقرض الخاص بالبناء⁽²⁾، واعترف له ببعض آثار

10 شنتبر 1938، مما يقوي احتمال اعتبار هذا الإجراء من قبيل ما استمر عليه العمل بعد الاستقلال أخذا عما كان عليه الوضع إبان القضاء الفرنسي زمن الحماية.

(1) أنظر بخصوص نفس التوجه، م.م: الإنذار العقاري - مجلة المحاكم المغربية عدد 66 ص 93 وما يليها.

(2) نور الدين الجزولي: الإنذار العقاري وتضارب الاختصاص بين المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية بشأنه، مجلة المنتدى، العدد الأول، أكتوبر 1999، ص 46 وما يليها.

الحجز بخصوص العقارات المحفظة، وهي المنع من التفويت بموجب الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري، فكيف يمكن لإجراء تنفيذي أن يكون موضوعا للمساطر الخاصة بالاستعجال المنظمة بموجب القسم الرابع من ق.م.م، مع أن المشرع أفرد له تنظيمًا خاصًا بموجب الباب الثالث من ق.م.م المنظم للقواعد العامة لتنفيذ الجبري للأحكام وكذا بعض النصوص الخاصة كظهير 02 يونيو 1915 المنظم للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، ومرسوم 17 دجنبر 1968، وإلا أمكن القبول بنفس الأمر بالنسبة لكافة إجراءات التنفيذ ومن ثم القبول بوجود دعوى أصلية بتحقيق الرهن الرسمي العقاري أمام محكمة الموضوع مثلاً.

وتبعاً لذلك فإن الشروط الإجرائية لإعمال الفصل 148 من ق.م.م تبقى غير متحققة، من جهة لوجود نص خاص ينظم هذا الإجراء، ومن جهة أخرى لكونه ينطوي على ضرر أكيد بحقوق المدين، وأي ضرر أكبر من الحجز ذاته، وما ينطوي عليه من تعطيل لصلاحيّة التصرف، ولقد أكدّه القضاء في مناسبات كثيرة، ومن ذلك حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 03/6460 الصادر بتاريخ 09/06/2003 في الملف 11/3/9 الذي ورد فيه على أنه "... حيث إنه إذا كان اختصاص رئيس المحكمة في نطاق الفصل 148 من ق.م.م اختصاص واسع فإن ذلك مقرون بأن لا يكون في الأمر المتخذ ضرر واضح على الخصم أو فيه مساس بأصل الحق أو من شأنه أن يغير مراكز الخصوم"⁽¹⁾، وهذا ما أكدّه المجلس الأعلى في قراره عدد 7082 الصادر بتاريخ 27 نونبر 1996 في الملف عدد 91\200 إلى التأكيد على عدم جواز النظر في صعوبات التنفيذ الوقتية المتعلقة بترتيب الدائنين في نطاق الفصل 148 من ق.م.م، حيث جاء في القرار المذكور على أنه "لكن حيث لئن كان أمر رئيس المحكمة الابتدائية الصادر في نطاق الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية القاضي بقبول الطلب لا يقبل الاستئناف فإن ذلك مشروط بأن يبت هذا الأخير في نطاق صلاحيته المخولة له في إطار الفصل السالف الذكر المتمثلة في البت في إجراء مستعجل في أية مادة لم يرد بشأنها نص خاص وعدم الإضرار بحقوق الأطراف، وموضوع الدعوى منظم بمقتضيات الفصلين 146 و436 من قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالصعوبة في التنفيذ فلا يدخل في مشمولات الفصل 148 المذكور، ومحكمة الاستئناف التي لاحظت أن الطلب قدم في نطاق استشكال مأمور التنفيذ في أمر يتعلق بتزاع الدائنين لمن له الحق في الامتياز لاستخلاص دينه الذي يتمتع بحق الأفضلية بحكم القانون، وهو المنظم بالفصل 436 من قانون المسطرة المدنية، معلنة أن موضوع النزاع يدخل في إطار الدفوع الجديدة التي يعقد أمر النظر فيها لقاضي الموضوع ويحرم على قاضي المستعجلات البت فيه منطلقاً من الفصل الثالث من القانون أعلاه الذي يقضي بأنه يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ووفق القانون الواجب التطبيق في النازلة والذي تطبق مقتضياته على النزاعات

(2) حيث ينص الفصل المذكور على أنه "... وتبلغ كتابة الضبط هذا الإنذار الموضوع طبقاً للفصل 205 من الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) بتحديد التشريع المطبق على العقارات المحفظة وذلك بقصد تقييده في السجل العقاري بمكتب المحافظة على الأملاك العقارية الواقعة للأملاك بدائرتها، ويعتبر الإنذار المذكور وحده بمثابة حجز عقاري خلافاً للقواعد المتعلقة بالتفويض في الاختصاص

بميدان الحجز العقاري"

(1) قرار منشور بمجلة الإشعاع عدد 25، ص 230

بدون استثناء منتهية إلى القضاء بعدم اختصاص رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات في البت في الطلب يكون قرارها مرتكزا على أساس" (2).

لذلك فإن الاعذار يبشر بناء على طلب كما يوجب ذلك الفصل 429 من ق.م.م وليس بناء على مقال كما هو الشأن في إطار الفصل 148 من ق.م.م , على أساس أن الإنذار لا يعتبر من الناحية الفنية طلبا(1)، أما البيانات التي تضمن بالإعذار فيفرضها سياق الإجراء المتخذ والغاية منه وترتبط بتحقيق الصفة في التنفيذ خلاف ما ذهب إليه بعض الفقه(2)، وتبعاً لذلك فإننا لا نعتقد بخضوع الإعذار لمقتضيات الفصلين 1 و32 من ق.م.م المنظمين لشروط الدعوى وشكليات المقال الافتتاحي، كما أن الرسوم القضائية الواجبة تختلف في كلتا الحالتين.

◀ أن الاستناد إلى مقتضيات الفصل 148 من ق.م.م يؤدي إلى تعطيل القوة التنفيذية للسند في حالة الرفض، مادام أن الأمر المذكور لا يقبل الطعن بالاستئناف، خاصة إذا تكرر الرفض رغم تقديم مقال آخر متى كان الرفض مستندا إلى تعليل قانوني لم يقتنع به الدائن، ككون الشهادة الخاصة بتقييد الرهن تتعلق بعقار في طور التحفيظ والحال أن الدائن غير مستفيد من أحكام الفصل 9 من مرسوم 17 دجنبر 1968 التي تجيز تسليم الشواهد الخاصة بالعقارات في طور التحفيظ، وغيرها من الأسباب، مما يطرح التساؤل حول سلطة رئيس المحكمة في هذا الصدد، رغم أنه ممنوع على رئيس المحكمة حتى في إطار صعوبات التنفيذ الوقتية أن يناقش حجية السندات التنفيذية.

(2) قرار منشور بمجلة المحامي عدد 33\32 يونيو 1998، ص 351 وما يليها، وإن كان القرار في توجهه يثير نقاشا قانونيا يتعلق باختصاص القضاء المستعجل في النظر في طلبات رفع التعرض على حصيلته التنفيذية .

(1) فتحي والي: التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى 1962، هامش ص 211، ولا نساير في هذا الصدد ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره عدد 553 الصادر بتاريخ 05\18\2005 في الملف التجاري عدد 1435\2\3\2004 من مساهرة الدفاع في اعتبار الإنذار في إطار الفصل 27 من ظهير 24 ماي 1955 بمثابة مطالبة قضائية ويجب أن يخضع لأحكام الفصل 142 و32 من ق.م.م والذي جاء فيه على أنه "حيث يعيب الطاعن على المحكمة في الوسيلة الأولى خرق قاعدة مسطرية تتعلق بعدم إثبات صفة ومصلحة موجهي الإنذارين ذلك أنه بالإطلاع على الإنذارين موضوع ملفي المختلفة 699\700\2002 يتضح أنهما لا يتضمنان أسماء الورثة مالكي الدكانين 7\9. ومن المعلوم قانونا أن توجيه الإنذار في إطار ظهير 24 ماي 1955 المنظم للعلاقة الكرائية بشأن المحلات التجارية لإجراءات مسطرية يتعين على الطرفين سلوكها وعدم ذكر الأسماء يعد عيبا شكليا وخرقا للفصل 1 والفصلين 32 و142 من ق.م.م ينتج عنه التصريح بنقض القرار المطعون فيه.

حقا حيث إنه لما كان الإنذار بالإفراغ الموجه إلى المكثري في إطار ظهير 24 ماي 1955 المنظم للعلاقة الكرائية بشأن المحلات التجارية يعتبر هو المنطلق للإجراءات المسطرية الواجب سلوكها من الطرفين والتي قد تؤدي إلى الحكم ببطان الإنذار أو المصادقة عليه فإنه يتعين أن يتوفر هذا الإنذار حتما وبالضرورة على البيانات اللازمة ومنها أسماء موجهي الإنذار بدقة وتفصيل، وإنه لئن كان المكثري غير ملزم بالبحث عن أسماء ورثة المكثري فإن نازلة الحال تختلف مادام أن موجها الإنذار هم ورثة المكثري، والمحكمة عندما ردت الدفع المثار بهذا الشأن بعلّة "أنه مادام أن المستأنف عليهم هم ورثة الهالك محمد عبيد وجهوا الإنذارين بالإفراغ إلى المستأنف فإن صفتهم في توجيه الدعوى تكون قائمة في النازلة " تكون قد خالفت مقتضيات المحتج بها وركزت قرارها على غير أساس وكان ما نعاها الطاعن على القرار واردا عليه يستوجب نقضه"، قرار غير منشور. وهذا القرار يخالف قرارات عديدة للمجلس الأعلى تعتبر أن توجيه الإنذار باسم ورثة المكثري دون بيان أسماء الورثة صحيحا، فضلا عن أنه لم يلتفت للقاعدة الإجرائية المعروفة وهو أنه لا بطلان بدون ضرر.

(2) عبد الواحد بن مسعود: الإنذار العقاري ببياناته ومرفقاته وموقف القضاء من الطعن في بطلان الإنذار، مجلة القضاء والقانون، العدد 148، السنة 31، ص 190.

« بل إن خطورة الاعتماد على الفصل 148 من ق.م.م تنتج من اعتبار جميع المنازعات اللاحقة المتصلة بموضوع الإنذار في إطار ما يسمى بالتعرض على الإنذار العقاري أو بطلان الإنذار العقاري من اختصاص رئيس المحكمة تأسيسا على شرط الرجوع إلى الجهة المصدرة للأمر المبني على طلب في حالة وجود أي صعوبة وفق ما ينص عليه الفصل 148 من ق.م.م, وأحتى اعتبار الإعذار من الإجراءات الوقتية, مع أن الإعذار أو الإنذار يعتبر إجراء تنفيذيا وليس إجراء وقتيا, وبالتالي فلا تنطبق عليه أحكام الأوامر الولائية الحجية المؤقتة المرتبطة بعدم تغير الأسباب التي صدر في ظلها, وتبعاً لذلك فنحن لا نؤيد ما جاء في الأمر الاستعجالي عدد 202 الصادر بتاريخ 13\04\2001 في الملف عدد 3\2001\103, والذي ورد فيه ما يلي :

"حيث إن الطلب يهدف في أساسه إلى إصدار أمر بإيقاف إجراءات الإنذار العقاري رقم 2000\136 موضوع الأمر الصادر بتاريخ 15\08\2000 في الملف عدد 2000\2666 المتعلق بالرسم العقاري عدد 03\24061 المدعو (ج س), وذلك إلى حين البت في دعوى المحاسبة المقامة أمام هذه المحكمة من طرف المدعية.

وحيث إن الإجراء المطلوب توقيفه صدر في إطار المقالات المختلفة بناء على طلب ويعد من الإجراءات الوقتية التي تزول من وقت لآخر, وبالتالي فإن القضاء المستعجل وحده هو المختص للبت فيه مادام أن موضوعه لا يمس الجوهر في شيء, مما يكون معه الدفع بعدم الاختصاص المثار من طرف المدعى عليها لا أساس له ويتعين رده.⁽¹⁾

« بالإضافة إلى التعقيدات الإجرائية التي يمكن أن تنتج عن أعمال المقتضى الذي يسمح لرئيس المحكمة بإمكانية البت في الحالات الواردة في الفصل 148 بصفته قاضيا للمستعجلات بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 149 من ق.م.م, من قبيل استدعاء المدعى عليه أو البحث في اعتبار تبليغ الإنذار يدخل في حالات الاستعجال القصوى, وكذا القابلية للاستئناف, ونطاق تقييد التنفيذ المعجل بكفالة.....

ج: إن المناقشة الجوهرية التي بثيرها اشتراط الأمر القضائي لتبليغ الإعذار هو مفهوم "الأمر الرسمي بالحجز العقاري" الوارد في الفصل 87 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري, الذي ينص على أن كل أمر رسمي بحجز عقاري يجب أن يبلغ لمحافظة الأملاك العقارية الذي يسجله بالرسم العقاري, وابتداء من تاريخ التبليغ المذكور لا يمكن أن يباشر بشأن العقار أي تسجيل جديد خلال مدة جريان مسطرة نزع الملكية", فهل يحتاج تبليغ الإعذار إلى صدور أمر رسمي بذلك⁽¹⁾, وهل المقصود بالأمر الرسمي الأمر القضائي الصادر في إطار الفصل 148 من ق.م.م بتبليغ الإعذار, أم المقصود به

(1) أمر غير منشور.

(2) حبيبة التايس: الإشكالات العملية في موضوع الإنذار العقاري, المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات, العدد 2 ماي 2003, ص 34..

الحجز التحفظي، أم له معنى آخر؟ والملاحظ أن المشرع حافظ على نفس التعبير في المادة 36 من قانون تسديد الديون الرهنية الصادر بتاريخ 25 غشت 1999 بخصوص تسجيل مستند تفويت الديون الرهنية والتي تنص على أنه "استثناء من أحكام الفصل 87 من الظهير الشريف المشار إليه أعلاه الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913)، يتم التقييد المذكور على الرغم من أي تبليغ لأمر رسمي بالحجز العقاري للعقار المثقل بالرهن".

إن مصطلح الأمر الرسمي هو مجرد ترجمة ترجمة للمصطلح الفرنسي « commandement » والوارد في الصيغة الفرنسية لنص الفصل المذكور وكذا الفصل 61 من مرسوم 17 دجنبر 1968 وأيضا الفصل 187 من ظهير 2 يونيو 1915 الذي ينص على أنه "إذا لم يوف الغير الحائز بالتزاماته الرهنية إيفاء تاما يحق لكل دائن مرتهن مسجل أن يحصل على بيع الملك المرتهن بدون تحفظ وهو بيد الحائز المذكور وفق الإجراءات الشكلية المقررة في الحجز العقاري بعد 15 يوما من الأمر الرسمي الموجه للمدين الأصلي والإنداز الرسمي المرسل للغير الحائز لأداء الدين الواجب أدائه أو التخلي عن العقار " ويقابل هذا الفصل نص المادة 2169 من القانون المدني الفرنسي الذي ورد فيه على انه :

« faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement a l'une des ces obligations ,chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothèque 30 jours après commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage» .

والمصطلح الفرنسي المذكور نجد له عدة مقابلات في النص العربي كالأمر الرسمي المشار إليه والإنداز (ف61 من مرسوم 1968/12/97)، والتنبيه (ف 55 من ظهير 27 أبريل 1984 المتعلق بتنظيم المصاريف القضائية في الميدان المدني)، أو التنبيه بنزع الملكية كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه (1) .

إذن فمفهوم الأمر الرسمي هو الاعذار نفسه المنصوص عليه في الفصل 440 من ق.م.م مادام المشرع المغربي وعلى خلاف باقي التشريعات التي ميزت في التنفيذ العقاري بين مرحلتين مرحلة تبليغ السند التنفيذي والتكليف بالوفاء كقاعدة عامة في كل إجراءات التنفيذ، وبين الإعداز أو التنبيه بنزع الملكية والذي يقوم مقام محضر الحجز العقاري ويعتبر بمثابة حجز بعد تقييده بالسجل العقاري و ليس المقصود به الأمر القضائي، بتبليغ الإنداز العقاري بالنسبة لمن يقوم بذلك ، ولا بالحجز التحفظي مادام أن اتحاد صيغة الفصل 87 مع صيغة الفصل 187 من ظهير 1915/6/2 المتعلق ببيع الملك المرتهن و الذي يحيل على الإجراءات المقررة في الحجز العقاري وهي الفصول 469 إلى 487 من ق.م.م. مما يؤكد ارتباطها بأحكام الحجز التنفيذي العقاري وهو ما يوحي سياق الفصل 203 وما يليه من ظهير 2 يونيو 1915 ولا نعتقد بأنها تتعلق بالحجز التحفظي فضلا عن أن وجوب تقييد الحجز التحفظي بالسجل العقاري مقرر بمقتضى آخر هو الفصل 207 من ظهير 02 يونيو 1915 الذي ينص على أن "الحجز التحفظي الواقع على عقار محفظ وما

(1) محمد خيرى : حماية الملكية العقارية ونظام التحفظ العقاري بالمغرب ،دار نشر المعرفة،طبعة 2001 ص 382..

قد يتبعه من فك أو تحويل إلى حجز عقاري تنفيذي يخص للتسجيل بالسجل العقاري عملا بالمبدأ المقرر في الفصل 65 من الظهير المتعلق بالتحفيظ⁽¹⁾، كما أن اعتبار الأمر الرسمي بحجز عقاري بمعنى الأمر القضائي بالحجز المذكور لا يتلاءم والإجراءات المسطرية المنظمة للحجز التنفيذي العقاري والذي يتم بناء على طلب لا بمقتضى أمر قضائي [ف 469 و 470 ق.م.م، ولا نعتقد بأن الصلاحية المخولة للقاضي المنتدب في إطار المادتين 622 و 624 من مدونة التجارة بخصوص التصفية القضائية لأصول المقاوله⁽²⁾، بما في ذلك الأمر بالبيع بالمزاد العلني أو البيع بالتراضي لأموال المقاوله الأخرى (م 624 م.ت) بما فيها الأموال العقارية، تخرج عن القاعدة المذكورة، اعتبارا لكون تلك الصلاحية تهم البيع لا الحجز مادام أن نظام معالجة صعوبات المقاوله يعرف مؤسسات قانونية أخرى تؤدي وظيفة الحجز كوقف المتابعات الفردية ومنع طرق التنفيذ (ف 555 من مدونة التجارة)...، واعتبارا لكون الإحالة على الأحكام العامة للحجز العقاري بخصوص بيع الأصول العقارية للمقاوله موضوع التصفية القضائية تقتضي مراعاة خصوصيات مساطر معالجة صعوبات المقاوله، لذلك فإن بعض الأحكام العامة للحجز التنفيذي العقاري لا تجد لها تطبيقا في نطاق مسطرة التصفية القضائية، ومن ذلك بالاساس مسطرة الاعذار أو الإنذار العقاري ..(2)

لذلك فنحن لا نؤيد الفقه القائل بضرورة توجيه الإعذار أو الإنذار في إطار الفصل 148 من ق.م.م⁽¹⁾، والذي كان من نتائجه تعقيد أكثر لإجراءات التنفيذ العقاري يستغرق الوقت والتكاليف.

² ومن هذه الصلاحيات أيضا:

◀ الإذن ببيع العقار إما بمزايدة ودية بالثمن الافتتاحي الذي يحدده إما بالتراضي وفقا للثمن والشروط التي يحددها إذا كان من شأن طبيعة محتوى العقارات وموقعها أو العروض المقدمة إتاحة التوصل إلى تفويت ودي بأفضل الشروط وذلك بعد تلقي ملاحظات المراقبين أو الاستماع لرئيس المقاوله والسنديك أو استدعائهما بصفة قانونية (م 4/622 مدونة التجارة).
 ◀ تحديد الثمن الافتتاحي للمزايدة وكذا الشروط الأساسية للبيع وشكليات الشهر، وذلك بعد تلقي ملاحظات المراقبين والاستماع لرئيس المقاوله والسنديك أو استدعائهما بصفة قانونية (م 2/622 مدونة التجارة).

(2) أنظر في تفصيل أكثر حول التداخل بين أحكام الحجز التنفيذي العقاري وأحكام التصفية القضائية :

BOUHENIC et PRIOU GADALA , Techniques des ventes judiciaires d'immeubles adaptées aux procédures collectives , Gazette du Palais 16 au 18 Novembre 1997 page 10 et s .

(1) - عبد الواحد بن مسعود: الإنذار العقاري ببياناته ومرفقاته وموقف القضاء من الطعن في بطلان الإنذار، مجلة القضاء والقانون، العدد 148، السنة 31، ص 203..

- محمد سلام : تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2002 ، ص 28 .
- محمد خيرى : حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب ، مرجع سابق ، ص 382..
- محمد فركت : الرهن الرسمي والإجراءات المسطرية، الندوة الأولى للعمل القضائي والبنكي، مطبعة النجاح الجديدة، 1988، ص 176.
- محمد ابن الحاج السلمي : سياسة التحفيظ العقاري في المغرب بين الإشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي الاقتصادي، منشورات عكاظ، طبعة 2002 ص 251.
- حسن فتوخ : إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية من طرف المحافظ العقاري، مجلة المحامي، عدد 48، ص 168.

ثانياً : دور الممارسة القضائية في تقليص الفوارق الإجرائية

المرتبطة بمساطر التنفيذ.

لقد اقتضى التنوع في أشكال الضمانات وكذا وعائها، اختلاف المساطر القانونية لتحقيقها، وتوزيع الحصيلة الناتجة عنها، ولعل أهم خصوصية في هذه المساطر هو ميزة القوة التنفيذية التي تتمتع بها الشهادة الخاصة بتقييد الرهن والتي تعطي للرهن الرسمي صدارة الأهمية ضمن باقي الضمانات، وتعزز الوضع الائتماني للعقار المحفظ مقارنة بباقي العقارات، وخاصة الرهن الحيازي الوارد على عقار غير محفظ، فهل من إمكانية قانونية لتجاوز هذا الفارق الإجرائي المؤثر؟.

إن الأمر ليس رهينا بالضرورة بتدخل تشريعي، وإنما فقط عبر تأويل قانوني تسعف النصوص في إقراره مساندة لممارسة قضائية كرسها قضاء الحماية، ونقصد بذلك إمكانية تطبيق مسطرة الفصل 1218 وما يليه من ق.ل.ع المتعلقة بتصفية الرهن الحيازي الوارد على منقول على الرهن الحيازي الوارد على عقار غير محفظ، حيث ينص الفصل 1218 المذكور على أنه "عند عدم الوفاء بالالتزام، ولو جزئياً يثبت للدائن الذي استحق دينه بعد مضي سبعة أيام من مجرد الإعلام الرسمي الحاصل للمدين، وللغير المالك للمرهون إن وجد، الحق في أن يلجأ إلى بيع الأشياء المرهونة بيعاً علنياً.

ويحق للمدين وللغير المالك للمرهون التعرض خلال الأجل السابق باستدعاء الدائن للحضور إلى جلسة معينة التاريخ والتعرض بوقف البيع.

وإذا كان المدين لا يقيم في نفس المكان الذي يوجد فيه الدائن أو لم يكن له فيه موطن، زيد في أجل التعرض بسبب المسافة وفقاً لما يقضي به قانون المسطرة.

وإذا فات الأجل ولم يقع تعرض أو وقع ثم رفض كان للدائن أن يطلب بيع الأشياء المرهونة قضائياً"

(1).

(1) وكذا الفصل 1219 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "يجوز للطرفين أن يمددا الأجل الذي يجب أن ينقضي بين الإعلام الرسمي وبين البيع، ولكن لا يجوز لهما تقصيره إلى أقل من الأيام السبعة المقررة في الفصل السابق".

لقد كان القضاء العصري زمن الحماية يوسع نطاق أعمال المسطرة المذكورة لتشتمل بالإضافة إلى الرهن الحيازي للمنقول، الرهن الحيازي المنصب على العقارات غير المحفظة، تأسيسا على كون المشرع لم ينظم الرهن الرسمي الوارد على عقارات غير محفظة ولم ينظم مسطرة تصفية الرهن الحيازي الوارد على العقارات المذكورة، وعلى أن الفقه الإسلامي لم يميز بخصوص عقد الرهن بين رهن المنقول ورهن العقار وإنما يخضعان لنفس القواعد، وهكذا فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 7 يوليوز 1927 على أنه:

« s'agissant d'un immeuble non immatriculé, les règles du nantissement immobilier, pour parvenir à la réalisation de l'immeuble, ne peuvent pas à l'évidence, être celles tracées par les articles 204 et suivant du Dahir de 2 juin 1915 formant loi foncière.

D'autre part, après avoir dans son article 1170 défini le nantissement, le D.O.C ne règle pas la liquidation du nantissement immobilier, il faut conclure de ce silence du législateur que les règles applicables à cette liquidation sont celles tracées par les articles 1118 et suivant du même code, pour la liquidation du gage mobilier, à peine de déni de justice.

Au surplus, **le contrat de rahnia du droit musulman ne distingue pas entre le gage au nantissement mobilier et le nantissement immobilier qui sont soumis l'un et l'autre au mêmes règles.**

Cela étant, l'article 1218 du D.O.C ne soumet pas la liquidation du gage à la condition que le créancier ait obtenu un titre exécutoire, il suffit au créancier d'une simple signification, faite au débiteur, de sa volonté de procéder à la vente de l'objet donné en gage à défaut de paiement »(1).

وهو نفس التوجه الذي أكدته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في قرارها الصادر بتاريخ 1 يوليوز 1931(2) وكذا الصادر بتاريخ 3 يناير 1934(3) وهو التأويل الذي لم نجد له مقابلا في القضاء المغربي بعد الاستقلال، بل إن نطاق أعمال ق.ل.ع عموما في نطاق العقار غير المحفظ عرف اختلافا فقها وقضايا واسعا مرده إلى تأويل مقتضيات الفصل الثالث من قانون 26 يناير 1965 المعروف بقانون توحيد القضاء ومغربته وتعريبه والتي جاء فيها على أن **النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية**

(1) R.A.C.A.R., T.IV, p 303, in François-Paul BLANC : les obligations et les contrats en droit Marocain (D.O.C. annoté), Sochpress, édition 2001, p 698.

(2) «les règles de nantissement immobilier pour parvenir à la réalisation de l'immeuble non immatriculé étant régies par les articles 1218 et suivant du D.O.C, une simple signification du créancier au débiteur de sa volonté de réaliser le gage à défaut de paiement et suffisant pour obtenir la liquidation de celui-ci »

G.T.M, 1932, n° 478 p.29.

(3) « un immeuble non immatriculé ne peut faire l'objet d'une hypothèque, celle-ci n'existant pas en droit Marocain, mais peut faire l'objet d'un nantissement immobilier, dont les règles concernant la réalisation de l'immeuble, sont régies par les articles 1218 et suivant du D.O.C, relatif à la liquidation du gage mobilier.

En conséquence, il suffit au créancier nanti pour procéder valablement à cette réalisation de l'immeuble, de faire au débiteur une simple signification de sa volonté de procéder à la vente à défaut de paiement » G.T.M 1934 n° 576, p 51.

الجاري بها العمل تبقى سارية المفعول إلى أن يتم مراجعتها لدى المحاكم المذكورة"، ثم جاء المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 31 دجنبر يؤكد بأن المقصود بالقوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل هي جميع القوانين المدنية والجنائية الصادرة ابتداء من سنة 1913 والتي كانت تطبق أمام القضاء الفرنسي، في حين فسر المجلس الأعلى النصوص الشرعية بكونها هي أحكام الفقه المالكي المعتمد في المغرب والمطبق على العقارات غير المحفظة، مما فسح المجال أمام إشكالية التنازع بين الفقه المالكي و ق.ل.ع في مجال العقار غير المحفظ، والتي لم يتبلور بشأنها رأي موحد، بخصوص ترتيب أعمال هذين المصدرين، فبين قائل بتطبيق الفقه المالكي واستبعاد ق.ل.ع لأنه يطبق فقط على المنقولات(1)، ولأن الفقه الإسلامي هو الذي كان مطبقا ولا يزال سواء أمام القضاء الشرعي أو القضاء العصري، وبين مؤيد للرجوع أولا إلى ق.ل.ع باعتباره الشريعة العامة للقانون الوضعي المغربي وانسجاما مع مبدأ وحدة القضاء، فإن أعوز النص الصالح لحل النزاع المطروح ثم الرجوع إلى الفقه المالكي، مع وضع حلول ملائمة فيما يخص بعض الأوضاع التي يصعب تطبيق ق.ل.ع مباشرة بشأنها كما هو الحال بالنسبة للإثبات في مادة العقار غير المحفظ،(2) في حين ذهب اتجاه آخر إلى التأكيد على أن ق.ل.ع لا يعتبر مصدرا قانونيا تكميليا يلزم الرجوع إليه عند انعدام نص في المدونة والفقه، كما أنه ليس مصدرا أجنبيا لا يجوز الرجوع إليه ولو انعدم النص في هذين المصدرين، وإنما هو مصدر استثنائي يمكن للمحكمة الرجوع إليه في حالة عدم وجود نص على سبيل الاختيار بينه وبين الاجتهاد في استنباط الحكم من مبادئ الشريعة وقواعدها، بل يمكنها تطبيقه بصورة استثنائية ولو مع وجود نص في الفقه متى كان الحكم الفقهي غير ملائم للتطبيق"(3)، وهو الرأي الذي نميل إلى تأييده متى تعلق الأمر بالأحكام الموضوعية أو بالمؤسسات الفقهية المنظمة تنظيميا خاصا والتي يسمح القاضي الاجتهاد بشأنها في ضوء الكليات العامة للشريعة، أما حين يتعلق الأمر بمسألة إجرائية مسطرية وردت في ق.ل.ع ولم يفرد لها الفقه الإسلامي حكما خاصا، كما هو الشأن بخصوص مسطرة تحقيق الرهن الحيازي الوارد على عقارات غير محفظة ولا تشكل أي تعارض مع أية قاعدة فقهية فإنه يمكن الرجوع إلى أحكام ق.ل.ع.

وتبعاً لذلك فإننا نعتقد بإمكانية إعمال مقتضيات الفصل 1218 وما يليه من ق.ل.ع بخصوص مسطرة الإعذار في تحقيق الرهن الحيازي على العقارات غير المحفظة، خاصة وأن المجلس الأعلى نفسه اعتمد مقتضيات الفصل 1223 من ق.ل.ع المتعلقة بتصفية الرهن الحيازي الوارد على منقول لتبرير توجهه القاضي بعدم جواز الجمع بين مسطرة تحقيق الرهن الرسمي ودعوى الأداء، حيث ورد في قراره عدد 1472 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 2000 في الملف التجاري رقم 98/610 "حيث إنه إذا كان للدائن

(1) محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1990، ص 6.
(2) محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق بالدار البيضاء، 1985-1986، ص 116 وما يليها.
(3) أحمد الخمليشي: وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1988، ص 56-57.

المرتهن رهنا رسمياً أن يتقدم بدعوى أداء الدين الأصلي لاستخلاص دينه المضمون عند حلول أجله باعتباره دائناً عادياً يمكنه استخلاصه من جميع أموال المدين وكان له أن يتبع المسطرة المقررة قانوناً لتحقيق الرهن الرسمي في نطاق الفصل 204 من ظهير 1915/6/2 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفوظة وذلك باعتباره دائناً مرتهاً فإنه لا يمكنه الجمع بين المسطرتين في آن واحد قياساً على قاعدة الفصل 1223 من ق.ل.ع الناصة على أنه إذا لم يكف المتحصل من البيع للوفاء بالدين فإن للدائن حق الرجوع منه على المدين، وهي قاعدة وإن تعلق بالرهن الحيازي فإنها صالحة للتطبيق على الرهن الرسمي غير المنظم لمضمونها، ومحكمة الاستئناف التي ردت الدفع المثار من الطالب بهذا الخصوص بعلّة "أنه لا مانع من سلوك المسطرتين معاً" تكون قد بنت قرارها على أساس قانوني غير سليم وعرضته للنقض⁽¹⁾.

وهو ما من شأنه أن يحقق نتائج عملية مهمة توازي تلك المقترنة بتحقيق الرهن الرسمي الوارد على عقارات محفظة، بل تفوقها، وذلك في إطار مسطرة مبسطة وغير مكلفة تقوم على العناصر الآتية:

1. أن تحقيق الرهن لا يحتاج إلى سند تنفيذي ولا إلى شهادة خاصة، وإنما يرتبط فقط بثبوت الدين، وهو ما يلائم حتى مقتضيات الفقه الإسلامي التي لا تعرف فكرة السند التنفيذي.
2. أن مسطرة الفصل 1218 من ق.ل.ع تعرضت لوضعية الكفيل العيني خلاف الوضع في ق.م.م وظهير 02 يونيو 1915.
3. أن تحقيق الرهن يبدأ بتوجيه إعلام رسمي للمدين وللغير المالك للمرهون إن وجد بالأداء، وبعد مرور سبعة أيام يمكنه مباشرة مسطرة بيع الأشياء المرهونة بيها علنياً، على أنه يجوز للطرفين أن يمددا الأجل الذي يجب أن يفصل بين الإعلام الرسمي وبين البيع، دون أن يكون بإمكانهما النزول إلى أقل من سبعة أيام..
4. إقرار مسطرة التعرض على الإنذار خلال الأجل القانوني (7 أيام) أو الاتفاقي مع مراعاة آجال المسافة الواردة في ق.م.م، وذلك بواسطة استدعاء يوجه من طرف المدين أو الغير المالك للمرهون للحضور إلى جلسة معينة التاريخ، وهي المسطرة غير المنصوص عليها في ق.م.م وظهير 02 يونيو 1915، حيث يظل باب الطعن مفتوحاً إلى ما قبل السمسرة وفق ما ينص عليه الفصل 484 من ق.م.م، بل إن العديد من المحاكم تنتظر حتى في الطعون المثارة بعد الأجل المذكور والمتعلقة بإجراءات سابقة عن السمسرة، حيث

(1) قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 ص 439، مع تعليق للأستاذ عبد الرحمان مزور ص 456.

يترتب على التصريح بالبطان إعادة سلسلة من الإجراءات مما يكلف وقتا مهما ومصاريف باهضة لا تخدم الائتمان العقاري في شيء.

5. جعل مجرد التعرض يرتب أثرا موقفا للبيع كما هو الحال بالنسبة لدعوى الاستحقاق الفرعي ودعوى بطلان إجراءات التنفيذ طبقا لمقتضيات الفصلين 482 و 483 من ق.م.م والذين خضعا لتقييدات فقهية وقضائية كادت تفرغهما من مضمونها وذلك عن طريق استلزام أمر قاضي المستعجلات بالإيقاف.

وبعد استيفاء الإجراءات المبينة أعلاه يتم الرجوع إلى الأحكام المنصوص عليها في ق.م.م بخصوص إنجاز محضر بالحجز، والإشهار والبيع وغيره من الإجراءات. واضح مما سبق عرضه أن القضاء يمكن أن يلعب دورا مهما في توكي العدالة الإجرائية، سواء عبر البحث في تأويلات قانونية منضبطة تستوعب حالات القصور التشريعي، أو عبر التصدي لمظاهر الغموض الإجرائي والاجتهاد في استنباط التأويل الأكثر عدالة .

والحمد لله العلي الذي لا يحصى نعيمه.