



المملكة المغربية
جامعة محمد الخامس بالرباط
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
أكدا



شعبة القانون الخاص
وحدة قانون الأعمال

أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق

في موضوع:

مركز الضمانات العينية العقارية في ظل مساطر صعوبات المقاولات

إشراف الأستاذ
الدكتور محمد طبشي

إعداد الطالب
حسن أحيدو

لجنة المناقشة

مشرفا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق أكدا	الدكتور : محمد طبشي
رئيسا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق أكدا	الدكتور : عبد القادر المرعاري
عضوة	أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق أكدا	الدكتورة: لطيفة المهداتي
عضوا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق أكدا	الدكتور : محمد الهلالي
عضوا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالدار البيضاء	الدكتور : منير ثابت

السنة الجامعية
2017 - 2018

كلمة شكر

**أتقدم بخالص الشكر والامتنان لأستاذي
الفاضل الدكتور محمد طبشي لما حابني به
من توجيه وإرشاد، ولما قدمه لي من عون صادق
لإنجاز هذا العمل المتواضع.**

**كما أتقدم بالشكر الجزيل الى الأساتذة
أعضاء لجنة التقييم والمناقشة في قراءة
وتصويب هذا البحث.**

**والشكر موصول الى كل من ساعدني في إخراج
هذا العمل الى حيز الوجود.**

فك الرموز

باللغة العربية:

ظ.ل.ع : ظهير الالتزامات والعقود

ظ.ت.ع : ظهير التحفيظ العقاري

م.ت : مدونة التجارة

م.ش : مدونة الشغل

م.س : مرجع سابق

م.ح.ع : مدونة الحقوق العينية

باللغة الفرنسية:

Op : ouvrage précité.

Sui : suivant.

T : tome.

P : page .

L.G.D.J : librairie générale de droit et de jurisprudence .

مقدمة

يحتاج التاجر، سواء كان شخصا ذاتيا أو معنويا، إلى التوفر على رأسمال ضخم قصد القيام بجميع المعاملات التجارية، والاستمرار في استغلال مقاولته وتوسيع مشاريعه وتغطية حاجياته اليومية، غير أنه من الصعب عليه القيام بجميع معاملاته مهما توافرت لديه من أموال، الأمر الذي يدفعه إلى الاعتماد على تقنيات الائتمان،¹ هذا الأخير الذي يعد عنصرا أساسيا لممارسة أي نشاط تجاري مهما كانت طبيعته، بل الأكثر من ذلك، يعد ضرورة أساسية من ضروريات النشاط الاقتصادي²، فالتاجر قد لا تكفيه أمواله الذاتية لإجراء جميع معاملاته التجارية، ومن ثمة بات من الطبيعي الاعتماد على الغير قصد سد حاجياته المالية، بحيث يلجأ إلى مؤسسات الائتمان (البنك وشركات التمويل) أو إلى أشخاص عاديين.

وبمقتضى الائتمان يحصل التاجر المدين على كل ما يحتاج إليه من أجل القيام بمعاملاته بفعل الثقة التي يمنحها له³، فالدائن ما كان يجازف بأمواله لولا الثقة التي يضعها في المدين، هذه الثقة تجعل الدائن مطمئنا على استرجاع أمواله في تاريخ استحقاقها، وإلا أمكن له اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية للحصول على دينه⁴، وذلك اعتمادا على فكرة الضمان العام والتي تقضي بأن جميع أموال المدين ضمان عام لدائنيه⁵.

1- امحمد لفروجي : كتلة الدائنين في الإفلاس في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1993-1994، ص: 1.

2- جمال الدين المزكلي: الضمانات العينية العقارية في المجال البنكي (دراسة خاصة في مدى فعالية الرهن الرسمي العقاري)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني و الأعمال، جامعة عبد المالك السعدي ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، طنجة ، السنة الجامعية 2008 _ 2009 : ص: 2

3- امحمد لفروجي : مرجع سابق، ص: 1.

4 - يجوز أيضا للدائن بدين مقترن بأجل أن يتخذ، ولو قبل حلول الأجل، كل الإجراءات التحفظية لحفظ حقوقه، إذا كانت له مبررات معتبرة تجعله يخشى إفسار المدين أو فراره إعمالا لمقتضيات الفصل 138 من ظ.ل.ع.

5. انظر الفصل 1241 من ظ.ل.ع.

وحماية للضمان العام المقرر لفائدة الدائنين، فإن المشرع نظم مجموعة من الوسائل القانونية وفي مقدمتها نجد حق الحبس⁶، والحجوزات⁷، إضافة إلى حق الدائن في مباشرة بعض الدعاوى كدعوى الصورية والدعوى البوليصة والدعوى غير المباشرة⁸، غير أن اتخاذ هذه الإجراءات ولئن كانت غايتها الأساسية عدم التصرف

⁶ - للمزيد من التفاصيل بخصوص حق الحبس انظر الدراسات الآتية:===

=== نرجس الكرويطي: الحق في الحبس، بحث تأهيلي في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 1 وما بعدها.

- مصطفى حيتي: حق الحبس وأثره على المراكز القانونية للدائنين، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2000-2001.

⁷ - للمزيد من التفاصيل بخصوص الحجوزات التحفيظة انظر:

- رشيد قافو: الحجز التحفظي في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2009-2010.

- مجيدة الزباني: الحجز التحفظي، قواعده، وتطبيقاته، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999.

⁸ - والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينظم بعض الوسائل الحمائية التي سنتها أغلب التشريعات المدنية حفاظا على الضمان العام المقرر لفائدة الدائن العادي، وعليه فإنه بالرجوع إلى ظهير الالتزامات والعقود لم يعالج أحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة، لكنه مقابل ذلك، نظم دعوى الصورية من خلال الفصل 22 من ظ.ل.ع وكذا حق الحبس من خلال الفصل 291 وما يليه منه.

ورغم ذلك فإن هناك بعض تطبيقات للدعوى غير المباشرة في القانون المغربي ومن ذلك نجد المادة 278 من مدونة الحقوق العينية والتي نصت على أنه " لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله"، وبناء عليه فإن الدعوى غير المباشرة يمكن أن تمارس ضد تصرف بالهبة قام بها شخص وقد أحاط الدين بماله.

في هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "...فلجوء المدين والحالة هذه وقبل مدة تقارب الشهر... إلى إبرام عقد الصدقة لفائدة بنته لمن شأنه الإضرار بدائنه من خلال حرمانه من استيفاء دينه من أموال مدينه والتي تشكل ضمانا عاما له (ف 1241 ق ل ع) وبالتالي من حقه التصدي للعقد المذكور والمطالبة بإبطاله ولأن الالتزام لا يلزم إلا من هو طرف فيه ولا يضر ولا ينفع الغير إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا (الفصل 228 ق ل ع) وعقد الصدقة وإن كان لازما لطرفيه فإن أثره امتد إلى الغير (الدائن المتصدق) وأضر به ..."

- قرار عدد: 792، المؤرخ في 20 نونبر 2012، ملف عدد: 2010 | 1 | 2 | 528، منشور بالموقع الإلكتروني www.alkanounia.com، تاريخ المراجعة 09 | 12 | 2017.

- للتوسع أكثر بخصوص الوسائل الحمائية للحفاظ على الضمان العام انظر:

العربي الحمشي: المركز القانوني للدائن العادي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية الحقوق القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 2002-2003، ص: 289 وما بعدها.

في مال المدين⁹، فإنها لا تخول له حق الأولوية في استيفاء دينه خاصة في حالة تعدد دائتي المدين.

غير أن الضمان العام، قد لا يوفر للدائن الحماية اللازمة لاسترجاع دينه خاصة في حالة إعسار المدين، أو شهر إفلاسه، إضافة إلى كون المدين قد يرتب على ذمته عدة التزامات مما يؤدي إلى تعدد الدائنين، وهذا يترتب عنه مزاحمة هؤلاء الدائنين الدائن القديم، ومن ثمة تقسيم تلك الأموال بين الدائنين العاديين جميعا قسمة الغرماء¹⁰، وهذا يؤثر سلبا على الدائن القديم ولو كان دينه سابقا من حيث التاريخ على باقي الديون الأخرى، على اعتبار أنه في حالة تعدد الدائنين العاديين وكانت الأموال المتحصلة من الضمان العام غير كافية لسداد ديونهم جميعها لا يحصل الدائن القديم إلا على جزء من دينه.

ولتوفير الحماية اللازمة للدائن من مختلف المخاطر التي يتعرض لها في الضمان العام، فإن أغلب التشريعات ومن بينها التشريع المغربي وضع تحت تصرف الدائن مجموعة من الضمانات القانونية الغاية منها تأمين الدائن قصد الحصول على دينه بالكامل وعند حلول أجله، لكونها تخول له مجموعة من الحقوق التي تجعله يستوفي دينه بالأولوية على باقي الدائنين التاليين له في الرتبة، وكذا على الدائنين العاديين، مثلما تخول له حق تتبع المال محل الضمان في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به، وهذه الضمانات تسمى بالضمانات العينية تمييزا لها عن الضمانات الشخصية¹¹، والضمانات العينية بدورها تنقسم إلى ضمانات عينية واردة على المنقول وضمانات عينية واردة على العقار.

و في ظل غياب تعريف تشريعي للضمانات العينية، فإن الفقه تولى هذه المهمة الصعبة، حيث يتفق في كونها تخصيص مال معين أو عدة أموال مملوكة للمدين أو للغير تخول للدائن الوفاء بدينه بالأولوية. فالدائن المستفيد من الضمانات العينية

⁹ - يونس الزهري: "الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي"، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، السنة 2007، ص: 38.

¹⁰ - يونس الزهري: المرجع السابق، ص: 38.

¹¹ - وتعرف الضمانات الشخصية بضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، وبذلك يصبح للدائن مدينان أو أكثر بدلا من مدين واحد، بحيث يحق للدائن الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن قصد تنفيذ الالتزام، ومن أهم صور الضمانات الشخصية الكفالة والتضامن بين المدينين.

انظر:

العربي الحمشي: مرجع سابق، ص: 4 وما بعدها.

يستفيد من حق الأفضلية مقارنة مع الدائنين العاديين مثلما يتمتع أيضا بحق التتبع¹²، ويترتب عنه تتبع المال موضوع الضمان العيني في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به، والفقه المغربي لم يخرج بدوره عن هذا التعريف فقد عرفها عند معرض حديثه عن الحقوق العينية التبعية بأنها "هي التي تتعلق بعين أو بأعيان تخصص لضمان تنفيذ التزام أصلي بحيث يكون للدائن حق أفضلية في استيفاء دينه من ثمن هذه العين أو هذه الأعيان"¹³.

ويجب التأكيد أنه في ظل التشريع المغربي، تعرف الضمانات العينية العقارية بالحقوق العينية التبعية تمييزا لها عن الحقوق العينية الأصلية¹⁴ وسميت كذلك لأنها حقوق لا تقوم بذاتها، وإنما تستند في قيامها على وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به¹⁵.

¹² - في الواقع هناك من يفرق بين التأمينات العينية والضمانات العينية، فالأولى تقتصر على بعض الأنظمة القانونية المحددة على سبيل الحصر في الامتيازات والرهن الرسمية و الحيازية، على خلاف مصطلح الضمانات العينية التي تشمل بطابع وظيفي، وجاء هذا المصطلح في سياق التطور الاقتصادي والمالي.

- انظر بهذا الخصوص :

- حياة حجي: نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2010/2009، ص: 3 وما بعدها.

أما بخصوص موقف المشرع المغربي الذي لم يستعمل مصطلح "التأمينات العينية"، وإنما أشار في بعض مقتضيات القانونية إلى مصطلح "الضمانات" وهو يقصد بها الضمانات الشخصية والعينية، ولقد تجلّى ذلك من خلال الفصلين 138 و 139 من ظ.ع، وكذا المواد 575 و 600 و 607 من مدونة التجارة، وأيضا الفصل 469 من قانون المسطرة المدنية.

-Cecile le Galou: Droit des suretés et droit des procédures collectives, larcier Bruxelles ,année 2012, p: 64 .

-Michel Cabrillac et Christian Mouly : Droit des sûretés, 5^{ème} éditions, éditions Litec , année 1999, p: 407 et S.

- ولقد عرف الفقيه الفرنسي "Maseud" التأمينات العينية كما يلي:

"Les sûretés réelles résultant de l affectation d un ou de plusieurs biens au paiement de créancier : le créancier est titulaire ,sur ce ou ces biens d'un droit que n'ont pas les autres créanciers ,et qui lui permet d'être plus sur que les autres d'être payés"

أشار إليه يوسف افريل : الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2012، هامش رقم 2، ص: 15.

¹³ - مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، السنة 1987، ص: 282.

¹⁴ - انظر: المواد 142 إلى 221 من مدونة الحقوق العينية .

¹⁵ - المادة 10 من مدونة الحقوق العينية .

ويتضح من المادة 10 من مدونة الحقوق العينية أن المشرع المغربي حصر الحقوق العينية التبعية في الامتيازات والرهن الحيازي والرهن الرسمي¹⁶، ولقد عرف الامتياز بأنه حق عيني تبعية يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين (المادة 142 من مدون الحقوق العينية)، في حين عرف الرهن الحيازي بأنه حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين يخول للدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه (المادة 145 من مدونة الحقوق العينية)، كما عرف الرهن الرسمي بأنه حق عيني تبعية يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء الدين (المادة 165 من مدونة الحقوق العينية).

يظهر من خلال تحليل التعاريف السابقة للضمانات العينية أنها تجنب الدائن المستفيد منها من كل المخاطر التي قد يتعرض لها مدينه، على اعتبار أنها تخول له استيفاء دينه من ثمن المال محل الضمان بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، مثلما تخول له حق تتبع المال في حالة إجراء أي تصرف ناقل للملكية على هذا المال في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به.

حقا، إذا كانت الضمانات العينية العقارية تخول للدائن المستفيد منها مجموعة من الامتيازات خاصة في حالة امتناع المدين عن الوفاء بالدين عند حلول أجله، فهي تمنح لحاملها الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على الملك المرهون سواء كان بيد المدين أو في يد أي حائز قانوني وبيعه وفق طرق البيع بالمزاد العلني واستيفاء حقوقه منه بالأفضلية على باقي الدائنين الآخرين، غير أن فعالية الضمانات العينية تراجعت بفعل تطور قوانين الإفلاس¹⁷ والتي عرفت تغييرا جذريا، بحيث رجحت المصلحة العامة والنظام العام على حساب المصلحة الخاصة للدائنين دون أن تهدرها¹⁸، وعليه فالإبقاء على النشاط التي تمارسه المقاول والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل أصبح من بين أهداف قوانين صعوبات المقاول، ولو على حساب الدائنين، وقد ترتب عن ذلك

¹⁶ - على خلاف ذلك فإن المشرع الفرنسي قد أضاف إلى جانب الامتيازات والرهن الحيازي و الرهن الرسمية ما يسمى بملكية العقار يمكن توظيفها كضمان عملا بالفصل 2373 من القانون المدني الفرنسي والذي جاء فيه ما يلي :

" les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, le gage immobilier et les hypothèques .

« la propriété de l'immeuble peut être retenue ou cédée en garantie ».

¹⁷ - محمد العلواني: توظيف الملكية كضمان في عمليات الائتمان، دار الأمان ، الرباط، 1433هـ / 2012م، ص:42.

¹⁸ - احمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول ، ومساطر معالجتها، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، 2000، ص: 47.

تدهور المركز القانوني للدائنين السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة سواء كانت ديونهم مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات¹⁹، وهذا بدوره يؤدي إلى تعطيل كافة الحقوق التي يتمتع بها الدائنون الحاملون ل ضمانات عقارية في ظل القواعد العامة، ومن هذا المنطلق، فقد اخترنا الضمانات العينية العقارية في إطار نظام صعوبات المقاوله كموضوع لهذه الدراسة، وهذا يفرض علينا التطرق إلى التطور التاريخي لنظام الضمانات العينية في ظل نظام الإفلاس، وأهمية هذا الموضوع ومبررات اختياره، والإشكالية المثارة بشأنه، وخطة البحث المعتمدة لدراسته.

يجب التأكيد في البداية ، أن الفقه الإسلامي كان سباقا في معالجة مركز الدائن الحامل ل ضمانات في ظل الإفلاس، فلقد بين الطريقة المناسبة التي يتحصل فيها كل غريم أو دائن على حقه من أموال المفلس بعد تقسيمها "فالأصل أن الغرماء متساوون في استيفاء دينهم وهذا أمر مطلوب يقتضيه مبدأ العدالة، إلا أنه قد يوجد ضمن الغرماء من امتازت ديونهم على غيرهم مما يفرض تقديم هؤلاء في استيفاء حقوقهم على غيرهم ومن ذلك مال المفلس المرهون والعبد جاني، فيباعان ويقدم المرتهن والمجني على غيرهم بثمانها، إذ حقهما متعلق بعين المال، بخلاف الغرماء الآخرين فحقهم متعلق بالذمة، وكذلك أيضا فإن لكل غريم وجد عين ماله عند المدين فله حق الاختصاص به، وأخذه دون بقية الغرماء، ولا يدخل معهم في المحاصة إلا إن تنازل المختص عن حقه".

"في حالة بيع مال المفلس يحتاج في ذلك إلى حمال ليحمل المنازع، وحافظ يحفظ المتاع، وسمسار للنداء على هذا البيع، وحينئذ يقدمون بأجرتهم على المرتهن والغرماء لأن فعلهم من مصلحة المال، وطريق لوفاء الدين، وذلك في حالة لم يتبرع أحد بذلك، ويعرف ما سبق بالديون الممتازة".²⁰

وفي ضوء ذلك، فإن الأصل أن الغرماء متساوون في استيفاء حقوقهم ما لم توجد أسباب تمنح حق أفضلية بعضهم على غيرهم، ومن ثمة فإن الفقه الإسلامي سبق غيره من التشريعات في تصنيف الدائنين إلى دائنين ممتازين ودائنين مرتهين ودائنين عاديين²¹ في حالة تقسيم أموال المفلس.

¹⁹ - محمد العلواني ، مرجع سابق، ص: 43.

²⁰ - سامي بن مسعد بن عطيان المطيري: أحكام المحاصة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: Fiqh.islammesage.com، تاريخ المراجعة 2015 /01/02.

²¹ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله، ومساطر معالجتها، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2002، ص: 70.

ولم يفك القانون الروماني معالجة تقسيم أموال المفلس على الدائنين فعندما كان هذا القانون يرتب عن عدم وفاء المدين بحقوق الدائنين عند تاريخ استحقاقها عقوبة زجرية تطبق على شخص المدين تطور مع مرور الزمن، بحيث اتجه النظر إلى أموال المدين دون شخصه، ومن ثمة الاعتراف للدائنين بمباشرة التنفيذ على أمواله وذلك قصد استيفاء حقوقهم، غير أنه كان الدائنون يختارون وكيلا عنهم يتولى وضع اليد على أموال المدين، ويتم بعد ذلك تقسيم الأموال الناتجة عن عملية البيع على الدائنين قسمة الغرماء²²، ويؤشر ذلك على أن الغرماء متساوون في استحقاق مال المفلس ما لم يوجد من بينهم من امتازت ديونهم على غيرهم، مما يكون لهم حق الأولوية في استيفاء حقوقهم.

وكان من الطبيعي أن تتأثر مختلف التشريعات بما ذهب إليه كل من الفقه الإسلامي والقانون الروماني خاصة من حيث تصنيف الدائنين إلى دائنين ممتازين ودائنين مرتهنيين ودائنين عاديين في ظل قانون الإفلاس، ومن ذلك نجد التشريع الفرنسي باعتباره المصدر المادي للتشريع المغربي الذي كان يوفر الحماية اللازمة للدائنين الحاملين ل ضمانات عينية قبل صدور قانون 13 يوليوز 1967، غير أنه بمجرد دخول هذا القانون حيز التنفيذ تراجعت نسبيا فعالية الضمانات العينية على اعتبار أن غايته كانت ترمي بالأساس إلى الحفاظ على استمرارية نشاط المقاول والحفاظ على مناصب الشغل، مثلما كان يسعى إلى الحفاظ على المبدأ الجماعي والمساواتي لهذه المسااطر، وعليه كان من الطبيعي أن يمنع هذا القانون الدائنين من اتخاذ المتابعات الفردية في مواجهة المقاوله سواء عن طريق الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال أو مباشرة إجراءات التنفيذ، إضافة إلى مجموعة من الإجراءات الأخرى التي ترمي إلى حماية المقاوله ولو على حساب الدائنين الحاملين ل ضمانات عينية.

وقد استمر تطبيق القانون المذكور إلى أن تم نسخه بمقتضى قانون رقم 84-148 المؤرخ في فاتح مارس 1984 المتعلق بالتدابير الوقائية والتسوية الودية للصعوبات التي تعترض المقاوله وقانون 85-98 المؤرخ في 25 يناير 1985 المتعلق بالتسوية والتصفية القضائية²³، والذي يظهر من خلال القانونين أن هاجسهما يهدف بالأساس إلى وقاية المقاوله من الصعوبات التي تعترضها، وكذا حمايتها وضمان استمرار

²² - الإفلاس وتنظيمه في ظل التشريع الجزائري ومدى نجاعته، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.djelfa.info، تاريخ المراجعة 2015/01/02.

- للمزيد من الإيضاح انظر: **-Corinne Saint-Alary-Houin : Droit des entreprises en difficulté, 6ème édition, Editions Montchrestien, Paris 2009, Paris, page 14.**

²³ - أحمد شكري السباعي: الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 26.

انظر أيضا:

- محمد لفروجي، مرجع سابق، ص: 7.

نشاطها، ولا يتأتى ذلك إلا بفرض بعض الإجراءات على الدائنين ولو كانوا حاملين ل ضمانات، ومن ذلك وقف ومنع مقاضاة المدين أثناء تنفيذ الاتفاق الودي المبرم في إطار التسوية الودية مثلما يمكن للدائنين منح المدين آجالا جديدة للوفاء بالديون وتخفيض حجم الديون²⁴، وبمجرد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة لا يبقى للدائنين سوى التصريح بديونهم، إضافة إلى إيقاف المتابعات الفردية وسريان الفوائد، ويصبح في هذه الحالة الدائنون الحاملون ل ضمانات كالدائنين العاديين خاصة من حيث الحق في إجراء متابعات فردية²⁵، وهذا ما يفسر تراجع مركز الدائنين الحاملين ل ضمانات.

هذا، وقد أدخلت بعد التعديلات على القانونين 1 مارس 1984 و 25 يناير 1985 وذلك بمقتضى قانون 10 يونيو 1994 إلى أن صدر قانون رقم 845-2005 المؤرخ في 26 يوليوز 2005 والمتعلق بحماية المقاولات والذي تم تعديله فيما بعد بمقتضى الأمر الصادر في 08 دجنبر 2008²⁶، والذي يظهر من خلال ذلك أن هذا القانون لم يخرج بدوره عن القوانين السابقة من حيث غايته الأساسية في حماية المقاولات، ومن ثمة تغليب مصلحة المقاول على حساب الدائنين ولا يتحقق ذلك إلا بفرض مجموعة من الإجراءات التي تمس من فعالية الضمانات العينية العقارية خاصة تلك الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

وعليه، فالتطورات التي طالت نظام الإفلاس بفرنسا وما ترتب عنها من آثار على حقوق الدائنين تأثر بها أيضا التشريع المغربي²⁷، فإذا كان القانون التجاري المغربي المنسوخ ل 12 غشت 1913 قد وفر الحماية اللازمة لأصحاب الضمانات العينية مقارنة مع الدائنين العاديين، بحيث كان الدائنون المستفيدون من هذه الضمانات لا تسري في حقهم قاعدة إيقاف المتابعات الفردية للتنفيذ على أموال المدين الضامنة لحقوقهم²⁸، وكذا قاعدة وقف سريان الفوائد، مثلما لا يتوجب عليهم التصريح بالديون لدى وكيل التفليسة آنذاك²⁹، بالإضافة إلى ممارسة جميع الحقوق التي تخولها

²⁴ - Corinne Saint-Alary-Houin : op .cit ., page : 24.

²⁵ -Corinne Saint-Alary-Houin : op .cit., page : 28.

²⁶ -Corinne Saint-Alary-Houin : op .cit ., page : 50.

²⁷ -محمد العلواني، مرجع سابق، ص: 15.

²⁸ -امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص: 193.

²⁹ - للمزيد من التفاصيل انظر:

-khalid Lyazidi : « Le syndic de faïtes » thèse pour l'obtention du doctorat d'Etat en droit, université Mohamed V, faculté des sciences juridiques et économiques et sociales, rabat , année universitaire 1984.

الحقوق العينية التبعية كحق الأفضلية في استيفاء ديونهم وحق التتبع في حالة انتقال الملك المرهون إلى الغير، فإن مدونة التجارة لسنة 1996 قد تراجعت عن توفير الحماية اللازمة للدائنين الحاملين لضمانات عينية عقارية، بحيث فرضت مجموعة من القيود على الدائنين دون تمييز بين العاديين والحاملين لضمانات وغايتها الأساسية مساعدة المقاول على تصحيح وضعيتها المالية وإنقاذها من الصعوبات، لأن إنقاذ المقاول يعني بالضرورة إنقاذ مناصب الشغل و وحدات الإنتاج وموارد الدولة³⁰، وقد ترتب عن ذلك تدهور المركز القانوني لنظام الضمانات العينية العقارية بحيث لم تصبح قادرة على حماية المستفيد منها في مواجهة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة هؤلاء الذين أصبحوا يحضون بحق الأفضلية في استيفاء حقوقهم سواء كانت ديونهم مقرونة أم لا بضمانات أو امتيازات.

وبناء على ما أفرزته الممارسة العملية من خلال تطبيق الكتاب الخامس من مدونة التجارة من اختلالات، فقد أعد التشريع المغربي مشروعا يقضي بتغيير وتتميم الكتاب الخامس، ولقد تبين من خلال المشروع أن غايته الأساسية مواجهة الصعوبات التي تهدد استمرارية المقاول وذلك عن طريق الكشف المبكر من طرف رئيس المقاول عن هذه الصعوبات وفي الوقاية منها قبل التدخل القضائي، سعيا إلى إنقاذ المقاول واعتماد تدابير ناجعة عن طريق اعتماد تدابير محفزة.³¹

والملاحظ أن هذا المشروع لم يخصص لموضوع الضمانات إلا بعض المقتضيات، وهذا يؤشر على كونه يرمي إلى تحقيق مصلحة المقاول دون أن يأخذ في الاعتبار مصلحة الدائنين الذين يلعبون دورا مهما في تمويل المقاولات الفردية والجماعية³².

³⁰ - أحمد شكري السباعي: الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 27.

³¹ - وتجب الإشارة إلى أنه تم تغيير وتتميم عنوان الكتاب الخامس حيث أصبح يسمى " إجراءات الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاول " بدلا من " صعوبات المقاول "، مثلما تم تغيير وتتميم المادة 546 من مدونة التجارة وذلك بمقتضى القانون رقم 81.14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.146 بتاريخ 25 من شوال 1435 (22 أغسطس 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6291 بتاريخ 19 ذو القعدة 1435 (15 سبتمبر 2014)، ص 6882.

³² - ويمكن تلخيص أهم مستجدات المشروع القاضي بتغيير وتتميم الكتاب الخامس فيما يخص وضعية الدائنين فيما يلي:

- التتبع على إلزامية إشعار الدائنين الذين منح رئيس المحكمة بشأن ديونهم آجالا دون أن يشملهم إجراء التسوية الودية (المادة 556)

- تمتع الكفلاء بمقتضيات مساطر الوقاية الخارجية ومرد ذلك إلى كون هؤلاء الكفلاء غالبا ما يكونون هم مسيرو المقاول أنفسهم ==

إن الضمانات العينية العقارية تسهم في تدعيم الائتمان الذي يعد عصب التجارة، باعتبارها وسيلة قانونية تخول للمستفيد منها، ضمان حصوله على حقوقه في تاريخ الاستحقاق، وذلك من خلال الامتيازات التي يتمتع بها الدائن، خاصة حق الأفضلية في استيفاء دينه مقارنة مع الدائنين العاديين، وكذا ممارسة حق التتبع في حالة انتقال الملك المرهون من يد المدين إلى الغير الحائز القانوني والتنفيذ عليه وفق الطرق المنظمة قانوناً.

غير أنه في ظل المساطر الجماعية تفتقد هذه الضمانات فعاليتها في حماية المستفيدين منها، وذلك بفعل القيود المفروضة على الدائنين السابقين لصدور الحكم من أجل مساعدة المقاول على تصحيح وضعيتها المالية وإعادة توازنها بغية الاستمرار في ممارسة نشاطها في الحياة الاقتصادية.

أضف إلى ذلك، تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم الضمانات العينية العقارية سواء تعلق الأمر بالنصوص العامة أو الخاصة، وهذا بدوره قد يؤثر على وضعية هؤلاء الدائنين خاصة في التطبيق العملي، وعليه فإن هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة من عدة نواحي:

***على المستوى القانوني:**

يحتل موضوع الضمانات العينية العقارية في ظل المساطر الجماعية أهمية بالغة، وهذا راجع بالأساس إلى تعدد وتنوع الأنظمة التي تحكم الضمانات، بحيث تختلط قواعد القانون التجاري مع القواعد العامة، بالإضافة إلى نصوص قانونية خاصة ويتجلى ذلك فيما يلي:

=== - إعادة صياغة بعض النصوص بما يرفع اللبس و التضارب في الرأي أثناء تطبيقها، بحيث تم توضيح المقصود من الديون الناشئة بعد فتح المسطرة بكونها تلك المتعلقة بالنشاط التجاري للمقاول (المادة 575 من مدونة التجارة)

- إعادة النظر في مقتضيات الخاصة بالتصريح بالدين.

- التتبع في المادة 578 من مدونة التجارة على أن اختصاص الترخيص بتقديم رئيس المقاول أو السنديك لرهن رسمي أو رهن أو التوصل إلى صلح أو تراض يعرض على مصادقة المحكمة كلما كانت قيمة موضوع الصلح أو التراضي تتجاوز الاختصاص النهائي للمحكمة، حيث كان هذا الترخيص من اختصاص القاضي المنتدب إذا لم يتجاوز الاختصاص النهائي للمحكمة باعتبار أنه لم يعد للمحاكم التجارية اختصاص ابتدائي و انتهائي .

انظر بهذا الخصوص:

مذكرة تقديم الصادرة عن وزير العدل والمنشورة بالموقع الإلكتروني: www.justice.gov.ma، ص: 4 و5.

- ظهير شريف رقم 178.11.1 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 08.39 والمتعلق بمدونة الحقوق العينية³³.
- الظهير الشريف الصادر في 3 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كم تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 07.14³⁴.
- ظهير شريف رقم 1.83.96 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996 بتنفيذ القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة³⁵.
- ظهير شريف 9 رمضان 1331 هـ الموافق لـ 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود³⁶.
- ظهير شريف رقم 00.175.1 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 97-15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية³⁷.
- مرسوم ملكي بمثابة قانون رقم 67-552 بتاريخ 26 رمضان 1388 الموافق لـ 17 دجنبر 1968 والمتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقية.
- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447 - 74 - 1 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية³⁸.
- والذي يظهر أن تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم الضمانات العينية العقارية يتسبب في اختلاط قواعد المساطر الجماعية مع قواعد القانون العادي³⁹.

³³ - الجريدة الرسمية عدد 5998، الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 2012، ص: 5587.

³⁴ - الجريدة الرسمية عدد 5998، الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 2012، ص: 5575.

³⁵ - الجريدة الرسمية عدد 4418، الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 1996، ص: 2187.

³⁶ - في الواقع أن ظهير الالتزامات والعقود تناول الضمانات العينية المتعلقة بالمنقول وليس العقار، غير أن هذا القانون يظل واجب التطبيق في ما لم يرد به نص في مدونة الحقوق العينية والسند التشريعي في ذلك هو مقتضيات المادة الأولى من هذه المدونة، أضف إلى كونه يعتبر الشريعة العامة لباقي القوانين الخاصة.

³⁷ - الجريدة الرسمية عدد 4800، بتاريخ 28 صفر 1422 (فاتح يونيو 2000)، ص: 1256 - 1276.

³⁸ - الجريدة الرسمية عدد 30.32 مكرر، بتاريخ 30 شتنبر 1974، ص: 2742.

³⁹ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة 2000، ص: 118.

•على المستوى العملي:

إن تعدد الأنظمة القانونية المنظمة للضمانات العينية العقارية في ظل المساطر الجماعية قد يؤدي إلى تعارض هذه المقتضيات فيما بينها في بعض الحالات الخاصة، الأمر الذي يؤدي إلى تباين على مستوى الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في هذا الموضوع، مما قد يترتب عنه عدم توفير الحماية اللازمة للدائنين المستفيدين من الضمانات العينية العقارية.

وهذا يتطلب بالضرورة إبراز المواقف القضائية المتباينة الصادرة في موضوع الضمانات في علاقتها مع نظام صعوبات المقايضة، ومحاول مناقشتها بالاعتماد على النصوص القانونية والآراء الفقهية في أفق التوصل إلى الموقف السليم والأكثر حماية لأصحاب الضمانات.

•على المستوى الاقتصادي:

مما لا شك فيه، أن الائتمان يلعب دورا أساسيا في المجال الاقتصادي باعتباره عصب التجارة، وبحكم الارتباط المالي في إطار المعاملات التجارية، فالتاجر قد يكون دائنا أو مدينا في نفس الوقت، وأن تدهور مركز الدائن سواء في حالة عدم حصوله على حقوقه في تاريخ استحقاقها، أو حصوله جزئيا على ديون في حالة مزاحمته من قبل الدائنين الذين يحضون بحق الامتياز قد يؤدي إلى فقدان الثقة، ويستتبع ذلك القول، تأثير الحلقة الاقتصادية التي يتعامل فيها هذا الدائن⁴⁰، وعليه فإن عدم توفير الحماية اللازمة للدائن الحامل ل ضمانات من شأنه أن يسهم في عدم تشجيع الممولين خاصة البنوك و المؤسسات المالية في تقديم القروض لفائدة المستثمرين لتغطية حاجياتهم، وهذا بدوره ينعكس سلبا على النشاط الاقتصادي خصوصا وأن مؤسسات الائتمان تلعب دورا رئيسيا في تمويل المشاريع الكبرى في البلاد والتي لاتجازف بأموالها إلا بعد تقديم الضمانات من طرف المقايضة.

إن اختيار الضمانات العينية العقارية في إطار نظام صعوبات المقايضة كموضوع للدراسة تبرره الدوافع التالية:

أولا: نظرا للدور الفعال الذي تلعبه الضمانات العينية العقارية في حماية المستفيد منها خاصة حق الأفضلية في استيفاء حقوق الدائن المرتهن أو الممتاز، وحق التمتع عند تفويت الملك المرهون إلى الغير الحائز القانوني، الأمر الذي يؤدي إلى تعزيز

⁴⁰ - يوسف افريل: مرجع سابق، ص: 19.

الائتمان العقاري، هذا يفرض على المشرع المغربي عند تنظيم الضمانات العينية العقارية خارج القواعد العامة، خاصة في المساطر الجماعية تحقيق المساواة بين مصلحة المقاول في إنقاذها من الصعوبات ومصلحة الدائنين في استيفاء حقوقهم بالكامل عند حلول أجلها.

ثانياً: إن تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم الضمانات العينية العقارية يصعب معه في بعض الحالات معرفة النص القانوني الواجب التطبيق خاصة عند تحديد رتبة أو مرتبة الدائن من حيث حق الأفضلية، الشيء الذي يؤدي إلى تباين بل تناقض في المواقف الفقهية والقضائية، وهذا يحتم علينا الوقوف عليها وتحليلها ومناقشتها قصد التوصل إلى الموقف المنطقي، والذي يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المقاول من جهة ومصلحة الدائن الممتاز والمرتهن من جهة أخرى.

ثالثاً: رغم تعدد وتنوع القواعد القانونية التي تحكم الضمانات العينية العقارية، فإنه يصعب تنظيم كل القضايا والإشكالات المطروحة، وقد يفضي ذلك إلى فراغ تشريعي، مما يفرض علينا البحث عن موقف الاجتهاد القضائي المغربي، وكذا موقف بعض التشريعات الأخرى خاصة التشريع الفرنسي في أفق التوصل إلى موقف منطقي يراعي مصلحة المقاول من جهة، ومصلحة الدائنين من جهة أخرى.

رابعاً: إن موضوع الضمانات العينية العقارية في إطار المساطر الجماعية، ولئن تناولته بعض الدراسات الفقهية، فإنه تمت معالجته معالجة عامة، أي الضمانات العينية المتعلقة بالمنقولات والعقارات، وهذا ما يفسر عدم معالجة الضمانات العينية العقارية بشكل معمق لمختلف الإشكالات المطروحة.

خامساً: صدور مدونة الحقوق العينية التي نسخت ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة والتي عالجت أحكام الضمانات العينية العقارية في إطار الحقوق العينية التبعية⁴¹، ومن ثمة بات من الطبيعي الوقوف عند أهم

⁴¹ - يجب التذكير بأن الامتيازات الخاصة على العقارات لا تنحصر فقط في المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني فحسب، بل هناك بعض الامتيازات الأخرى الواردة على العقار أيضاً ومن ذلك نجد ما يلي:

- امتياز الجمعيات النقابية لمالكي العقارات الحضرية طبقاً لظهير 1917/11/14 (الجريدة الرسمية عدد 265 (باللغة الفرنسية)، المؤرخة في 19 نونبر 1917، ص 1277).

للمزيد من التفاصيل انظر:

*أحمد شكري السباعي: "الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن"، الإفلاس، الجزء الرابع، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، دون الإشارة إلى السنة، ص: 434 و 435.

*إدريس العمراني: حقوق الامتياز الواردة على العقار في التشريع المغربي، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2006/2007، ص: 22 وما يليها.==

المستجدات التي جاءت بها، خاصة في حالة تطبيق مقتضياتها تلك التي تحكم الضمانات في ما لم يرد به نص في الكتاب الخامس من مدونة التجارة.

إن الضمانات العينية العقارية باعتبارها أهم الوسائل القانونية التي تمكن المستفيد منها استيفاء حقوقه عند حلول أجل الدين، وإلا حق له بيع الملك المرهون بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به.

غير أن تطور قانون الإفلاس جعل المشرع المغربي- إسوة بالقانون الفرنسي- يتدخل من خلال الكتاب الخامس من مدونة التجارة وذلك بفرض مجموعة من الإجراءات على الدائنين السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة بما فيهم أصحاب الضمانات العينية العقارية، ولقد أفضى ذلك إلى تعطيل حقوق هؤلاء الدائنين التي كانوا يتمتعون بها في ظل القواعد العامة، وهذا بدون شك، سينعكس سلبا على عنصر الائتمان، من هنا يثار التساؤل عن حدود مساهمة التنظيم القانوني في تحقيق التوازن بين مصلحة المقاوله من خلال الحفاظ على عقاراتها التي تعد ضرورية لاستمراريتها من جهة، ومصلحة الدائنين الممتازين والمرتهنين من خلال ضمان ممارسة حقوقهم من جهة أخرى.

وبناء على هذه الإشكالية، فإن فرضية الموضوع تكمن بالأساس أنه إذا كانت الضمانات العينية العقارية تهدف إلى تقوية مركز الدائن المستفيد منها (الدائن الممتاز والدائن المرتهن) مقارنة مع باقي الدائنين الآخرين، فإنها سرعان ما تصطدم بنظام صعوبات المقاوله تتراجع فعاليتها وهذا يفضي إلى فقدان الثقة في الائتمان.

لبحث الإشكالية الجوهرية، ولكون مساطر صعوبات المقاوله تعرف ثلاثة مساطر أساسية، تتجلى في مسطرة الوقاية من الصعوبات و مسطرة التسوية القضائية ومسطرة التصفية القضائية، فإنه يجب دراسة مركز الضمانات العينية العقارية في علاقتها لكل مرحلة من مساطر صعوبات المقاوله، غير أننا لخصنا هذه المراحل في مرحلتين أساسيتين: حيث سنعالج في الباب الأول حدود تأثير الضمانات العينية العقارية بنظام صعوبات المقاوله قبل صدور الحكم القاضي باختيار الحل والذي سنتناول فيه مظاهر تأثير الضمانات العينية العقارية بمسطرة الوقاية الخارجية، إضافة إلى الضمانات العقارية وحدود تأثيرها بفترة الريبة وفترة إعداد الحل.

== ونظرا لتعدد الضمانات العينية العقارية وتنوعها، فإننا سنركز في هذه الدراسة على الضمانات أو ما يسمى بالحقوق العينية التبعية الواردة بمدونة الحقوق العينية في علاقتها مع نظام صعوبات المقاوله، باعتبارها تطرح العديد من الإشكالات و الأكثر تطبيقا على المستوى العملي مقارنة مع غيرها من الضمانات.

في حين سنعالج في الباب الثاني حدود تأثر الضمانات العينية العقارية بعد صدور الحكم القاضي باختيار الحل، والذي سنتناول فيه قصور التنظيم القانوني للتسوية القضائية في تدعيم أصحاب الضمانات العقارية، إضافة إلى مركز الضمانات العينية العقارية ومدى تأثرها بمسطرة التصفية القضائية.

وعليه فإن نطاق دراسة الإشكالية المحورية، سيتطلب منا بالضرورة تقييم النصوص القانونية التي عالجت الضمانات العينية العقارية في إطار الكتاب الخامس من مدونة التجارة، بهدف إبراز مظاهر تعطيل الحقوق المخولة للدائنين المستفيدين من هذه الضمانات في إطار القواعد العامة وذلك وفق التقسيم التالي:

الباب الأول : تأثر الضمانات العينية العقارية بنظام صعوبات

المقابلة قبل صدور الحكم القاضي باختيار الحل.

الباب الثاني : تأثر الضمانات العينية العقارية بنظام صعوبات

المقابلة بعد صدور الحكم القاضي باختيار الحل .

الباب الأول

تأثر الضمانات العينية العقارية بنظام صعوبات المقاولات قبل صدور الحكم القاضي باختيار الحل

يقصد بالحكم في مفهومه الشامل كل قرار صادر عن هيئة قضائية المرفوع أمامها الدعوى طبقا للقواعد المنصوص عليها في إطار قواعد المسطرة، ومن ثمة فإن كلمة الحكم تشمل كل القرارات المتخذة من قبل الهيئات القضائية على اختلاف درجاتها وبصرف النظر عما إذا كانت صادرة عن قاض واحد أو عدة قضاة.⁴²

أما الحكم الصادر قبل اختيار الحل المناسب لتسوية الوضعية المالية للمقاولات فيشمل كل القرارات الصادرة عن محاكم الموضوع التجارية، ومن ذلك الأوامر الصادرة عن رئيس المحكمة التجارية في إطار مسطرة الوقاية الخارجية، وكذا الأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية و القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف التجارية ومحكمة النقض ومقررات القاضي المنتدب الصادرة في إطار التسوية القضائية والتصفية القضائية.

وبما أن الأوامر والأحكام أو القرارات القضائية تترتب عنها آثارا سلبية أو إيجابية، فإن ذلك ينعكس سلبا أو إيجابا على مركز الدائنين بصفة عامة وأصحاب الضمانات العينية العقارية بصفة خاصة، وعليه فإن المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات نظم وضعية هؤلاء الدائنين قبل اختيار الحل المناسب لوضعية المقاولات، ويتجلى ذلك في مدونة التجارة من خلال مقتضيات مساطر الوقاية الخارجية وفترة الريبة و فترة إعداد الحل في إطار الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة.

و تأثر الضمانات العقارية بنظام صعوبات المقاولات قبل صدور الحكم القاضي باختيار الحل يحتم علينا بالضرورة بيان حدود تأثر أصحاب الامتيازات العقارية والدائنين المرتهنيين في إطار مسطرة الوقاية الخارجية، وكذا خلال فترتي الريبة وإعداد الحل بعد صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة.

⁴² - مأمون الكزبري- ادريس العلوي العبدلاوي : شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، الجزء الأول ، مطبعة بيروت، السنة 1975، ص: 19 .

أما فالنسبة لمسطرة الوقاية الخارجية فإنها قد تتم عن طريق صدور أمر عن رئيس المحكمة التجارية يقضي بالوقف المؤقت للإجراءات قصد تسهيل إبرام اتفاق ودي بين رئيس المقاوله والدائنين الرئيسيين، وقد يترتب عن ذلك الأمر تعطيل أصحاب الحقوق العينية في ممارسة الحقوق المخولة لهم وفق القواعد العامة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية وباقي النصوص الخاصة⁴³، وهذا ما شأنه أن يؤدي إلى الإنقاص من فعالية الضمانات العينية العقارية، وقد تتم أيضا - مسطرة الوقاية الخارجية- عن طريق اللجوء إلى الاتفاق الودي الذي يتم إبرامه بين رئيس المقاوله والدائنين الرئيسيين قصد مواجهة المقاوله الصعوبات التي تعاني منها، فالدائنون لهم حرية الاختيار في المشاركة في الاتفاق الودي من عدمه، ولئن كانت مشاركتهم في هذا الاتفاق قد تدفعهم إلى منح تضحيات من شأنها أن تسهم في إعادة التوازن المالي للمقاوله و يتجلى ذلك في تخفيض حجم الديون، أو منح آجال جديدة للأداء أو إعفاء من تقديم ضمانات عقارية جديدة...، فإن السبب وراء مشاركة هؤلاء الدائنين يكمن بالأساس في تفادي وصول المقاوله إلى مرحلة التوقف عن الدفع قصد استرجاع كامل ديونهم في أقرب الآجال، لأن وصول المقاوله إلى مرحلة التوقف عن الدفع قد يترتب عليه امتياز الدائنين اللاحقين بعد صدور حكم فتح التسوية القضائية على حساب الدائنين السابقين عن فتح حكم مسطرة التسوية بما فيهم أصحاب الضمانات العقارية مع إمكانية استيفاء ضئيل أو محتمل لديونهم أو التأخير في استيفاء ديونهم وذلك حسب مدة التسوية القضائية أو حصولهم على جزء من ديونهم مع إمكانية التأخير، هذا بالإضافة إلى الآثار المترتبة عن إبرام الاتفاق الودي والذي يحول والدائنين دون ممارسة حقي التتبع والأفضلية وكذا عدم متابعة إجراءات التنفيذ و الأحقية في رفع دعوى قضائية يكون موضوعها الحصول على مبلغ من المال موضوع الاتفاق الودي.

أما فيما يتعلق بفترتي الرتبة وإعداد الحل المترتبتين عن الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة الذي قد يصدر في حق رئيس المقاوله إما نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق الودي أو عدم سداد الديون المستحقة عند حلول أجلها، فغاية المشرع المغربي لم تعد بالأساس معاقبة المدين، بل تكمن في محاولة إنقاذ المقاوله من الصعوبات وحماية الدائنين في حالات معينة.

⁴³ - ونقصد بذلك ما يلي:

. ظهير شريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 97-15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

- مرسوم ملكي بمثابة قانون رقم 67-552 بتاريخ 26 رمضان 1388 الموافق لـ 17 دجنبر 1968 والمتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقية .

وإذا كانت تصرفات رئيس المقاوله في الأصل صحيحة ، وتسري آثارها في مواجهة كافة الدائنين ويتأثرون بها زيادة أو نقصانا، فإن الأمر على خلاف ذلك في حالة فتح مساطر صعوبات المقاوله، بحيث تكون تصرفاته باطلة بالنسبة لجميع التصرفات التي يجريها بعد تاريخ التوقف عن الدفع، غير أنه يبقى للمحكمة السلطة التقديرية بالنسبة للعقود بمقابل، والغاية من ذلك حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة بهم وتفاذي محاباة بعض الدائنين على حساب الدائنين الآخرين⁴⁴، وهذا من شأنه أن يمس بحقوق أصحاب الضمانات العينية العقارية في حالة ما إذا تم إبطال بعض العقود الرامية إلى تأسيس ضمانات كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، على اعتبار أن الدائن في هذه الحالة يتحول من دائن مرتتهن إلى دائن عادي .

أما بخصوص فترة إعداد الحل فإنها لا تختلف عن سابقتها من حيث الحد من فعالية الضمانات العينية العقارية من خلال تعطيل أصحابها في ممارسة الحقوق المخولة لهم وفق القواعد العامة، فلما كان في ظل هذه الفترة يقوم السنديك بإعداد تقرير يبين فيه الموازنة المالية والاقتصادية للمقاوله في أفق التوصل إلى الحل المناسب لمعالجة المقاوله، فإنه بات من الضروري أن يتم التخصيص على مجموعة من القيود هدفها بالأساس إنقاذ المقاوله من الصعوبات، ومن ذلك إيقاف المتابعات الفردية بالنسبة للدائنين السابقين عن صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة، ومنع أداء ديونهم السابقة مقابل منح امتيازات لفائدة الدائنين اللاحقين عن صدور الحكم على حساب الدائنين السابقين حتى ولو كانوا أصحاب امتيازات عقارية أو مرتتهنين، هذا من شأنه أن يمس بحقوق أصحاب الضمانات العقارية السابقة لصدور الحكم.

إذن، حدود تأثير أصحاب الامتيازات العقارية والرهن قبل صدور الحكم القاضي باختيار الحل، يفرض عليها دراسة هذا الباب من خلال حدود تأثير أصحاب الضمانات العقارية في ظل مساطر الوقاية الخارجية (الفصل الأول)، وكذا تأثيرها بعد صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة إلى غاية صدور الحكم القاضي باختيار الحل خاصة خلال فترتي الرية وإعداد الحل (الفصل الثاني).

⁴⁴ - امحمد لفروجي : مرجع سابق، ص: 101.

الفصل الأول

نسبية تأثير الضمانات العينية العقارية بمسطرة الوقاية الخارجية

إنه باستقراء مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، يظهر بأن إرادة المشرع المغربي كانت واضحة قصد إنقاذ المقاول من الصعوبات التي تعاني منها⁴⁵ فعلى خلاف نظام الإفلاس⁴⁶ الذي كان يجعل الدائنين خاصة ذوي الضمانات العينية في مركز قوي مقارنة مع الدائن العادي، فإن نظام صعوبات المقاول يهدف بالأساس إلى مساعدة المقاول للحصول على التمويل قصد تسوية وضعيتها لإنقاذها من الإغلاق وضمان مكانتها ضمن النسيج الاقتصادي، هذا ما دفع البعض⁴⁷ إلى القول بأن انتقال المشرع من نظام الإفلاس إلى نظام معالجة صعوبات المقاول أدى إلى قصور أنظمة الضمانات.

فإذا كان المشرع لم يخصص ولو مادة فريدة لوضعية الدائنين الحاملين ل ضمانات عقارية أو أصحاب الامتيازات في إطار مساطر الوقاية الداخلية⁴⁸، فإنه عالج وضعية هؤلاء الدائنين ضمن مساطر الوقاية الخارجية، ويتجلى ذلك خصوصا في إطار الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات الذي يصدره رئيس المحكمة التجارية بناء على طلب المصالح المكلف بتسهيل سير الشركة والعمل على إبرام اتفاق مع الدائنين، مثلما نظم وضعية هؤلاء الدائنين بمناسبة تنفيذ الاتفاق الودي بين رئيس المقاول والدائنين الرئيسيين، إلا أنه أغفل تنظيم وضعية الدائنين في حالة فسخ الاتفاق الودي.

⁴⁵--Abdeljalil **EI HAMMOUMI** : Droit des difficultés de l'entreprise, 3^{ème} édition, librairie Dar Assalam , rabat, année 2008 , page : 5.

⁴⁶ - للاطلاع أكثر راجع:

-أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء الرابع، الإفلاس، مرجع سابق، ص: 427 .

⁴⁷ - يوسف افريل: مرجع سابق، ص: 321.

⁴⁸ - على أسس أن مسطرة الوقاية الداخلية تتم بين إدارة المقاول المتكونة من مراقب الحسابات والشركاء ورئيس المقاول ومجلس الإدارة ومجلس المراقبة والجمعية العامة دون إشراك الدائنين.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه، أنه يجب عدم الخلط ما بين الدائنين أصحاب الضمانات العينية الناشئة ديونهم قبل صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، وكذا الدائنين الموقعين على الاتفاق الودي الذين يتأثرون بدورهم بآثار ذلك الاتفاق من جهة، والدائنين غير الموقعين على الاتفاق الودي الذين يعتبرون من الأغيار الذين لايسري في مواجعتهم آثار ذلك الاتفاق من جهة أخرى⁴⁹.

تأسيسا على ذلك، يحق لنا أن نتساءل عن وضعية الدائنين أصحاب الامتيازات العقارية والدائنين المرتهنيين في إطار مساطر الوقاية الخارجية التي ترمي إلى تحقيق مصلحة المقاتلة عن طريق تصحيح ما من شأنه أن يخل باستمرارية استغلالها.

وباعتبار مسطرة الوقاية الخارجية قد تعرف صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات من أجل تسهيل سير الشركة والعمل على إبرام اتفاق ودي مع الدائنين، لذلك ارتأينا دراسة مركز الضمانات العينية العقارية في ظل الأمر القضائي (الفرع الأول)، وكذا حدود تأثير هذه الضمانات في ظل الاتفاق الودي (الفرع الثاني).

⁴⁹ - نظرا لكون الاتفاق الودي كباقي العقود الأخرى يخضع بدوره لباقي المبادئ العامة المنصوص عليها في القوانين المدنية ومن ذلك مبدأ نسبية آثار العقد عملا بالفصل 228 من ظ.ل.ع والذي جاء فيه على أن "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون"

الفرع الأول

آثار الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات على مركز الضمانات العينية العقارية

يمكن تعريف الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات بأنه قرار قضائي يصدره رئيس المحكمة التجارية بناء على طلب المصالح⁵⁰، قصد تسهيل إبرام الاتفاق الودي بين رئيس المقاوله والدائنين، مفاد ذلك إيقاف مؤقتا جميع الدعاوى القضائية التي يقيمها جميع الدائنين ذوي دين سابق للأمر المشار إليه أعلاه تكون غايتها:

- الحكم على المدين بسداد مبلغ مالي.

- فسخ عقد لعدم سداد مبلغ مالي.

و يوقف هذا الأمر ويمنع كل طريقة للتنفيذ.⁵¹

تأسيسا على ما ذكر، فإن الأمر المشار إليه لا يؤثر على وضعية أصحاب الضمانات العينية العقارية⁵² الناشئة ديونهم بعد صدوره، وذلك من أجل تفادي الإضرار بالائتمان الضروري لإنقاذ المقاوله من الصعوبات التي تعاني منها، فالمقاوله قد تكون في حاجة إلى تمويلات جديدة قصد تسوية وضعيتها عن طريق تدخل مؤسسات بنكية

⁵⁰ - الملاحظ أن المشرع المغربي أعطى لرئيس المحكمة صلاحية تعيين مصالح وذلك قد تسهيل سير الشركة والعمل على إبرام اتفاق مع الدائنين (المادتان 553 و 554 من مدونة التجارة)، هذا الموقف الذي تبناه المشرع المغربي يجد أساسه في التشريع الفرنسي بمقتضى قانون رقم 2005 - 845 المؤرخ في 26 يوليوز 2005 والمتعلق بإنقاذ المقاولات حيث جاء فيها ما يلي:

L'article L. 611-7- du code de commerce " Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, les cas échéant, ses cocontractants habituels,..."

للمزيد من التفاصيل بخصوص بهذا الموضوع انظر:

-Corinne Saint- Alary –Houin : Op. ,cit., p ; 157 et s.

⁵¹ - انظر:

- المادة 555 من مدونة التجارة المغربية.

⁵² - بإمكان رئيس المقاوله تأسيس ضمانات عينية عقارية سواء تعلق الأمر برهن رسمي أو حيازي ولو بعد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات في حال حصوله على ترخيص من رئيس المحكمة إعمالا للفقرة الأخيرة من المادة 555 من م.ت.

أو مالية، وعليه فإنه من غير المعقول شمول منع وقف الدعاوى القضائية الديون
اللاحقة عن صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات.⁵³

وتبعا لذلك، فإن هذا الأمر يسري على جميع الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدوره،
سواء تعلق الأمر بالدائنين الرئيسيين أو غير الرئيسيين، وبصرف النظر عن طبيعة
ديونهم، سواء كانوا أصحاب الامتيازات أو دائنين مرتتهين أو دائنين عاديين، وعلى
خلاف ذلك فإن هذا الأمر لا يسري على هؤلاء الدائنين بعد انتهاء مدته والتي حددها
المشرع في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر في حالة تمديد مدته بناء على
طلب المصالح.⁵⁴

ولما كان من آثار الأمر القضائي السابق منع وإيقاف جميع الدعاوى القضائية،
فإن ذلك ينعكس سلبا على أصحاب الضمانات العقارية بحيث يتم تعطيل وتقييد
حقوقهم المقررة لهم طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود
ومدونة الحقوق العينية وباقي النصوص القانونية الأخرى (المبحث الأول)، إلا أنه
بإمكان هؤلاء الدائنين الاحتفاظ بحقوقهم أو استرجاعها وذلك في حالة إنشاء الديون
بعد صدور الأمر أو في حالة انتهاء مدته (المبحث الثاني).

⁵³ - أحمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترضه المقاولة، ومساطر معالجتها،
الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 274.

⁵⁴ - انظر المادتين : 553 و 554 من مدونة التجارة.

المبحث الأول

مظاهر الانعكاس السلبي للأمر القضائي على الضمانات العينية العقارية

ولما كان الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات⁵⁵ يهدف بالأسلس إلى تسهيل إبرام الاتفاق الودي بين رئيس المقاوله والدائنين والرئيسيين، فمن المعلوم أن تحقيق هذه ذلك لن يتأتى إلا باتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية التي ترمي إلى التقليل من فعالية الضمانات العينية العقارية.

⁵⁵. وقد يثار التساؤل عن مدى إمكانية تقييد أو إيداع الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات بالرسم العقاري أو مطلب التحفيظ ، أم يتم ترتيبه بملف الشركة ؟

جوابا عن هذا الإشكال يمكن القول بأن المشرع المغربي التزم الصمت في إطار مدونة التجارة، وبالرجوع أيضا إلى الفصل 65 من ظ.ت.ع نجده قد حدد التصرفات والوقائع والمحاضر و الأوامر المتعلقة بالحجز العقاري والأحكام القضائية الواجب تقييدها متى كان موضوع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وعليه فإن المشرع لم يشير إلى إمكانية تقييد هذا الأمر على الرسم العقاري، لكن عن طريق استعمال مبدأ القيلس فإنه يمكن تقييد هذا الأمر القضائي ، على اعتبار أنه أجاز تقييد الأوامر المتعلقة بالحجز العقاري ، و نظرا لكون الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات يرتب نفس آثار الحجز التنفيذي باستثناء منع التصرف (الفصل 87 من ظ.ت.ع) خاصة إيقاف ومنع كل طريقة للتنفيذ يقيمها الدائنون على عقارات المدين حسب مقتضيات المادة 555 من م.ت، ولا يطبق هذا المنع أو الإيقاف على الدائنين ذوي دين لاحق لصدور الأمر القضائي ، ومن ثمة بات من الطبيعي تقييد هذا الأمر بالرسم العقاري وكذا إيداعه بمطلب التحفيظ بدل ترتيبه بملف الشركة ، على أسلس أنه لا يمكن للمحافظ رفض تقييد أو إيداع حجز تحفظي أو إنذار عقاري أو حجز تنفيذي بعد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات إلا بعد تقييد هذا الأخير بالسجلات العقارية .

لكن يجب أن يتضمن منطوق الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات رقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ التي تملكه المقاوله المفتوح في مواجهتها مسطرة الوقاية الخارجية والإذن للسيد المحافظ بتقييد أو إيداع الأمر القضائي ، ويشطب على هذا الأمر القضائي تلقائيا ، بعد انصرام أجل مدة ثلاثة أشهر ، ويمكن تمديد هذا الأجل لمدة شهر بمقتضى أمر قضائي (المادتان 554 و 555 من مدونة التجارة) .

ويثار التساؤل كذلك عن مدى إمكانية إعفاء تقييد أو إيداع الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات من رسوم

المحافظة العقارية ؟

وجوابا عن هذا الإشكال يمكن القول أن مدونة التجارة لا تنص على أي مقتضى يعفي تقييد أو إيداع الأمر القضائي من رسوم المحافظة العقارية ، وحيث أن المبدأ هو أداء رسوم المحافظة العقارية عن كل تقييد أو إيداع بالسجلات العقارية ، وأن الإعفاء استثناء يجب أن تقضي به النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بناء على المادة الأولى من المرسوم المؤرخ في 18 يوليو 2016 المتعلق بتحديد تعريف وجبات المحافظة العقارية، فإن تقييد أو إيداع الأمر القضائي بالوقف المؤقت للإجراءات يخضع لوجبة ثابتة قدرها 500 درهم(عن كل عقار) وفقا لمقتضيات الفقرة "ب" من الباب الثاني من المرسوم المشار إليه أعلاه ، على أسلس أن هذا الأمر القضائي يعتبر بمثابة واقعة غير قابلة للتقييم كالتقييم الاحتياطي وغيره

وبناء على ما ذكر، فإن التقليل من فعالية الضمانات العقارية يظهر من خلال تعطيل صلاحية الدائنين المرتهنين و أصحاب الامتيازات العقارية في رفع دعوى قضائية سواء كان موضوعها أداء مبلغ مالي أو فسخ العقد موضوع الضمانة العقارية (المطلب الأول)، مثلما يظهر من خلال منع وإيقاف ممارسة إجراءات التنفيذ على عقارات المدين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعطيل أحقية أصحاب الضمانات العينية العقارية في رفع دعوى قضائية

قد يبدو ولأول وهلة بأن أصحاب الامتيازات أو الدائنين المرتهنين (رهنًا رسميًا أو حيازيا) ليس لهم الحق في رفع دعوى قضائية قصد الحكم على المدين بأداء مبلغ مالي، وإنما يتعين عليهم سلوك مسطرة بيع العقار محل الرهن بالمزاد العلني بعد توجيه إنذار عقاري للمدين قصد أداء ما بذمته⁵⁶.

إلا أن الخلاف الحاصل بين الفقه والقضاء بخصوص مدى إمكانية الاختيار ما بين الضمان العام والضمان الخاص، دفعنا إلى البحث في هذه الإشكالية (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز للدائن المرتهن رهنًا حيازيا أو رسميًا فسخ عقد الرهن نتيجة عدم أداء مبلغ مالي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الدعاوى الرامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ مالي

في الأصل يحق للدائن رفع دعوى قضائية في مواجهة مدينه قصد مطالبته بأداء مبلغ مالي إذا تأخر هذا الأخير عن تنفيذ التزاماته كليًا أو جزئيًا من غير سبب معقول، غير أنه يثار التساؤل بخصوص مدى أحقية الدائن الخاص في رفع دعوى الأداء أو إمكانية الجمع بين دعوى مسطرة تحقيق الرهن ودعوى الأداء؟

جوابا على الإشكالية المشار إليها سابقا، انقسم الفقه والقضاء إلى اتجاهين:

⁵⁶ - انظر بهذا الخصوص المادة 214 وما يليها من مدونة الحقوق العينية.

للمزيد من التفاصيل بخصوص تحقيق الرهن الرسمي انظر:

- محمد سلام: تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2002 ص:7 وما بعدها.

يرى البعض بأنه بإمكان الدائن المرتهن أن يرفع دعوى الأداء أو الالتجاء إلى مسطرة الحجز التحفظي على أموال المدين وذلك نتيجة لحق الضمان العام المقرر لفائدة كل الدائنين على مجموع أموال مدينهم⁵⁷، وهذا الحق يستفاد من الفصل 1241 من ظ ل ع الذي ينص على أن "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية"، فهذا الفصل يكرس مبدأ الضمان العام مما يظهر أن أهمية التفرقة بين الدائن العادي والدائن المرتهن لا تظهر إلا عند التوزيع.⁵⁸

في هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض⁵⁹ "حيث إن القرار علل قضاءه بأن الدائن لا يمكنه الجمع بين مسطرة تحقيق الرهن، ومسطرة الأداء في آن واحد قياسا على قاعدة الفصل 1223 من ظ ل ع" في حين أنه ليس هناك أي مقتضى قانوني يحول دون المرتهن رهنا رسميا، وإمكانية سلوك مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، وإقامة دعوى الأداء، ما دام أن أموال المدين هي ضمان عام لدائنيه بمقتضى الفصل 1241 ق.ل.ع فضلا على أن مآل مسطرة تحقيق الرهن، ودعوى الأداء هو التنفيذ على المدين في حدود مبلغ الدين، وليس اقتضاء الدين مرتين، مما يجعل القرار غير مرتكز على أسس، وعرضه للنقض".

و لقد جاء أيضا في قرار صادر عن محكمة الاستئناف ما يلي⁶⁰ " لكن حيث إنه حسب الفصل 1241 من ظ.ل.ع هو أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه يوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية، الأمر الذي يستفاد منه أن للدائن الحق في اتخاذ جميع الإجراءات القانونية الكفيلة بضمان استيفاء دينه في مواجهة مدينه بما في ذلك إيقاع الرهون و الحجز على أموال هذا

⁵⁷ - يونس الزهري : بعض الإشكالات العملية لمسطرة تحقيق الرهن الرسمي، مجلة المناهج، عدد مزدوج 8/7، السنة 2005، ص: 24 وما يليها.

⁵⁸ - Michel Véront et Benait « Voies d'exécution et procédures de distribution », 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1998, P: 22.

أشار إليه يونس الزهري: بعض الإشكالات العملية لمسطرة تحقيق الرهن الرسمي، مرجع سابق، ص: 24.

⁵⁹ - قرار عدد: 33 بتاريخ 07-01-2009، ملف تجاري عدد 1332-3-1-2007، منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد الرابع، السنة 2011، ص: 180 و 181.

⁶⁰ - قرار عدد: 99/243، المؤرخ في 2 مارس 1999، ملف عدد 4/9/18، مجلة القضاء، العدد 1، السنة يناير 2002، ص 138، أشار إليه يوسف افريل، مرجع سابق، ص: 86.

الأخير دون إمكانية المطالبة بضرورة إثبات عدم كفاية الرهون لتسديد دين الدائن من أجل الاستجابة لطلب إجراء الحجز"⁶¹.

أما الاتجاه الرافض للجمع بين دعوى تحقيق الرهن و دعوى أداء الدين فإنه يرى بأن الدائن المرتهن لا يمكن له الحجز على أموال مدينه إلا في حال عدم كفاية الأموال المتحصلة من ثمن العقار موضوع الضمانة العينية⁶² أو في حالة حدوث إنقاص في الضمان العقاري المقدم، وتبعاً لذلك فإنه يتعين على الدائن المرتهن أن يلجأ أولاً إلى مسطرة تحقيق الرهن، وعند عدم كفاية الثمن الناتج عن بيع العقار بإمكانه في هذه الحالة الالتجاء إلى مسطرة الحجز.⁶³

ولقد تبنت محكمة النقض الموقف السابق في قرار صادر عنها⁶⁴ ، "حيث إنه إذا كان للدائن المرتهن رهناً 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

⁶¹ . ولقد جاء أيضاً في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفس ما يلي "....وعملاً بالفصل 1241 من ق.ل.ع تعتبر جميع أموال المدين ضامنة لما للدائنين من حقوق على اعتبار الرهون الممنوحة لها غير كافية لسداد الديون المطالب بها وقد طعنت في الخبرة المنجزة من طرف المستأنف عليه في تقدير قيمة العقارات المرهونة لعدم حضورها أثناء إنجازها مما يتعين استبعادها أما بخصوص رهن العقارات الموجودة بالدار البيضاء فقد أنكرت المستأنفة بإبرام هذه العقود مع المستأنف عليه، ولم يدل هذا الأخير بما يثبت ذلك، إضافة إلى ذلك فإنها تطعن في مبالغ الديون التي في ذمة الشركتين لصالحهما والمصرح بها في مقال المستأنف عليه ولا زالت في مرحلة تحقيقها.

حيث أنه أمام طعن المستأنف في تقدير قيمة العقارات المحددة بمقتضى الخبرة المنجزة من طرف المستأنف عليه وكذا مبلغ الدين وأمام عدم إدلاء المستأنف عليه بما يثبت أنه رهن عقارات أخرى بالدار البيضاء لفائدة المستأنفة يكون ما قامت به هذه الأخيرة من حجز أموال المستأنف عليه إجراء قانونياً يبرره حجم المديونية والوضع الذي توجد عليه الشركتين المدينتين ويكون الأمر القاضي برفضه مجانباً للصواب ويتعين التصريح برفض الطلب".

- قرار رقم: 602، الصادر بتاريخ 19 | 5 | 2004، ملف عدد: 260 | 04 (قرار غير منشور).

⁶² - **Alfred Jauffret** : « Manuel de procédure civile et voies d'exécution » librairie général de droit de jurisprudence, Paris, 1976 , page : 199.

أشار إليه يونس الزهري : بعض الإشكالات العملية لمسطرة تحقيق الرهن الرسمي ، مرجع سابق ، هامش رقم 9 ، ص: 26

⁶³ - يونس الزهري: بعض الإشكالات العملية لمسطرة تحقيق الرهن الرسمي ، مرجع سابق، ص: 26 و 27.

⁶⁴ - قرار محكمة النقض عدد: 1472، مؤرخ في 04/10/2000، ملف عدد 98/690 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 56، ص 439، أشار إليه جمال الدين المزكلاوي: مرجع سابق، ص: 69 و 70.

الفصل 204 من ظهير 06/02/1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة وذلك باعتباره دائئا مرتبها، فإنه لا يمكن الجمع بين المسطرتين في آن واحد، قياسا على قاعدة الفصل 1223 من ق.ل. ع الناصة على أنه إذا لم يكن المتحصل من البيع للوفاء بالدين فإن للدائن حق الرجوع منه على المدين وهي قاعدة وإن تعلقت بالرهن الحيازي صالحة للتطبيق على الرهن الرسمي غير المنظم لمضمونها، ومحكمة الاستئناف التي ردت الدفع المثار من الطالب بهذا الخصوص بعله أنه لا مانع من سلوك المسطرتين معا تكون قد بنت قرارها على أسس قانوني غير سليم وعرضه للنقض"⁶⁵.

ويمكن القول بأنه يتعين على الدائن المرتهن أن يسلك أولا دعوى تحقيق الرهن، وفي حالة عدم كفاية ثمن الملك المرهون بأداء الدين جاز له أن يرجع على المدين عن طريق دعوى الأداء كدائن عادي، والسند في ذلك بالنسبة للرهن الرسمي الإجمالي و الاتفاق ما نصت عليه المادة 192 من مدونة الحقوق العينية" للمرتهن أن يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون حسب مرتبته" وتضيف المادة 193 منها" إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي".

ونفس الأمر ينطبق على الرهن الحيازي بدليل تطبيق أحكام الرهن الرسمي عليه بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 145 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها: "تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ..." ويترتب عن ذلك، أنه إذا لم يف ثمن الملك المرهون رهنا حيازيا بأداء الدين كان للدائن المرتهن حيازيا الرجوع فيما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي، ويمكن أيضا الاستناد على مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 1223 من ظ.ل.ع والتي جاء

⁶⁵. ولقد جاء أيضا في قرار لمحكمة النقض ما يلي "..... لكن حيث لئن كانت أموال المدين ضمان عام لدائنيه كما يقضي بذلك الفصل 1241 من ق ل ع فإن المفترض في هذه الأموال التي ارتهنها الدائن لفائده ، أن تكون كافية لتأمين أداء الدين المطالب به، ومادام لم يثبت أنه أخطأ في تقدير قيمتها أو لحقها انهيار قيمي بتدخل من المدين أو بفعل عوامل خارجية، فإنه لا موجب له لإجراء حجوز على أموال أخرى ، لما في ذلك من تعسف في استعمال الحق وخنق للمدين وغل يده عن التصرف في جميع أمواله....."

- قرار عدد: 26 المؤرخ في 04\01\2004 ، ملف تجاري عدد: 632\3\1\2004، أشار إليه عمر أزوكار: قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2014، ص: 106.

فيها: "المتحصل من البيع يكون للدائن بقوة القانون في حدود ما هو مستحق له، وله أن يرجع بما تبقى من دينه على المدين، إن لم يكف المتحصل من البيع للوفاء به" بدليل إحالة المادة 1 من مدونة الحقوق العينية على تطبيق مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود.

وعلى ضوء ما ذكر، فإذا قام الدائن المرتهن ببيع العقار وفقا لإجراءات البيع بالمزاد العلني المنصوص عليها قانونا قبل صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات ولم يف ثمن العقار المرهون بأداء الدين فإنه لا يحق للدائن المرتهن الرجوع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي بعد صدور الأمر القضائي المشار إليه أعلاه وذلك استنادا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 555 من مدونة التجارة.

الفقرة الثانية: الدعاوى الرامية إلى فسخ عقد لعدم سداد مبلغ مالي

الفسخ هو حق أحد المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه⁶⁶، وهكذا قد نص الفصل 259 من ظهير الالتزامات والعقود على أنه: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذه الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد وله الحق في التعويض في الحالتين...

" لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما تجب أن تحكم به المحكمة"⁶⁷

تأسيسا على الفصل المشار إليه أعلاه، فإنه بإمكان الدائن أن يلجأ إلى المحكمة قصد فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المدين التزاماته، غير أنه سرعان ما يصطدم الدائن بمسطرة الوقاية الخارجية خصوصا بعد صدور الأمر القضائي القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، فإنه لا يمكن له أن يرفع عوى قضائية قصد فسخ العقد متى كان موضوعها أداء مبلغ مالي.

⁶⁶ -ادريس العلوي العبدلاوي : شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة ، السنة 1986، ص: 697.

⁶⁷ - للمزيد من الإيضاح بخصوص الشرط الفاسخ انظر :

هشام عليوي : الشرط الفاسخ ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال - السنة الجامعية 2014-2015 ص: 1 وما يليها .

لكن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الإطار أنه إذا كان العقد فعلا يعد مالا من أموال المقاوله يسهم في متابعة نشاطها بصفة عادية، كما هو الأمر بالنسبة لعقد الكراء التجاري مثلا، على أسس أن فسخ هذا العقد بإمكانه أن يحول دون متابعة المقاوله نشاطها، فهل هذا من شأنه أن يؤثر على أصحاب الامتيازات على العقار والدائنين المرتهينين؟

كما هو معلوم أن الضمانات العينية العقارية أو الحقوق العينية التبعية تعد بمثابة التزامات تبعية تابعة للالتزام الأصلي وجودا وعدما، أي أن انعدام الالتزام الأصلي يؤدي بالضرورة إلى انعدام الالتزام التبعية.⁶⁸ والعكس غير صحيح، بحيث يمكن أن يبقى الالتزام الأصلي قائما رغم انعدام الالتزام التبعية، وخير مثال عن ذلك، انعدام عقد القرض يؤدي بالضرورة إلى انعدام عقد الرهن الحيازي أو الرسمي، وقد كرس المشرع المغربي هذه القاعدة في الفصل 307 من ظ.ل.ع " بطلان الالتزام يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة ما لم يظهر العكس من القانون أو من طبيعة الالتزام التابع.

بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي

و نفس القاعدة كرسها في إطار مدونة الحقوق العينية بمقتضى المادة 161 والتي جاء فيها " يعتبر الرهن تابعا للدين المضمون يدور معه وجودا وعدما..."

تأسيسا على ما ذكر، وباستعمال مبدأ القيلس على أسس أن المشرع لم يشر إلى الفسخ وإنما إلى البطلان، فإنه بمجرد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات فإن الدائن المرتهن لا يمكن له أن يرفع دعوى قضائية قصد فسخ العقد لعدم أداء مبلغ مالي سواء في حالة عدم كفاية ثمن الملك المرهون بأداء الدين استنادا إلى مقتضيات المادتين 193 و 145 من مدونة الحقوق العينية أو في حالة إنقاص قيمة الضمانات العينية العقارية لضمان الدين وذلك طبق منطوق المادة 189 من مدونة الحقوق العينية والفقرة الثانية من الفصل 139 من ظ.ل.ع التي نصت على أنه: "إذا كان إنقاص الضمانات الخاصة بالمعطاة بمقتضى العقد ناتجا عن سبب أجنبي عن إرادة المدين، فإن هذا الأخير لا يسقط عنه مزية الأجل بقوة القانون، ولكن يكون للدائن الحق في أن يطلب ضمانات تكميلية، فإذا لم تقدم، حق له أن يطلب تنفيذ الالتزام على الفور".

⁶⁸ - للمزيد من التفاصيل انظر:

- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، الطبعة الثانية، منشورات عكاظ، السنة 1987، ص: 396.

وعلى خلاف ذلك، فإنه بإمكان الدائن المرتتهن أن يرفع دعوى قضائية قصد فسخ العقد لعدم أداء مبلغ مالي وذلك في حالة عدم كفاية الثمن المتحصل من الملك المرهون أو في حالة إنقاص قيمة الضمانات العقارية متى كان ذلك الدين لاحقا لصدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات استنادا على دلالة المخالفة للفقرة الثانية من المادة 555 من مدونة التجارة" يوقف هذا الأمر ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها جميع الدائنين ذوي دين سابق للأمر المشار إليه تكون غايتها فسخ عقد لعدم سداد مبلغ مالي".⁶⁹

ويرى البعض⁷⁰ أن الأمر لا يتعلق فقط بالفسخ القضائي فحسب، بل أن المنع المنصوص عليه في المادة أعلاه ينطبق حتى على الفسخ بقوة القانون نتيجة تحقق الشرط الفاسخ لعدم التنفيذ، لأن الآثار المترتبة عن دعوى الفسخ القضائي هي ذاتها التي تترتب عن الفسخ بقوة القانون لتحقيق الشرط الفاسخ لعدم التنفيذ، ويكمن ذلك في فسخ العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقد، وعليه فإن تطبيق قاعدة منع المتابعات الفردية على دعوى الفسخ القضائي دون الفسخ بقوة القانون سيدفع بالمتعاقدين مع المقاوله إلى تضمين الشرط الفسخ في جميع عقودهم تفاديا لقاعدة المنع المشار إليها أعلاه، ويضيف بأن المشرع استعمل مصطلح "دعوى قضائية" التي لا تنطبق فحسب على دعوى الفسخ القضائي بل تسري أيضا على الفسخ بقوة القانون في حالة تحقق الشرط الفاسخ، ولئن كان هذا الرأي يتحدث عن المادة 653 من م.ت تلك المتعلقة بمسطرة التسوية القضائية، فإنه يمكن الاعتماد عليه حتى في حالة مسطرة الوقاية الخارجية نظرا لتماثل المادتين 653 و555 من مدونة التجارة.

وبالرغم من ذلك، يمكن القول أنه بإمكان الدائن المرتتهن أن يرفع دعوى قضائية قصد المصادقة على الفسخ الاتفاقي، في حالة ما إذا اتفق الطرفان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته في هذه الحالة يفسخ العقد بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء، وذلك استنادا إلى مقتضيات الفصل 260 من ظ.ل.ع، ذلك أن الدائن المرتتهن لا يرمي من خلال دعواه الحصول على حكم بالفسخ وإنما المصادقة على الفسخ، لأن العقد يفسخ بمجرد عدم الوفاء، ويكون الحكم حينئذ مقررًا للفسخ لا منشأ له، وبالتالي فإن الفسخ الاتفاقي بقوة القانون غير مشمول بمقتضيات المادة 555 من مدونة التجارة والتي عالجت منع أو إيقاف دعوى قضائية رامية إلى فسخ العقد لعدم أداء مبلغ مالي، وعليه لا يدخل ضمنها دعوى المصادقة على الفسخ الاتفاقي.

⁶⁹ - Houssani Lamia **AMRANI** : La prévention des difficultés de l'entreprise, mémoire pour l'obtention du D.E.S.A en droit des Affaires, Université Hassan II, Ain Chock, Faculté des Sciences Juridiques Economique et Social, Casa, Année universitaires 2001-2002, Page: 127.

⁷⁰ - هشام عليوي : مرجع سابق، ص: 194.

تأييدا لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض⁷¹ "لكن حيث يستفاد من مقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة " أن حكم فتح المسطرة يوقف ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال، وفسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال.... والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقولها "أن الدعوى التي تقدمت بها الطاعنة ترمي إلى معاينة تحقق الشرط الفاسخ المنصوص عليه في العقد، وأن الأمر الاستعجالي رقم 01-20 قضى فقط بمعاينة الفسخ... لذلك فإن الأمر المذكور لم يقض بفسخ العقد بسبب عدم أداء مبلغ من المال وبالتالي لا يندرج ضمن قائمة الأحكام التي يوقف تنفيذها بمناسبة صدور حكم فتح مسطرة صعوبات المقابلة في مواجهة المدين"⁷²

ولئن كان هذا القرار صدر في إطار مسطرة التسوية القضائية وفقا لمقتضيات المادة 653 من م.ت، فإنه يمكن الاعتماد عليه حتى في إطار مسطرة الوقاية الخارجية نظرا لتماثل مقتضيات المادة أعلاه مع المادة 555 من م.ت.

وعليه ، فإن صدور الحكم القاضي بالمصادقة على تحقق الشرط الفاسخ له أثر رجعي منذ تحقق هذا الشرط، أي لحظة عدم تنفيذ أحد أطراف العقد التزاماته، على أسس أن القضاء لم يقض بفسخ العقد و إنما عاين تحقق ذلك الشرط ، ومن ثمة فإن فسخ العقد يقع بقوة القانون لحظة عدم الوفاء بالالتزام إذا اتفق المتعاقدان عن ذلك⁷³ ، وفي هذه الحالة فإنه لا تطاله الآثار المترتبة عن مقتضيات المادة 555 من م.ت .

⁷¹ - قرار عدد: 1107 ، المؤرخ في 2008/09/10، ملف تجاري عدد: 2005/1/3/1074 .

أشار إليه عمر أزوكار: مرجع سابق، ص: 112.

⁷² - ويستفاد أيضا من قرار لمحكمة النقض والذي جاء فيه " في حين أنه لئن كانت المادة 653 م ت تمنع أو توقف كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي للحكم على المدين بأداء مبلغ من المال كما يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل إجراء للتنفيذ يتعلق إما بحالة أداء مبلغ من المال أو بحالة فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال ولا يدخل طلب الاسترجاع في مفهوم تلك المادة مادام الاسترجاع ناتج عن عقد تمت معاينة فسخه قضائيا قبل تاريخ المسطرة مما يكون معه القرار بما ذهب إليه خارقا للمادة 653 م ت ولم يطبقها تطبيقا سليما وهو ما يجعله عرضة للنقض".
- أشار إليه عمر أزوكار، مرجع سابق ، ص: 70.

⁷³ - لقد جاء في الفصل 260 من ظ.ل.ع على أنه " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء"

المطلب الثاني

عدم أحقية أصحاب الضمانات العينية العقارية مباشرة إجراءات التنفيذ

لما كان الهدف من صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات هو تسهيل سير الشركة والعمل على إبرام الاتفاق الودي مع الدائنين خاصة أصحاب الامتيازات العقارية والدائنين المرتهنيين، فإن ذلك يتطلب بالضرورة منع كل واحد من هؤلاء الدائنين من سلوك إجراءات التنفيذ على العقار موضوع الضمان العيني، وكذا وقف إجراءات التنفيذ العقاري في حالة البدء فيها قبل صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، ذلك أن ترك هؤلاء الدائنين القيام بمتابعة أو سلوك إجراءات التنفيذ من شأنه أن يحول دون تسهيل إبرام الاتفاق الودي الذي يهدف إلى تفادي الصعوبات القانونية والاقتصادية والمالية التي من شأنها أن تخل باستمرارية استغلال المقولة، وفعلًا هذا ما كرسه المشرع المغربي في إطار الفقرة الثالثة من المادة 555 من مدونة التجارة.

وإذا كان للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه الحق في بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار رسمي للمدين الأصلي أو للحائز، وعدم قيامه بأداء مبلغ الدين ويتم الشروع بعد ذلك في إجراءات حجز التنفيذ، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن حدود تقييد لجوء الدائن المرتهن في إتباع مسطرة الإنذار العقاري أو مسطرة الحجز التحفظي (الفقرة الأولى)، وكذا متابعة باقي إجراءات التنفيذ في حالة عدم الاستجابة للإنذار (الفقرة الثانية) خاصة بعد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات.

الفقرة الأولى: مدى إمكانية لجوء الدائن المرتهن إلى مسطرة الحجز التحفظي أو

الإنذار العقاري

الملاحظ أن المشرع المغربي في إطار المادة 555 من م ت لم يحدد بدقة طرق التنفيذ المشمولة بالإجراءات التي يمنعها أو يوقفها الأمر القاضي بالوقف المؤقت، مما يثار التساؤل عن مدى استيعاب المادة المذكورة أعلاه لمسطرتي الحجز التحفظي والإنذار العقاري ؟

كقاعدة عامة أن الحجز التحفظي⁷⁴ يلجأ إليه الدائن العادي قصد الحصول على مبلغ مالي، إلا أنه استثناء يمكن للدائن الخاص أن يلجأ إليه وذلك في حالتين، حالة إنقاص قيمة الضمانات المقدمة وذلك طبقا للمادة 189 من مدونة الحقوق العينية، وكذا في حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من الملك المرهون موضوع الضمان العيني اعتمادا على مقتضيات المادة 193 من مدونة الحقوق العينية.

بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية نجد أن المشرع المغربي قد نظم الحجز التحفظي في القسم المخصص لطرق التنفيذ من خلال الفصل 452 وما يليه ، وارتباطا بمقتضيات المادة 555 من م ت نجد أن الحجز التحفظي مشمول بالآثار المترتبة عن الأمر القضائي على أسس أن المشرع استعمل عبارة " يوقف هذا الأمر ويمنع كل طريقة للتنفيذ يقيمها هؤلاء الدائنون ..."، واضح من النص أعلاه أن توجه المشرع يسير في اتجاه يعتبر فيه أن كل طرق التنفيذ تخضع لآثار الأمر القضائي ، وما يؤثر على ذلك أنه جاء بلفظ عام " كل طريقة للتنفيذ" وتبعا للقاعدة الأصولية "أنه إذا ورد في النص لفظ عام ولم يرق دليل على تخصيصه وجب حمله على دليله ولا يخصص عام إلا بدليل"⁷⁵

ورغم ذلك ، نعتقد بأن طرق التنفيذ المقصودة في نطاق المادة 555 من م ت لا تشمل الحجز التحفظي على أسس ما يلي:

- إن الحجز التحفظي مجرد إجراء وقتي لا يترتب عليه سوى وضع يد القضاء على عقارات المدين ومنعه من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا أو بعوض باطلا (الفصل 453 من م ت م)، ولا يعطي للدائن الحق في بيع

⁷⁴. للمزيد من التفاصيل بخصوص الحجز التحفظي انظر:

-رشيد قافو: الحجز التحفظي في القانون المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،مراكش، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 1 وما بعدها.

- مجيدة الزباني: الحجز التحفظي قواعده وتطبيقاته، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني ، عين الشق ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1998-1999 ص:1 وما بعدها.

⁷⁵. عادل حاميدي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص:271.

أموال المدين إلا بعد سلوكه مسطرة الحجز التنفيذي هذه الأخيرة تبقى مشمولة بمبدأ الإيقاف والمنع.

- إنه لا وجود لنص صريح في إطار مسطرة الوقاية الخارجية يترتب عنه تخلي المدين عن إدارة وتسيير أمواله بمجرد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات خلافا لمسطرة التصفية القضائية (المادة 619 من م ت)، ولما كان للمدين حق التصرف في أمواله، ومن شأن ذلك الإضرار بدائنه من خلال بعض التصرفات التي يقوم بها، فإنه يبقى للدائن الحق في إيقاع الحجز التحفظي على كافة أموال المدين التي تشكل ضمانا عاما له.

وما يبرر هذا التوجه، ما جاء في قرار لمحكمة النقض " ...في حين ينص الفصل 453 من ق م م على أنه " لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات و العقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر " ... وأنه وإن كانت نصوص المسطرة المدنية تحدث عن الحجز التحفظي في القسم المخصص لطرق التنفيذ فإنه (الحجز التحفظي) في مفهوم المادة 653 من م ت التي تمنع وتوقف كل إجراء للتنفيذ بعد الحكم بفتح المسطرة للحصول على الديون الناشئة قبله، لا يعد إجراء تنفيذا من قبيل البيع أو الحجز التنفيذي المؤدي للبيع حتى يدخل في عداد الإجراءات التي يمنعها أو يوقفها الحكم بفتح المسطرة وإنما هو مجرد إجراء تحفظي لا تأثير له على سير المسطرة الجماعية وعلى المحجوز عليه، بل فيه حفظ لحقوق جميع الدائنين الذين انتقلت حقوقهم للعقار المأمور برفع الحجز عنه خلال هذه المرحلة ولو وصلت مسطرة الصعوبة لمرحلة تنفيذ مخطط الاستمرارية غير المتعارضة مع بقاء الحجز مما يكون معه القرار المطعون فيه الذي قضى بسريان مقتضيات المادة 653 المذكورة على إجراء الحجز التحفظي خارقا للمقتضيات المحتج بخرقها عرضة للنقض " ⁷⁶

في نفس السياق ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرار صادر عنها " ...وحيث ما يهدف إليه الطرف المستأنف من خلال طلبه هذا مجرد إجراء حجز

⁷⁶ - قرار عدد : 944، المؤرخ في 10 | 6 | 2010، ملف تجاري عدد : 165 | 3 | 1 | 2009 (قرار غير منشور).

- انظر أيضا :

قرار محكمة النقض عدد: 1309، المؤرخ في 21 | 12 | 2005، ملف تجاري عدد : 1279 | 3 | 1 | 2004، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 155، السنة 2008، ص: 205 وما يليها.

تحفظي لحماية حقوقه الناتجة عن الدين موضوع ملف الصعوبة المفتوح بالمحكمة... وأنه ليس في القانون ما يمنع الدائن من سلوك جميع المساطر التحفظية للمحافظة على دينه و أن رئيس المحكمة التجارية حينما قضى برفض الطلب قد خالف القانون الأمر الذي يتعين معه إلغاء الأمر المطعون فيه والحكم من جديد بإجراء الحجز التحفظي...⁷⁷

و مقابل ذلك، جاء في قرار لنفس المحكمة المذكورة أعلاه "... وحيث فيما يخص مبررات الحجز التحفظي على عقارات المستأنف عليها فإنها زالت بصدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية الذي يترتب عليه وقف كل الدعاوى وطرق التنفيذ الفردية عملاً بمقتضيات المادة 653 من م ت ذلك أن المستفيد من الحجز لم يعد يجديه هذا الإجراء لأن أجهزة المسطرة هي التي تتولى تمثيل المقاوله والدائنين...⁷⁸

و لئن كانت القرارات السابقة صدرت في إطار مسطرة التسوية القضائية وفقاً لمقتضيات المادة 653 من م.ت، فإنه يمكن الاعتماد عليها حتى في إطار مسطرة الوقاية الخارجية نظراً لتماثل مقتضيات المادة أعلاه مع المادة 555 من م.ت.

أما بخصوص مسطرة الإنذار العقاري فرغم عدم التصييص عليها صراحة في إطار مقتضيات المادة 555 من مدونة التجارة، لكن نبادر بالقول بأنه يعتبر بمثابة حجز عقاري، وعليه فإنه بالرجوع إلى المادة 555 نجد أن المشرع قد نص في الفقرة الثالثة منها على أنه: "يوقف هذا الأمر ويمنع كل طريقة للتنفيذ يقيمها هؤلاء الدائنون سواء بشأن المنقولات أو العقارات" و تطبيقاً لذلك فإن مسطرة الإنذار العقاري مشمولة بالمادة أعلاه.

وبناء على مقتضيات المادة 215 من مدونة الحقوق العينية يمكن تعريفه بأنه تنبيه يوجه بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر من تاريخ التوصل به.

ولقد اختلف الفقه بخصوص الطبيعة القانونية للإنذار العقاري ما إذا كان إجراء من إجراءات التنفيذ أم أنه بمثابة حجز عقاري ويرتب نفس آثاره، يرى الاتجاه

⁷⁷ . قرار عدد: 241، المؤرخ في 09 | 03 | 2004، منشور بالموقع الإلكتروني www.bibliotdroid.com.

تاريخ المراجعة ، 09 | 12 | 2017.

⁷⁸ . قرار عدد: 772، المؤرخ في 27 | 07 | 2004، منشور بالموقع الإلكتروني www.bibliotdroid.com.

تاريخ المراجعة ، 09 | 12 | 2017.

الأول⁷⁹ بأن الإنذار العقاري لا يتحول بصفة تلقائية إلى حجز تنفيذي عقاري في حالة عدم الأداء في الأجل المحدد، وعليه فإن يتعين القيام بإجراءات الحجز التنفيذي بالرغم من توجيه وتبليغ الإنذار، رغم أن هذا الأخير يرتب نفس آثار الحجز العقاري كمنع المدين من التصرف في العقار موضوع الإنذار.

مقابل ذلك يرى اتجاه ثان بأن الإنذار إجراء من إجراءات التنفيذ، ما دام يعتبر حجزا عقاريا وليس تنبيها بالأداء، وله نفس آثار الحجز التنفيذي تلك المتعلقة بمنع أي إجراء أو تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري⁸⁰.

والملاحظ أن مدونة الحقوق العينية كرسست موقف الاتجاه الأول وذلك من خلال مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 216 حيث نصت "يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره".

واعتبارا لما ذكر أعلاه، فإن لجوء الدائن المرتهن إلى مسطرة الإنذار العقاري من شأن ذلك أن يحول دون العمل على إبرام الاتفاق الودي بين المقاول المدينة والدائنين الرئيسيين بما فيهم الدائنين المرتهنين، كما من شأنه أن يخل باستمرار استغلال المقاول المدينة نتيجة التنفيذ على عقاراتها وهذا ما تبنته محكمة الاستئناف التجارية بفلس بمقتضى قرار صادر عنها حيث جاء فيه "... كما أن الإنذار العقاري يعد من إجراءات التنفيذ مما يتعين معه وقف إجراءات الإنذار العقاري، لأن من شأن تنفيذه أن يخل باستمرار المقاول المدينة نتيجة التنفيذ على عقارها الذي هو ضروري لهذه الاستمرارية..."⁸¹ رغم أن هذا القرار صدر في إطار الحكم القاضي بالتسوية القضائية، فإنه قابل للتطبيق حتى في حال صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات في إطار مسطرة الوقاية الخارجية، نظرا لتطابق مقتضيات المادة 653 من م. ت مع المادة 555 من م. ت.

⁷⁹ - محمد سلام: تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص: 3.

⁸⁰ - انظر بهذا الخصوص :

- يوسف أفريل: مرجع سابق، ص: 105.

⁸¹ - قرار عدد: 1143، المؤرخ في 2002/10/24، ملف عدد: 431 / 2002، أشار إليه في الهامش، عبد العلي حفيظ، الحجز التنفيذي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، الرباط، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 33.

الفقرة الثانية: منع وإيقاف باقي إجراءات الحجز التنفيذي العقاري.

لقد نص المشرع المغربي على إيقاف ومنع كل طريقة للتنفيذ يقيمها الدائنون بما فيهم أصحاب الامتياز على العقار والدائنين المرتهنيين وذلك بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 555 من مدونة التجارة، وعليه فإن طريقة التنفيذ لا تشمل فقط الإنذار العقاري كما وضعنا سلفا، لكن تنطبق أيضا على باقي إجراءات الحجز التنفيذي العقاري المتبعة بعد إنذار المدين أو المقاول المدينة.

تأسيسا على مقتضيات المادة أعلاه، فإنه بمجرد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات تتوقف جميع إجراءات التنفيذ المكمل لمسطرة الإنذار العقاري، وعليه فإن لا يحق لعون التنفيذ أن ينتقل إلى العقار المرهون وأن يعاينه وتحرير محضر الحجز بشأنه، ولا يمكن أيضا إعداد العقار للبيع وذلك بتحديد الثمن الأساسي للبيع ووضع دفتر التحملات وكذا إشهار هذا البيع في الأماكن المحددة قانونيا وتبليغ الأطراف المعنية لحضور جلسة المزاد العلني.

وإذا كانت الإجراءات المتعلقة بالحجز العقاري السابقة لا تثير إشكالا بخصوص شموليتها بالإيقاف أو المنع المنصوص عليه في المادة 555 من مدونة التجارة، فإن عملية التوزيع تطرح إشكالية مدى شموليتها بمقتضيات المادة السابقة؟

إن هذا الموضوع قد عرف جدلا فقهيًا وقضائيا⁸²، ولئن كان هذا الجدل عرف على مستوى المقتضيات المتعلقة بالتسوية القضائية والتصفية القضائية، فإنه بالإمكان الاستئناس به حتى في إطار مساطر الوقاية الخارجية نظرا لتمثل المادتين 653 و555 من مدونة التجارة، وعليه فإن المشرع الفرنسي قد عدل القانون المتعلق بالتسوية القضائية والتصفية القضائية الصادرة بتاريخ 1985 وذلك عن طريق مرسوم 21 أكتوبر 1994، حيث يستفاد من المادة 65 أنه في حالة اعتماد مخطط التسوية فإن مصير مسطرة التوزيع الإلغاء وتحول الحصيلة إلى المراقب المسندة له مهمة تنفيذ المخطط، أما في حالة اعتماد التصفية القضائية، فإنه يتم متابعة مسطرة التوزيع بشرط التصريح بالدين وإدخال المصفي في عملية التوزيع.⁸³

⁸² - للتوسع أكثر بخصوص هذا الموضوع انظر :

- عبد العلي حفيظ : مرجع سابق، ص: 279 و يليها.

⁸³ - « Les procédures d'ordre en cours lors prononcé du jugement d'ouverture sont interrompues. si le tribunal arrête un plan de redressement, ces procédures sont caduques et les fonds sont remis au commissaire à l'exécution du plan, en cas de liquidation judiciaire, elles sont reprises l'initiative de tout créancier intéressé, dès que celui-ci a produit à la juridiction saisie de l'instance une copie de la déclaration de sa créance et mis en cause le liquidateur ».=====

ونظرا لغموض المادة 653 من مدونة التجارة المغربية، فإنه يرى بعض الفقه⁸⁴ بأن مسطرة التوزيع مشمولة بمقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة، وقد استند في ذلك على أسس أن المشرع المغربي قد استعمل في قانون المسطرة المدنية مصطلح "المحجوز عليه" بدل المدين بخصوص المقتضيات التي نظمت مسطرة التوزيع، كما أن إدراج مسطرة التوزيع ضمن طرق التنفيذ يدل على اعتبار مسطرة التوزيع جزء لا يتجزأ من إجراءات التنفيذ.

ونعتقد أن مسطرة التوزيع غير مشمولة بمقتضيات المادة 555 من مدونة التجارة، إعمالا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية باعتبارها الشريعة العامة لباقي إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في القوانين الخاصة، فاستنادا إلى مقتضيات الفصل 480 من ق.م.م يعتبر محضر المزايدة سند ملكية الراسي عليه المزداد قبل اللجوء إلى عملية التوزيع، أضف إلى ذلك أنه يمكن إيقاف مسطرة التنفيذ في حالة رفع دعوى الاستحقاق إلى حين إرساء المزايدة النهائية هذا الإجراء الذي يتم قبل اللجوء إلى عملية التوزيع وذلك طبق منطوق الفصل 482 من ق.م.م، هذا ويتم إيداع الثمن لدى كتابة الضبط من طرف الراسي عليه المزداد، ولا يوجد نص قانوني يخول للمقاول المدينة أو المدين استرجاع الثمن المتحصل من العقار المودع لدى كتابة الضبط متى صدر الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، واعتبارا للمبررات السابقة، فإن مسطرة التوزيع لا تدخل ضمن إجراءات التنفيذ، ولا يمكن للأموال موضوع التوزيع أن تؤثر على المقاول أو المدين طالما أن العقار أصبح في ملكية الراسي عليه المزداد ، وأن ثمن العقار خرج من الذمة المالية للمقاول وأصبح حقا للدائنين ولا يبقى للمقاول في هذه الحالة سوى ما تبقى من ثمن العقار إذا كان منتج البيع كافيا للوفاء بجميع الديون.

إذا كان الدائن المرتهن بإمكانه متابعة إجراءات التنفيذ متى كان دينه لاحقا للأمر القضائي، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مصير الدائن المرتهن على نفس العقار متى كان دينه سابقا لصدور الأمر القضائي؟

في حقيقة الأمر فإن هذا الإشكال يطرح في حالة تعدد الدائنين المرتهنين على نفس العقار كضمان عيني، بحيث أن الدائن المرتهن والذي نشأ دينه بعد صدور الأمر القضائي يحق له متابعة إجراءات التنفيذ على اعتبار أن الفقرة الثانية من المادة 555 من م ت توقف وتمنع كل طريقة للتنفيذ يقيمها جميع الدائنين ذوي دين سابق للأمر المشار إليه أعلاه، وعليه فإذا كان للدائن المرتهن الذي نشأ دينه قبل صدور

=== - انظر بهذا الخصوص:

- عبد العلي حفيظ: مرجع سابق ، ص: 281.

⁸⁴ - عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص: 283 وما يليها.

الأمر لا يحق له متابعة إجراءات التنفيذ على العقار نظر لصراحة مقتضيات المادة أعلاه، وإعمالاً لمقتضيات الفصلين 466 و 472 من ق.م.م لا يمكن للدائنين الذين لهم حق التنفيذ الجبري عند وجود حجز سابق، إلحاق التدخل على وجه التعرض.

وتأسيساً على ذلك، لا يبقى للدائن المرتهن في الحالة السابقة إلا التدخل على وجه التعرض بين يدي العون المكلف بالتنفيذ (الفصل 466 من ق.م.م) على اعتبار أن هذا الإجراء غير مشمول، نظراً لعدم التنصيص عن مسطرة التدخل صراحة في إطار مقتضيات المادة 555 من م.ت، وكما هو معلوم أن القاعدة الفقهية والقضائية تقضي بأن الاستثناء لا يقلل عليه ولا يجوز التوسع في تفسيره، فالدائن المرتهن في هذه الحالة غير ملزم بالتصريح بدينه لدى السنديك خلافاً لمسطرتي التسوية القضائية والتصفية القضائية، كما أنه لم يرفع دعوى مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، ولم يقيم بمتابعة إجراءات التنفيذ، وإنما تدخل على وجه التعرض نتيجة وجود حجز تنفيذي سابق قام به دائن مرتهن غير مشمول بمقتضيات المادة 555 من م.ت.

وجدير بالذكر، بأنه حتى في حالة عدم التدخل على وجه التعرض طبقاً للمسطرة المذكورة أعلاه، فإن رئيس المحكمة الابتدائية يستدعي الدائن المرتهن عند إعداد مشروع التوزيع في إطار مسطرة التوزيع بالمحاصة طبقاً للفصل 508 من ق.م.م، غير أنه يسقط حق الدائن إذا انقضى أجل ثلاثين يوماً من يوم التوصل بالرسالة أو الإخطار ولم يطلع على المشروع ولم يتعرض عليه.

كما يثار التساؤل عن مدى تأثر الكفيل العيني العقاري بمقتضيات المادة 555 من مدونة التجارة؟

يجب الاعتراف في البداية أن المشرع المغربي التزم الصمت إزاء الإشكال السابق في إطار مدونة التجارة، غير أن ذلك لا يمنع من الرجوع إلى القواعد العامة، وهكذا فإنه عملاً بمقتضيات المادة 196 من مدونة الحقوق العينية لا يمكن للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين الأصلي، وتبعاً كذلك للفصل 1137 من ظ.ل.ع بأنه لا يمكن للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من أموال إذا كان هذا الأخير في حالة إعسار أو إفلاس وقع إفلاسه.

ولما كان لا يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين الأصلي، فإن ذلك يبرر استيفاء الدائن لدينه عن طريق الكفيل العيني، وإلا حق له التنفيذ على العقار المرهون العائد لهذا الكفيل وفقاً لعقد الكفالة العينية.

لكن تجب الإشارة إلى أن مشروع القانون القاضي بتغيير وتتميم الكتاب الخامس أدخل تعديلا على مقتضيات المادة 558 من م.ت.تلك المتعلقة بإيقاف الدعاوى والإجراءات بالنسبة للدين المشمول بالاتفاق الودي حيث جاء فيها: " يستفيد الكفلاء سواء كانوا متضامنين أم لا، الذين يكون الدين المكفول من قبلهم مشمولا بالاتفاق من الوقف المؤقت للدعاوى والإجراءات".

المبحث الثاني

مظاهر الانعكاس الايجابي للأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات

كما وضعنا سلفاً أنه بمجرد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات تتعطل حقوق أصحاب الامتياز على العقار والدائنين المرتهنين المقررة لهم طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في ظل.ع و مدونة الحقوق العينية، وكذا في القوانين الخاصة، لكن مقابل ذلك، فإن المشرع قد منح بعض الحقوق للدائنين قبل اتخاذ الأمر القضائي، من ذلك الاستشارة مع الدائنين.

وعليه فإذا كانت مسطرة اللجوء إلى استشارة الدائنين مرحلة مهمة قصد التوصل إلى الاتفاق الودي، فهل بإمكان هؤلاء الدائنين أو بعضهم الطعن ضد الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات (المطلب الأول).

لكن ما ينبغي الإشارة إليه أنه بمجرد انتهاء مدة الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، فإن الدائنين المرتهنين يسترجعون حقوقهم المقررة لهم طبقاً للقواعد العامة ما لم يشاركوا في الاتفاق الودي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تجليات تقوية مركز الدائن المرتهن بمناسبة صدور الأمر القضائي.

إذا كان المشرع المغربي قد أعطى لرئيس المحكمة إمكانية الاستماع لرأي الدائنين الرئيسيين إذا تبين للمصالح أن الوقف المؤقت للإجراءات من شأنه أن يؤدي إلى تسهيل إبرام الاتفاق الودي (الفقرة الأولى)، فإنه لم يعالج مدى إمكانية الطعن ضد الأمر المشار إليه من طرف الدائنين أو بعضهم مما أدى إلى نقاش فقهي في شأن ذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إمكانية الاستماع إلى الدائنين الرئيسيين قبل اتخاذ الأمر القضائي

إن الاتفاق الودي لا يشمل بالضرورة كافة الدائنين كما هو الأمر بالنسبة للصالح الودي في إطار الإفلاس - الذي تم إلغاؤه - وإنما يقتصر فقط على الدائنين الرئيسيين⁸⁵، ولهذا فإن المشرع المغربي شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي⁸⁶ قد نص صراحة بأنه يمكن لرئيس المحكمة الاستماع لرأي الدائنين الرئيسيين قبل اتخاذ الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات طبقا لمقتضيات المادة 555 من مدونة التجارة.

وإذا كان المشرع لم يعط تعريفا للدائنين الرئيسيين، فإن الفقه المغربي⁸⁷ يرى أن المقصود بالدائنين الذين بإمكانهم الحرص على إنقاذ المقاوله وبقائها حية ضمانا لاستمرار معاملاتهم معها، ومن ذلك نجد مصلحة الضرائب والضمان الاجتماعي ومؤسسات الائتمان (البنوك ومؤسسات التمويل) والخزينة العامة والموردين.....

وعلى أي حال، فإن الدائنين الرئيسيين يدخل ضمنهم أصحاب الامتيازات على العقار والدائنين المرتتهين على أسلس أن هؤلاء يلعبون دورا رئيسيا في إنقاذ المقاوله من الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية استغلالها، على اعتبار أن عدم استشارة هؤلاء الدائنين من شأنه أن يؤثر سلبا على المقاوله لأنه بإمكانهم اللجوء إلى

⁸⁵-Carinne Saint -Alary-Houin : Op.cit., P :173

-Voir aussi:

-Cécile le Galau : Droit des Sûretés et droit des procédures collectives, Op.cit., p : 172.

⁸⁶- C. Com, art. L.611-7 « Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses contractants habituels... »

⁸⁷- أحمد شكري السباعي: الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 277.

طرق التنفيذ على عقارات المدين أو المقاوله المدينة بعد انتهاء مدة الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات.

والملاحظ أن الهدف من استشارة الدائنين قبل اتخاذ الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات هو إجراء مفاوضات بينهم وبين المدين قصد الموافقة على الآجال الجديدة للأداء، والتخفيض من حجم الديون التي تعتبر ضرورية لتمكين المقاوله من تفادي التوقف عن الدفع، بالإضافة إلى إبداء الآراء حول الاقتراحات التي قد يتقدم بها المدين قصد تقوية المركز المالي للمقاوله⁸⁸.

في حين يرى البعض⁸⁹ أن التفاوض مع الدائنين بخصوص منح آجال جديدة لأداء الديون وتخفيض حجم الديون قد يؤدي إلى تفويج المقاوله و تحسيس الدائنين بأهمية استمرارها، بحيث أن الموافقة على الاقتراحات قد تجنب الدائنين الحصول على توزيعات ضئيلة في حالة تصفية المقاوله من قبل القضاء، ويضيف أنه إذا كان يصدق ذلك على الدائنين العاديين، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لأصحاب الامتيازات على العقار والدائنين المرتهنيين الذين يستفيدون من حق الأولوية على باقي الدائنين العاديين عند الحكم بالتصفية القضائية.

وبقي أن نتساءل عن مدى إمكانية صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات دون استشارة الدائنين؟

إنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 555 من مدونة التجارة نجد أن المشرع المغربي قد أعطى لرئيس المحكمة سلطة واسعة بخصوص استشارة الدائنين من عدمه، على أسس أنه استعمل عبارة "يمكن" وبالتالي بإمكانه أن يتخذ الأمر المشار إليه أعلاه دون استشارة الدائنين، و يظهر أنه كان صائبا عندما أعطى لرئيس المحكمة صلاحية اتخاذ الأمر القضائي ولو بدون استشارة الدائنين الرئيسيين، على اعتبار أن توقف اتخاذ الأمر القضائي على موافقة الدائنين من شأنه أن يسهم في تردي الوضع المالي للمقاوله في حالة عدم الموافقة، الأمر الذي قد يؤدي بالمقاوله إلى التوقف عن الدفع مما قد يصعب معه في بعض الحالات تسوية وضعيتها إذا تبين أن خصومها أصبحت تفوق أصولها.

⁸⁸ - زكرياء العماري: التسوية الودية كآلية للوقاية من صعوبات المقاوله، رسالة لنيل الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 173.

⁸⁹ - مراد الفرتاني: القانون المغربي والصلح الواقعي من الإفلاس، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1990-1991، ص: 209.

الفقرة الثانية: إمكانية الطعن ضد الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات

إذا كان الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات لا يحسم في النزاع بين الأطراف المتدخلة في إطار مسطرة الوقاية⁹⁰، فإنه يؤثر سلباً على حقوق الدائنين المرتهنيين وأصحاب الامتياز على العقار وذلك عن طريق إيقاف أو منع كل طريقة للتنفيذ يقيمها هؤلاء الدائنون على عقارات المدين، هذا ما يدفعنا إلى مناقشة مدى قابلية هذا الأمر للطعن فيه من طرف هؤلاء الدائنين؟

يمكن القول بأن المشرع المغربي التزام الصمت بخصوص جميع الأوامر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية المتخذة في إطار مسطرة الوقاية الخارجية، خلافاً لذلك فإن المشرع المغربي نظم طرق الطعن ضد الأحكام والأوامر الصادرة في مادة مسطرة معالجة صعوبات المقاولات والتصفية القضائية دون مساطر الوقاية من الصعوبات عملاً بالمادة 728 من م ت وما يليها، لهذا يكون من المفيد استجلاء الأمر على مستوى الفقه والتشريع المقارن.

أما بخصوص الفقه الفرنسي فقد انقسم إلى اتجاهين:

فالأول يرى بأن مسطرة التسوية الودية تعد بمثابة مسطرة استعطافية، وبالتالي فإن القرارات الصادرة بشأنها تبقى قابلة للاستئناف استناداً إلى قانون المسطرة المدنية من خلال المادة 543، بينما يرى الاتجاه الثاني بأن قرار رئيس المحكمة ليس بقرار استعطافي لذلك فلا يمكن الطعن فيه.⁹¹

و الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد تدخل ونص صراحة من خلال المادة 6-611 من مدونة التجارة على أن القرار القاضي بفتح مسطرة المصالحة غير قابل لأي طعن.⁹²

و يرى الفقه المغربي⁹³ بأن الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات لا يقبل لأي طريقة من طرق الطعن، على أسس أن ممارسة الطعن يتنافى مع طبيعة مسطرة التسوية الودية التي تهدف بالأساس إلى إنقاذ المقاولات من الصعوبات التي قد تخل باستمراريتها، بالإضافة إلى أن مدة الأمر قصيرة لا تتجاوز - ولو تم تمديده - أربعة أشهر، زيادة على ذلك فإن هذا الأمر يسهم في تسهيل إبرام الاتفاق الودي، ولا يبت في

⁹⁰ - Corinne Saint-Alary-Houin :Op., Cit., p: 166.

⁹¹ - أحمد شكري سباعي، مرجع سابق، ص: 265.

⁹² - C.com.L. 616-6 : « La décision ouvrant de la procédure de conciliation n'est pas susceptible de recours... »

⁹³ - أحمد شكري سباعي، مرجع سابق، ص: 272.

النزاع المعروض على رئيس المحكمة، وبالتالي فإن الطعن في الأمر المشار إليه قد يضر بالمقابلة.

وتماشيا مع الموقف السابق يرى البعض⁹⁴ بأن الأمر لا يقبل أي طعن وذلك قصد الحفاظ على سرعة سير المسطرة، بحيث أن الهدف من الوقف الحفاظ على حقوق الدائنين، و يتم إيقاف الآجال المحددة تحت طائلة سقوط الحقوق أو فسخها (المادة 555 من م.ع)، أما في حالة عدم استشارتهم طبق المادة السابقة قبل اتخاذ الأمر فلا يبقى لهم سوى الرجوع على الدولة طبقا للقواعد المقررة في ظل.ع قصد تعويضهم عن الضرر، وفي نفس السياق يبرر بعض الفقه⁹⁵ أن حرمان الدائنين من الطعن ضد الأمر القضائي السابق يقوم على أسس قاعدة مفادها تفضيل مصلحة المقابلة المتعثرة والتي هي على وشك مرحلة التوقف عن الدفع على حساب مصلحة الدائنين، الأمر الذي يجعل أوامر رئيس المحكمة التجارية في إطار مساطر الوقاية الخارجية محصنة ولا يمكن مخاصمتها عن طريق الطعن.

ويمكن القول أن الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات قابل للطعن من طرف الدائنين المرتهنين، ولا يمكن تفسير سكوت المشرع المغربي بأنه غير قابل للطعن وذلك للاعتبارات التالية:

. على أسس أن القاعدة العامة تقضي بأن جميع الأحكام أو الأوامر قابلة للطعن إلا إذا قرر القانون خلاف ذلك⁹⁶.

. إن المادة 19 من القانون رقم 95.53 المحدث بموجبه محاكم تجارية قد أحالت على قانون المسطرة المدنية فيما يخص تطبيق بعض القواعد أمام محاكم الموضوع التجارية مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

واعتبارا لذلك، فإن رئيس المحكمة التجارية يصدر الأمر السابق طبقا لمقتضيات المادتين 20 و 21 من القانون المذكور أعلاه، وبموجب المادة 21 فإن الشروط المتطلبة لاختصاص القاضي المستعجل متوفرة في حالة اتخاذ رئيس المحكمة التجارية الأمر القاضي بالوقف المؤقت طبق منطوق المادة 555 من مدونة التجارة فعنصر الاستعجال يتحقق من خلال تفادي الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية واستغلال المقابلة مخافة وصولها إلى مرحلة التوقف عن الدفع، ذلك أن

⁹⁴ - زكريا العماري، مرجع سابق، ص: 180.

⁹⁵ - عبد الرحيم شميعة، إجراءات الوقاية والمعالجة من صعوبات المقابلة طبقا للقانون 81.14، الطبعة الأولى، مطبعة ورافة سجلماصة، الزيتون - مكناس، السنة 2015، ص: 65.

⁹⁶ - انظر: الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية .

عدم اتخاذ الأمر على وجه السرعة قد يؤدي إلى التوقف عن الدفع الذي يقود حتما إلى فتح مساطر المعالجة، إضافة إلى ذلك فإن الإجراء المتخذ طبق المادة أعلاه إجراء وقتي، بحيث أن المشرع حدد مدة الأمر في ثلاثة أشهر أو أربعة - في حالة تمديده - كما أن هذا الأمر لا يمس بأصل الحق ولا ينهي النزاع بين رئيس المقاوله والدائنين المرتهنيين، وإنما من أجل تسهيل إبرام الاتفاق الودي.

من كل هذا يتضح لنا أن الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات قابل للطعن بالاستئناف داخل أجل 15 من تبليغ الأمر عدا في الحالات التي يقرر فيها القانون خلاف ذلك (الفصل 153 من ق.م.م)، إلا أنه غير قابل للطعن بالتعرض بناء على نفس الفصل، والحكمة من عدم قابلية الأمر للطعن بالتعرض تتجلى في كون أن قاضي الأمور المستعجلة يمكن له أن يستغني عن استدعاء المدعى عليه⁹⁷ ويصدر الأمر القضائي، وخلافا لذلك فإن القرارات الاستعجالية الاستئنافية والصادرة غيابيا تبقى قابلة للطعن بالتعرض على اعتبار أن هذه القرارات تصدر عن الهيئة بصفة عادية ولم تصدر عن الرئيس الأول للمحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، ومن ثمة تخضع للقواعد العادية للطعن بالتعرض⁹⁸ في حالة توافر الشروط المتطلبة لذلك.

أما بخصوص الطعن بإعادة النظر أو تعرض الغير الخارج عن الخصومة فقد استساغ القضاء التعرض بشأنها⁹⁹، بحيث نظم المشرع تعرض الغير الخارج عن الخصومة في إطار الفصل 303 من ق م م والذي جاء فيه "يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى" فإذا كانت أحكام هذا النص تنطبق على الأحكام الموضوعية الفاصلة في الموضوع، فإن الأمر يختلف بالنسبة للأوامر الاستعجالية¹⁰⁰، غير أن الرأي الراجح يميل إلى جواز ممارسة تعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد الأوامر الاستعجالية على

⁹⁷ - للمزيد من التفاصيل انظر:

- عبد اللطيف هداية الله، القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 1998، ص: 557 وما يليها.

⁹⁸ - عبد اللطيف هداية الله، مرجع سابق، ص: 558.

⁹⁹ - قرار استعجالي عدد: 5540، الصادر بتاريخ 1967/12/5 عن ابتدائية الدار البيضاء، منشور بمجلة المحامي، العدد 3، السنة 2، ص: 39.

أشار إلى ذلك الطيب **الفصايلي**، الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، مؤسسة ايزيس للنشر الجامعي، الدار البيضاء، السنة 1989، ص: 91.

¹⁰⁰ - عبد الكريم **الطالب** : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، السنة 2012، ص: 128.

أسس أنها قابلة للتنفيذ المعجل بقوة القانون وقد تضرر بحقوق الغير¹⁰¹، أما بالنسبة للطعن بإعادة النظر فقد عالجها المشرع في إطار الفصل 402 من ق م م حيث جاء في فقرته الأولى بأنه "يمكن أن تكون الأحكام التي لا تقبل الطعن بالتعرض و الاستئناف موضوع إعادة النظر ممن كان طرفا في الدعوى أو ممن استدعي بصفة قانونية للمشاركة فيها، وذلك في الأحوال الآتية مع مراعاة المقتضيات الخاصة المنصوص عليها في الفصل 379 المتعلقة بالمجلس الأعلى"، بخصوص ذلك اختلف الفقه ومعه القضاء بين مؤيد لجواز الطعن بإعادة النظر ومعارض لذلك، وإن كان الرأي الراجح هو عدم جواز هذا الطعن على اعتبار أن الأمر الاستعجالي يتصف بطابع مؤقت، وأنه يمكن التراجع¹⁰² عن هذا الأمر من طرف قاضي الأمور المستعجلة أو بناء على طلب المتضرر دون ممارسة هذا الطعن¹⁰³.

أما بخصوص ممارسة الطعن عن طريق النقض ضد الأوامر الاستعجالية، فإنه ينبغي التفرقة بين تلك الصادرة رئيس المحكمة التجارية فهي لا تقبل الطعن بالنقض مادامت قابلة للطعن عن طريق الاستئناف على أسس أن ممارسة الطعن بالنقض غير جائز إلا ضد الأحكام الانتهائية التي من غير الممكن التعرض ضدها أو استئنافها، وتلك الصادرة عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية التي تظل قابلة للطعن بالنقض على أسس أنها انتهائية¹⁰⁴.

وهكذا نخلص مما سبق إلى أنه بإمكان الدائنين المرتهنيين تجاوز الآثار السلبية الناتجة عن اتخاذ الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات وذلك عن طريق ممارسة طرق الطعن كما وضعنا سابقا.

¹⁰¹ - عبد اللطيف هداية الله، مرجع سابق، ص: 567 وما يليها.

¹⁰² - يمكن الاستدلال في هذا السياق بقرار لمحكمة النقض عدد: 793، المؤرخ في 04 | 06 | 2008، ملف تجاري عدد: 1311 | 3 | 2 | 2006 والذي جاء فيه ما يلي " ...ذلك أن الأوامر الاستعجالية وإن كانت لها حجية وقتية إلا أنه يمكن التراجع عنها كلما تغيرت المراكز القانونية للأطراف وفي النازلة فإن ظهور الشركة المكترية والتي هي في وضعية تصفية قضائية... يعتبر من قبيل التغيير المبرر للتراجع عن الأمر الاستعجالي المطعون فيه..."

- انظر بشأنه : عمر أزوكار، مرجع سابق، ص: 538.

¹⁰³ - عبد اللطيف هداية الله، مرجع سابق، ص: 570.

¹⁰⁴ - انظر: عبد الكريم الطالب : مرجع سابق، ص: 130.

المطلب الثاني

استعادة الدائنين المرتهنين لحقوقهم عند انتهاء مدة الأمر القضائي

رغم سريان مسطرة الوقاية الخارجية بعد افتتاحها، فإن الدائنين المرتهنين بإمكانهم استعادة حقوقهم المخولة لهم طبقا للقواعد العامة ما لم يشاركوا في الاتفاق الودي، وعليه فإنه بمجرد انتهاء مدة الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، يسترجعون كامل حقوقهم في حالة حلول أجل الدين و إتباع الإجراءات المخولة قانونا، وتتجلى هذه الحقوق في حق التتبع في حالة انتقال العقار إلى الغير عن طريق التصرفات القانونية (الفقرة الثانية)، وكذا حق الأفضلية في حالة بيع العقار بالمزاد العلني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أحقية الدائنين المرتهنين في ممارسة حق التتبع

لم يعرف المشرع المغربي حق التتبع الذي يمارسه الدائن المرتهن في حالة انتقال العقار من المدين الراهن إلى الغير، لكن اعتمادا على مقتضيات المادة 199 من مدونة الحقوق العينية فإنه يمكن تعريفه بأنه حق يخول للدائن المرتهن تتبع الملك المرهون في يد أي حائز لاستيفائه دينه عند حلول أجل الدين قصد مباشرة إجراءات التنفيذ، لذلك فهو حق يخول للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار محل الضمان العيني في يد أي حائز انتقل إليه ملكيته قصد استيفاء دينه عند حلول أجله.

وقد عرفه بعض الفقه بكونه قدرة الدائن المرتهن على التنفيذ على العقار المرهون بمقتضى حق الرهن، ولو انتقلت ملكيته إلى الغير أو اكتسب عليه هذا الغير حقا قابلا للرهن.¹⁰⁵

وارتباطا بحق التتبع يمكن التساؤل عن مدى إمكانية تصرف المدين الراهن في العقار المرهون؟

من الناحية القانونية فإنه بإمكان المدين الراهن التصرف في ملكية العقار المرهون، و يجد ذلك أساسه التشريعي في ظهير الالتزامات والعقود ليس باعتباره الشريعة العامة فحسب، ولكن بدليل المادة 1 من مدون الحقوق العينية التي تقضي بإمكانية الرجوع إليه في ما لم يرد به نص، وعليه فقد نص الفصل 1177 منه على ما

¹⁰⁵ -Michel Dagot : Les suretés, 1^{ère} édition (PUF), Paris, 1991 , P. 458.

أشار إليه جمال الدين المزكلي : مرجع سابق، ص : 71.

يلي" من رهن شيئاً لا يفقد الحق في تفويته، إلا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على شرط وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع، ما لم يرتض الدائن إقرار التفويت" إضافة إلى ذلك، فإنه يستفاد من المواد المنظمة لحق التتبع من مدونة الحقوق العينية (199 إلى 211) بأنه بإمكان المدين الراهن أن يتصرف في العقار المرهون ما دام أن المشرع اعتبر الحائز للملك المرهون كل من انتقلت إليه ملكيته بتقييده بالرسم العقاري (المادة 200 من م.ح.ع)، ومن ثمة بإمكان المدين الراهن أن يتصرف في هذا الملك بجميع التصرفات الناقلة للملكية.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء المغربي ما قضت به محكمة النقض في قرار لها¹⁰⁶ جاء فيه " ... ولذلك فإن المنازعة في الحوز من عدمه والمعطي على قيد الحياة تبقى متجاوزة وبدون تأثير، وبخصوص إحاطة الهبة بالدين لفائدة البنك الشعبي فإن العقار المرهون ينتقل على حالته إلى الموهوب له، ولما كان الرهن الرسمي حقا عينيا تبعا فإنه من خصائصه التتبع والأفضلية برتبته والمحكمة لما لم تعتبره مانعا من صحة الهبة فإنها تكون قد ركزت قضاءها على أسس ويبقى ما أثير بدون اعتبار"

ومقابل ذلك، فإنه على مستوى الممارسة الواقعية نجد أغلب العقود غالبا ما تتضمن عدة شروط، ومن ذلك نجد منع التفويت بحيث يمنع على المدين الراهن أن يتصرف في العقار المرهون إلا بعد أداء الدين المضمون من أصل وتوابع أو الحصول على الموافقة الصريحة من طرف الدائن المرتهن.

وبناء على ما ذكر، فإنه بإمكان الدائن المرتهن أن يمارس حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز انتقلت إليه ملكيته سواء بعد صدور الأمر القضائي أو بعد انتهاء مدته، مادام أن المشرع المغربي لم يقيد صلاحية ممارسة حق التتبع في إطار مسطرة الوقاية الخارجية خلافا للمقتضيات المتعلقة بمخطط التفويت في إطار التسوية القضائية.

الفقرة الثانية: استفادة الدائنين المرتهنين من حق الأفضلية .

إذا كان الدائنون أصحاب الضمانات العينية العقارية يمنع عليهم بمجرد صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات من مباشرة إجراءات التنفيذ والاستفادة تبعا من حق الأولوية المخول لهم قانونا، ما لم يتعلق الأمر بالدائنين أصحاب الضمانات العقارية اللاحقين لصدور الأمر، فإنه بمجرد انتهاء مدة الأمر السابق يسترجعون الحق

¹⁰⁶ قرار عدد: 311، المؤرخ في 22 | 04 | 2014، في الملف الشرعي عدد: 743 | 2 | 1 | 2013، منشور بمجلة

ملفات عقارية، العدد 5، السنة 2015، ص: 242.

في مباشرة أو متابعة إجراءات التنفيذ، ويستفيدون تبعا لذلك من حق الأولوية في استيفاء ديونهم من الملك المرهون.

وإذا كان المشرع المغربي لم يشر صراحة إلى حق الأفضلية أو الأولوية في مدونة التجارة عند معالجته لمسطرة الوقاية الخارجية، فإن الأمر يتطلب الرجوع إلى مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية، وعليه فإنه عالج حق الأولوية في إطار ظهير الالتزامات والعقود من خلال الفصل 1241 وما يليه ، مثلما نظمها في إطار مدونة الحقوق العينية من خلال المواد 142 و 143 و 197 و 198 و 155.

استنادا إلى المقتضيات القانونية السابقة، يمكن تعريف حق الأفضلية بأنه حق التقدم في استيفاء الدين من الملك المرهون عند التوزيع حسب الرتبة المحددة قانونا (حقوق الامتياز) ورتبة التقييد أو الإيداع بالسجلات العقارية على حساب الدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين.

وعليه، فإن حق الأفضلية في استيفاء الدين يتطلب بالضرورة تعدد الدائنين أصحاب الضمانات العقارية لدى المدين، بحيث يأخذ كل دائن رتبته المحددة له قانونا، وحسب إيداع أو تقييد حقه بالسجل العقاري عند توزيع ثمن الملك المرهون تطبيقا لقاعدة السابق في التقييد سابق في التقدم عند التوزيع.

تأسيسا على ما ذكر، فإنه بمجرد انتهاء مدة الأمر القضائي يسترجع أصحاب الضمانات العقارية الحق في مباشرة أو متابعة إجراءات التنفيذ، وبالتالي الاستفادة من حق الأفضلية، وعليه فعند توزيع ثمن الملك المرهون فإنه تؤدي بالأولوية حقوق الامتياز خاصة المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنيين استنادا إلى مقتضيات المواد 142 و 143 و 144 من مدونة الحقوق العينية، فقد نصت المادة 142 على أن "الامتياز حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنيين"، واضح من نص المادة المذكورة أن حقوق الامتياز لها حق الأولوية بصرف النظر عن باقي الدائنين سواء كانوا دائنين مرتهنيين رهنا حيازيا أو دائنين مرتهنيين رهنا رسميا بجميع أنواعه بدليل استعمال المشرع مصطلح "ولو كانوا مرتهنيين" فهذا المصطلح جاء عاما، والمصطلح العام يبقى كذلك إلى أن يتم تقييده، وبهذا يكون المشرع قد وضع حدا للإشكال الذي كان مطروحا بخصوص الفصل 1244 من ظهير الالتزامات والعقود والذي كان يقضي بأن الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون رسمية، ومن ثمة كان يستفاد منه أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا مقدم على الدائن الممتاز، على اعتبار أن المشرع نص صراحة على تقديم الدين الممتاز على الرهون الرسمية دون الحيازية،

غير أنه في ظل مقتضيات المادة 142 من مدونة الحقوق العينية استعمل مصطلح "مرتتهين". وعليه لا يمكن تفسيره إلا تفسيراً واسعاً يشمل جميع الرهون.

وعليه، لما كانت المصاريف القضائية تدرج ضمن حقوق الامتياز العقارية فلها حق الأفضلية على باقي الدائنين المرتتهين بما فيهم أصحاب الرهون الحيازية وذلك على خلاف مساطر معالجة الصعوبات والتي منح من خلالها المشرع حق الأفضلية للدائن المرتتهن رهناً حيازياً كما سنرى عند معالجة ذلك لاحقاً.

أما المرتبة الثانية في استيفاء الديون عند توزيع الملك المرهون يستفيد منها الدائن المرتتهن، فعندما يتعلق الأمر بأكثر من دائن مرتتهن، فإنه يتم تطبيق قاعدة السابق في التقييد سابق في التقدم عند التوزيع، وهذا ما يستفاد من الفصل 77 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه الذي نص على أنه: "يحدد ترتيب الأولوية بين الحقوق المتعلقة بالعقار الواحد حسب ترتيب تقييدها..." لكن بالرجوع إلى مقتضيات المادة 155 من مدونة الحقوق العينية نجد أن المشرع قد خول للدائن المرتتهن رهناً حيازياً حق حبس الملك المرهون لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، مما قد يستفاد من ذلك أن الدائن المرتتهن رهناً حيازياً يستوفي دينه بالأولوية من ثمن الملك المرهون ولو لم يتم بتقييد الرهن الحيازي بالرسم العقاري أو إيداعه بمطلب التحفيظ¹⁰⁷ ، وهذا من شأنه أن يتعارض مع الفصل 77 المشار إليه أعلاه والذي يكرس قاعدة السابق في التقييد سابق في التقدم عند التوزيع.

¹⁰⁷ - قد يثار التساؤل عن مدى إمكانية استفادة الدائن المرتتهن من قاعدة السابق في الإيداع سابق في التقدم عند توزيع ثمن الملك المرهون طبقاً للفصل 84 من ظ ت ع ؟

يمكن القول أن المشرع قد نص في المادة 197 من مدونة الحقوق العينية على أنه "يستوفي الدائن المرتتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري" ، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين التاليين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين" واضح من النص أعلاه أن المشرع تطرق لحق الأولوية للدائن المرتتهن حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري دون الحديث عن حق الأولوية للدائن المرتتهن حسب رتبة إيداعه بمطلب التحفيظ، غير أنه ينبغي الرجوع في هذه الحالة إلى مقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه والذي جاء في فقرته الأولى على أنه " إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات" إذ بموجب هذا النص القانوني يمكن للدائن المرتتهن الذي قام بإيداع رهن حيازي أو رسمي على عقار في طور التحفيظ أن يستفيد من قاعدة السابق في الإيداع سابق في التقدم عند عملية توزيع ثمن العقار، على اعتبار أن الفصل 84 من ظ ت ع أولى بالتطبيق من المادة 197 من مدونة الحقوق العينية بموجب المادة 1 منها والتي جاء فيها "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار"، أضف إلى ذلك أنه بالرغم من عدم ذكر عبارة الرهن الرسمي بالفصل المذكور أعلاه فإنه ورد لفظ "حق" وهو مصطلح عام يشمل الحق العيني الأصلي والتبعي ، والعام يبقى على عمومته ما لم يرد دليل على تخصيصه.

لكن يمكن القول بأن الفصل 77 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه أولى بالتطبيق، وذلك بدليل أن مقتضيات مدونة الحقوق العينية لا يتم تطبيقها في حالة تعارضها مع تشريعات خاصة بالعقار، وبما أن ظهير التحفيظ العقاري تشريع خاص بالعقار، فإنه في حالة تعارضه مع مقتضيات مدونة الحقوق العينية فإنه يكون أولى بالتطبيق بدليل المادة 1 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار".

وعليه، وطبقا للقاعدة السابقة فإنه عند تزامن الدائنين المرتهنين عند التوزيع تكون الأولوية للدائن المرتهن الذي قام بتقييد حقه بالرسم العقاري أو إيداعه بمطلب التحفيظ ولو كان تاريخ نشوء حقه لاحقا لتاريخ نشوء حق الدائنين المرتهنين غير المقيدين، أما في حالة تزامن الدائنين المرتهنين والمقيدين حقهم على نفس العقار، فإن الأولوية تؤول إلى الأسبق في تاريخ التقييد¹⁰⁸ مع مراعاة المادة 198 من مدونة الحقوق العينية والتي تقضي بأنه يمكن للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه أن يتنازل عن رتبة رهنه بمقدار دينه لدائن مرتهن آخر على نفس الملك المرهون دون المسلس بحق الدائنين المرتهنين الموالين له في الرتبة.

و يظهر مما سبق، أن الدائنين الحاملين ل ضمانات عينية عقارية يسترجعون حق الأفضلية طبقا للقواعد العامة عند عملية توزيع أموال المدين في حالة البيع بالمزاد العلني، مما يمكنهم من الحصول على حقوقهم حسب مراتبهم المحددة قانونا، ما لم يشاركوا في الاتفاق الودي.

¹⁰⁸ - يوسف افريل : مرجع سابق، ص: 211.

الضرع الثاني

مركز الدائنين المرتهنيين في ظل الاتفاق الودي

لم يتعرض المشرع المغربي للاتفاق الودي في إطار القانون التجاري القديم¹⁰⁹ على خلاف بعض تشريعات التي قامت بتنظيم ما يسمى بالصلح الواقي من الإفلاس هذا الأخير الذي يقترب من الاتفاق الودي في مفهومه وطبيعته، وهكذا عالجت المجلة التجارية التونسية "الصلح الاحتياطي"، وذلك من خلال المواد 413 إلى 444، حيث قد نصت المادة 435: "كل تاجر يمكن له قبل التوقف عن دفع ديونه أو في العشرين يوما الموالية أن يطلب من المحكمة التي بدأرتها مركزه الرئيسي، إحضار دائنيه ليعرض عليهم تسوية على نحو الصلح الاحتياطي"¹¹⁰.

غير أنه بعد صدور مدونة التجارة نظم المشرع المغربي الاتفاق الودي في إطار مساطر الوقاية الخارجية شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي¹¹¹ وذلك من خلال المواد 556 و 557 و 558 و 559، لكن ما ينبغي تسجيله بأنه لم يعط تعريفا للاتفاق الودي، وعليه فإنه يمكن تعريفه، بأنه اتفاق مكتوب بين المدين أو رئيس المقاول من جهة، والدائنين الرئيسيين من جهة أخرى، ويصادق عليه رئيس المحكمة التجارية قصد تفادي الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية استغلال المقاول.

وأما الهدف الأساسي من إبرام الاتفاق الودي هو منح الدائنين الرئيسيين لفائدة رئيس المقاول أو المدين تخفيضات في حجم الديون أو آجالا جديدة للأداء، الأمر الذي من شأنه أن يساهم في تجاوز المقاول المدينة الصعوبات المالية التي تعاني منها (قانونية واقتصادية ومالية) من دون أن تكون في وضعية التوقف عن الدفع.

¹⁰⁹ - خلافا لذلك فإن المشرع المغربي كان قد اهتم بتنظيم صلح الإفلاس الذي كان يهدف إلى التخفيف عن المفلس، ومساعدته في القضاء على شبح الإفلاس.

انظر بهذا الخصوص :

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الإفلاس، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 553: وما يليها.

¹¹⁰ - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 586.

¹¹¹ - Code de commerce , art L. 611-7 et les articles suivants.

بمجرد إبرام الاتفاق الودي بين المدين أو رئيس المقاوله والدائنين والمصادقة عليه من طرف رئيس المحكمة وإيداعه لدى كتابة الضبط يخضع في تنفيذه للقواعد العامة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود خاصة الفصل 230 منه بحيث يقوم هذا الاتفاق مقام القانون (المبحث الأول)، غير أنه في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه تقضي المحكمة بفسخ هذا الأخير وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تجليات تأثير الاتفاق الودي على مركز أصحاب الضمانات العينية العقارية

لما كان الاتفاق الودي بمثابة عقد بين الدائنين ورئيس المقاول أو المدين، فإنه بمجرد إبرامه يصبح ملزماً لعاقديه ويرتب العديد من الآثار القانونية، ومن ثمة يتم البدء في تنفيذ مقتضياته، وعليه فقد تعرض المشرع المغربي لبعض آثاره القانونية من خلال المادة 558 من مدونة التجارة - شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي -¹¹²، ولقد جاء فيها على أنه: "يوقف الاتفاق أثناء مدة تنفيذه كل دعوى قضائية وكل إجراء فردي سواء كانت تخص منقولات المدين أو عقاراته بهدف الحصول على سداد الديون موضوع الاتفاق، ويوقف الآجال المحددة للدائن تحت طائلة سقوط أو فسخ الحقوق المتعلقة بهؤلاء الدائنين".

واضح من المادة أعلاه ، أنه عند إبرام الاتفاق الودي يمنع على الدائنين ومن بينهم أصحاب الامتيازات العقارية والدائنين المرتهنيين رفع دعوى قضائية وكل إجراء فردي على عقارات المدين تكون غايتها الحصول على سداد الديون محل الاتفاق الودي، وكذا إيقاف الآجال المحددة للدائنين، أضف إلى ذلك وخارج مقتضيات المادة أعلاه، أنه بإمكان الدائنين المرتهنيين منح رئيس المقاول أو المدين تخفيضات في حجم الديون.

¹¹²-En vertu de l'article L. 611-10 alinéa 3^{ème} du code de commerce :

"L'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué.

L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

Saisi par l'une des parties à l'accord homologué, le tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé"

وعليه، فإن انعكس تنفيذ الاتفاق الودي على مركز أصحاب الضمانات العقارية يتجلى في إيقاف الدعاوى القضائية والإجراءات الفردية (المطلب الأول)، وكذا إمكانية إيقاف الآجال المحددة للدائنين المرتهنين وتخفيض حجم الديون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عدم أحقية الدائنين المرتهنين في مقاضاة المدين

يترتب على إبرام الاتفاق الودي حسب المادة 558 من مدونة التجارة منع كل دعوى قضائية، وإجراء فردي يمكن أن يقوم به الدائن المرتهن المشارك في الاتفاق الودي تجاه المدين، وذلك فيما يخص الديون المشمولة بالاتفاق الودي، مثلما يمنع على الدائن المرتهن رفع دعوى قضائية تجاه المدين.

بالرغم بأن المشرع المغربي لم ينص صراحة في إطار المادة أعلاه على إيقاف ومنع إجراءات التنفيذ على عقارات المدين، فإنها تبقى مشمولة بمقتضيات المادة أعلاه على أسس أن المشرع استعمل عبارة "كل إجراء فردي" هذا الأخير الذي يشمل كل إجراءات التنفيذ على عقارات المدين.

وتطبيقا لذلك، فإنه يمنع على الدائنين المرتهنين القيام بدعاوى قضائية تجاه المدين تخص عقاراته بهدف الحصول على سداد الديون موضوع الاتفاق الودي (الفقرة الأولى)، مثلما يمنع عليهم اتخاذ ومتابعة إجراءات التنفيذ على عقاراته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إيقاف ومنع الدعاوى القضائية قصد المطالبة بالديون المشمولة

بالاتفاق الودي.

بمجرد إبرام الاتفاق الودي والمصادقة عليه من طرف رئيس المحكمة التجارية يمنع على الدائنين المرتهنين الموقعين عليه مباشرة دعوى قضائية قصد سداد مبلغ مالي موضوع الاتفاق الودي، وهذا لا يجد أساسه في بنود الاتفاق، ولكن يرجع بالأسس إلى مقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة على أن إيقاف الدعاوى القضائية لا يمكن مباشرتها ضد المدين سواء تم تضمين ذلك بنود الاتفاق الودي أم لا.

فعلا قد يرى البعض بأنه لا يمكن للدائنين المرتهنين رفع دعوى قضائية قصد الحصول على مبلغ مالي، وإنما يتعين عليهم سلوك مسطرة البيع الجبري عن طريق اتباع مسطرتي الإنذار العقاري والحجز التنفيذي، ومن ثمة فلا مجال للحديث عن رفع و إيقاف الدعاوى القضائية من طرف الدائنين، لكن نبادر بالقول إلى أنه بإمكانهم رفع دعوى قضائية قصد المطالبة بمبلغ مالي في حالة إضعاف الضمانات المقدمة أو في حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من ثمن الملك المرهون.

وعلى أي حال، فإن الاتفاق الودي لا يسري إلا على الدائنين المرتهنين الموقعين عليه، على أسس أن هذا الاتفاق يخضع فيما يخص تطبيق أحكامه إلى القواعد المقررة في ظهير الالتزامات والعقود ومن ذلك الفصل 228 الذي يستفاد منه بأن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون، وبناء على ذلك فإن الدائنين المرتهنين و الدائنين العاديين لا يسري في حقهم بنود الاتفاق الودي باعتبارهم أغيارا بالنسبة لهذا الاتفاق، بحيث بإمكانهم رفع دعوى قضائية قصد المطالبة بمبلغ مالي رغم خضوع المقابلة إلى مسطرة التسوية الودية.¹¹³

أضف إلى هذا، وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن الدائنين المرتهنين لهم الحرية الكاملة في المشاركة بكافة ديونهم أو بجزء من ديونهم في إطار الاتفاق الودي، بحيث يبقى لهم الحق في مقاضاة المقابلة بخصوص الديون غير المشمولة بمقتضيات الاتفاق شأنهم في ذلك شأن الدائنين المرتهنين غير الموقعين على هذا الاتفاق، كما بإمكانهم مباشرة إجراءات التنفيذ عن طريق سلوك مسطرتي الإنذار العقاري والحجز التنفيذي.

و تجدر الإشارة في هذا السياق بأن المشرع المغربي قد رتب على إبرام الاتفاق الودي من خلال المادة 558 من م.ت إيقاف دعوى قضائية يكون موضوعها سداد مبلغ مالي شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي من خلال مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 10-611 L¹¹⁴ من هنا يحق لنا أن نتساءل عن مدى استيعاب مقتضيات المادة أعلاه إيقاف دعوى قضائية موضوعها فسخ عقد لعدم أداء مبلغ مالي؟

¹¹³ - Corinne saint -alary-Houin : op.cit., p :176.

¹¹⁴ - لقد استعمل من خلال المادة أعلاه العبارة الآتية:

« Toute action en justice ... dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet... »

يرى البعض¹¹⁵ بخصوص هذه الإشكالية بأنه لا يمكن وصف عدم التنصيص صراحة على إيقاف دعوى قضائية موضوعها فسخ العقد بالقصور من طرف المشرعين الفرنسي والمغربي على أسس أن الدعوى القضائية الرامية إلى فسخ العقد لعدم أداء مبلغ مالي مشمولة بالاتفاق، بحيث لا يمكن ممارستها إلا إذا حلت الآجال الجديدة المنصوص عليها في الاتفاق.

وخلافا لذلك، نعتقد بأن الدعوى القضائية السابقة غير مشمولة بمقتضيات المادة 558 من م.ت، ذلك أن الفسخ يتحقق في حالة عدم تنفيذ أحد أطراف الاتفاق الودي التزاماته، وعليه فإن عدم احترام رئيس المقاوله المدينة أو المدين الآجال المحددة ضمن الاتفاق الودي لا يمنع الدائن المرتهن من رفع دعوى قضائية قصد فسخ العقد، فلو كانت نية المشرع تتجه نحو إيقاف دعوى قضائية تكون غايتها فسخ العقد لعدم سداد الديون لنص على ذلك صراحة في إطار المادة أعلاه كما فعل في إطار المادة 555 من مدونة التجارة المتعلقة بآثار الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات، وكذا المادة 653 من مدونة التجارة المتعلقة بالآثار المترتبة عن صدور الحكم القاضي بفتح مساطر صعوبات المقاوله.

وإذا كان الدائن المرتهن غير ملزم بالمشاركة في الاتفاق الودي تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة إلا أن انضمامه إلى هذا الاتفاق يبرر رغبته في الحصول على دينه بالكامل في حالة تفادي المقاوله أو المدين الصعوبات المالية، وبالتالي تجاوز التوقف عن الدفع لأن الدائن المرتهن قد يكون أكثر المتضررين في حالة تدهور الوضع المالي والاقتصادي للمدين.

وفي نفس السياق يرى الفقه¹¹⁶ بأن آثار الاتفاق الودي يضر بالدائنين الموقعين عليه، بحيث يجدون أنفسهم أقل حظا من الدائنين غير الموقعين على ذلك الاتفاق، ويكمن ذلك على وجه الخصوص في كون الدائنين الموقعين على الاتفاق في حالة الحكم على المقاوله بالتصفية القضائية لا يشاركوا بكامل ديونهم في حالة منح هؤلاء الدائنين تخفيضات في حجم الديون لفائدة المدين خلافا للدائنين غير الموقعين الذين يشاركون بكامل ديونهم، ويتجلى ذلك أيضا في أن الدائنين غير الموقعين على الاتفاق الودي بإمكانهم تقديم طلب فتح مساطر معالجة المقاوله في حالة عدم سداد ديونهم عند حلول الأجل خلافا للدائنين الموقعين.

¹¹⁵ - زكرياء العماري: مرجع سابق، ص: 243.

¹¹⁶ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها، مرجع سابق، ص: 285 وما يليها.

الفقرة الثانية: عدم أحقية الدائنين المرتهنين اتخاذ إجراءات الحجز التنفيذي

لما كان الهدف من إبرام الاتفاق الودي مع الدائنين تجاوز الصعوبات المالية والاقتصادية التي من شأنها أن تخل باستمرارية استغلال المقاوله وتفادي تدهور الوضع المالي للمقاوله، وذلك عن طريق منح هؤلاء الدائنين آجالاً جديدة قصد سداد الديون، فإنه بات من الطبيعي أن يتم التخصيص على إيقاف كل إجراء يهدف إلى التنفيذ على منقولات وعقارات المدين، ولئن لم ينص المشرع المغربي عن ذلك صراحة في إطار مقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة، فإن نيته كانت تتجه نحو إيقاف إجراءات التنفيذ على أموال المدين من خلال استعماله عبارة "كل إجراء فردي" فالمقصود بهذا الإجراء كافة الإجراءات الهادفة إلى بيع العقار موضوع الضمان العيني عن طريق البيع الجبري وفق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية وكذا بعض النصوص الخاصة.

هكذا، فابتداءً من تاريخ إبرام الاتفاق الودي والمصادقة عليه لا يمكن للدائن المرتهن اتخاذ أي إجراء يهدف إلى التنفيذ على عقارات المدين قصد الحصول على دينه من ثمن العقار موضوع الضمان العيني سواء تعلق الأمر بالدائن المرتهن رهناً حيازياً أو الدائن المرتهن رهناً رسمياً، تبعاً لذلك فلا يمكن للدائن المرتهن أن يلجأ إلى اتخاذ الإجراءات المسطرية التي يتطلبها التنفيذ على العقار المرهون والتي تتجلى على وجه الخصوص في تبليغ الإنذار العقاري إلى المدين قصد إنذاره بالأداء، ومباشرة الحجز التنفيذي للعقار في حالة عدم قيام المدين بالأداء رغم الإنذار، وكذا تبليغ الحجز التنفيذي إلى الأطراف المحددة في إطار قانون المسطرة المدنية، ومرحلة إعداد العقار للبيع بالمزاد العلني، وتوزيع حصيلة البيع الجبري على الدائنين حسب رتبتهن.

أما بخصوص مسطرة الإنذار العقاري فإنها مشمولة بمقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة، بحيث يمنع على الدائن المرتهن اللجوء إلى هذه المسطرة لأنه في هذه الحالة يتحول بصفة تلقائية إلى حجز تنفيذي عقاري في حالة عدم سداد الدين داخل أجل المحدد رغم الإنذار، ومن بين الحالات التي يعتبر فيها الإنذار العقاري بمثابة حجز تنفيذي تلك الحالة المنصوص عليها في المادة 216 من مدونة الحقوق العينية ويتعلق الأمر بالعقار المحفظ المثقل برهن، وكذا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 61 من المرسوم الملكي بمثابة قانون والمتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقية¹¹⁷.

¹¹⁷ - لقد جاء فيها ما يلي: "... ويعتبر الإنذار المذكور وحده بمثابة حجز عقاري خلافاً للقواعد المتعلقة بالتفويض في الاختصاص بميدان الحجز العقاري".

أما فيما يتعلق بمدى استيعاب المادة 558 من مدونة التجارية عملية توزيع حصيلة ثمن العقار، فإنه يمكن القول بأن هذه المادة تماثل إلى حد التطابق المادة 555 من مدونة التجارة من حيث الآثار القانونية المترتبة عنهما، وعليه فإن عملية توزيع حصيلة الثمن غير مشمولة بمقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة على أسس أن محضر المزايدة سند ملكية الراسي عليه المزداد قبل اللجوء إلى عملية توزيع حصيلة ثمن العقار المرهون.

كما يحق لنا أن نتساءل أيضا عن مدى إمكانية ممارسة مسطرة التدخل على وجه التعرض بين يدي العون المكلف بالتنفيذ من طرف الدائن المرتهن المشارك في الاتفاق الودي في حالة ممارسة حق التنفيذ الجبري على نفس العقار من طرف أحد الدائنين غير الموقع على الاتفاق الودي طبقا للفصلين¹¹⁸ 466 و 472 من قانون المسطرة المدنية؟

يجب الاعتراف بأنه لم نعثر على أي موقف فقهي أو أي حكم أو قرار قضائي يعالج الإشكالية السابقة، وفي حقيقة الأمر يمكن القول بأنه لا يمكن تفسير مقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة تفسيرا واسعا حتى تشمل ممارسة التدخل على وجه التعرض لدى العون المكلف بالتنفيذ من طرف الدائن المرتهن الذي يعد طرفا في الاتفاق الودي في حالة ممارسة أحد الدائنين المرتهنين غير الموقع على الاتفاق الودي وذلك للاعتبارات الآتية:

- إن التدخل على وجه التعرض بين يدي العون المكلف بالتنفيذ من طرف الدائن المرتهن المشارك في الاتفاق الودي لا يمكن اعتباره إجراء فرديا ضد المدين بهدف الحصول على سداد الديون عن طريق البيع الجبري للعقار، وإنما طريقة من طرق حماية الدائن المرتهن في حالة وجود حجز تنفيذي سابق من طرف أحد الدائنين المرتهنين، ذلك أن الإجراء الفردي الممنوع بمقتضى المادة 558 من مدونة التجارة قام به دائن مرتهن غير موقع على الاتفاق الودي، على اعتبار أن هذا الأخير لا يسري في حقه بنود هذا الاتفاق تطبيقا لقاعدة نسبية آثار العقد.

¹¹⁸ - لقد جاء فيه ما يلي : "لا يمكن للدائنين الذين لهم حق التنفيذ الجبري عند وجود حجز سابق على كل منقولات المحجوز عليه إلا التدخل على وجه التعرض بين يدي العون المكلف بالتنفيذ وطلب رفع الحجز وتوزيع الأموال ويحق لهم مراقبة الإجراءات وطلب متابعتها إن لم يرقم بذلك الحاجز الأول"

ولئن كان هذا الفصل يتعلق بالمنقولات، فإنه قابل للتطبيق حتى على العقارات بدليل الإحالة عليه بمقتضى الفصل 472 من ق.م.م والذي جاء فيه " تتم الإجراءات طبقا لمقتضيات الفصل 466 و 467 عند وقوع حجز عقاري ثان"

- إن عدم تدخل الدائن المرتهن على وجه التعرض على توزيع الأموال داخل الأجل القانوني المحدد طبق لمقتضيات الفصل 507 من قانون المسطرة المدنية¹¹⁹ يؤدي حتما إلى سقوط حق المشاركة في عملية توزيع الأموال المتحصلة من العقار المرهون، وتبعا لذلك يفقد الدائن المرتهن حق الأولوية المرتبطة برتبة الرهن بسبب انعدام المحل الذي هو الأموال الناتجة عن بيع العقار المرهون، وبالتالي يتحول من دائن خاص إلى دائن عادي يبقى له الحق في التنفيذ على باقي أموال المدين.¹²⁰

غير أنه لا يمكن للدائن المرتهن طلب متابعة الإجراءات المتعلقة بالتنفيذ إن لم يقيم به الحاجز الأول وذلك طبقا للفصل 466 من قانون المسطرة المدنية لأن ذلك يدخل في إطار المنع المنصوص عليه في إطار المادة 558 من مدونة التجارة ما لم يتعلق الأمر بعملية توزيع حصيلة الأموال التي لا تدخل ضمن إجراءات التنفيذ كما حددنا سابقا.

بقي أن نتساءل عن مدى إمكانية تمسك الكفيل العيني بمبدأ إيقاف إجراءات التنفيذ في مواجهة الدائن المرتهن؟

إن المشرع المغربي قد التزم الصمت بخصوص الإشكال السابق في إطار مدونة التجارة، غير أنه بالرجوع إلى المادة 196 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها على أنه: " إذا كان الراهن كفيلا عينيا فلا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون وليس للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين". وتبعا لذلك، فإنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك بمبدأ إيقاف أو منع إجراءات التنفيذ في مواجهة الدائن المرتهن، في هذه الحالة يحق لهذا الأخير التنفيذ على عقارات الكفيل العيني في حالة عدم استيفاء دينه ولو كان مشمولا بمقتضيات الاتفاق الودي.

غير أن المشروع التعديلي للكتاب الخامس قد نص صراحة على استفادة الكفلاء سواء كانوا متضامنين أم لا، الذين يكون الدين المكفول من قبلهم مشمولا بالاتفاق، من الوقف المؤقت للدعاوى والإجراءات.

¹¹⁹ - ينص الفصل 507 في فقرته الأخيرة على ما يلي: "يجب على كل دائن أن يقدم وثائقه خلال ثلاثين يوما بعد هذا الإعلان وإلا سقط حقه".

¹²⁰ - انظر:

- عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص : 241 .

ونتساءل أيضا عن مدى إمكانية ممارسة الدائن المرتهن المشارك في الاتفاق الودي مسطرة الحجز التحفظي؟

كما وضعنا سابقا أن الحجز التحفظي قد يلجأ إليه الدائن المرتهن كدائن عادي حفاظا للضمان العام في حالة عدم استيفاء دينه بالكامل من ثمن الملك المرهون بحيث لا يعتبر كالإنذار العقاري بمثابة حجز تنفيذي عقاري، إنما هو مجرد إجراء وقائي الهدف منه منع المدين من التصرف في أمواله تصرفا يضر بدائنه، واعتبارا لذلك فإنه غير مشمول بمقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة، على أسس أن نية المشرع تتجه نحو إيقاف الإجراءات المسطرية التي تهدف إلى الحصول على سداد الديون، وما مسطرة الحجز التحفظي إلا مقدمة من إجراءات التنفيذ على العقار والتي تتطلب بعد ممارسته العديد من الإجراءات قصد بيع العقار المرهون وتوزيع ثمنه، بالإضافة إلى ذلك فإن منح الدائن المرتهن إمكانية اللجوء إلى مسطرة الحجز التحفظي دون غيرها رغم الاتفاق الودي من شأنه أن يسهم في التقليل من إجراءات التنفيذ الجبري على العقار في حالة انتهاء مدة الاتفاق الودي من دون سداد الديون من طرف المدين، لأن الإجراءات السابقة تتسم بالتعدد والتعقيد، وتحتاج لمدة من الوقت.

وما يبرر هذا التوجه ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه ¹²¹ " وفي حين نص الفصل 453 من ق م م على أنه " لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات و العقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر " وأنه وإن كانت نصوص المسطرة المدنية تحدثت عن الحجز التحفظي في القسم المخصص لطرق التنفيذ فإنه (الحجز) في مفهوم المادة 653 من م م ت التي تمنع وتوقف كل إجراء للتنفيذ بعد الحكم بفتح المسطرة للحصول على الديون الناشئة قبله، لا يعد إجراء تنفيذا من قبيل البيع أو الحجز التنفيذي المؤدي للبيع حتى يدخل في عداد الإجراءات التي يمنعها أو يوقفها الحكم بفتح المسطرة وإنما هو مجرد إجراء تحفظي لا تأثير له على سير المسطرة الجماعية وعلى المحجوز عليه، بل فيه حفظ لحقوق جميع الدائنين الذين انتقلت حقوقهم للعقار المأمور برفع الحجز عنهما خلال هذه المرحلة ، وبذلك فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي قضت بسريان مقتضيات المادة 653 المذكورة على إجراء الحجز التحفظي تكون قد عللت قرارها بشكل غير سليم خارقة المقتضيات المحتج بخرقها، معرضة لقرارها للنقض "

¹²¹ - قرار محكمة النقض عدد: 1309، المؤرخ في 21 | 12 | 2005، ملف تجاري عدد: 1279 | 3 | 1 | 2004.

منشور بمجلة القضاء والقانون ، العدد 155 ، السنة 2008 ، ص: 205 وما يليها.

بالرغم من صدور هذا القرار القضائي في ظل مسطرة التسوية القضائية، فإنه لا مانع من الاستناد عليه في إطار مسطرة الوقاية الخارجية نظرا لتماثل المادتين 558 و653 من م.ت.

المطلب الثاني

إمكانية تأجيل ميعاد استحقاق الديون وتخفيض حجمها

لما كان عقد الرهن المبرم بين الدائن المرتهن والمدين الراهن يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود خاصة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي كرسها الفصل 230 منه، فإنه لا يمكن تعديل بنود هذا العقد إلا برضى الطرفين أو في الحالات المنصوص عليها في القانون، وعليه فإنه بإمكان المدين الراهن والدائن المرتهن أن يتفقا على تعديل بنود عقد الرهن في إطار الاتفاق الودي قصد مواجهة الصعوبات التي تعترض المقاوله مخافة وصولها إلى مرحلة التوقف عن الدفع، ما لم تكن التعديلات المراد إدخالها على العقد مخالفة للقانون أو للنظام العام.

وارتباطا بذلك، فإن الاقتراحات التي يقدمها المدين قصد مواجهة الصعوبات التي تعترض المقاوله رغبة منه في تعديل عقد الرهن غالبا ما تتضمن تخفيض حجم الديون أو تأجيل ميعاد استحقاق الدين، وكذا ما يلتمسه من إعفاء أو إرجاء لتقديم ضمانات بعد تصحيح وضعية مقاولته، غير أنه يبقى للدائنين الحق في مناقشة الاقتراحات السابقة مع مراعاة الوضعية الاقتصادية للمقاوله قبل إصدار موافقتهم¹²² وإبرام الاتفاق الودي.

ونظرا لكثرة المقترحات التي يمكن أن يقدمها المدين إلى الدائنين قصد مناقشتها وإبرام الاتفاق الودي، فإنه سنقتصر على المقترحات التي من شأنها تعديل عقد الرهن الأكثر ارتباطا بموضوعنا خاصة منها إمكانية منح آجال جديدة لتأدية الديون (الفقرة الأولى) وتخفيض مبلغ الديون (الفقرة الثانية).

¹²² - للمزيد من المعلومات انظر:

- مراد الفرثاني؛ مرجع سابق ، ص: 206 وما يليها.

الفقرة الأولى: إمكانية تأجيل ميعاد استحقاق الديون

يعتبر تعديل بنود العقد عن طريق تأجيل ميعاد استحقاق الديون من بين أهم العوامل التي بمقتضاها تتمكن المقاوله المهددة بالتوقف عن الدفع من استعادة توازنها المالي والاقتصادي¹²³، ويتم ذلك عن طريق تمديد آجال الديون إلى تاريخ لاحق يتم تحديده في إطار الاتفاق الودي حتى تتمكن المقاوله من تجاوز الصعوبات المالية العابرة وتقوية وضعيتها المالية.¹²⁴

وقد يتساءل البعض عن الدوافع التي قد تؤدي بالدائن المرتهن إلى تأجيل ميعاد استحقاق الدين رغم كونه غير ملزم من الناحية القانونية، نظرا لعدم وجود أي مقتضى قانوني يفرض على الدائن المرتهن منح آجال جديدة للمدين مع مراعاة مقتضيات الفصل 243 من ظ.ل.ع التي تعطي للقاضي متى توافرت بعض الشروط منح آجال جديدة للمدين.

في الحقيقية أن الدائن العادي هو الذي يهمله بالدرجة الأولى إبرام الاتفاق الودي من استيفاء كافة ديونه بعد استعادة المقاوله توازنه المالية، وذلك بالمقارنة مع التوزيعات الضئيلة التي يمكن أن يحصل عليها في مرحلتي التسوية القضائية أو التصفية القضائية، لأنه لا يحصل على ديونه إلا بعد سداد الديون الممتازة، إلا أنه نفس الأمر قد ينطبق على الدائن المرتهن رغم حق الأولوية المقررة له أثناء سداد الديون، ذلك أن عدم منح آجال جديدة للمقاوله قد تزيد من تردي الوضع المالي والاقتصادي للمقاوله، وبالتالي الوصول إلى مرحلة التوقف عن الدفع، الأمر الذي يدفع المقاوله إلى تبني التسوية القضائية ففي هذه المرحلة يتصور وقوع الدائن المرتهن في حالة تراحم مع دائنين لاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية الذين يتمتعون بحق الامتياز ولو كانوا مجرد دائنين عاديين، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم استيفاء الدائن المرتهن كافة ديونه في بعض الحالات.

بالمقابل، فإن المدين ملزم باحترام آجال سداد الديون التي تم منحها بالاتفاق الودي، فقد يتم الاتفاق على تسديد قسط من الديون على أسس كل شهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر... أو يتم تسديد كافة الديون داخل أجل معين، وعليه ففي حالة عدم احترامه الآجال الممنوحة كما هي مبينة بالاتفاق الودي يمكن للدائن رفع دعوى قضائية قصد فسخ الاتفاق وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة إعمالا لمقتضيات المادة

¹²³ - زكرياء العماري : مرجع سابق، ص: 211.

¹²⁴ - والملاحظ أن المشرع المغربي قد نص صراحة على إمكانية منح آجال جديدة بمقتضى اتفاق الأطراف وذلك من خلال الفقرة الأولى من الفصل 128 من ظ.ل.ع حيث جاء فيه "لا يسوغ للقاضي أن يمنح أجلا أو ينظر إلى ميسرة، ما لم يمنح هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون".

558 من مدونة التجارة، وتبعاً لذلك يمكن فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله وفقاً لمقتضيات المادة 560 من مدونة التجارة.

في هذا السياق يثار التساؤل أيضاً عن مدى إمكانية سقوط آجال الديون الممنوحة في حالة تجاوز الصعوبات التي تعاني منها المقاوله؟

في الواقع أن المشرع المغربي لم ينص صراحة في مدونة التجارة عن فقدان المدين مزية الأجل الممنوح له بمقتضى الاتفاق الودي في حالة تجاوز الصعوبات التي تعاني منها المقاوله، وحتى بالرجوع إلى الفصل 139 من ظ.ل.ع الذي حدد الحالات التي يسقط فيها الأجل لا نجد من بينها حالة سقوط الأجل لفائدة الدائن في حالة تسوية الوضعية المالية والاقتصادية للمدين بعد تجاوز الصعوبات، ولا يبقى في هذه الحالة سوى الرجوع إلى بنود الاتفاق الودي، ففي حالة ما إذا تضمن بنوداً يقضي بأن الديون تصبح حالة الأداء ابتداء من تاريخ تجاوز الصعوبات التي كانت تعاني منها المقاوله فيسقط آجال الديون الممنوحة بمجرد استعادة المقاوله لتوازنها المالي، وعلى خلاف ذلك، ففي حالة عدم التتبع عن ذلك الشرط فإنه لا يبقى للدائن المرتهن إلا انتظار حلول آجال الأداء الممنوحة قصد استيفاء ديونه، على أسس أن هذا الشرط يصنف ضمن القواعد المكملّة التي لا يمكن الاعتداد بها إلا إذا تم التتبع عليها.

وإذا كان للدائن المرتهن الحرية الكاملة في المشاركة في الاتفاق الودي أو عدم المشاركة فيه عن طريق تأجيل ميعاد استحقاق الديون، فإنه لا يبقى للمدين في حالة امتناع الدائن المرتهن عن المشاركة سوى رفع طلب إلى رئيس المحكمة يرمي من خلاله منحه آجالاً جديدة للوفاء بالديون طبقاً لمقتضيات المادة 556 من مدونة التجارة والفقرة الثانية من مقتضيات الفصل 243 من ظ.ل.ع.

وبالرجوع فعلاً إلى مقتضيات المادة 556 من مدونة التجارة نجد أن المشرع قد نص صراحة على إمكانية منح المدين آجالاً للأداء في إطار النصوص الجاري بها العمل فيما يخص الديون التي لم يشملها الاتفاق الودي، والمقصود بالنصوص الجاري بها العمل على وجه الخصوص الفقرة الثانية من الفصل 243 من ظ.ل.ع حيث جاء فيها "ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها".

واضح من الفصل أعلاه أن المشرع قد أعطى لرئيس المحكمة التجارية السلطة التقديرية في قبول طلب منح المدين آجالاً جديدة من عدمه فقد يستجيب رئيس المحكمة لطلب المدين إذا تبين له بأن المقاوله تمر بصعوبات عابرة لا ترقى إلى مرحلة التوقف عن الدفع وأن هاته الصعوبات بإمكانه تفاديها مستقبلاً في حالة

منح المدين آجالاً جديدة للوفاء بالديون غير المشمولة بالاتفاق مع مراعاة وضعية الدائن المرتهن، لأنه لا يسوغ تغليب مصلحة المدين على حساب مصلحة الدائن، وعلى خلاف ذلك، فقد يرفض رئيس المحكمة طلب المدين إذا اتضح له أن تمديد آجال الوفاء بالديون قد تضرر بالدائن المرتهن إذا كان لهذا الأخير عليه ديناً لفائدة دائن آخر يتعين عليه الوفاء به في أقرب الآجال أو قد تفوت عليه صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم¹²⁵.

الفقرة الثانية: تخفيض حجم الديون

يعتبر تعديل بنود العقد عن طريق تخفيض حجم الديون من بين أهم العوامل التي تسهم في تدعيم الوضعية المالية والاقتصادية للمقاوله قصد مواجهة الصعوبات التي تعاني منها، ويتم ذلك عن طريق تنازل الدائن المرتهن عن جزء من ديونه لفائدة المقاوله المدينة أو عن طريق تنازله عن كافة الفوائد المترتبة عن أصل الدين.

وإذا كان المشرع المغربي قد أشار بطريقة ضمنية إلى إمكانية الاتفاق بخصوص تمديد آجال الوفاء بالديون، ويستشف ذلك من خلال مقتضيات المادة 556 من م.ت. عندما نصت عن إمكانية منح المدين آجالاً للأداء وفقاً للنصوص الجاري بها العمل، وكذا من خلال المادة 558 عندما عالجت إمكانية فسخ الاتفاق الودي وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة، فإنه على العكس من ذلك لم ينص صراحة عن إمكانية تخفيض حجم الديون في إطار إجراءات التسوية الودية على خلاف ما هو منصوص عليه في إطار مسطرة التسوية القضائية من خلال المادتين 598 و 599 من مدونة التجارة، إلا أن ذلك ليس فيه ما يخالف النظام العام والقواعد العامة.

والملاحظ أن تخفيض حجم الدين الذي يرمي إلى تعديل عقد الرهن لا يعتد به إذا كان وارداً على عقار محفظ أو في طور التحفيظ إلا بعد قيام المدين بإجراءات التقييد أو الإيداع طبقاً لمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري، فإذا تعلق الأمر برهن وارد على عقار محفظ فيتعين على المدين القيام بتقييد الاتفاق الودي الرامي إلى تعديل عقد الرهن عن طريق تخفيض مبلغه إعمالاً لمقتضيات الفصل 67 من ظ.ت.ع كما تم تغييره وتتميمه، على أسس أن الاتفاق الودي لا ينتج أثره ولو بين أطرافه إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، أما إذا تعلق الأمر برهن وارد على عقار في طور التحفيظ فإنه

¹²⁵ - للمزيد من المعلومات بخصوص الأجل الاسترجاعي في إطار الاتفاق الودي انظر:

- زكرياء العماري: مرجع سابق، ص: 247 وما يليها.

يتوجب على المدين القيام بإجراءات الإيداع طبقا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري.

ويرجع السبب وراء مشاركة الدائن في الاتفاق الودي عن طريق التنازل عن جزء من ديونه لفائدة المدين إلى تفادي المخاطر التي قد تلحق به في حالة ما إذا توقفت المقابلة عن دفع ديونها، فقد لا يقوم باسترجاع دينه إلا في أجل متأخر نتيجة تعقد وطول إجراءات تنفيذ مخطط الاستمرارية في حالة تبني مسطرة التسوية القضائية، وكذا طول الآجال التي قد تفرضها المحكمة على المدين مع إمكانية استيفاء دينه متأخرا أو ناقصا.¹²⁶

في هذا الإطار يطرح التساؤل عن مدى إمكانية استرجاع الدائنين الجزء المتنازل عنه بعد الاتفاق على تخفيض مبلغ الديون في حالة تجاوز الصعوبات التي تعاني منها المقابلة؟

في حقيقة الأمر أن المشرع المغربي لم ينص على إمكانية استرجاع كامل الديون بما فيها الديون التي تم التنازل عنها سواء في حالة فسخ الاتفاق الودي لعدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عنه أو في حالة استعادة المقابلة توازنها المالي، فلو تم تكييف تخفيض حجم الديون بمثابة عقد صلح ويخضع للقواعد المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود لأمكن القول بأن الاتفاق الودي فيما يخص تخفيض حجم الديون نهائي لا يجوز الرجوع فيه ولو باتفاق الأطراف (الفصل 1106 من ظ.ل.ع) ولا يبقى للدائن المرتهن في هذه الحالة سوى الطعن فيه بسبب الإكراه أو التدليس أو بسبب غلط مادي وقع في شخص المتعاقد الآخر أو في صفته أو في الشيء الذي كان محلا للنزاع (الفصل 1111 من ظ.ل.ع)، إلا أن ذلك لا يمنع الدائنين المرتهنيين بأن يدرجوا ضمن الاتفاق الودي شرطا يقضي بعودتهم إلى وضعهم السابق في حالة تجاوز المقابلة الصعوبات التي تعاني منها، وبالتالي بإمكانهم استرجاع مبالغ التخفيضات طبق الشروط المدرجة بالاتفاق الودي¹²⁷ على أسس أن هذا الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام أو القوانين الجاري بها العمل، أما في حالة عدم إدراج هذا الشرط ضمن الاتفاق الودي فإنه لا يسوغ للدائنين المطالبة باسترجاع كامل ديونهم بما فيها المبالغ المتنازل عنها.

¹²⁶ - زكرياء العماري: مرجع سابق، ص : 212.

¹²⁷ - زكرياء العماري: مرجع سابق، ص : 212.

المبحث الثاني

أثر فسخ الاتفاق الودي على مركز الضمانات العينية العقارية

يعد الإخلال بالالتزامات الناتجة عن الاتفاق الودي من طرف رئيس المقاوله ضربا للأهداف المتوخاة من إنقاذ المقاوله المتمثلة في إنقاذ الشغل والموارد المالية للدولة والإنتاج، بل الأكثر من ذلك، فإن الإخلال بأحد الالتزامات قد يضر بالدائنين الموقعين على الاتفاق الودي و المدين نفسه.¹²⁸

وتبعاً لذلك، فإن المشرع المغربي قد رتب عن عدم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن الاتفاق الودي فسخ هذا الأخير وبسقوط كل آجال الأداء الممنوحة أي تلك التي منحها الدائنون لصالح المدين عند إبرام هذا الاتفاق (الفقرة الأخيرة من المادة 559 من مدونة التجارة)، ولهذا يكون المشرع قد تبنى نفس النهج المعمول به في القانون الفرنسي وذلك بمقتضى المادة 2. 39 من مرسوم 21 أكتوبر 1994¹²⁹ وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 611.10 من مدونة التجارة الفرنسية.¹³⁰

بما أن المشرع المغربي لم ينص على كافة مقتضيات المتعلقة بفسخ الاتفاق الودي، فإنه بات من الطبيعي الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في ظهير الالتزامات والعقود وخاصة الفصلين 259 و 260 منه، وعليه فإن فسخ الاتفاق الودي لا يقع بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة، وإذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ

¹²⁸ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها، مرجع سابق، ص: 288.

¹²⁹ - قد جاء فيه:

« En cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord la résolution de l'accord amiable est prononcée par le tribunal à la requête d'un ou plusieurs créanciers du débiteur parties à l'accord ou ceux aux quels des délais aurait été imposés en application des dispositions de l' article 36 de la loi du 1^{er} mars 1984 précitée ».

انظر بهذا الخصوص:

- زكرياء العماري: مرجع سابق، ص : 212.

¹³⁰ قد جاء في المادة أعلاه ما يلي:

« Saisi par l'une des parties à l'accord homologué, le tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. ».

عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء، لكن في الحالة الأخيرة يجب صدور حكم قضائي مقررًا لفسخ الاتفاق الودي لا منشأً له.

ويترتب عن فسخ الاتفاق الودي كذلك إمكانية فتح مساطر صعوبات المقاوله وذلك إما تلقائياً من طرف المحكمة أو بناء على طلب من النيابة العامة أو بمقتضى مقال افتتاحي لأحد الدائنين ويتعلق الأمر هنا إما بمسطرة التسوية القضائية إذ كانت وضعية المقاوله ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه¹³¹، أو مسطرة التصفية القضائية إن كانت هذه الوضعية مختلفة بشكل لا رجعة فيه، غير أن فتح مساطر صعوبات المقاوله بعد فسخ الاتفاق الودي يثير إشكالية مصير الدائنين المرتهنيين المشاركين في هذا الاتفاق نتيجة غياب نصوص قانونية تحدد مراكزهم ضمن دائني المقاوله.

إذن، فتجليات آثار فسخ الاتفاق الودي في حالة عدم أداء الديون الناجمة عنه، تكمن على وجه الخصوص في سقوط آجال الديون الممنوحة من قبل الدائنين لصالح المقاوله المدينة و إمكانية استرجاع كامل ديونهم بما فيها المبالغ المتنازل عنها نتيجة تخفيضها (المطلب الأول)، كما تكمن أيضاً آثار هذا الفسخ على الدائنين المرتهنيين في حالة فتح مساطر صعوبات المقاوله وذلك عن طريق التسوية القضائية أو التصفية القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

انعكاس فسخ الاتفاق الودي على الآجال والتخفيضات الممنوحة للمدين

لما كان عدم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن الاتفاق الودي من شأنه أن يهدم الثقة التي منحها الدائن المرتهن في مدينه الذي يجب عليه أدائها عند حلولها، فإنه بات من الطبيعي أن يتم التنصيص على فسخ الاتفاق بمجرد عدم سداد الديون في تاريخ استحقاقها، وتبعاً لذلك سقوط آجال الأداء الممنوحة لفائدة المدين، هذا ما كرسه فعلاً المشرع من خلال مقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة.

¹³¹ - انظر قرار لمحكمة النقض عدد: 279، المؤرخ في 12 | 03 | 2008، ملف تجاري عدد: 759 | 3 | 1 | 2004، والذي جاء فيه ما يلي " لكن حيث إن المادتين 568 و 619 من مدونة التجارة تشيران إلى صلاحية المحكمة لفتح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية في حق المقاوله بالنظر لوضعيتها ما إذا كانت مختلفة بشكل لا رجعة فيه أم لا" أشار إليه عمر أزوكار، مرجع سابق، ص: 19.

وعليه فإنه بإمكان الدائن المرتهن رفع دعوى قضائية موضوعها طلب فسخ الاتفاق الودي في حالة عدم سداد الديون في تاريخ استحقاقها، وتبعاً لذلك تصبح كافة الديون التي لم يحل أجل دفعها مستحقة الأداء فوراً.

وإذا كان المشرع المغربي قد رتب عن فسخ الاتفاق الودي سقوط آجال الديون الممنوحة لصالح المقاوله المدينة (الفقرة الأولى)، فإنه لم يعالج سقوط تخفيض حجم الديون، مما يثار التساؤل بخصوص مدى إمكانية تأثير فسخ الاتفاق الودي على تخفيض حجم الديون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سقوط آجال الأداء الممنوحة من طرف الدائن المرتهن

إن منح آجال جديدة من طرف الدائنين المرتهنين لصالح المقاوله المدينة في إطار الاتفاق الودي يهدف بالأساس إلى تجاوز الصعوبات المالية والاقتصادية العابرة التي من شأنها أن تخل باستغلال استمرارية المقاوله وتفادياً للوصول المقاوله إلى مرحلة التوقف عن الدفع، هذا الأخير الذي من شأنه أن يؤدي إلى التصفية القضائية للمقاوله، ويسعى الدائن من خلال ذلك استرجاع كامل ديونه مخافة التزامه مع دائنين آخرين في حالة فتح مساطر صعوبات المقاوله.

غير أنه إذا ظهر للدائن المرتهن أن الثقة التي منحها في مدينه أصبحت مهددة بالخطر، فإن القانون يقضي بسقوط أجل الديون بمجرد عدم تنفيذ الالتزامات المدرجة ضمن الاتفاق الودي، لهذا نصت المادة 558 من مدونة التجارة على فقدان المدين مزية الأجل في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق، لكن سقوط الآجال الممنوحة لا يكون إلا بمقتضى حكم المحكمة التي تقضي بفسخ الاتفاق الودي، ويترتب عنه سقوط آجال الأداء الممنوحة.

يتضح من المادة أعلاه، أن نطاق سقوط آجال الأداء الممنوحة يقتصر على الديون التي في ذمة المقاوله المدينة لفائدة الدائنين المرتهنين الموقعين على الاتفاق الودي، ومن ثمة فإنها لا تسري على الدائنين المرتهنين غير الموقعين على الاتفاق الودي، وذلك بالاستناد على الفقرة الأخيرة من المادة 558 من مدونة التجارة التي عالجت فسخ الاتفاق الودي وسقوط آجال الديون بالنسبة للالتزامات الناجمة عن الاتفاق دون غيرها من الالتزامات الأخرى، وهذا يكرس مبدأ نسبية آثار العقد الذي نص عليه الفصل 228 من ظهير الالتزامات والعقود والذي جاء فيه أن "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات

المذكورة في القانون"، وعليه فإن آثار فسخ الاتفاق الودي لا تنتج آثارها إلا في مواجهة عاقيه الدائن المرتهن والمدين الراهن.

وإذا كان للدائن المرتهن الحق في اللجوء إلى المحكمة قصد طلب فسخ الاتفاق الودي في حالة عدم سداد الديون داخل أجل المحدد، فإنه في الحالة التي لم يحدد فيها آجلا للوفاء بالديون المدرجة ضمن الاتفاق الودي يتعين عليه أن يوجه إلى رئيس المقابلة إنذارا صريحا قصد الوفاء بالدين يتضمن هذا الإنذار طلبا موجهًا إلى المدين بتنفيذ التزامه في أجل معقول وتصريحا بأنه إذا انقضى هذا الأجل فإن الدائن في هذه الحالة يلجأ إلى المحكمة قصد طلب فسخ الاتفاق الودي (الفصل 257 من ظ.ل.ع)، ومما لاشك فيه أن القيام بهذه الإجراءات إضافة إلى إجراءات البيع الجبري للعقار من طرف الدائن المرتهن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تطويل المدة قبل استيفاء الديون المضمونة بالرهن.

يرى البعض¹³² بأن نطاق قاعدة سقوط الآجال الممنوحة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق الودي لا يقتصر على الآجال الممنوحة من طرف الدائنين المرتهين بموجب الاتفاق الودي فحسب، بل يشمل أيضا حتى الآجال الاسترحامية التي قد يمنحها رئيس المحكمة للمدين بالنسبة للديون غير المشمولة بالاتفاق الودي، وذلك استنادا إلى تفسير مصطلح "الآجال الممنوحة" المضمنة بالمادة 558 من مدونة التجارة تفسيرا واسعا.

وخلافا للموقف السابق، يمكن القول بأن سقوط آجال الأداء الممنوحة يعد استثناء من القاعدة العامة، وكما هو معلوم أن الاستثناء لا يمكن التوسع فيه، فالآجال الاسترحامية التي يمنحها رئيس المحكمة في الغالب الأعم تتعلق بالديون غير المشمولة بالاتفاق الودي، فهي تهم ديون الدائنين الذين رفضوا المشاركة في الاتفاق الودي، وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة نجد أن المشرع قد نص على سقوط كل آجال الأداء الممنوحة بالنسبة للديون المدرجة بالاتفاق الودي وليس الآجال التي يمنحها رئيس المحكمة في إطار الفقرة الثانية من الفصل 243 من ظ.ل.ع.¹³³ أضف إلى ذلك فإن المشرع المغربي غالبا ما ينص صراحة على سقوط أجل

¹³² - زكرياء العماري: مرجع سابق، ص: 270.

¹³³ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 243 من ظ.ل.ع على ما يلي: " ومع ذلك يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها".

الديون كما هو الشأن بالنسبة للفصل 139 من ظ.ل.ع، بحيث حدد حالات سقوط الأجل على سبيل الحصر لا سبيل المثال.¹³⁴

ومما يستفاد من الصياغة العامة الواردة في المادة 558 من مدونة التجارة أن سقوط الأجل لا يقتصر إلا على الآجال الممنوحة ضمن الاتفاق الودي، بحيث لا تشمل آجال استحقاق الدين الأصلي خاصة أن المشرع استعمل عبارة "تقضي المحكمة..." وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة" وتبعاً لذلك يجب على الدائنين المرتتهين الانتظار إلى غاية حلول الأجل الأصلي¹³⁵ ما لم يسقط هذا الأخير نتيجة تحقق إحدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 139 من ظ.ل.ع، ومن ذلك إقدام المدين على إضعاف الضمانات العقارية الممنوحة للدائن المرتتهن، أو عدم تقديم المدين الضمانات العقارية التي وعد بها الدائن المرتتهن، أو إخفاء المدين عن غش التكاليف والامتيازات السابقة المترتبة على الضمانات الممنوحة للدائن المرتتهن.

ومن الطبيعي أنه بمجرد فسخ الاتفاق الودي وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة يسترجع الدائن المرتتهن جميع الحقوق المقررة له طبقاً للقواعد العامة، حيث بإمكانه رفع دعوى قضائية تكون غايتها الحكم على المدين بمبلغ مالي في حالة عدم كفاية الضمان العيني أو في حالة إضعاف قيمة الضمان، كما يمكنه أيضاً ممارسة إجراءات التنفيذ قصد بيع العقار على يد القضاء أو متابعة إجراءات التنفيذ بعد إيقافها بمقتضى الاتفاق الودي.

الفقرة الثانية: مدى إمكانية سقوط التخفيضات في حالة فسخ الاتفاق الودي

إذا كان المشرع المغربي قد رتب على عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق الودي فسخ هذا الأخير، وكذا سقوط كل آجال الأداء الممنوحة من خلال الفقرة الثانية من المادة 558 من مدونة التجارة، فإنه لم يعالج مصير التخفيضات في

¹³⁴ - لقد نص الفصل 139 على ما يلي: "يفقد المدين مزية الأجل إذا أشهر إفلاسه، أو أضعف بفعله الضمانات الخاصة التي سبق له أن أعطاهها بمقتضى العقد أو لم يعط الضمانات التي وعد بها. ويطبق نفس الحكم على الحالة التي يكون المدين فيها قد أخفى عن غش التكاليف والامتيازات السابقة التي تضعف الضمانات المقدمة منه.

إذا كان إنقاص الضمانات الخاصة المعطاة بمقتضى العقد ناتجاً من سبب أجنبي عن إرادة المدين، فإن هذا الأخير لا تسقط عنه مزية الأجل بقوة القانون ولكن يكون للدائن الحق في أن يطلب ضمانات تكميلية. فإذا لم تقدم، حق له أن يطلب تنفيذ الالتزام على الفور".

¹³⁵ - زكريا العماري: مرجع سابق، ص: 271.

حجم الديون التي تم الاتفاق بشأنها ضمن الاتفاق الودي، مما يثار التساؤل عن مدى سقوط التخفيضات في حجم الديون- التي كانت ممنوحة للمدين- نتيجة فسخ الاتفاق الودي؟

في هذا الإطار نصت المادة 5 من القانون 24 يناير 1985 الفرنسي المتعلق بالتسوية والتصفية القضائية على أنه في حالة عدم تنفيذ التعهدات المالية الناتجة عن الاتفاق الودي يسترجع الدائنون كامل ديونهم¹³⁶، وعليه فإنه طبقا للمادة أعلاه أن فسخ الاتفاق الودي يترتب عنه إضافة إلى سقوط آجال الأداء الممنوحة، سقوط التخفيضات في حجم الديون التي تم التراضي بشأنها في إطار الاتفاق الودي.

وفي نفس السياق، يرى الفقه المغربي¹³⁷، أن عدم وضوح مقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة يضعنا أمام موقفين متعارضين، فالموقف الأول سقوط التخفيضات في حجم الديون وذلك طبقا للقواعد المقررة في القواعد العامة خاصة الفصلين 259 و 263 من ظهير الالتزامات والعقود، أما الموقف الثاني فإنه يقضي بأنه لا يترتب عن فسخ الاتفاق الودي سقوط التخفيضات نظرا لانسجام ذلك مع مقتضيات المادة أعلاه التي رتبت عن عدم تنفيذ الالتزامات المالية في إطار الاتفاق الودي فسخ هذا الأخير وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة دون الحديث عن سقوط التخفيضات.

في حين يذهب البعض¹³⁸ بأنه لما كان الاتفاق الودي يندرج ضمن العقود المستمرة، فإن فسخه لا ينسحب إلا على المستقبل، دون أن يشمل الآثار السابقة عن الفسخ، وعليه فإن التخفيض في حجم الديون لا تسقط عند فسخ الاتفاق الودي، يضيف بأنه لو كانت نية المشرع تتجه نحو سقوط التخفيضات نتيجة فسخ هذا الاتفاق لنص على ذلك صراحة ضمن مقتضيات المادة 558 من مدونة التجارة كما فعل ذلك في إطار مخطط الاستمرارية¹³⁹ في حالة تبني مسطرة التسوية القضائية.

¹³⁶-حيث جاء ضمن المادة 5 أعلاه ما يلي:

« ... Le créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés. Déduction faite des sommes perçues »

انظر بهذا الخصوص :

- أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 292

¹³⁷- أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 293.

¹³⁸- زكرياء العماري: مرجع سابق، ص: 272.

¹³⁹- الفقرة الثالثة من المادة 602 من مدونة التجارة .

ونعتقد أنه يمكن الرجوع إلى الشروط المدرجة بالاتفاق الودي فإذا اتفق طرفا العقد على أنه بإمكان الدائن المرتهن استرجاع كامل ديونه في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المالية الناجمة عن هذا الاتفاق، فإنه في هذه الحالة تسقط التخفيضات في حجم الديون بمجرد فسخ الاتفاق الودي، ويسترجع الدائن المرتهن كامل ديونه، أما في حالة إدراج شرط يقضي بعدم استرجاع كافة الديون بعد الاتفاق بشأن التخفيضات، فإنه لا يمكن للدائن المرتهن أن يطالب بسقوط التخفيضات في حجم الديون وذلك طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي كرسها الفصل 230 من ظل.ع، غير أنه في حالة عدم التصييص عن الشرط السابق ضمن الاتفاق الودي، فإن التخفيض في حجم الديون لا يسقط ويصبح نهائي لا تطاله آثار الاتفاق الودي اعتباراً لعدم التصييص على هذا السقوط ضمن المادة 558 من مدونة التجارة، إضافة إلى أن شرط سقوط التخفيض في حجم الديون من عدمه يصنف ضمن القواعد المكملّة الذي لا يعتد به إلا إذا تم التصييص عليه صراحة ضمن الاتفاق الودي.

وتجب الإشارة أنه في حالة الاتفاق الودي الذي من شأنه أن يعدل عقد الرهن الحيازي أو الرسمي الوارد على عقار محفظ يتعين على المدين الراهن أن يبادر إلى إجراء هذه التعديل عن طريق تقييده بالرسم العقاري، على أسس أن الاتفاق الودي الرامي إلى تعديل الرهن الرسمي أو الحيازي من حيث تخفيض حجم الدين لا ينتج أثره بين أطرافه إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري وفقاً للفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تنميته وتغييره، وتبعاً لذلك يترتب عن فسخ الاتفاق الودي سقوط التخفيضات في حجم الديون ولو تم التصييص على خلاف ذلك صراحة ضمن الاتفاق الودي، ما لم يبادر المدين الراهن إلى تقييد الاتفاق الودي بالرسم العقاري.

أما بخصوص الاتفاق الودي الرامي إلى تغيير عقد الرهن الرسمي أو الحيازي الوارد على عقار في طور التحفيظ، فإنه يجب إيداعه طبقاً للفصل 84 من ظل.ع كما تم تنميته وتغييره حتى لا يواجه المدين الراهن بمبدأ التطهير في حالة اتخاذ قرار التحفيظ¹⁴⁰، وعليه فإذا لم يتم هذا الأخير بإيداع الاتفاق السابق، فإنه بإمكان الدائن المرتهن أن يواجه المدين الراهن بمبدأ التطهير ولو تعلق الأمر بشرط يقضي بعدم استرجاع الدائن المرتهن كامل ديونه، لأن الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي يندرج ضمن الحقوق العينية التبعية التي يجب الإعلان عنها أثناء مسطرة التحفيظ حتى لا يطالها مبدأ التطهير سواء تعلق الأمر بإيداعها أو إيداع تعديل بشأنها.

¹⁴⁰ - انظر :

- قرار محكمة النقض عدد: 3245 بتاريخ 24-09-2008، أشار إليه يوسف مختاري؛ حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص: 190 .

المطلب الثاني

تأثر الضمانات العينية العقارية في حالة فتح مساطر المعالجة نتيجة فسخ الاتفاق الودي

لا يترتب على عدم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن الاتفاق الودي فسخ هذا الأخير وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة من طرف الدائنين المرتهنيين لفائدة المدين الراهن فحسب، بل فتح مساطر المعالجة وذلك إما مسطرة التسوية القضائية إذ كانت وضعية المقاوله ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه، أو مسطرة التصفية القضائية إذا كانت وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه¹⁴¹.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 560 من مدونة التجارة يتضح أن فتح مساطر المعالجة يتحقق في حالتين، تتجلى الأولى في حالة ما إذا كانت المقاوله غير قادرة على سداد ديونها الناجمة عن الاتفاق الودي، أما الثانية قد تتحقق في حالة ما إذا عجزت المقاوله عن أداء الديون المستحقة عند الحلول غير المشمولة بالاتفاق الودي¹⁴²، غير أن ذلك غير كاف لافتتاح مساطر المعالجة، بل لابد من أن تكون المقاوله متوقفة عن الدفع.

يمكن فتح مساطر صعوبات المقاوله بمقال افتتاحي للدعوى من قبل أحد الدائنين أو بناء على طلب من النيابة العامة أو من قبل رئيس المقاوله، كما يمكن للمحكمة أن تضع يدها على المسطرة تلقائياً لاسيما في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المالية في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 (المادتان 561 و 563 من مدونة التجارة).

وإذا كان المشرع المغربي قد أعطى الحق للدائنين في طلب فتح مساطر المعالجة، فإنه ينبغي التمييز بين الدائنين غير الموقعين على الاتفاق الودي الذين لهم الحق في فتح مساطر المعالجة عند عدم سداد ديونهم المستحقة عند الحلول، وبين الدائنين الموقعين على الاتفاق الودي الذين لا يملكون حق المطالبة إلا بعد فسخ هذا

¹⁴¹ - وقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "...من ذلك تثبت للمحكمة توقفها و أن وضعيتها ميؤوس منها و أن وضعيتها المالية لا يمكن علاجها إلا عن طريق التصفية القضائية..."

- قرار عدد: 1687، المؤرخ في 31 | 12 | 2008، ملف تجاري عدد: 547 | 3 | 1 | 2008.

انظر:

- عمر أزوكار، مرجع سابق، ص: 11.

¹⁴² - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 289

الاتفاق، على أسس أن هذا الأخير يوقف كل دعوى قضائية وكل إجراء فردي وفقا للمادة 558 من مدونة التجارة.

والواقع أن الأمر لا يشير أي إشكال بالنسبة لوضعية الدائنين غير الموقعين على الاتفاق الودي في حالة فتح مساطر المعالجة عن طريق التسوية القضائية إذا كانت وضعية المقاوله ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه بحيث يتحدد مركزهم طبقا للمادة 575 من مدونة التجارة، ولكن على خلاف ذلك فإن مدونة التجارة لم تتعرض لوضعية الدائنين الموقعين على الاتفاق الودي بعد فسخه لعدم أداء الالتزامات المالية الناجمة عنه، مما قد يترتب عن ذلك اعتبار هؤلاء الدائنين بمثابة دائنين سابقين عن الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة (الفقرة الأولى)، وتبعا لذلك قد يتضررون بحق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين لصدور الحكم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اعتبار الدائنين المرتهنيين في الاتفاق الودي بمثابة دائنين سابقين عن الحكم

إذا كان الهدف الأساسي من إبرام الاتفاق الودي يروم تحقيق مصلحتي المقاوله المدينة والدائن المرتهن على حد سواء، بحيث تتمكن بمقتضاه المقاوله من تفادي الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية استغلالها تفاديا لمرحلة التوقف عن الدفع، كما يتمكن الدائن المرتهن من استرجاع كامل حقوقه بعد انتهاء الاتفاق الودي، فإن المشرع المغربي سكت عن وضعية هؤلاء الدائنين بعد فتح مسطرة التسوية القضائية نتيجة فسخ الاتفاق الودي، الأمر الذي يبرر وضع تساؤل في محله حول ما إذا كان الدائنون يعتبرون بمثابة دائنين سابقين عن الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة أم تؤدي ديونهم بالأولوية طبقا للقواعد العامة؟.

في هذا السياق نجد أن المشرع الفرنسي كرس ما يعرف بامتياز المصالحة، بحيث يستفيد الأشخاص الذين قدموا خدمات وأموالا لفائدة المقاوله من أجل تأمين استمرارية نشاطها من حق الأسبقية على جميع الديون الناشئة قبل افتتاح مسطرة المصالحة¹⁴³.

¹⁴³-زكرياء العماري: مرجع سابق، ص: 286.

هكذا نصت المادة 11-611 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي :

"En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au ==

وتبعا لذلك، فإن هؤلاء الدائنين سيحصلون على ديونهم بالأفضلية بعد الأجراء أصحاب امتياز الامتيازات والمصاريف القضائية على جميع الديون الناشئة قبل افتتاح مسطرة المصالحة في حال فتح المساطر الجماعية بشرط التصريح بديونهم كما هو الشأن لباقي الدائنين.¹⁴⁴

وعلى خلاف ذلك، فإن المشرع المغربي قد التزم الصمت إزاء وضعية الدائنين الموقعين على الاتفاق الودي في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية مما يعني أن هؤلاء الدائنين سيتأثر مركزهم بالدائنين اللاحقين على حكم فتح مسطرة التسوية القضائية وفقا للمادة 575 من مدونة التجارة، وتبعا لذلك فإنه يتم سداد ديون الدائنين المرتهنيين الموقعين على الاتفاق الودي بعد تأدية ديون الدائنين الخاضعين لمقتضيات المادة السابقة، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى التقليل من فعالية الضمانات العينية العقارية الناشئة قبل الحكم القاضي بفتح المساطر الجماعية.

وتجب الإشارة إلى أنه بمجرد فتح المسطرة يمنع أداء الديون السابقة عن الحكم طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 657 من مدونة التجارة التي تنص "يترتب عن حكم فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره وتشمل مقتضيات المادة السابقة سائر الديون و الدائنين، أي سواء تعلق الأمر بالدائن العادي أو الدائن صاحب الامتياز أو الدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، بمعنى أنه لا يمكن للدائنين المرتهنيين الذين شاركوا في الاتفاق الودي أو أصحاب الامتيازات العقارية المطالبة بديونهم أو القيام بإجراءات التنفيذ عند صدور حكم قاضي بفتح مساطر المعالجة، ولا يبقى لهؤلاء الدائنين إلا التصريح بديونهم داخل الأجل القانوني إلى السنديك وفقا للمواد 686 إلى 690 من مدونة التجارة.

لكن قاعدة منع أداء الديون السابقة عن الحكم يرد عليها استثناء ويتعلق الأمر بأداء الديون السابقة وذلك لفك الرهن أو لاسترجاع الأشياء المحبوسة إذا اقتضى

===débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation.

Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation."

¹⁴⁴ -Cécile le Gallou : op.cit., p :175.

نشاط المقاوله ذلك، حسب ما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة 657 والتي تقضي على أنه "يمكن للقاضي المنتدب بأن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم وذلك لفك الرهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونياً، إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاوله".

واضح من مقتضيات هذه الفقرة، بأنه بإمكان القاضي المنتدب أن يرخص للسنديك قصد أداء ديون الدائن المرتهن رهناً حيازياً في حالة ما إذا كان العقار محل الضمان العيني ضرورياً لاستمرار نشاط المقاوله، بعد ذلك يتم سداد ديون الدائنين المشمولين بمقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة بحيث يتم أداء ديون الدائنين اللاحقين على حكم فتح المسطرة عند حلول آجال استحقاقها على اعتبار أن المادة 657 من م.ت تعد استثناءً من مقتضيات المادة 575.

صحيح أن الدائنين المرتهنين أبرموا الاتفاق الودي عن محض إرادتهم، وكان بإمكانهم أن يتوقعوا إما تصحيح وضعية المقاوله من الصعوبات التي تعاني منها والاستيفاء الكامل لحقوقهم، أو إما تدهور وضعية المقاوله المالية والاقتصادية والمس بحقي الأفضلية والتتبع المقررة لهم وفقاً للقواعد العامة، إضافة إلى إمكانية الاستيفاء الناقص لديونهم في حالة الحكم بفتح المسطرة، لكن ما يلاحظ أن المشرع المغربي قد جانب الصواب عند عدم وضع مقتضيات تقضي باستفادة الدائنين الموقعين على الاتفاق الودي من حق الأسبقية في سداد الديون على جميع الدائنين أو على الأقل الاحتفاظ بحقوقهم المقررة لهم ضمن القواعد العامة، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم تحفيز الدائنين على المشاركة في الاتفاق الودي الذي يهدف في غالب الأحيان إلى تحقيق مصلحتي الدائن والمقاوله المدينة على حد سواء، وهذا بالضرورة قد يفرغ جميع المقتضيات المتعلقة بالتسوية الودية من محتواها لأنه بدون تقديم تحفيزات قد تجعل الدائن المرتهن يبادر إلى إجراء التنفيذ على أموال المدين، وبالتالي بيع العقار عن طريق يد القضاء بدل المشاركة في الاتفاق الودي الذي قد يحمله آثاراً سلبية، كالمسلسل بحق الأفضلية أو الأسبقية في حالة تزاممه مع الدائنين المشمولين بمقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة.

الفقرة الثانية: حدود تأثير الدائنين المرتهنين في الاتفاق الودي بحق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين.

قد يترتب عن فسخ الاتفاق الودي لعدم أداء الالتزامات الناجمة عنه إعلان التصفية القضائية للمقاوله إذا تبين أن وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه، استناداً إلى مقتضيات المادة 619 من مدونة التجارة، بالإضافة إلى ذلك فقد يتم

الحكم بالتصفية القضائية بعد تحويل مسطرة التسوية القضائية إلى تصفية قضائية¹⁴⁵ بناء على اقتراحات السنديك خلال فترة إعداد الحل إعمالا لمقتضيات المادة 579 من مدونة التجارة.

غير أنه ما يهمنا في هذا السياق حالة تبني المحكمة لمسطرة التصفية القضائية مباشرة دون سلوك مسطرة التسوية القضائية، هذه الحالة التي قد تأتي نتيجة عدم قدرة المقاوله عن سداد الديون المشمولة بالاتفاق الودي أو غير المشمولة بذلك، من هنا يحق لنا أن نتساءل عن وضعية الضمانات العينية العقارية ؟

في ظل التشريع المغربي ينبغي التمييز بين حالتين، حالة الحكم بالتصفية القضائية بدون استمرار نشاط المقاوله وحالة النطق بالتصفية القضائية مع إمكانية استمرار نشاط المقاوله إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك إعمالا لمقتضيات المادة 620 من مدونة التجارة.

أما بخصوص الحالة الأولى تلك التي يتم فيها تبني التصفية القضائية دون إمكانية استمرار نشاط المقاوله، لا يمكن تصور وجود دائنين ناشئة ديونهم بعد الحكم بفتح المسطرة، بحيث يتم استيفاء أصحاب الضمانات العينية العقارية حقوقهم طبقا للقواعد العامة¹⁴⁶، خاصة مدونة الحقوق العينية بالنسبة للضمانات العينية العقارية.

وتبعاً لذلك، فإن الدائن سواء كان من أصحاب الامتيازات العقارية أو صاحب رهن رسمي أو حيازي يستوفي دينه بالأولوية وذلك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري أو رتبة إيداعه في مطلب التحفيظ ولا يتزاحم مع باقي الدائنين، وعليه فإن الترتيب يكون على الشكل التالي:

أولاً: المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه.

ثانياً: أصحاب الرهون الرسمية والحيازية حسب رتبة كل واحد منهم.

¹⁴⁵ - وقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "...أن التوقف عن الدفع الكلي للشركة الطالبة عن أي نشاط ، وبالتالي توقفها عن تسديد الأقساط الحالة، وما تعرضت له من تغريم من طرف المكتب الوطني للحبوب والقطاني وعجزها عن إيجاد ممول، يشكل إخلالاً منها بالالتزامات الملقاة على عاتقها بمقتضى مخطط الاستمرارية يبرر تدخل المحكمة لفسخ المخطط المذكور وإخضاع الطالبة لمسطرة التصفية القضائية..."

- قرار عدد: 838، المؤرخ في 11 | 06 | 2008، ملف تجاري عدد: 172 | 3 | 1 | 2008.

- أشار إليه عمر أزوكار، مرجع سابق، ص: 451.

¹⁴⁶ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 122 وما يليها.

ثالثاً: الدائنون العاديون .

أما فيما يتعلق بالحالة الثانية تلك التي يتم فيها استمرار نشاط المقاول بعد فتح مسطرة التصفية القضائية إعمالاً بمقتضيات المادة 620 من مدونة التجارة، فإنه يمكن تصور نشوء ديون لاحقة عن مسطرة التصفية تمتاز بحق الأسبقية بمقتضى المادة 575 من مدونة التجارة التي تحيل عليها مقتضيات المادة 620 من مدونة التجارة، وتبعاً لذلك فإن وضعية أصحاب الضمانات العينية قبل فتح مسطرة التصفية القضائية ستتأثر بحق الأولوية المخول للدائنين اللاحقين بعد فتح المسطرة في حالة استمرار نشاط المقاول متى توافرت الشروط المحددة بمقتضى المادة 620 أعلاه ، وهذا من شأنه أن يحول دون مشاركة الدائنين في الاتفاق الودي، لأن مشاركتهم ستكون محفوفة بالمخاطر في حالة فسخ هذا الاتفاق وتبني مسطرة التصفية القضائية مع استمرار نشاط المقاول وإمكانية نشوء ديون لاحقة تتمتع بحق الأولوية على حساب أصحاب الضمانات العقارات.

ففي ظل هذه الحالة سيتغير ترتيب الدائنين وفق الشكل التالي:

1- الدائن المرتهن رهناً حيازياً (المادتان 657 و 626 من مدونة التجارة).

قد يرى البعض بأن حقوق الامتياز تؤدي بالأولوية على حساب باقي الدائنين المرتتهين عملاً بمقتضيات المادة 142 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها "الامتياز حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتتهين".

حقاً، إن حقوق الامتياز العقارية يتم سدادها بالأولوية على حساب باقي الدائنين، لكن هناك بعض المقتضيات القانونية في إطار مدونة التجارة تهدف إلى تقوية مركز الدائن المرتهن رهناً حيازياً سواء عند فتح مسطرة التصفية القضائية أو التسوية القضائية ، وهكذا فإن الفقرة الثانية من المادة 657 من م.ت خولت للقاضي المنتدب الصلاحية في أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم لفك الرهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونياً، مثلما كرسست الفقرة الأولى من المادة 626 من م.ت نفس الحكم السابق في حالة التصفية القضائية، ويستفاد من ذلك أن الدائن المرتهن رهناً حيازياً يستوفي دينه بالأولوية ولو على حساب باقي الدائنين بما فيهم أصحاب حقوق الامتياز وإلا حق له التمسك بحق الحبس إلى حين الوفاء بدينه.

2- يتم سداد ديون الدائنين اللاحقين لفتح مسطرة التصفية القضائية في حالة الحكم باستمرار نشاط المقاول طبقاً لمقتضيات المادتين 620 و 575 من مدونة التجارة.

3- المصاريف القضائية لبيع الملك موضوع الضمان العقاري بالمزاد العلني الناشئة قبل صدور الحكم.

4- أصحاب الرهون الرسمية (اتفاقية - قضائية - قانونية) الذين نشأت ديونهم قبل فتح مسطرة التصفية القضائية وذلك حسب رتبة كل واحد منهم.

5- الدائنون العاديون الذين نشأت ديونهم قبل الحكم بفتح مسطرة التصفية القضائية.

الفصل الثاني

تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية خلال فترتي الريبة وإعداد الحل

يترتب على فسخ الاتفاق الودي نتيجة عدم أداء الالتزامات الناجمة عنه أو عدم أداء الديون المستحقة عند الحلول فتح مساطر المعالجة، وذلك إما بناء على طلب النيابة العامة أو تلقائياً من طرف المحكمة التجارية أو بناء على طلب أحد الدائنين أو بناء على طلب رئيس المقاول متى توافرت الشروط المبررة لافتتاح مساطر صعوبات المقاول خاصة شرط التوقف عن الدفع.

وبمجرد صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة تترتب عنه العديد من الآثار القانونية، هذه الآثار قد تنعكس سلباً وإيجاباً على دائني المقاول وإذا كانت غاية المشرع المغربي من خلال المستجدات التي جاء بها الكتاب الخامس من مدونة التجارة تكمن بالأساس في إنقاذ المقاول من الصعوبات التي تعاني منها والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل وإبراء ذمة المقاول من الخصوم، فإنه من الصعب تحقيق التوازن خاصة بين حقوق المقاول المتوقفة عن الدفع و دائنيها، حيث إنه غلب مصلحة المقاول على حساب مصلحة الدائنين إلى حد تعطيل ممارسة مجموعة من الحقوق التي كانت مخولة للدائنين طبقاً للقواعد العامة، مما أدى ذلك إلى المساس بفعالية الضمانات العينية العقارية.

وتتجسد الآثار المشار إليها سابقاً والمتربة عن صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة في عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن المدين تجاه الدائنين خلال فترة الريبة التي تبتدئ من تاريخ التوقف عن الدفع إلى غاية صدور حكم فتح المسطرة، وتاريخ التوقف عن الدفع يتم تحديده بمقتضى الحكم القاضي بفتح المسطرة وإلا اعتبر تاريخ التوقف عن الدفع تاريخ الحكم، ويسعى المشرع من خلال فترة الريبة حماية الدائنين من التصرفات الضارة بهم والتي من شأنها أن تخل بمبدأ المساواة بين الدائنين، فإبرام بعض العقود أو تأسيس ضمانات عينية بعد التوقف عن الدفع قد يؤثر سلباً على الدائن العادي على أسس أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، بل الأكثر من ذلك قد يتضرر منه الدائن الخاص في حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من الضمان العيني.

غير أن عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن المدين من شأنه أن يؤثر سلباً على الدائن المرتهن برهن رسمي أو رهن حيازي الحسن النية لأن بطلان التصرفات بعد توقف المدين عن الدفع يؤدي بالضرورة إلى بطلان الضمانات العينية العقارية التي تم تأسيسها خلال فترة الرتبة، ويصبح الدائن المرتهن في هذه الحالة مجرد دائن عادي يجري عليه ما يجري على الدائنين العاديين، ويخضع تبعاً لذلك لمبدأ قسمة الغرماء.¹⁴⁷

أضف إلى ذلك، فإنه بعد صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة يعد السنديك تقريراً يحدد فيه الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاول، وعلى ضوء هذه الموازنة يقترح السنديك إما مخطط التسوية يضمن استمرارية المقاول أو تفويتها إلى الغير أو التصفية القضائية (المادة 579 من مدونة التجارة) ويسمى ذلك بفترة إعداد الحل، إلا أن إعداد الحل من طرف السنديك لا يتأتى إلا بفرض مجموعة من القيود على دائني المقاول سواء تعلق الأمر بالدائن العادي أو الدائن المرتهن رهناً حيازياً أو رهناً رسمياً أو أصحاب الامتيازات العقارية، ويتجلى ذلك على وجه الخصوص في منع الدائنين أصحاب الضمانات العقارية من اتخاذ إجراءات التنفيذ ووقف سريان فوائد الديون ومنع أداء الديون السابقة عن الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة ومنع تقييد رهون، وهذا ما يؤشر على تراجع فعالية الضمانات العينية خلال الفترة إعداد الحل.

وهكذا، فإن بحث تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية بعد الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة إلى غاية صدور الحكم القاضي باختيار الحل يستوجب التعرض لذلك خلال فترة الرتبة (الفرع الأول)، وكذا خلال فترة إعداد الحل (الفرع الثاني).

¹⁴⁷ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الإفلاس، الجزء الرابع، مرجع سابق،

ص : 286.

الفرع الأول

حدود تأثير الضمانات العينية العقارية خلال فترة الريبة

تشكل فترة الريبة من أشد الفترات على الدائنين ورئيس المقاوله نفسه بحيث يتزعزع خلالها المركز المالي للمقاوله مما يضطر معها رئيس المقاوله إلى القيام بأسوأ التصرفات التي قد تلحق ضررا بالدائنين، وذلك قصد محابة بعضهم على حساب الدائنين الآخرين أو القيام بأداء ما بذمته قبل حلول ميعاد الاستحقاق أو تأسيس بعض الضمانات العينية¹⁴⁸، هذه التصرفات تعتبر في حد ذاتها ماسة بحقوق الدائنين العاديين لأن ذلك يؤدي إلى إنقاص قيمة الضمان العام، بل تمس أيضا حتى الدائن المرتهن وذلك في حالة تزاحمه مع الدائنين الممتازين، وتصبح الأموال المتحصلة من الضمان العيني غير كافية لسداد دينه، بحيث لا يبقى له في هذه الحالة إلا الضمان العام هذا الأخير الذي قد يتضرر بفعل التصرفات الضارة من طرف المدين.

ونظرا لخطورة التصرفات التي قد يقوم بها المدين بعد توقفه عن الدفع إلى غاية صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة، فإن أغلب التشريعات قد اتخذت الاحتياطات اللازمة لحماية الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين، ويعتبر التشريع المغربي من بين التشريعات الذي تبني فترة الريبة من خلال مدونة التجارة، حيث جميع التصرفات التي يقوم بها المدين خلال فترة الريبة تكون باطلة أو قابلة للإبطال، وذلك على خلاف ما كان عليه الأمر في السابق، حيث كان الدائن يواجه التصرفات الضارة به والصادرة عن المدين قبل الحكم بالإفلاس بما يعرف بالدعوى البوليانية¹⁴⁹ هذه الأخيرة التي قد تمكن من تفادي غش المدين، غير أن المشرع المغربي لم يتبن هذه الدعوى على خلاف بعض التشريعات المقارنة.¹⁵⁰

وهكذا، فإن المشرع المغربي قد تعرض لأحكام فترة الريبة في إطار مدونة التجارة من خلال المواد 679 إلى 685، بحيث حدد التاريخ الذي تبتدئ منه فترة الريبة

¹⁴⁸ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الإفلاس، مرجع سابق، ص: 200.

¹⁴⁹ - ورغم ذلك فإن هناك بعض تطبيقات للدعوى البوليانية أو الدعوى غير المباشرة في القانون المغربي ومن ذلك نجد المادة 278 من مدونة الحقوق العينية والتي نصت على أنه " لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله" وبناء عليه فإن الدعوى غير المباشرة يمكن أن تمارس ضد تصرف بالهبة قام بها شخص وقد أحاط الدين بماله.

¹⁵⁰ - المختار البشير: أحكام فترة الريبة لغاية صدور حكم فتح مسطرة الصعوبة، مقال منشور بالندوة الجهوية الثامنة تحت موضوع " صعوبات المقاوله وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، نظمت بقاعة عمالة الفحص، أنجرة، طنجة، 21-22- يونيو 2007، ص: 167.

الذي هو تاريخ التوقف عن الدفع إلى غاية حكم فتح المسطرة مع إضافة مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود، إضافة إلى أنه قد ميز بين البطلان الوجوبي أي بقوة القانون بالنسبة لجميع عقود التبرع التي تبرم خلال فترة الريبة والبطلان الجوازي الذي يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة التجارية التي تقضي ببطلان العقود أو عدم إبطالها إعمالاً لمقتضيات المادتين 681 و 682 من مدونة التجارة.¹⁵¹

وإذا كانت الغاية من البطلان الجوازي تفادي الأضرار التي قد تمس حقوق الدائنين قصد تحقيق المساواة بينهم، فإن ذلك قد يتعارض مع مبدأ حجية القيد في السجل العقاري والتي تتطلب التمييز بين حسن النية وسيء النية على خلاف ما هو منصوص عليه في المادة 682 من مدونة التجارة التي قد تعرض الغير حسن النية إلى إبطال تصرفاته المبرمة بينه وبين رئيس المقاول.¹⁵²

من خلال ما سبق يحق لنا أن نتساءل عن أثر البطلان الجوازي على الرهون الرسمية و الحيازية (المبحث الأول) ومدى إمكانية تعارضه مع حجية القيد بالسجل العقاري بالنسبة للدائن المرتهن حسن النية (المبحث الثاني)؟

¹⁵¹ - لما كان البطلان الوجوبي يقتصر على عقود التبرع إعمالاً لمقتضيات المادة 681 من مدونة التجارة، فإنه لا مجال لدراسته على أسس أن الرهون الرسمية والحيازية تصنف ضمن العقود بمقابل مما يجعل دراستنا تقتصر على البطلان الجوازي دون البطلان الوجوبي.

¹⁵² - فاطمة الحروف: حجية القيد في السجل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس - أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1993-1994، ص: 489 وما يليها.

المبحث الأول

أثر البطلان الجوازي على الرهون الرسمية والحيازية

يقصد بالبطلان الجوازي عدم نفاذ التصرفات التي أجراها المدين خلال فترة الريبة الذي يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة التجارية المرفوع أمامها الدعوى قصد بطلان أو عدم بطلان هذه التصرفات المتعلقة بالعقود بمقابل، وتبعاً لذلك قد نص المشرع المغربي من خلال المادة 682 من مدونة التجارة على أنه "يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أوكل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع".

واضح من مقتضيات المادة أعلاه، أن المشرع قد أعطى للقضاء السلطة التقديرية بخصوص التصرفات التي أبرمها المدين بمقابل وذلك إما الحكم ببطلانها أو عدم بطلانها، ولئن كان المشرع لم يحدد العناصر المعتمدة لإبطال التصرفات من عدمها، فإنه إذا تبين للقاضي بأن التصرفات التي أجراها بعد تاريخ التوقف عن الدفع مشوبة بالغش أو سوء نية المدين أمكن له إبطال هذه التصرفات، أما إذا تبين له خلافاً ذلك، أي أن إبرام التصرفات جاء في إطار تسيير المقاول وأن الدائن كان حسن النية فإنه قد يرفض القضاء طلب إبطال التصرفات.

والملاحظ أن المشرع قد استعمل ضمن مقتضيات المادة السابقة عبارة "كل تأسيس لضمان" وهو يقصد بذلك إنشاء الضمانات لتأمين الديون، غير أنه كان بإمكانه الاكتفاء بعبارة "كل عقد بمقابل" على أسس أن عقود الرهن الرسمي والحيازي تصنف ضمن عقود المعاوضة، وعلى أي حال فإن الرهون الرسمية والحيازية مشمولة بمقتضيات المادة السابقة، وبالتالي تخضع للبطلان الجوازي إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك.

والظاهر إذ كانت الرهون الاتفاقية (الرسمية-الحيازية) مشمولة بمقتضيات المادة السابقة (المطلب الأول)، فإن التساؤل يثار بخصوص مدى إمكانية تأثير البطلان الجوازي على الرهون الجبرية القضائية والقانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تجليات تأثر الرهن الاتفاقي بالبطلان الجوازي

إذا كان المشرع المغربي قد أعطى للمحكمة السلطة التقديرية بخصوص بطلان التصرفات التي أجراها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع إعمالاً لمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة، فإن بطلان التصرفات يتطلب بالضرورة مجموعة من الشروط، بالإضافة إلى شرط وقوع التصرف بعد تاريخ التوقف عن الدفع، فإنه يضاف إلى ذلك شرط آخر لا غنى عنه هو أن يتم إبرام الرهن الاتفاقي بعد نشوء الدين المضمون، وهذا ما جاءت به مقتضيات المادة 683 من مدونة التجارة التي جاء فيها: "غير أنه، واستثناء من أحكام المادة السابقة، لا يمكن إبطال الكفالات أو الضمانات مهما كانت طبيعتها والمؤسسة قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون".

وانطلاقاً من المقتضيات السابقة، فإن المشرع حاول التوفيق بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة تتطلب حماية الغير حسن النية المتعامل مع المدين ومصلحة تستوجب حماية الدائن العادي عن طريق حماية الضمان العام بهدف الحفاظ على الأمان والثقة في المعاملات¹⁵³، فالمدين الذي يقوم بتأسيس ضمانات بعد نشوء الديون يفترض فيه يقصد محاباة بعض الدائنين على البعض الآخر، وبالتالي الإخلال بمبدأ المساواة المتطلبة بين الدائنين، أما المدين الذي يقوم بتأسيس الضمانات قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون يفترض فيه أنه قام بذلك من أجل استمرارية نشاط المقولة.

وهكذا، فإن حالات تأثر الرهن الاتفاقي بالبطلان الجوازي تكمن على وجه الخصوص في حالة أسبقية تاريخ نشأة الدين عن تاريخ إبرام الرهن الاتفاقي (الفقرة الأولى)، ويتأثر هذا الرهن أيضاً في حالة بطلان الالتزام الأصلي طبقاً للقواعد العامة (الفقرة الثانية).

¹⁵³ - فاطمة الحروف: مرجع سابق، ص : 509.

الفقرة الأولى: حالة أسبقية تاريخ نشأة الدين عن تاريخ إبرام الرهن الاتفاقي

لقد تعرض المشرع المغربي إلى إمكانية بطلان العقود المبرمة بمقابل أو كل تأسيس لضمان إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع إعمالاً لمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة غير أنه استثنى من المادة أعلاه إبطال الكفالات أو الضمانات مهما كانت طبيعتها والمؤسسة قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون حسب مقتضيات المادة 683 من مدونة التجارة.

واضح من المقتضيات القانونية أعلاه، أن بطلان العقود موضوع الضمانات العينية العقارية يتطلب بالضرورة توافر مجموعة من الشروط ومن ذلك تأسيس الضمانات بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وعليه فإن إبرام الرهن الاتفاقي¹⁵⁴ قبل تاريخ

¹⁵⁴ - وقد كان القيد في السجل العقاري يثير نقاشاً فقهيًا وقضائياً بين مؤيد لاعتباره ركناً من أركان العقد ومناصر لاعتباره مجرد إجراء شكلي في مواجهة الغير.

وجواباً على هذا الإشكال انقسم الفقه إلى رأيين:

- فرأى يرى أن المشرع عندما كرس قاعدة الرضائية في العقد، أورد استثناءً على هذه القاعدة بالنسبة للعقود الواردة على العقارات، حيث نص على ركن آخر هو ضرورة إفراغ الرضي في شكل خاص محدد قانوناً، وتقييده وفق الشكل المحدد في القانون، واعتباراً لذلك فإن الكتابة والقيد شرطان ضروريان لقيام العقد المتعلق بعقار محفظ (حسن الصراف: بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، العدد 4، 1976، أشارت إليه فاطمة الحروف: مرجع سابق، هامش رقم 1، ص: 268).

وفي هذا الاتجاه ورد في قرار لمحكمة النقض الذي جاء فيه " لا وجود لأي حق عيني يتعلق بعقار محفظ، حتى بين الأطراف المتعاقدين إذا لم يكن مسجلاً بالرسم العقاري"، (قرار رقم 640 مؤرخ في 1978/09/20، ملف مدني عدد 65558، منشور بمؤلف مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، طبع في إطار التعاون بين المجلس الأعلى والوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، السنة 2009، ص: 95).

- وفي قرار آخر لمحكمة النقض حيث جاء فيه "لكن حيث إن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعد غير موجود بالنسبة للغير إلا من تسجيله في الرسم العقاري وفقاً لما يقضي به الفصل 66 من ظ.ت.ع...."

- قرار محكمة النقض عدد: 4165، المؤرخ في 2012.09.25، ملف مدني عدد: 3.1.3119، منشور بالموقع الإلكتروني: www.jurisprudencemaroc.com، تاريخ المراجعة 25 | 12 | 2017.

في حين يرى الاتجاه الآخر أن القيد في السجل العقاري ليس ركناً من أركان العقد، بل إنه إجراء شكلي في مواجهة الغير وأطراف العقد، غير أنه بهذا الإجراء لا يمكنه أن يؤثر على التصرف المؤسس للحق العيني، فالعقد يتطلب بالضرورة توافر كافة أركانه وشروطه ولا يدخل القيد في السجل العقاري ضمنهما.

أحمد ادريوش: أصول نظام التحفيظ العقاري، بحث في مصادره المادية والرسمية وفي توجيه الفقهاء لنظر الشرع الإسلامي عليه، الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية الرباط، السنة 2003، ص: 117. ===

التوقف عن الدفع لا يخول للمحكمة إمكانية إبطال تلك العقود¹⁵⁵ ولو ثبت تواطؤ المدين المتوقف عن الدفع والدائن المرتهن، ويبتدئ تاريخ التوقف عن الدفع ثمانية عشر شهرا قبل فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاول، وإذا لم يحدد الحكم القاضي بافتتاح مساطر صعوبات المقاول تاريخ التوقف عن الدفع فإن العبرة بتاريخ الحكم.

غير أن الشرط السالف الذكر غير كاف لإمكانية بطلان العقد موضوع الضمان العيني من طرف المحكمة فلا بد من توافر شرط آخر لا غنى عنه والذي يكمن بالأسس في إبرام الرهن الاتفاقي (الرسمي والحيازي) بعد تاريخ التوقف عن الدفع لضمان ديون سابقة، ويستفاد ذلك عن طريق دلالة المخالفة من المادة 683 من مدونة التجارة التي جاء فيها: "غير أنه، واستثناء من أحكام المادة السابقة لا يمكن إبطال الكفالات أو الضمانات مهما كانت طبيعتها والمؤسسة قبل أو بتزامن مع الدين المضمون".

والظاهر أن تأسيس الضمان العيني يتم بتزامن مع الدين المضمون، إلا أنه قد يتم إنشاء الدين وبعد ذلك يلجأ الدائن إلى المدين قصد تقديم ضمانات من أجل تأمين دينه لما تخول له من حقوق لفائدة المستفيد منها، وإذا كان ذلك يعتبر صحيحا قبل تاريخ التوقف عن الدفع، فإن الأمر على خلاف في حالة ما إذا تم تأسيس ضمانات بعد نشأة الدين محل الضمان وهذا يخول للمحكمة إمكانية إبطال الضمانات العقارية (سواء تعلق الأمر بالرهن الاتفاقي الرسمي أو الحيازي)، لأن من شأن ذلك أن يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين وخاصة الدائن العادي نظرا لإنقاص قيمة الضمان العام.

== أما بخصوص موقف مدونة الحقوق العينية فقد نصت صراحة من خلال مقتضيات المادة 174 على أنه: "ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد بالرسم العقاري" وتبعا لذلك فإن المشرع قد اعتبر القيد في السجل العقاري بالنسبة للرهن الاتفاقي إجراء شكليا لانعقاد العقد، وبالتالي ركن من أركان العقد وإلا اعتبر غير صحيح.

¹⁵⁵ جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقولها "أنه بالرجوع إلى عقود التفويت التي أدلى بها الفريق الطاعن، يتضح أن آخرها كان بتاريخ 05 | 12 | 2001، وهو تاريخ سابق للتاريخ الذي حدده الحكم الصادر بتاريخ 28 | 07 | 2004 القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق شركة كليرماي، والذي يرجع إلى فبراير سنة 2003..." تكون قد ردت الدفع موضوع الوسيلة، معتبرة وعن صواب أن تفويت أسهم شركة كليرماي تم في تاريخ سابق للتاريخ الذي حدده حكم فتح المسطرة في مواجهة الشركة المذكورة كتاريخ للتوقف عن الدفع، وفي وقت كانت فيه الشركة لا تزال شركة المساهمة، ومنه ثبت لها أن التفويت لم يقع خلال فترة الرية.."

قرار عدد: 41 | 1، المؤرخ في 31 | 01 | 2013، ملف تجاري عدد: 1471 | 3 | 1 | 2011 (غير منشور).

بالرغم من أن القرار المذكور صدر في شأن عقد التفويت، فإنه ينطبق أيضا على عقد الرهن، على اعتبار أن العقدين يصنفان ضمن العقود المبرمة بمقابل، ويخضعان معا للبطلان الجوازي المنصوص عليه في المادتين 682 و683 من م.ت.

وعلى خلاف ما ذكر، فإن تأسيس الضمانات بتزامن مع الدين المضمون أو قبل نشوء الدين لا يخول للمحكمة إمكانية إبطال عقد الرهن الاتفاقي على أسس أن ذلك لا ينم عن سوء نية المدين المتوقف عن الدفع لأن هذا الأخير قد يكون في حاجة ماسة إلى تمويل قصد مواجهة الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية استغلال المقاولة قبل صدور الحكم القاضي بفتح مساطر صعوبات المقاولة وخاصة في إطار مسطرة التسوية الودية أو خارجها، لأنه في ظل هذه الوضعية قد لا يجازف الدائن بمنح قروض لفائدة المدين إلا بعد تقديم ضمانات تجعله في مركز قوي عند استيفاء الديون في حالة اللجوء إلى مسطرة البيع الجبري للعقار محل الضمان العيني.

ويرى بعض الفقه المغربي¹⁵⁶ أن الأمر لا يتعلق بأسبقية الدين عن فترة الرية وإنما بأسبقية الدين عن نشأة الضمان أو الرهن ، فالضمان أو الرهن الناشئ لضمان دين سابق يعتبر غير نافذ وجوبا سواء كان هذا الدين ناشئا قبل فترة الرية أو خلالها ناشئا عن جريمة أو شبه جريمة أو عن عقد" وعلى خلاف ذلك ، فإن الرهن الذي ينشأ معاصرا لنشأة الدين لا يطاله البطلان الجوازي وذلك لعدم تحقق شرط أسبقية نشأة الضمان أو الرهن لنشأة الدين المتعاقد عليه.

والملاحظ أن المبتغى التشريعي من وراء إقرار البطلان الجوازي في حالة تحقق نشأة الضمان أو الرهن لضمان دين سابق يكمن في حماية مصالح الدائنين من الأضرار التي قد تلحقهم من جراء تواطؤ المدين و الدائن ، ففي بعض الحالات قد يتبين للدائن العادي بأن ليست له أي ضمان لديه أثناء أبرام العقد، مما يدفعه إلى الحصول على ضمانات لتأمين دينه وتقوية مركزه ولو على حساب باقي الدائنين،¹⁵⁷ وهذا ما يترتب عنه اعتبار ذلك الدائن بمثابة دائن مرتهن، وتبعاً لذلك يستفيد من حق الأولوية على حساب الدائنين العاديين مما ينعكس سلباً على مركزهم عند استيفاء الديون .

والذي تجب الإشارة إليه في هذا الإطار أنه ولو تحققت أسبقية نشأة الدين عن نشأة الرهن، فإنه لا يحق للمحافظ التشطيب تلقائياً عن الرهن الرسمي الذي تم إبطاله وإنما يتوجب على من يهمله الأمر الإدلاء بحكم أو قرار قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت إبطال الرهن الرسمي الذي تم تقييده أو إيداعه بالسجلات العقارية إعمالاً لمقتضيات الفصل 91 من ظ.ت.ع ، وكذا المادة 682 من مدونة التجارة التي منحت للمحكمة السلطة التقديرية بخصوص إبطال العقود المبرمة خلال فترة الرية.

¹⁵⁶ - أحمد شكري السباعي : الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، الإفلاس ، مرجع سابق، ص:249.

¹⁵⁷ - امحمد لفروجي : مرجع سابق، ص:49.

ويترتب عن التشطيب على الرهن الرسمي من السجلات العقارية في حالة استصدار حكم أو قرار قضائي اعتبار الدائن صاحب الرهن مجرد دائن عادي، ويستتبع ذلك القول ، أنه يجري عليه ما يجري على سائر الدائنين خاصة الخضوع لمبدأ قسمة الغرماء¹⁵⁸ ، ولا يحق له الاستفادة من حقي الأفضلية والتتبع والذي كان يتمتع بهما قبل إبطال رهنه، ولا يبقى له سوى الرجوع في ما يستحقه من ديون على أموال المدين كدائن عادي، على أسس أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه مع مراعاة قاعدة منع المتابعات الفردية وإجراءات التنفيذ المنصوص عليها في المادة 653 من م.ت.

الفقرة الثانية: بطلان الرهن الاتفاقي تبعا لبطلان الالتزام الأصلي

في إطار القواعد العامة للالتزامات ينبغي التمييز بين نوعين من الالتزامات، التزام أصلي، وآخر تبعي، فالأول يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي التزام آخر يستند إليه، أما التبعي فهو الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود التزام شخصي ويكون ضمانا للوفاء به، ومنه نجد الامتيازات والرهن الاتفاقي بنوعيه الرسمي والحيازي.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يشر في الكتاب الخامس من مدونة التجارة إلى حالة بطلان الرهن الاتفاقي تبعا لبطلان الالتزام الأصلي، وهذا لا يمنعنا من استجلاء الأمر في ظهير الالتزامات والعقود وبعض التشريعات الخاصة بالعقار.

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 307 من ظهير الالتزامات والعقود الذي جاء فيه "بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة ما لم يظهر العكس من القانون أو من طبيعة الالتزام التابع"، وتبعا لذلك فإن بطلان عقد السلف أو القرض يترتب عليه بالضرورة بطلان الرهن الاتفاقي ما لم يظهر العكس من القانون أو طبيعة الالتزام التبعي، وإعمالا كذلك لمقتضيات الفصل 1233 من ظهير الالتزامات والعقود الذي جاء في فقرتيه الأولى والثانية "بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن والأسباب التي توجب إبطال الالتزام الأصلي أو انقضاؤه توجب إبطال الرهن أو انقضاءه" وتطبيقا كذلك لمقتضيات المادة 161 من مدونة الحقوق العينية التي تقضى في فقرتها الأولى أيضا "يعتبر الرهن تابعا للدين المضمون ويدور معه وجودا وعدما".

¹⁵⁸ - امحمد لفروجي : مرجع سابق، ص: 52.

وبالرغم من أن المشرع لم يتعرض صراحة إلى بطلان الرهن الاتفاقي الرسمي في حالة بطلان عقد القرض أو السلف، فإنه لا مانع من تطبيق مقتضيات الفصل 1233 من ظهير الالتزامات والعقود المشار إليه أعلاه على أسس أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية قد أحالت صراحة على تطبيق الظهير أعلاه على الملكية العقارية والحقوق العينية في حالة عدم وجود نص.

وارتباطا بمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة فإن إبطال عقد القرض أو السلف إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع أي داخل فترة الرتبة يترتب عليه بالضرورة بطلان الرهن الاتفاقي سواء كان رهنا حيازيا أو رهنا رسميا مع مراعاة مقتضيات المادة 683 من مدونة التجارة، ذلك أن الرهن الاتفاقي يخضع للبطلان في حالة بطلان العقد الأصلي، لأن مقتضيات المادة أعلاه عندما قررت عدم إمكانية إبطال الضمانات المؤسسة قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون قد افترضت أن العقد الأصلي لازال قائما.

غير أن الرهن يرتب العديد من الالتزامات على عاتق الدائن المرتهن رهنا حيازيا ومن بين ذلك السهر على حراسة الشيء والمحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ بها الدائن على الأشياء التي يملكها إعمالا لمقتضيات الفصل 1204 من ظهير الالتزامات والعقود، وعليه فإن إبطال أو بطلان هذا الرهن الحيازي لا يترتب عليه إعفاء الدائن من تحمل مسؤوليتها تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 1215 من ظهير الالتزامات والعقود الذي جاء فيه "إبطال أو بطلان الالتزام الأصلي لا يبرئ ذمة الدائن من التزاماته المتعلقة بحراسة الشيء الذي سلم إليه على سبيل الرهن والمحافظة عليه"¹⁵⁹.

وتعد المقتضيات السابقة من بين الاستثناءات الواردة على مقتضيات الفصل 306 من ظهير الالتزامات والعقود، بحيث أن الالتزام الباطل بقوة القانون لا ينتج أي أثر، إلا أن مسؤولية الدائن المرتهن تبقى قائمة في حالة الإخلال بالالتزامات المشار إليها ضمن مقتضيات الفصل 1204 من ظهير الالتزامات والعقود.

ويحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية بطلان عقد الرهن الاتفاقي في حالة بطلان العقد الأصلي جزئيا خلال فترة الرتبة؟

قد يبرم المدين العديد من عقود السلف، ومن أجل ضمان الوفاء بتلك العقود يقدم إلى الدائن ضمانا عينية عقارية كالرهن الاتفاقي، وقد يثبت أن بعض عقود

¹⁵⁹ - أحمد شكري السباعي : نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، الطبعة الثانية، منشورات عكاظ، السنة 1987، ص: 396.

السلف قد يبرمها المدين قبل توقفه عن الدفع ولا يطالها في هذه الحالة البطلان الجوازي، أما عقود السلف الأخرى قد يطالها البطلان الجوازي لإبرامها خلال فترة الرتبة، وهذا ما سيؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي جزئياً، ومع ذلك يبقى الرهن الاتفاقي قائماً ما لم يتقرر بطلانه لإبرامه خلال فترة الرتبة طبقاً لمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة.

وبقاء عقد الرهن الاتفاقي قائماً رغم بطلان الالتزام الأصلي جزئياً يجد أساسه في العديد من المقتضيات القانونية، ومنها الفصل 1180 من ظل.ع الذي يقضي على أن "الرهن بطبيعته لا يتجزأ فكل جزء من الشيء المرهون رهناً حيازياً أو رسمياً يضمن كل الدين"، ولقد كرس مدونة الحقوق العينية ذلك من خلال مقتضيات المادتين 146 و 166 حيث جاء في المادة الأولى "إن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم تجزئة الدين بين ورثة المدين أو الدائن.

لا يجوز لأحد ورثة المدين الذي يؤدي واجبه من الدين أن يطالب باسترداد نصيبه في الملك محل الرهن الحيازي ما دام لم يقع وفاء الدين كاملاً.

كما لا يجوز لأحد ورثة المدين الذي يتوصل بنصيبه من الدين أن يتخلى عن الملك موضوع الرهن الحيازي إضراراً ببقية الورثة الذين لم يستوفوا حصصهم من الدين"، في حين نصت المادة 166 على أن : "الرهن الرسمي لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة، على كل واحد وكل جزء منها".

من كل ما سبق يتضح أن بطلان العقد الأصلي جزئياً لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد التبعية، لأن الرهن الاتفاقي في هذه الحالة يضمن الوفاء بالدين الذي لا يطاله البطلان على أسس أنه غير قابل للتجزئة، بحيث أن كل جزء من الديون مضمون بكامل العقار أو كامل الواجب المشاع المرهون¹⁶⁰، وهذا ما تبناه بعض الفقه¹⁶¹ الذي يرى على أنه: " ينبغي الإشارة إلى فكرة أساسية تتصل بالانقضاء الجزئي للالتزام المضمون فهو لا يؤثر على بقاء الرهن بل يظل قائماً يضمن ما تبقى من الالتزام حتى ينقضي بأكمله، وليس هذا سوى تطبيقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن.. على أن المبدأ

¹⁶⁰ - للمزيد من المعلومات انظر :

سعاد الزروالي: مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع العقاري المغربي، مطبعة الأمانة - الرباط السنة 2009، ص: 102.

¹⁶¹ - شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، السنة 1959، ص: 376، أشار إلى ذلك أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود، مرجع سابق، ص: 397.

لا يقرر حكماً أمراً ولذا يجوز الاتفاق على خلافه بتحرير جزء من العقار من الرهن
كلما انقضى جزء من الالتزام".¹⁶²

و قد يثار التساؤل أيضاً عن مدى إمكانية إبطال عقد تمديد الرهن (المبرم
خلال فترة الرتبة) في حالة إبرام عقد الرهن الأصلي خارج فترة الرتبة ؟

وتتحقق حالة تمديد الرهن في حالة الرفع من مبلغ القرض مثلاً من 240000
درهم إلى 400000 درهم أي بزيادة 160000 درهم ، بحيث قد يتم تقييد أو إيداع رهن
رسمي من طرف المدين الراهن لفائدة الدائن المرتهن على العقار المحفوظ أو الذي في
طور التحفيظ لضمان مبلغ قدره (240000 درهم مثلاً) قبل توقف المدين عن الدفع ، ثم
بعد ذلك يتم تمديد الرهن بين الطرفين (من 240000 درهم إلى 400000 درهم مثلاً)
خلال فترة الرتبة عن طريق رفع قيمة مبلغ القرض المضمون بالرهن الرسمي .

في غياب نص قانوني صريح في مدونة التجارة يعالج هذا الإشكال، يمكن
الرجوع إلى ظهير الالتزامات والعقود خاصة الفصل 308 منه والذي جاء فيه "بطلان
جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائماً
بدون الجزء الذي لحقه البطلان. وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائماً باعتباره
عقداً متميزاً عن العقد الأصلي"، وتطبيقاً لذلك فإنه في حالة استصدار حكم أو قرار
قضائي بإبطال تمديد الرهن نتيجة وقوعه داخل فترة الرتبة، فإنه لا يطل عقد الرهن
الأصلي الذي تم إبرامه خارج فترة الرتبة، على اعتبار أنه يمكن تصور بقاء هذا العقد
قائماً ومنتجاً لكافة آثاره باعتباره عقداً متميزاً ومستقلاً بذاته عن عقد تمديد الرهن
الذي لحقه البطلان.

وهذا التوجه نلمسه في قرار¹⁶³ صادر عن محكمة النقض حيث جاء فيه "
لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تعتمد في تأييدها للحكم
الابتدائي القاضي بإبطال عقد تمديد الرهن المبرم لفائدة البنك الطاعن والتشطيب

¹⁶² - وقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي "لكن حيث لئن كان الفصل 157 من ظهير 2 | 6 | 1915 ينص على
أن الرهن الرسمي لا يتجزأ بطبيعته ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له وعلى كل واحد منها فإنه لا مانع
قانوني من قيام الدائن المرتهن بالتنازل عن مبدأ عدم تجزئة الرهن المنصوص عليه في الفصل المذكور صراحة أو
ضمناً..."

- قرار عدد: 973، المؤرخ في 3 | 7 | 2002، ملف تجاري عدد: 1705 | 3 | 1 | 2000، أشار إليه ادريس الفاخوري،
قضايا المنازعات العقارية، قضاء محكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة
2014، ص: 443.

¹⁶³ - قرار عدد: 909 | 13 | 9 | 2006، ملف تجاري عدد: 1252 | 3 | 1 | 2005، أشار إليه عمر أزوكار،
مرجع سابق ، ص: 54.

عليه من الرسم العقاري التعليل المنتقد فحسب، وإنما اعتمدت تعليلًا آخر مضمّن أنه تصرف شركة يونيفورم في تمديد الرهن خلال فترة التوقف عن الدفع هو تصرف باطل وهو تعليل غير منتقد، وبذلك يبقى غير خارق لأي مقتضى ومعللاً بما يكفي ومرتكزًا على أسس والوسيلة على غير أسس".

المطلب الثاني

مدى إمكانية تأثر الرهن الجبري بالبطلان الجوازي

يندرج ضمن الرهون الجبرية، الرهن القضائي والرهن القانوني، فالأول مصدره حكم قضائي، أما الثاني فمصدره القانون في حد ذاته.

وإذا كان المشرع المغربي نظم الرهن الإجمالي القضائي¹⁶⁴ من خلال الفصول 163 إلى 172 في إطار الظهير الشريف المؤرخ في 02 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفوظة¹⁶⁵ الملغى، بحيث عرفه بأنه هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر، فإنه على خلاف ذلك لم يتعرض للرهن الإجمالي القانوني في إطار الظهير أعلاه، وإنما عالجه في إطار مدونة تحصيل الديون العمومية وفق مقتضيات المواد 113 و 114 و 116.

أما في إطار مدونة الحقوق العينية فإنه لم يخصص للرهن الإجمالي إلا ثلاثة مواد 171 و 172 و 173، حيث جاء في المادة 171 ما يلي: "يكون الرهن الإجمالي بدون رضى المدين في الحالات التي يقررها القانون"، ومن بين الحالات التي حددها القانون نجد الرهن الرسمي الإجمالي المقرر لفائدة الخزينة العامة والتي نظمتها مدونة تحصيل الديون العمومية من خلال المواد المشار إليها أعلاه، وكذا الرهن الإجمالي المقرر لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية بمقتضى الفصل 110 من ظ ت ع كما تم تميمته وتغييره، أما الرهن القضائي فقد خصص له المشرع المادتين 172 و 173.

¹⁶⁴ - للمزيد من المعلومات بخصوص الرهن الرسمي الإجمالي انظر:

- أمينة ناعمي: الرهن الرسمي الإجمالي، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1999-2000، ص: 1.

¹⁶⁵ - تم نسخه بمقتضى مدونة الحقوق العينية بصريح المادة 333 منها.

وارتباطا بمقتضيات المادتين 682 و 683 من مدونة التجارة المتعلقة بالبطلان الجوازي الذي يمكن أن يطل العقود وتأسيس الضمانات التي يقوم بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع، فإذا كان الإشكال يثار بخصوص الرهن القضائي ومدى تأثيره بالبطلان الجوازي (الفقرة الأولى)، فإنه قد يتم استبعاد الرهن القانوني من تأثيره بالبطلان الجوازي (الفقرة الثانية) ؟

الفقرة الأولى: مدى تأثير الرهن القضائي بالبطلان الجوازي

لقد تعرض المشرع المغربي إلى الرهن الإجمالي القضائي في إطار مدونة الحقوق العينية من خلال المادتين 172 و 173، بحيث خول للبائع أو المعاوض أو المتقاسم الحق في رفع دعوى قضائية قصد استصدار حكم قضائي لضمان الأداء الكامل للثمن أو المدرك¹⁶⁶ في حالة ما إذا تعذر عليه ضمان ذلك بمقتضى رهن اتفاقي (المادة 172)، ويمكن لرئيس المحكمة عند الاستعجال أن يأمر بناء على طلب إجراء تقييد احتياطي يقي مفعوله ساريا إلى غاية صدور الحكم النهائي، ويأخذ في هذه الحالة الحكم القاضي بالرهن رتبته ابتداء من تاريخ التقييد الاحتياطي (المادة 173).

وارتباطا بمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة نجد أنها استعملت عبارة "كل تأسيس لضمان" مما يطرح التساؤل هل الأمر يقتصر على الرهن الاتفاقي أم أنه يشمل أيضا الرهن الإجمالي القضائي ؟

يرى الفقه¹⁶⁷ في هذا الصدد بأن الفقه الفرنسي قد أعطى تفسيرا واسعا لمصطلح الرهن الوارد في النصوص القديمة ومقتضيات الفصل 33 من قانون 13

¹⁶⁶ - يرى بعض الفقه بخصوص تفسير مصطلح "المدرك" تتدارك به الأشياء والحقوق في المخارجات، عند تفاوت قيمها زيادة أو نقصانا، مع القيمة الإجمالية لنصيب كل متخارج، فهو أداة للتعديل في القيمة بين المتخارجين، تعديل ميزان. وكلما شق التعديل الفعلي بين القيمة الإجمالية لنصيب المتخارج، مع ما آل إليه بسبب المخارجة، التجأ الأطراف إلى المدرك كمعدل، فلا خيار لهم، لتعد الأثمان وتفاوتها.
انظر بهذا الخصوص:

- عبد الرحمان بلعكيد: تصفية التركة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2012 / 1433، ص: 532.

¹⁶⁷ - أحمد شكري السباعي: تسجيل حقوق الرهن العقاري والامتياز وغيرهما من الحقوق في السجل العقاري أو في غيره من السجلات الخاصة خلال فترة الريبة والتقليس، مقال منشور بمؤلف الندوة المشتركة حول نظام التحفيظ العقاري بالمغرب منظمة من طرف جمعية المحافظين والمراقبين بتشارك مع جامعة محمد الخامس - أكاد - ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 4-5- ماي 1990، ص: 217 وما يليها.

يوليو 1967 المتعلق بالتسوية القضائية وتصفية الأموال التي حلت محل الإفلاس، بحيث يشمل جميع الرهون أي الاتفاقية والقضائية والقانونية، أما بخصوص القانون المتعلق بالتسوية القضائية والتصفية القضائية والصادر في 15 يناير 1985 فقد نص صراحة عن ذلك في إطار الفصل 107 على الرهن الاتفاقي والرهنين القضائي والقانوني، ويضيف بخصوص موقف المشرع المغربي قبل مدونة التجارة بأنه رغم ضيق مجال نظام التحفيظ والتقييد يمكن تفسير عبارة "حقوق الرهن العقاري" تفسيراً واسعاً يشمل جميع الرهون بما فيها الرهن القضائي.

أما موقف المشرع الفرنسي بعد صدور قانون 26 يوليو 2005 المتعلق بإنقاذ المقاولات، فإنه يستفاد من مقتضيات المادة 632 (I-I-6°) على أنه تعتبر باطلة جميع الرهون الاتفاقية والرهن القضائية وكذا الرهن القانونية للأزواج المؤسسة على أموال المدين لضمان ديون سابقة إذ ما تم تأسيس ذلك بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وتبعاً لذلك فإن الرهن القضائي قد يطاله البطلان إذا ما تم إبرامه بعد تاريخ التوقف عن الدفع ولضمان ديون سابقة عن ذلك التاريخ، والعبرة في هذه الحالة بتاريخ صدور الحكم بالرهن وليس تاريخ تأسيس الضمانة.¹⁶⁸

ويرى البعض¹⁶⁹ بخصوص هذا الإشكال أن الحكم القضائي الصادر بالرهن يعد باطلاً إذا ما صدر خلال فترة الرتبة، مع العلم أنه يكون بدون رضى المدين بمقتضى حكم قضائي، على أسس أن المدين قد يتواطأ مع الدائن وذلك عن طريق متابعته قضائياً قصد استصدار حكم قضائي يتعلق بإنشاء رهن على أموال المدين.

ولاعتبار الرهن القضائي باطلاً لا بد من توافر شرطين لا غنى عنهما أن يتم صدور الحكم خلال فترة الرتبة و لضمان ديون سابقة عن تاريخ التوقف عن الدفع، غير أنه يتعين التمييز بخصوص الشرط الأخير بين الحكم القضائي المنشئ للحق - الرهن الرسمي القضائي - والحكم الكاشف، بحيث يعتبر الرهن باطلاً في الحالة الأولى دون الحالة الثانية.¹⁷⁰

¹⁶⁸-Aux termes de l'article L. 632-1-I-6°, " sont nulle « toute hypothèque conventionnel, toute Hypothèque judiciaire, ainsi que l'Hypothèque légale des époux Constitués sur les bien du débiteur pour dettes antérieurement contractées »."

- Voir : **Corinne Saint-Alary-Houin** : op.cit ., p: 655.

¹⁶⁹ - عبد الرحمان عبد الله شمسان: تصرفات المفلس خلال فترة الرتبة، الطبعة 1989، ص: 411 و 422-423.

أوردته حياة حجي: نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاولات، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 121.

¹⁷⁰ - حياة حجي : مرجع سابق، ص: 121.

أما فيما يخص موقف مدونة التجارة فلم تشر صراحة إلى إمكانية خضوع الرهن القضائي للبطلان الجوازي إذا ما تم صدور الحكم القضائي خلال فترة الرتبة ولضمان ديون سابقة، وما يؤشر على ذلك العبارات التي جاءت ضمن مقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة، ولئن جاء في صياغتها عبارة "كل تأسيس لضمان" التي تعتبر عبارة شاملة بإمكانها استيعاب الرهن القضائي، فإنها تضمنت أيضا عبارة "إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع"، مع العلم أن الرهن القضائي الإجباري يكون بدون رضى المدين بل بمقتضى حكم قضائي، وتبعاً لذلك فإن المادة أعلاه يقتصر تطبيقها على الرهن الاتفاقي دون غيره من الرهون الأخرى كالرهن القضائي، فلو كانت نية المشرع تتجه نحو إمكانية بطلان الرهن القضائي لنص على ذلك صراحة كما فعل المشرع الفرنسي من خلال قانون 25 يناير 1985 والتعديلات المدخلة عليه باعتبار أن مدونة التجارة مقتبسة من القانون الفرنسي.

أضف إلى ذلك، أن غاية المشرع من خلال تنظيمه لفترة الرتبة وذلك عن طريق إمكانية بطلان بعض العقود بعوض يتمثل في حماية الدائنين من تصرفات رئيس المقاول الضارة بهم والمؤدية إلى عدم المساواة بين الدائنين، ذلك أن المدين قد يقوم بأسوأ التصرفات من أجل محاباة بعض الدائنين أو إنشاء ضمانات لديون سابقة¹⁷¹، وهذا لا يتصور في حالة استصدار حكم قضائي يتعلق بإنشاء رهن قصد ضمان الأداء الكامل للثمن أو المدرك بالنسبة للبائع أو المعاوز أو المتقاسم إذا ما تم ذلك خلال فترة الرتبة، ما لم يتم بطلان العقد الأصلي خلال فترة الرتبة الذي يترتب عليه بطلان الرهن القضائي وفق مقتضيات الفصل 307 من ظل.ع.

نعتقد أن الرهن القضائي الإجباري غير مشمول بمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة، فلا يطاله البطلان الجوازي الذي يعود إلى السلطة التقديرية للمحكمة حتى ولو توافرات شروطه، غير أنه إذا ما تم بطلان العقد الأصلي إذا قام به المدين بعد التوقف عن الدفع، ففي هذه الحالة يتم تبعاً لذلك بطلان الرهن القضائي، على أسس أن هذا الأخير حق عيني تبقي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي ويكون ضماناً للوفاء به بمقتضى حكم قضائي، فالرهن القضائي تابعاً للدين المضمون ويدور معه وجوداً وعدماً، وحسب مقتضيات الفصل 307 من ظهير الالتزامات والعقود الذي جاء فيه أن "بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة ما لم يظهر العكس من القانون أو من طبيعة الالتزام التابع".

وتجب الإشارة إلى أنه لا يمكن تقييد الرهن القضائي بمقتضى حكم قضائي بعد صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة تطبيقاً لمقتضيات المادة 666 من

¹⁷¹ - امحمد لفروجي : مرجع سابق، ص : 101.

مدونة التجارة التي تقضي على أنه" لا يمكن تقييد الرهون الرسمية ولا الرهن و الامتيازات بعد الحكم بفتح المسطرة" والظاهر من هذا النص أن المنع يطال الرهن الرسمي الذي يندرج ضمنه الرهن القضائي، على اعتبار أن عبارة "الرهون الرسمية"، جاءت عامة، وتبعا للقاعدة الأصولية أن العام يبقى على عمومته إلى أن يرد دليل التخصيص، فقد جاء في قرار لمحكمة النقص "من القواعد الأصولية أنه إذا ورد في النص لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومته، ولا يخصص عام إلا بدليل"¹⁷².

الفقرة الثانية: استبعاد تأثر الرهن القانوني بالبطلان الجوازي

قد يبدو لأول وهلة أن حقوق الخزينة تدخل ضمن حقوق الامتيازات الواردة على العقار عملا بمقتضيات المادة 144 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "إن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين هي:

أولاً: المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه.

ثانياً: حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها.

ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات".

ومن بين القوانين المتعلقة بحقوق الخزينة العامة نجد قانون رقم 97.15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، ولقد خصص الباب السادس منها للضمانات والامتيازات وذلك قصد تحصيل الضرائب والرسوم وديون المحاسبين العموميين الناتجة عن قرارات العجز، وقد تم تنظيم ذلك في إطار مقتضيات المواد 105 إلى 116، غير أنه بتفحص هذه المقتضيات لا نجد من ضمنها أي نص قانوني يخول للخزينة العامة امتيازاً على العقار، وما يؤشر على ذلك المادة 105 من مدونة تحصيل الديون العمومية التي خولت للخزينة العامة امتيازاً على الأمتعة وغيرها من المنقولات التي يملكها المدين، وكذا مقتضيات المادة 106 التي منحت للخزينة العامة امتيازاً خاصاً يمارس على المحاصيل والثمار والأكرية وعائدات العقارات.

¹⁷² - عادل حاميدي: القواعد الفقهية، وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص: 271.

وهذا الاتجاه أكدته محكمة النقض في قرار صادر لها¹⁷³.... حصر امتياز الخزينة على الأموال الراجعة للملزم بالضريبة على المنقولات والمعدات والبضائع و الغلل وما ينتجه العقار فقط، ولا يشمل هذا الامتياز منتج بيع العقار، مما يفيد أن البنك المستفيد من رهن رسمي على العقار المبيع له حق الأسبقية على قابض الضرائب".

يمكن القول أن عدم تخويل الخزينة العامة حق الامتياز على عقارات المدين له ما يبرره، ذلك أنها - حقوق الامتياز - تنتج أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري (المادة 143 من مدونة الحقوق العينية)، بحيث يتم تحديد رتبها في استيفاء الديون ليس من تاريخ التقييد بالسجل العقاري وإنما يحدد رتبها القانون، لو افترضنا أنها حقوق امتياز فإن ذلك من شأنه عدم تشجيع الدائن على منح قرض أو سلف للمدين لأنه سيعلم مسبقا بأنه قد يتزاحم مع دائنين آخرين ممتازين يكون لهم حق الأولوية في استيفاء ديونهم عند توزيع ثمن العقار، وهذه الأولوية قد تؤدي إلى عدم استيفاء الدائن المرتهن لدينه بالنظر إلى تأخر رتبته مقارنة مع حقوق الامتياز، لأن هذه الأخيرة غير قابلة للإشهار بالرسم العقاري، علما أن تلك الديون المقررة لفائدة الخزينة العامة في بعض الحالات قد تساوي قيمتها ثمن العقار أو تفوقه.

¹⁷³ - قرار عدد: 896، المؤرخ في 2004/07/21، ملف تجاري عدد: 2002/576 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، العدد 63، السنة 2006، ص: 152

انظر بشأنه إدريس العمراني: حقوق الامتياز الواردة على العقار في التشريع المغربي، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية، 2006/2007 ، ص: 44 وما يليها.

وتطبيقا لذلك أيضا قد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " لكن، إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي تبين لها من أوراق الملف أن المبالغ المتحصلة ناتجة عن بنايات كانت منشأة على قطعة أرضية مملوكة لشركة ليلاك ، وأن تلك البنائيات تعتبر عقارات، وخلصت إلى أنه لا يوجد بمقتضيات قانون تحصيل الديون العمومية ما يفيد أن ديون الخزينة العامة تتمتع بالامتياز على منتج بيع العقار وأن المادة 56 منها إنما تنظم إجراءات التنفيذ على المدين وذلك بالحجز على منقولاته ، أولا قبل اللجوء إلى وسيلة أخرى ، يكون قرارها مغللا ومرتكزا على أسس قانوني وما ورد بالوسيلتين على غير أسس، وما أدلى به لأول مرة أمام المجلس الأعلى غير مقبول".

- قرار عدد: 694 ، المؤرخ في 2007/06/20 ، ملف تجاري عدد: 267 | 3 | 1 | 2004، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com ، تاريخ المراجعة 23 | 12 | 2017.

ولقد جاء أيضا في قرار آخر صادر عن محكمة النقض ما يلي " لكن فمن جهة إن محكمة الاستئناف راعت حق الأسبقية الذي تمسك به الطاعن بناء على دفتر التحملات، وما عللت به قرارها بأن المطلوب دائن مرتتهن يستوفي دينه بالأسبقية على الخزينة، وبالتالي قبل الطاعن عملا بالفصل 107 من مدونة تحصيل الضرائب والديون العمومية وهو تعليل صحيح يبرر ما قضت به ..."

- قرار عدد: 230، المؤرخ في 2007/01/07 ، ملف تجاري عدد: 3000 | 1 | 2 | 2005، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com ، تاريخ المراجعة 23 | 12 | 2017.

لكن مقابل ذلك، قد منح المشرع المغربي للخرينة العامة رهنا قانونيا إجباريا على عقارات المدين وذلك من خلال المادة 113 من مدونة تحصيل الديون العمومية والتي جاء فيها: " تتمتع الخزينة العامة من أجل تحصيل الضرائب والرسوم وديون المحاسبين العموميين الناتجة عن قرارات العجز، برهن رسمي على جميع الأملاك العقارية للمدنيين الذين يدينون بمبلغ يساوي أو يفوق عشرين ألف درهم (20.000) ويترتب الرهن الرسمي للخرينة حسب تاريخ تقييده بمحافضة الأملاك العقارية..."

ويثار التساؤل في هذا الإطار عن مدى إمكانية بطلان الرهن القانوني¹⁷⁴ المشار إليه أعلاه إذا صدر بعد تاريخ التوقف عن الدفع إعمالا لمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة؟

قبل معرفة موقف المشرع المغربي يكون من المفيد استجلاء الأمر في الفقه والقانون المقارن .

يرى بعض الفقه المغربي في ظل القانون التجاري الملغى أن عبارة "حقوق الرهن العقاري..." الواردة ضمن مقتضيات الفصل 208 جاءت عامة لهذا ينبغي تفسيرها تفسيراً واسعاً لتشمل الرهن العقاري الاتفاقي والقضائي والقانوني، وتبعاً لذلك فإنه يجوز الحكم ببطلان الرهن القانوني إذا تم تقييده بعد تاريخ التوقف عن الدفع أو الأيام العشرة التي قبله.¹⁷⁵

أما موقفه بعد صدور مدونة التجارة فإنه يرى بأن الفصل 206 من القانون الملغى يساير مفهوم المادتين 682 و 684 من المدونة، بحيث البطلان الجوازي يطال جميع التأمينات أو الضمانات سواء كانت عينية أو شخصية والتي تم تأسيسها بعد تاريخ التوقف عن الدفع من طرف المدين¹⁷⁶ ، مما قد يستفاد منه بأن الرهن القانوني يخضع للبطلان الجوازي لأنه يدخل ضمن الضمانات العينية.

¹⁷⁴ - وسمي بالرهن القانوني لأنه ينشأ بقوة القانون على حق بدون أن يصدر تعبيراً إرادياً من طرف المدين ويقرر هذا الرهن لفائدة الأشخاص المحددين قانوناً متى توافرت الشروط المتطلبة لذلك.

انظر بهذا الخصوص:

-Marcel Planiol et Geroges Ripert : Droit civil français , sûretés réelles , T. XIII, 2^{ème} édition , L.G.D.J, 1953, Page : 506.

¹⁷⁵ - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 218.

¹⁷⁶ - أحمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول ومسااطر معالجتها، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة 2000، ص: 335 و 339.

أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي فإنه يعتبر باطلا الرهن القانوني للأزواج الذي تم تأسيسه بعد تاريخ التوقف عن الدفع لضمان ديون سابقة إعمالا لمقتضيات المادة 632 من مدونة التجارة¹⁷⁷، غير أن باقي الرهون القانونية الأخرى لا يطالها البطلان الجوازي نظرا لصراحة المادة أعلاه والتي تعرضت للرهن القانوني للأزواج دون غيره.

وبالرجوع إلى مقتضيات 682 من مدونة التجارة، فإن الأمر لا يختلف عما ذكرناه بخصوص الرهن القضائي، ولئن جاء ضمن صياغتها عبارة "يمكن للمحكمة أن تبطل ... كل تأسيس لضمان..." التي يمكن أن تشمل حتى الرهن القانوني، غير أنها تضمنت صياغة "إذا قام به المدين..."، وهذا ما يتعارض مع الرهن القانوني الذي لا يقوم به المدين، وإنما يتم بدون رضاه في الحالة التي يقررها القانون (المادة 171 من مدونة الحقوق العينية)، وتبعا لذلك فإن المادة أعلاه يقتضي تطبيقها على الرهن الاتفاقي دون الرهن القانوني، فلو كانت نية المشرع تتجه نحو إمكانية خضوع الرهن القانوني للبطلان الجوازي لنص على ذلك صراحة كما فعل المشرع الفرنسي كما بينا أعلاه.

إن غاية المشرع المغربي من البطلان الجوازي والمتمثلة في تفادي تواطؤ الدائن المرتهن مع المدين الراهن قصد الإضرار بالدائن العادي قد لا يمكن تصوره في الرهن القانوني، لأن القانون هو مصدر هذا الرهن وليس الاتفاق، فهذا الرهن يقع صحيحا ولا يطاله البطلان الجوازي ولو تم تأسيسه بعد تاريخ التوقف عن الدفع ولضمان ديون سابقة، الأمر الذي تتنفي معه نيته قصد الإضرار بالدائن العادي.

¹⁷⁷ - Corinne Saint-Alary-Houin : op.cit., p: 655.

المبحث الثاني

إمكانية تعارض مبدأ حجية القيد

في السجل العقاري مع البطلان الجوازي

إعمالاً لمقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تنظيمه وتغييره فإن كل حق عيني يتعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا من تاريخ تقييده بالرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، بل الأكثر من ذلك لا ينتج أي أثر ولو بين أطراف العقد إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري.

وبما أن الحقوق العينية التبعية مشمولة بالمقتضيات السابقة باستثناء حقوق الامتياز حسب مقتضيات المادة 143 من مدونة الحقوق العينية، فإنها لا تسري في مواجهة الغير ولا تنتج أثرها بين المتعاقدين إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري، وعليه فإنه يتعين على الدائن المرتهن رهناً حيازياً أو رسمياً أن يبادر إلى تقييد عقد الرهن بالرسم العقاري بمجرد إبرام هذا العقد.

واستناداً إلى الفقرة الثانية من الفصل 66 المشار إليه أعلاه فإنه لا يمكن التمسك بإبطال تقييد عقد الرهن الحيازي أو الرسمي في مواجهة الغير ذي النية الحسنة، على أسس أنه لا يمكن مواجهة الدائن المرتهن بإبطال تقييد عقد الرهن ولا يمكن أن يلحق به أي ضرر مادام أنه حسن النية.

غير أنه قد يصدر حكماً أو قراراً قضائياً يقضي ببطلان عقد الرهن في حالة ما إذا ما قام به المدين الراهن بعد تاريخ التوقف عن الدفع (المادة 682 من م.ت) وتم إبرامه بعد نشوء الدين المضمون، وهذا ما قد ينتج عنه تعارض بين أحكام المادتين 682 و 683 من مدونة التجارة المتعلقة بالبطلان الجوازي من جهة، ومقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 66 من ظ.ت.ع والفقرة الثانية من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية من جهة ثانية.

وإذا كانت حقوق الامتياز والتي تصنف ضمن الحقوق العينية التبعية تنتج أثرها ولو لم تقيّد بالرسم العقاري لا تثير أي إشكال (المطلب الأول)، فإنه يثار بخصوص إمكانية إبطال الرهن الرسمي والحيازي في حالة تقييده أو إيداعه بالسجل العقاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

استبعاد حقوق الامتياز والرهن الجبري من إشكالية التعارض

إذا كانت الغاية من البطلان الجوازي تكمن على وجه الخصوص في تفادي التواطؤ الذي قد يحصل بين المدين الراهن والدائن المرتهن قصد استفادة هذا الأخير من حق الأولوية في حالة البيع الجبري للعقار، وهذا من شأنه أن يضر بمصلحة الدائن العادي الذي قد لا يستوفي دينه من ثمن العقار نظراً لتخلف رتبته مقارنة مع حقوق الامتياز والدائنين المرتهنين، أو قد يستوفي دينه جزئياً من ثمن العقار، فإن هذا التواطؤ قد لا يمكن تصوره بالنسبة لحقوق الامتياز، على أسس أن القانون هو مصدر حقوق الامتياز وليس الاتفاق كما هو الأمر بالنسبة للرهن الاتفاقي، كما تنشأ بتزامن مع الدين وليس قبله.

ونفس الأمر ينطبق على الرهن الإجباري بنوعيه القضائي والقانوني، لعدم تصور وقوع التواطؤ بين المدين الراهن والدائن المرتهن، استناداً إلى كون الرهن القضائي يتوقف على استصدار حكم أو قرار قضائي وليس إرادة المدين الراهن، والرهن القانوني الذي يستند قوته من النص القانوني وبدون رضى المدين.

لقد كان ينص الفصل 155 من الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 الموافق 2 يونيو 1915م والمتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة الملغى¹⁷⁸ على الامتيازات العقارية والذي جاء فيه "أن الديون التي لها وحدها امتياز على العقارات هي:

- 1- المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار وتوزيع الثمن.
- 2- حقوق الخزينة كما تقررها القوانين المتعلقة بها.

ومن خصائص هذين الامتيازين أنهما معفيان من التقييد في السجل العقاري، إعمالاً لمقتضيات الفصل 156 من الظهير الشريف الملغى المشار إليه أعلاه، حيث نص على أنه: "استثناء من المبدأ العام المقرر في الفصل 65 من الظهير المتعلق بالنظام العقاري للتحفيظ يعفى هذان الامتيازان من كل إشهار أو تقييد في السجلات العقارية"

¹⁷⁸ - حسب مقتضيات المادة 333 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها ينسخ هذا القانون الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1335 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة".

وتبعاً لذلك فإن حقوق الامتياز العقارية تعتبر موجودة وتنتج كافة آثارها تجاه الغير دون اللجوء إلى إجراءات تقييدها بالسجل العقاري.¹⁷⁹

أما في ظل مدونة الحقوق العينية فإنه يظهر من خلال المادة 143 أن حقوق الامتياز العقارية تنتج أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون، وإذا كان هذا التعديل يساير ما كان منصوصاً عليه في ظل الظهير الشريف الملغى من حيث أنها تنتج أثرها ولو لم تقيد بالسجل العقاري، فإنه يستشف عن طريق دلالة المخالفة للمادة 143 أعلاه بأنه بإمكان تقييد حقوق الامتياز بالسجل العقاري.

وعلى أي حال، فإن إمكانية تعارض حجية القيد في السجل العقاري بالنسبة لأصحاب الديون الموثقة بامتياز عقاري والبطلان الجوازي غير واردة في هذه الحالة وذلك للاعتبارات الآتية:

- إنه باستقراء مقتضيات المادتين 682 و 683 من مدونة التجارة يتبين بأن حقوق الامتياز العقارية لا يطالها البطلان الجوازي، هذا الأخير لا يمكن للمحكمة أن تحكم به إلا إذا تبين لها حسب سلطتها التقديرية وجود تواطؤ بين المدين الراهن والدائن المرتهن، وهذا لا يمكن تصوره بالنسبة لحقوق الامتياز العقارية لأن مصدرها القانون نظراً لسبب الدين، وليس اتفاق الأطراف إعمالاً لمقتضيات الفصل 1243 من ظهير الالتزامات والعقود والذي جاء فيه "الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين"، ولئن كانت مقتضيات المادة 682 من م.ت منحت للمحكمة إمكانية إبطال "كل تأسيس لضمان" هذه العبارة التي يمكن أن تشمل في مفهومها حقوق الامتياز، فإن عبارة "إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع" يظهر من خلالها بأن حقوق الامتياز العقارية لا تتوقف على إرادة المدين، إنما تنشأ بقوة القانون، وهكذا فإذا كانت حقوق الامتياز لا تتأثر بالبطلان الجوازي، فإن إشكالية التعارض بين مبدأ القيد في السجل العقاري والبطلان الجوازي غير واردة.

- يندرج ضمن الشروط المتطلبة لإمكانية إبطال المحكمة الضمانات والتي تم تأسيسها بعد تاريخ التوقف عن الدفع أن يكون الدين سابقاً عن نشأة الضمان بما فيها حقوق الامتياز العقارية، لكن حقوق الامتياز تكون معاصرة لنشأة الدين، وتبعاً لذلك فإن حقوق الامتياز تندرج ضمن الاستثناء المنصوص عليه في المادة 683 من م.ت والتي جاء فيها "غير أنه، واستثناء من أحكام المادة السابقة، لا يمكن إبطال الكفالات أو الضمانات مهما كانت طبيعتها والمؤسسة قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون".

¹⁷⁹ - مأمون الكوزيري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط، السنة 1987، ص: 154 وما يليها.

- إن حقوق الامتياز العقارية تنتج أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبها بالقانون (المادة 143 من مدونة الحقوق العينية)، فلا فائدة من اتخاذ الإجراءات الضرورية قصد تقييدها بالرسم العقاري، طالما أنها تنتج أثرها تجاه الغير ولو لم يتم تقييدها، هذا يؤشر على أن إمكانية تعارض حجية القيد بالسجل العقاري بالنسبة لصاحب النية الحسنة مع البطلان الجوازي غير قائمة.

المطلب الثاني

مدى تعارض حجية القيد مع البطلان الجوازي للرهن الاتفاقي.

يندرج الرهن الاتفاقي بنوعيه الرسمي والحيازي ضمن الحقوق العينية التبعية التي يجب إشهارها بواسطة إيداعها أو تقييدها بالسجلات العقارية، لأنها ترمي إلى تأسيس حق عيني تبعي على الملك أو الحق المشاع موضوع الضمان العيني، وعليه فإن الرهن يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا من تاريخ إيداعه أو تقييده بالسجل العقاري، بل لا ينتج أثره بين أطراف العقد إلا من تاريخ التقييد.

غير أنه ارتباطا بمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة، فإنه يمكن للمحكمة حسب سلطتها التقديرية أن تبطل عقد الرهن الاتفاقي سواء كان حيازيا أو رسميا إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وثبت أن هذا العقد تم إبرامه بعد نشأة الدين المضمون وذلك عن طريق دلالة المخالفة لمقتضيات المادة 683 من مدونة التجارة، مع العلم أن الدائن المرتهن يكون قد قام بإيداع أو تقييد الرهن الاتفاقي بالسجل العقاري.

وتبعا لذلك، فإنه ينبغي تحقيق نوعا من التوازن بين مصلحتين متعارضتين، المصلحة الخاصة المتمثلة في استقرار المعاملات العقارية من خلال عدم إبطال الإيداع أو التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة والمصلحة العامة المتمثلة في حماية الدائن العادي من التصرفات التي قد يجريها المدين والضارة به، وذلك عن طريق إبطالها في حالة إثبات سوء نية الدائن المرتهن والمدين الراهن.

لما كان الرهن الاتفاقي يخضع للإيداع بمطلب التحفيظ أو للتقييد بالرسم العقاري، فإنه يثار التساؤل عن مدى إمكانية تعارض مبدأ التطهير والبطلان الجوازي للرهن الاتفاقي بعد اتخاذ قرار التحفيظ (الفقرة الأولى)، وكذا إمكانية تعارض حجية القيد في الرسم العقاري مع البطلان الجوازي للرهن الاتفاقي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حدود تعارض مبدأ التطهير مع البطلان الجوازي للرهن

الاتفاقي

تبعاً لمقتضيات الفصل 84 من ظ.ت.ع كما تم تنميته وتغييره، فإنه إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه، من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك ويقيّد هذا الإيداع بسجل التعرضات ويقيّد الحق المذكور عند التحفيظ بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له إذا سمحت إجراءات المسطرة بذلك.

ولما كان الرهن الاتفاقي يندرج ضمن الحقوق العينية التبعية، فإنه إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ¹⁸⁰ يتعين على الدائن المرتهن أن يودع بالمحافظة العقارية نسخة من عقد الرهن قصد التمسك به في مواجهة الغير وكذا ضمان رتبته تبتدئ من تاريخ القيام بالإيداع طبقاً للفصل المذكور أعلاه.

غير أن هذا الرهن يمكن أن يطاله البطلان الجوازي إذا قام به المدين الراهن بعد توقفه عن الدفع وبعد نشوء الدين المضمون إعمالاً لمقتضيات المادتين 682 و 683 من مدونة التجارة، وبقي لنا أن نتساءل في هذا الإطار عن مدى إمكانية إبطال الرهن الاتفاقي المودع طبق الفصل 84 من ظ.ت.ع بعد اتخاذ قرار التحفيظ؟

إن هذا الإشكال يجرنا إلى الحديث عن مدى اكتساب الحقوق العينية-التي ينطوي تحتها الرهن الاتفاقي- والمودعة طبقاً لمقتضيات الفصل 84 من ظ.ت.ع نفس الحجية المطلقة التي يكتسبها الرسم العقاري بعد اتخاذ قرار التحفيظ؟

لقد انقسم الفقه ومعه القضاء بخصوص هذا الإشكال إلى اتجاهين:

يرى أصحاب الاتجاه الأول أن الحقوق العينية - من ضمنها الرهن الاتفاقي باعتباره حقاً عينياً تبعياً - تكتسب نفس الحجية المطلقة للرسم العقاري، وتبعاً لذلك فإنه لا يمكن إبطال الرهن الاتفاقي في أي حال من الأحوال بعد اتخاذ قرار التحفيظ، لأنه كان يجب إثارة ذلك أثناء جريان مسطرة التحفيظ، ويستند أصحاب هذا الرأي بالفصل 52 من ظ.ت.ع كما تم تعديله وتغييره والذي جاء فيه "كل تحفيظ يقتضي من المحافظ على الأملاك العقارية تأسيس رسم عقاري يتضمن لزوماً: 3...- الحقوق

¹⁸⁰ - للمزيد من التفاصيل انظر :

- سميرة تيوك: رهن العقار في طور التحفيظ رهناً رسمياً، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة محمد الخامس-أكادال- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 25 وما يليها.

العينية العقارية المرتبة على العقار"، ولقد تم تفسير الحقوق العينية تفسيراً واسعاً لتشمل الحقوق العينية المصرح بها أثناء إيداع مطلب التحفيظ، وكذا الحقوق العينية المودعة طبق الفصل 84 من ظ.ت.ع.¹⁸¹

في ذات الاتجاه جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي¹⁸²، "لكن إن الفصل 91 المحتج به إنما يتعلق بالحقوق التي يقع إشهارها بالرسم العقاري بعد أن يكون العقار قد حفظ وخصص له رسم عقاري، فهذه الحقوق التي يمكن أن يشطب عليها بمقتضى عقد أو حكم يثبت انعدام أو انقضاء أو عدم صحة تلك الحقوق، بينما أن حقوق المظلومين في النقض على العقار موضوع النزاع لم تسجل بالرسم العقاري بعد تحفيظه حتى ترد عليها مقتضيات الفصل 91 المذكور وإنما وقع الاستدلال به في إطار مسطرة التحفيظ التي جرت وقام بها الرسم فهي لهذا محمية بمقتضيات الفصلين 2 و 62 من الظهير المذكور التي اعتمدتها المحكمة لرد دعوى الطاعنين والتي تفيد أن إقامة الرسم العقاري يظهر من كافة الحقوق السابقة عليه وغير المضمنة بالرسم الذي تكون له صفة نهائية لا تقبل الطعن ويشكل نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المسجلة".

بالمقابل، يرى الاتجاه الثاني بأن الحقوق العينية المودعة طبق الفصل 84 من ظ.ت.ع. لا تخضع للإشهار، وبذلك لا تكتسب نفس الحجية المطلقة للرسم العقاري، فلا يكفي أن يتم التنصيب في الرسم العقاري على حق عيني حتى يكتسب الحجية المطلقة، فلا بد من إخضاعها لمسطرة الإشهار.¹⁸³

وتبعاً لذلك، فإن الحقوق العينية التي تكتسب الحجية المطلقة هي تلك الحقوق المنشأة قبل إيداع مطلب التحفيظ، والغاية من ذلك هو وضع نقطة انطلاقاً بصفة نهائية لملكية العقار، وبالتالي وضع حد للنزاعات فيما يخص هذه النقطة، وهذا ما كرسته محكمة النقض في العديد من القرارات الصادرة عنها مفاد ذلك أن الأثر التطهيري يهم الحقوق الناشئة قبل إيداع مطلب التحفيظ.¹⁸⁴

¹⁸¹ - فاطمة الحروف: مرجع سابق، ص: 179.

¹⁸² - قرار عدد: 1401 مؤرخ في 1987/06/17، ملف مدني، رقم 99219، أشارت إليه سميرة تيوك: مرجع سابق، ص: 33.

¹⁸³ - **Mohamed Azami** : Portes de l'effet constitutif et de force probante des inscription sur les livres fonciers , M. E .D.S. Rabat , année 1987 , p: 56.

أشارت إليه فاطمة الحروف: مرجع سابق، ص: 180.

¹⁸⁴ - محمد شنان: عبثية الإبقاء على الأثر المطلق لقرار التحفيظ بعد الاستقلال، مقال منشور بمؤلف الندوة المشتركة حول نظام التحفيظ العقاري، الرباط، 4-5-1990، ص: 96.

ونعتقد بخصوص هذا الإشكال أن الحقوق العينية الأصلية والتبعية لها حجية نسبية وليست مطلقة على أسس أنها لا تخضع لمسطرة الإشهار التي تعد من أهم مبادئ التحفيظ العقاري، من غير المنطق إيداع الرهن الاتفاقي - باعتباره حقا عينيا تبعيا - طبق مقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري (كما تم تغييره وتتميمه)، ومباشرة بعد ذلك قد يتم اتخاذ قرار التحفيظ لتكتسب الحقوق العينية نفس الحجية للرسم العقاري، لأنه لا يوجد أي مقتضى قانوني يحول دون اتخاذ قرار التحفيظ بعد إيداع أي حق عيني ولو قبل اتخاذه بيوم واحد.

وتأسيسا على ما ذكر، فإنه يمكن إبطال عقد الرهن الاتفاقي المودع طبق الفصل 84 من ظ.ت.ع ولو بعد اتخاذ قرار التحفيظ إذا تبين أن المدين قام به بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد نشوء الدين المضمون إعمالا لمقتضيات المادتين 682 و 683 من مدونة التجارة، ما لم يثبت أن هذا الرهن كان مترتبا على العقار قبل إيداع مطلب التحفيظ، لأنه في هذه الحالة يكتسب نفس الحجية المطلقة للرسم العقاري استنادا إلى مقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظ.ت.ع.

الفقرة الثانية: حدود تعارض مبدأ حجية القيد بالرسم العقاري مع البطلان الجوازي للرهن الاتفاقي

لما كان الحق العيني المتعلق بالعقار المحفوظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير ولأطراف العقد إلا بتقييده بالرسم العقاري، فإنه يتعين على صاحب الحق العيني أن يطلب إجراء هذا التقييد، فهذا الأخير يتم وفق مسطرة سريعة ومبسطة ولا يحتاج إلى نشره بالجريدة الرسمية.¹⁸⁵

غير أن تقييد الحقوق العينية التي يتم تدوينها بالرسم العقاري قد تكون لها قوة مطلقة أو نسبية حسب كل حالة على حدة،¹⁸⁶ ويستشف ذلك من خلال الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظ.ت.ع، وكذا المادة 2 من مدونة الحقوق العينية، بحيث قد يكون للتقييد حجية مطلقة في مواجهة الغير المقيد عن حسن النية¹⁸⁷ وحجية نسبية في

¹⁸⁵ - محمد خيرى: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة 2014، ص: 588.

¹⁸⁶ - محمد خيرى، المرجع السابق، ص: 588.

¹⁸⁷ - مع الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد أورد استثناء فيما يخص حماية الغير الحسن النية، بحيث يمكن التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير الحسن النية في حالة ما إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله==

مواجهة الغير المقيد عن سوء نية، من هنا يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية التشطيب من الرسم العقاري عن الرهن الاتفاقي طبقا لمقتضيات المادة 682 من مدونة التجارة في مواجهة الغير المقيد عن حسن النية؟

إن المحكمة ولما لها من سلطة تقديرية قد يتبين لها أن الدائن المرتهن كان حسن النية، ويستتبع ذلك رفض طلب المدعي، في حالة ما إذا لم يتم إثبات تواطؤ الدائن المرتهن مع المدين الراهن، أو أن الدائن المرتهن ليس على علم بأن المدين في حالة توقف عن الدفع، وقد يستشف أيضا في حالة ما إذا قام المدين بمنح ضمانات عينية - الرهن الاتفاقي - لديون سابقة لفائدة الدائن المرتهن قصد تشجيع هذا الأخير

== أو تغييره أو التشطيب عليه (الفقرة الثانية من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية)، قد يرى البعض بأن هذا المقتضى القانوني الجديد يتعارض في حد ذاته مع الفقرة الأخيرة من الفصل 66 من ظ.ت.ع والتي جاء فيها "لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة" إذا اعتبرنا هذا الظهير بمثابة تشريع خاص بالعقار حسب مقتضيات المادة 1 من مدونة الحقوق العينية والتي ورد فيها "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار".

غير أنه يرى بعض الفقه المغربي وهو عن حق تصديا لهذا الإشكال أنه "لا ينبغي استغلال هذا الفراغ لتكليف ظهير التحفيظ العقاري بأنه نص خاص أو تشريع خاص بهدف ترجيح الفصل 66 منه على المادة الثانية من المدونة. لأن هذا التكليف لا يستقيم والمنطق القانوني السليم. وقد يترتب عنه استبعاد تطبيق كثير من المقتضيات المتعلقة بالتحفيظ الواردة خارج الظهير المذكور، وخاصة منها ما تضمنته مدونة الحقوق العينية و ليس المادة الثانية وحدها ما يتعلق بالتحفيظ ضمن مدونة الحقوق العينية، بل هناك غيرها مما ذكر أعلاه منها ما يتعلق بمفهوم التقييد ومنها ما يتعلق بالتقييد الاحتياطي".

-أحمد ادريوش: تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية، إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية، دراسة حول أصل وأصالة المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2014-2015، ص: 41 و 42.

ولقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي "في حين أنه بموجب الفصل 66 في فقرته الثانية من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري والفصل 3 من ظهير 2 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفوظة، فإنه لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير المسجل عن حسن النية، وأن ما يقع من إبطال لا يمكن أن يواجه به ولا يمكن أن يلحق به أي ضرر، وهذه المقتضيات القانونية تؤسس لمبدأ القوة الثبوتية للتقييدات، ونصت وبدون أي تحفظ كيفما كان نوعه، على أن التقييدات في الرسوم العقارية، قرينة لفائدة الغير الحسن النية، على صحتها . وبالتالي فليس هناك ما يستثني حالة البطلان بسبب ثبوت التزوير في عقد وقع تقييده ويبقى للغير المقيد عن حسن نية حق التمسك بهذه المقتضيات.."

. قرار عدد: 170 الصادر عن غرفتين بتاريخ 20 | 03 | 2013 ، في الملف عدد 2820 | 1 | 1 | 2012، منشور بمجلة ملفات عقارية ، العدد 5، السنة 2015 ، ص: 240.

بالرغم من صدور هذا القرار بعد دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ (ستة أشهر بعد نشرها بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011) ، غير أن الوقائع نشأت قبل تطبيقها، مما تم تطبيق الفصل 3 من ظهير 2 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفوظة (تقابله المادة 2 من مدونة الحقوق العينية المشار إليها أعلاه) عملا بمبدأ عدم رجعية القوانين.

على منحه ديونا أخرى في المستقبل للخروج من الأزمة المالية التي يعاني منها، غير أنه يبقى للسنديك في هذه الحالة إثبات خلاف ذلك لأنه له الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم.

وتجب الإشارة إلى أن المحكمة قد تقضي برفض دعوى المدعي الرامية إلى إبطال تقييد عقد الرهن الاتفاقي ولو ثبتت أن هذا العقد قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وتم إبرامه بعد نشوء الدين المضمون على أسس أن الدائن قد يكون حسن النية في حالة عدم إثبات أي تواطؤ بينه وبين المدين الراهن.

لكن بقي أن نتساءل عن مدى إمكانية اعتبار الدائن المرتهن حسن النية ولو كان وقت إبرام العقد أو تقييده عالما بتوقف المدين عن دفع ديونه؟

في ظل القانون التجاري الملغى كان الفصل 207 منه ينص على أن "كل ما يجريه المدين غير ما تقدم ذكره، من وفاء ديون حل أجلها أو إبرام تصرفات بعوض بعد توقفه عن دفع ديونه، وقبل صدور الحكم بشهر الإفلاس، يمكن إبطاله، إذا كان الطرف الذي تلقى الأداء من المدين أو أبرام معه التصرف عالما بوقفه عن دفع ديونه".

وعليه فإن العلم بتوقف المدين عن الدين كان يعتبر من بين الشروط الأساسية لإعمال عدم النفاذ الجوازي وإبطال عقد الرهن الاتفاقي، حيث كان يعد العلم حجة قاطعة على أن الدائن المرتهن كان سيء النية، فإذا ثبت العلم فلا حاجة للبحث عما إذا كان المتصرف إليه حسن أو سيء النية، وكان يقع عبء إثبات هذا العلم على وكيل التفليسة، الذي له الحق في تقديم كافة وسائل الإثبات والتي تبقى خاضعة للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع.¹⁸⁸

غير أن المشرع المغربي قد التزم الصمت بخصوص شرط العلم على توقف المدين عن دفع ديونه، ويستشف ذلك من خلال المادتين 682 و 683 من مدونة التجارة، بحيث لا تشير هذه المقتضيات صراحة إلى هذا الشرط، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار¹⁸⁹ صادر عنها حيث جاء فيه "وأن المشرع لم يشترط في المادة 682 المذكورة والمطبقة من طرف المحكمة أي شرط يتعلق بعلم المتعاقد مع المدين بتوقفه عن الدفع، ولم يشترط توفر سوء النية من ذلك المتعاقد وأنه لئن خولت المواد المذكورة السلطة التقديرية للمحكمة للاستجابة لطلب الإبطال الجوازي من عدمها فإنها ملزمة بأن تبرز في قرارها أولا كون التعاقد كان بمقابل أم لا، وقت إبرامه وما

¹⁸⁸ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الإفلاس، مرجع سابق، ص : 259 وما يليها.

¹⁸⁹ - قرار عدد: 17، المؤرخ في 10 | 1 | 2017 ، ملف تجاري عدد: 748 | 3 | 1 | 2004، (غير منشور).

إذا كان المتصرف إليه المتعاقد قد توصل بماله على المقابلة المدينة دون مقابل من طرفه أو دون سبب مشروع إضراراً بباقي الدائنين وهو لم تناقشه المحكمة رغم تمسك الطاعن أمامها كون التعاقد قد تم بدون مقابل مما يكون معه القرار بما ذهب إليه ناقص التعليل الموازي لانعدامه وغير مرتكز على أسس وعرضه للنقض"

حقاً، أن المادة 682 من م.ت لم تشترط واقعة العلم بالتوقف عن الدفع ، ولم تشترط أيضاً حصول سوء النية بين المتعاقدين، ومن ثمة لا يمكن تحميل المادة أعلاه ما لا تحتمل، غير أنه ينبغي البحث عن نية المشرع من خلال البطلان الجوازي، فقد أعطى للمحكمة السلطة التقديرية لإبطال العقد من عدمه، وهذا يتطلب بالضرورة البحث عن واقعة علم الدائن بتوقف المدين عن الدفع، ومدى تحقق عملية التواطؤ بينهما بقصد الإضرار بباقي الدائنين، وثبوت سوء نية الدائن من عدمه، لأن ذلك فيه حماية للدائن الحسن النية حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات .

نعتقد بأنه رغم عدم وجود أي مقتضى قانوني بخصوص علم المتصرف إليه بتوقف المدين عن الدفع، فإن إثبات هذا العلم من طرف السنديك يعد بمثابة حجة قاطعة على أن الدائن المرتهن كان سيء النية خاصة أن إبرام الرهن الاتفاقي بعد نشأة الدين المراد ضمانه من شأنه أن يلحق ضرراً بباقي الدائنين العاديين، ويخل بمبدأ المساواة بين الدائنين، وهذا هو الدافع الذي أدى بالمشرع إلى إبطال التصرفات المبرمة خلال فترة الرية.

وبالمقابل، قد تقضي المحكمة بإبطال الرهن الاتفاقي في حالة ما إذا تبين لها أن الدائن المرتهن كان سيء النية، ويتحقق ذلك في حالة تواطؤ المدين المتوقف عن الدفع مع الدائن المرتهن لتأخير تقييد عقد الرهن قصد الحصول على ائتمان صوري، وهذا من شأنه إيهام الغير بأن العقار محل الضمان العيني غير مثقل بأي رهن عقاري،¹⁹⁰ وعليه فإنه ما دام هذا الرهن الاتفاقي كان نتيجة التواطؤ فإنه لا يسري تقييده تجاه الدائنين العاديين على أسس أن تقييد الحقوق بالرسم العقاري لم تكن غايته حماية الاتفاقات المبنية على الغش والتحايل وسوء النية.¹⁹¹

وتبعاً لذلك، فإن التواطؤ بين المدين المتوقف والدائن المرتهن عن طريق تقديم ضمان عيني بعد نشأة الدين المضمون والعلم المفترض من طرف الدائن على أن المدين متوقف عن الدفع يبرر بأن الدائن كان سيء النية، لأنه من شأنه أن يحدث ضرراً للدائنين العاديين عن طريق إنقاص الضمان العام، أو بعبارة ثانية، أن تقديم ضمان عيني

¹⁹⁰ - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 283.

¹⁹¹ - محمد خيرى: مرجع سابق، ص : 603.

يعطي للدائن المرتهن حق الأفضلية في استيفاء ديونه على حساب الدائنين العاديين، غير أن إثبات هذا الضرر يقع على عاتق السنديك، ويخضع تقديره للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع.

وتأسيسا على ما ذكر، يمكن القول أنه لا يمكن تصور تعارض مبدأ حجية القيد بالسجل العقاري مع البطلان الجوازي لعقد الرهن، فهذا الإبطال يخضع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع للحكم بإبطاله من عدمه، ففي حالة عدم الحكم بإبطاله فإن الدائن المرتهن يبقى رهنه مقيدا بالرسم العقاري إلى حين الإدلاء بما يفيد التشطيب، وهذا ما يؤشر على أن هذا الدائن كان حسن النية أثناء إبرامه وتقييده هذا الرهن، أما في حالة العكس، أي في حالة الحكم بإبطال عقد الرهن فإنه يتم التشطيب على هذا الرهن بناء الحكم القضائي، على أسس أن الدائن كان سيء النية لما تعاقد مع المدين المتوقف.

الضرع الثاني

تأثر الضمانات العينية العقارية خلال فترة إعداد الحل

إن المقصود بفترة إعداد الحل أو فترة الملاحظة مجموعة من الإجراءات الواجب اتخاذها تهدف إلى تشخيص المقاوله المتوقفة عن الدفع ومحاولة معرفة أسباب اختلالاتها قصد تقويمها، تترتب مباشرة بعد صدور الحكم القاضي بفتح مساطر صعوبات المقاوله بمقتضاها يتمكن المتدخلون في هذه المسطرة من إيجاد الحل المناسب لوضعية المقاوله بهدف إنقاذها والحفاظ على مناصب الشغل.¹⁹²

ولم يفت المشرع المغربي تنظيم فترة إعداد الحل، وقد خصصت مدونة التجارة إحدى عشرة مادة لهذه الفترة (من المادة 579 إلى 589)، وتبين من قراءة هذه المقتضيات بأن السنديك يتعين عليه أن يبين في تقرير يعده الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاوله وعلى ضوء هذه الموازنة يقترح السنديك إما مخططا للتسوية يضمن استمرارية المقاوله أو تفويتها إلى الأغيار أو التصفية القضائية.

ولما كانت فترة إعداد الحل غايتها الأساسية إيجاد حل مناسب لتسوية الوضعية المالية للمقاوله، فإن ذلك لن يتأتى إلا بفرض مجموعة من الإجراءات على الدائنين¹⁹³، ومن ذلك نجد المقتضى المتعلق بوقف المتابعات الفردية (المادة 653 من مدونة التجارة)، وكذا المقتضى الذي يعطي للدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة حق الامتياز على حساب الدائنين السابقين للحكم (المادة 575 من مدونة التجارة)، أضيف إلى ذلك المقتضيات المتعلقة بمنع أداء الديون السابقة لصدور الحكم ومنع تقييد الرهون.

والملاحظ من المقتضيات السابقة أنها ترمي بالأسلس إلى العمل على استمرارية نشاط المقاوله وتوفير الموارد المالية اللازمة لاستمراريتها في انتظار إيجاد حل مناسب لتسوية وضعية المقاوله، غير أن الإجراءات القانونية المتخذة خلال فترة إعداد الحل تمس بحقوق الدائنين بسبب ما يترتب عن ذلك من تعطيل وتأخير الدائنين في استيفاء ديونهم طوال هذه الفترة خاصة الحاملين ل ضمانات عينية عقارية.

¹⁹² - حسن الوزاني التهامي: صعوبات إعداد الحل في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاوله، مقال منشور بمؤلف الندوة الجهوية الثامنة تحت عنوان "صعوبات المقاوله وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" مطبعة الأمنية، الرباط، السنة 2007، ص: 393.

¹⁹³ - Corinne Saint-Alary- Houin : op.cit., p: 291.

وهكذا، يتبين أن مظاهر تأثر وضعية الضمانات العينية العقارية خلال فترة إعداد الحل يكمن على وجه الخصوص في ضعف مركزها نتيجة وقف المتابعات الفردية وامتنياز الدائنين اللاحقين لصدور الحكم (المبحث الأول)، وكذلك الحد من فعالية الضمانات العينية العقارية من خلال منع أداء الديون السابقة وتقييد الرهون و الامتيازات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضعف مركز الضمانات العقارية نتيجة وقف المتابعات الفردية وحق امتياز الدائنين اللاحقين

إذا كانت الغاية الأساسية من صدور حكم قاضي بافتتاح مساطر صعوبات المقاوله إيجاد حل مناسب لتسوية الوضعية المالية للمقاوله المتوقفة عن الدفع، فإن المنطق يقضي توفير الموارد المالية الأساسية لاستمرار نشاط المقاوله، وقد لا يتأتى ذلك إلا عن طريق فرض بعض القيود على الدائنين المتعاملين مع المقاوله.

لتحقيق هذه الغاية فإن المشرع المغربي- وعلى غرار التشريع الفرنسي-¹⁹⁴ حاول توفير الحماية اللازمة للمقاوله وذلك عن طريق فرض بعض القيود على الدائنين ولو كانوا حاملين لضمانات عينية عقارية، منها وقف المتابعات الفردية وهذا الإجراء يتمشى وتوفير الموارد المالية للمقاوله لأن من شأن السماح للدائنين رفع دعاوى أمام القضاء أو اتخاذ إجراءات التنفيذ أن يؤثر سلباً على الوضعية المالية للمقاوله عن طريق بيع بعض العقارات التي قد تكون ضرورية لاستمرار نشاط المقاوله.

أضف إلى ذلك، ومن أجل توفير الموارد اللازمة للمقاوله فإن المشرع اتخذ بعض الإجراءات من شأنها تشجيع الدائنين على مساعدتها بعد صدور الحكم القاضي بافتتاح المسطرة، حيث أعطى لهؤلاء الدائنين امتيازاً ولو على حساب الدائنين الحاملين لضمانات عقارية قبل صدور الحكم، وهذا يجد أساسه في كون تسوية المقاوله تكون في حاجة ماسة إلى تمويل وإقبال الدائنين على تقديم قروض لفائدة المقاوله لا يمكن أن يتم إلا إذا كان لهم اليقين بأن ديونهم سيتم أدائها في تاريخ استحقاقها بالأولوية على حساب باقي الدائنين السابقين لصدور الحكم ولو تعلق الأمر بأصحاب الضمانات العينية العقارية.

وبناء على ما سبق، فإن القيود المفروضة على الدائنين لفائدة المقاوله إما تكون غايتها الحفاظ على بعض العقارات المملوكة للمقاوله التي قد تعتبر ضرورية لاستمرار نشاطها في انتظار إيجاد حل مناسب لها، ويتجلى ذلك في إيقاف المتابعات الفردية وإجراءات التنفيذ على العقار (المطلب الأول)، أو تكون غايتها توفير الموارد المالية للمقاوله من خلال تشجيع الدائنين على تقديم قروض لفائدة المقاوله مقابل منحهم امتيازاً ولو على حساب الدائنين الحاملين لضمانات قبل صدور الحكم (المطلب الثاني).

¹⁹⁴ - Corinne Saint-Alary -Houin : op.cit., p:291.

المطلب الأول

أثر إيقاف ومنع المتابعات الفردية على الدائنين المرتهنيين

يترتب على صدور حكم قاضي بافتتاح مسطرة صعوبات المقاوله وقف جميع الإجراءات الفردية ضد المدين ويحل السنديك محل الدائنين باعتبار له الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم¹⁹⁵، هؤلاء الذين يتعين عليهم التصريح بديونهم إلى السنديك داخل الأجل القانوني المحدد.

ولعل الغاية من مبدأ إيقاف المتابعات الفردية ضد المدين الحيلولة دون تسابق الدائنين فرادى في مقاضاة رئيس المقاوله والتنفيذ على أمواله مخافة الإخلال بمبدأ المساواة بينهم¹⁹⁶، كما يسهم هذا المبدأ في تحديد خصوم المقاوله يوم صدور الحكم، مثلما يسمح أيضا في إعداد الموازنة الاقتصادية والاجتماعية وكذا مشروع مخطط إنقاذ المقاوله¹⁹⁷، فإعطاء الحق للدائنين الحاملين ل ضمانات في مقاضاة المدين من شأنه أن يعرقل مهمة السنديك المتمثلة في إعداد تقرير يتعلق بالموازنة المالية للمقاوله، وبالتالي يصعب إيجاد الحل المناسب لتسوية المقاوله.

لهذا كان من الطبيعي على المشرع المغربي أن ينص على عدم اتخاذ الإجراءات الفردية من قبل الدائنين قصد مقاضاة المدين المتوقف عن الدفع في انتظار إيجاد الحل المناسب لوضعية المقاوله، ويتجلى ذلك في منع الدائنين الحاملين ل ضمانات عينية عقارية في رفع دعاوى قضائية ترمي إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال أو فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال خاصة في حالة عدم كفاية ثمن العقار محل الضمان أو ضعف التأمينات العينية المقدمة (الفقرة الأولى)، وكذا منع وإيقاف إجراءات التنفيذ على عقارات المدين محل الضمان العيني (الفقرة الثانية).

¹⁹⁵ - لقد نصت المادة 642 من مدونة التجارة على أنه " للسنديك وحده الصفة للتصرف باسم الدائنين ،ولفائدتهم مع مراعاة الحقوق المعترف بها للمراقبين"

¹⁹⁶ - امحمد لفروجي : مرجع سابق، ص: 159.

¹⁹⁷ - Corinne Saint-Alary –Houin : op.cit., p: 384.

الفقرة الأولى: أثر إيقاف ومنع الدعاوى القضائية على أصحاب الضمانات

العينية العقارية

قد يظهر لأول وهلة أن إيقاف الدعاوى القضائية لا أثر له على الدائنين الحاملين ل ضمانات عينية عقارية، وإنما يهم الدائنين العاديين على أسس أن الدائنين المرتهنيين يباشرون مسطرة تحقيق الرهن وليس دعوى الأداء تلك التي يكون موضوعها المطالبة بمبلغ مالي، لكن نبادر بالقول بأن ليس هناك ما يمنع الدائنين المرتهنيين من رفع دعوى الأداء في حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من ثمن العقار المضمون أو ضعف التأمينات العينية المقدمة، وهذا ما يستفاد من مضمون المادة 193 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها "إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع فيما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي" بل الأكثر من ذلك، فإن محكمة النقض قد أعطت الحق للدائن المرتهن الجمع بين مسطرة تحقيق الرهن ومسطرة الأداء في آن واحد، وهكذا فقد جاء في قرار صادر عنها¹⁹⁸ "حيث إن القرار علل قضاءه بأن الدائن لا يمكنه الجمع بين مسطرة تحقيق الرهن ومسطرة الأداء في آن واحد قياسا على قاعدة الفصل 1223 من ق.ل.ع.

في حين أنه ليس هناك أي مقتضى قانوني يحول دون المرتهن رهنا رسميا، وإمكانية سلوك مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، وإقامة دعوى الأداء مادام أن أموال المدين هي ضمان عام لدائنيه بمقتضى الفصل 1241 من ق.ل.ع فضلا على أن مآل مسطرة تحقيق الرهن، ودعوى الأداء هو التنفيذ على المدين في حدود مبلغ الدين، وليس اقتضاء الدين مرتين، مما يجعل القرار غير مرتكز على أسس، وعرضه للنقص"

و على أي حال، فمادام أن الدائنين المرتهنيين لهم الحق في رفع دعوى قضائية يكون موضوعها المطالبة بمبلغ مالي، فإنهم مشمولون بقاعدة إيقاف الدعاوى القضائية بعد صدور الحكم القاضي بافتتاح مساطر صعوبات المقاول.

وهكذا، فإن المشرع المغربي كان في ظل القانون التجاري الملغى يستثني الدائنين أصحاب حقوق الامتياز الخاصة والتأمينات الخاصة من قاعدة إيقاف الدعاوى القضائية¹⁹⁹، وذلك على غرار ما كان ينهجه المشرع الفرنسي من خلال المادة 35 من قانون 13 يوليوز 1967 الفرنسي الملغى²⁰⁰، غير أنه في ظل مدونة التجارة أصبح

¹⁹⁸ - قرار رقم 33 بتاريخ 2009/01/07، ملف تجاري عدد: 1332 - 1.3 - 2007، منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، عدد 4، السنة 2011، ص: 181.

¹⁹⁹ - امحمد لفروجي : مرجع سابق، ص : 167.

²⁰⁰ - لقد نص على ما يلي: ===

الدائنون الحاملون لضمانات عينية عقارية تسري عليهم قاعدة إيقاف ومنع الدعاوى القضائية بمجرد صدور الحكم القاضي بافتتاح مساطر معالجة الصعوبات.

وتبعاً لذلك، فقد نصت المادة 653 من مدونة التجارة على أنه ²⁰¹ "يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى :

- الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال .

==» « Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens suspend toute poursuite individuelle tant sur les immeubles que sur les meubles de la part des créanciers dont les créanciers nées avant le jugement constatant le cassation des paiement ne sont pas garanties par un privilège spécial, un nantissement ou une hypothèque sur les dits biens ».

انظر بهذا الخصوص:

- امحمد لفروجي : مرجع سابق، هامش رقم 2، ص: 159 .

²⁰¹ . وقد يثار التساؤل عن مدى إمكانية تقييد أو إيداع الحكم القاضي بفتح المسطرة بالرسم العقاري أو مطلب

التحفيظ ، أم يتم ترتيبه بملف الشركة ؟

جواباً عن هذا الإشكال يمكن القول بأن المشرع المغربي التزم الصمت في إطار مدونة التجارة، وعلى خلاف ذلك قد نص صراحة على ضرورة تقييد هذا الحكم بالسجل التجاري طبقاً للمادتين 49 و 569 من م.ت، وبالرجوع إلى الفصل 65 من ظ.ت.ع الذي حدد التصرفات والوقائع والمحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري والأحكام القضائية الواجب تقييدها متى كان موضوع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وعليه فإن المشرع نص على إمكانية تقييد الحكم القاضي بفتح المسطرة على الرسم العقاري، على اعتبار أنه أجاز تقييد الأحكام القضائية ، نظراً لكون الحكم القاضي بفتح المسطرة يرتب نفس آثار الحجز التنفيذي باستثناء منع التصرف (الفصل 87 من ظ.ت.ع) خاصة إيقاف ومنع كل طريقة للتنفيذ يقيمها الدائنون على عقارات المدين حسب مقتضيات المادة 653 من م.ت، وكذا منع تقييد الرهون الرسمية والحيازية بعد الحكم بفتح المسطرة (المادة 666 من م.ت)، ولا يطبق هذا المنع أو الإيقاف على الدائنين ذوي دين لاحق لصدور الحكم القضائي ، ومن ثمة بات من الطبيعي تقييد هذا الحكم بالرسم العقاري وكذا إيداعه بمطلب التحفيظ بدل ترتيبه بملف الشركة ، على أسس أنه لا يمكن للمحافظ رفض تقييد أو إيداع حجز تحفظي أو إنذار عقاري أو حجز تنفيذي بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة إلا بعد تقييد هذا الأخير بالسجلات العقارية .

لكن يجب أن يتضمن منطوق الحكم القضائي رقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ التي تملكه المقولة المفتوح في مواجهتها مسطرة معالجة الصعوبات والإذن للسيد المحافظ بتقييد أو إيداع الحكم القضائي.

ويثار التساؤل كذلك عن مدى إمكانية إعفاء تقييد أو إيداع الحكم القضائي من رسوم المحافظة العقارية ؟

وجواباً عن هذا الإشكال يمكن القول أن مدونة التجارة لا تنص على أي مقتضى يعفي تقييد أو إيداع الحكم القضائي من رسوم المحافظة العقارية ، وحيث أن المبدأ هو أداء رسوم المحافظة العقارية عن كل تقييد أو إيداع بالسجلات العقارية ، وأن الإعفاء استثناء يجب أن تقتضي به النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بناء على المادة الأولى من المرسوم المؤرخ في 18 يوليو 2016 المتعلق بتحديد تعريف وجبات المحافظة العقارية، فإن تقييد أو إيداع الحكم القضائي يخضع لوجبة ثابتة (عن كل عقار) قدرها 500 درهم وفقاً لمقتضيات الفقرة == "ب" من الباب الثاني من المرسوم المشار إليه أعلاه ، على أسس أن هذا الحكم القضائي يدخل ضمن الوقائع غير قابلة للتقييم كالتقييد الاحتياطي وغيره

- فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال..."

وبهذا يكون المشرع المغربي سار على نفس النهج الذي تبناه المشرع الفرنسي من خلال المادة II - 21-622 من مدونة التجارة²⁰².

يلاحظ من قراءة المادة أعلاه، أنه بمجرد صدور حكم قاضي بافتتاح مساطر صعوبات المقاولات يمنع على الدائنين المرتتهين أو أصحاب الامتيازات العقارية الناشئة ديونهم قبل صدور هذا الحكم أن يرفعوا دعوى قضائية يكون موضوعها المطالبة بمبلغ مالي أو فسخ العقد لعدم أداء مبلغ من المال، وعليه فإن الدعاوى القضائية التي يطالها المنع أو الإيقاف على نوعين، دعوى قضائية تكون غايتها المطالبة بمبلغ مالي، بحيث لا يمكن للدائن أن يرفع دعوى الأداء أو يجب إيقافها في حالة ما إذا كانت جارية أمام القضاء، ولا يبقى له إلا التصريح بدينه²⁰³، ودعوى قضائية يكون موضوعها فسخ العقد لعدم أداء مبلغ من المال²⁰⁴، بحيث لا يمكن للدائن المرتتهن المطالبة بفسخ عقد الرهن سواء كان دائنًا مرتتهنًا حيازيا أو رسميا لعدم أداء مبلغ من المال.

والظاهر أن مبدأ إيقاف أو منع الدعاوى القضائية بعد صدور الحكم له ما يبرره بالنسبة للدائنين العاديين لأن من شأن رفع دعاوى فردية حصول بعض الدائنين على حقهم على حساب البعض الآخر، وهذا فيه إخلال بمبدأ المساواة المقرر لهم عند التنفيذ على أموال المدين، باعتبارها ضمان عام ليستوفون منه حقوقهم دون أولوية أو أفضلية لبعضهم على البعض²⁰⁵، ونفس الأمر ينطبق على الدائنين الحاملين ل ضمانات عينية عقارية لأنهم يرفعون دعوى قضائية بمثابة دائنين عاديين في حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من ثمن العقار المضمون أو في حالة ضعف التأمينات المقدمة لهم على سبيل الضمان، أضف إلى ذلك، فإن رفع دعوى قضائية قصد أداء مبلغ مالي أو

²⁰² - Corinne Saint-Alary-Houin : op.cit., p: 384.

²⁰³ - ولقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " ...أنه بخضوع المقاولات المالكة الأصلية لمسطرة التصفية القضائية يجعل كل دين بذمتها ينظم بأحكام المادة 686 من مدونة التجارة التي أوجبت على الدائنين التصريح بديونهم للسنديك داخل أجل وهو ما سلكته الإدارة ... مما تكون معه حقوقها محفوظة في حدود المبلغ المصرح به ويستخلص من ثمن العقار وفق ترتيب الدائن.."

- قرار عدد: 59 ، المؤرخ في 26 | 1 | 2012 ، ملف إداري عدد: 2010.1.4.1224 (غير منشور).

انظر أيضا:

- قرار محكمة النقض عدد: 404، المؤرخ في 31 | 3 | 2004، ملف تجاري عدد: 2003.1.3.1302، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 150، ص: 218 وما يليها.

²⁰⁴ - Corinne Saint-Alary-Houin : op.cit., p:387.

²⁰⁵ - امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص: 161.

فسخ عقد لعدم أداء مبلغ مالي من شأنه أن يؤثر سلباً على الوضعية المالية للمقاول، وقد يعرقل عمل السنديك فيما يخص إعداد تقرير للموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاول الأمر الذي يحول دون إيجاد حل مناسب لوضعيتها المالية.

وإذا كان المشرع قد نص صراحة على إيقاف الدعاوى القضائية إذا شرع فيها قبل صدور الحكم القاضي بافتتاح المسطرة، فإن التساؤل يثار في حالة صدور حكم غير نهائي لفائدة الدائن ضد المدين، أي الحكم لم يحز قوة الشيء المقضي به بعد؟

قد انقسم الفقه بخصوص هذه النقطة إلى اتجاهين، حيث ذهب الرأي الأول إلى إمكانية الدائن في إتباع إجراءات الطعن في الحكم عن طريق التعرض أو الاستئناف دون الخضوع لإجراءات المنازعة المنصوص عليها في القانون التجاري، في حين يرى البعض بأنه يتعين على الدائن إتباع القواعد المتضمنة بالقانون التجاري والتي تقضي بتصريح الدائن بدينه لدى السنديك²⁰⁶، ويبرر هذا الفقه موقفه " حرمان الدائن من رفع الدعاوى بعد الإفلاس يقتضي أيضاً حرمانه من الطعن بالمعارضة أو الاستئناف في الحكم الذي صدر قبل الإفلاس، ومتى تعطل حق الدائن أو المدين في استيفاء درجات التقاضي في أي مرحلة من مراحلها فقد وجب عدم التحويل على الإجراءات التي سبق اتخاذها وتعيش معالجة الأمر من جديد في كنف القواعد التي رسمها مشرع الإفلاس فيتقدم الدائن بدينه في التفليسة ويطرحه على التحقيق تمهيدا لقبوله أو رفضه".²⁰⁷

ونعتقد بخصوص هذا الإشكال بأنه بالرغم من عدم دقة ووضوح المادة 653 من مدونة التجارة فإنها تشمل أيضاً حتى إيقاف إجراءات الطعن في حالة استصدار حكم قضائي غير نهائي بين الدائن والمدين بدليل أن المشرع استعمل عبارة " يوقف... كل دعوى قضائية" وعليه ينبغي تفسيرها تفسيراً واسعاً، لأن ذلك يتماشى والغاية التي من أجلها تم إقرار مبدأ إيقاف الدعاوى القضائية، كما أن الأمر لا ينطبق على إيقاف الدعاوى القضائية الجارية أمام المحكمة التجارية، بل حتى الدعاوى القضائية أمام محكمتي الاستئناف والنقض، مما ينبغي معه القول بأن حتى إتباع إجراءات الطعن ضد الحكم مشمولة بقاعدة إيقاف الدعاوى القضائية.

وعلى خلاف ما سبق، فإن مبدأ إيقاف أو منع الدعاوى القضائية لا يسري في مواجهة الدائنين الناشئة ديونهم بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة صعوبات المقاول بدليل دلالة المخالفة لمقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة والتي جاء ضمن مقتضياتها " يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها

²⁰⁶ - محمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 178.

²⁰⁷ - محمد سامي مذكور وعلي حسن يونس: الإفلاس، دار الفكر العربي، القاهرة، السنة 1961، فقرة 222، ص: 283، أشار إلى ذلك محمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 178.

الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور... " و هذا أمر منطقي لأنه لا يمكن تصور تشجيع الدائنين لتمويل المقاوله عن طريق حق الامتياز المخول لهم طبقا للمادة 575 من مدونة التجارة ومنعهم من رفع دعاوى قضائية إذا لم يف المدين بالدين عند تاريخ الاستحقاق.

أضف إلى ذلك، فإن الدعاوى التي يكون موضوعها إثبات الدين وحصر مبلغه غير مشمولة بقاعدة منع أو إيقاف الدعاوى القانونية الفردية، على أسس أن هذه الدعاوى لن تؤثر على متابعة نشاط المقاوله في ظروف تساعد على تسوية وضعها المالي ولم ينتج عنها استنزاف الأموال اللازمة التي تكون المقاوله في حاجة ماسة إليها، وعليه فإنه بإمكان الدائن مباشرة دعوى إثبات الدين أو متابعتها بعد الشروع فيها قبل صدور الحكم المذكور أعلاه، وهذا ما يستفاد من مقتضيات المادة 654 من مدونة التجارة والتي جاء فيها "توقف الدعاوى الجارية إلى أن يقوم الدائن المدعي بالتصريح بدينه وتواصل آنذاك بقوة القانون، بعد استدعاء السنديك بصفة قانونية، لكنها في هذه الحالة ترمي فقط إلى إثبات الديون وحصر مبلغها"، ويشترط في هذه الدعاوى أن ترفع قبل الحكم القاضي بفتح المسطرة وليس بعد تلك المسطرة.²⁰⁸

الفقرة الثانية: إيقاف ومنع مباشرة إجراءات التنفيذ يمس بالدائنين المرتهنيين

إذا كانت القاعدة تقضي أن للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون وذلك بعد توجيه إنذار رسمي بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي أو للحائز (المادة 215 من مدونة الحقوق العينية)، فإنه سرعان ما يتعلق الأمر بصدور حكم يقضي بافتتاح مساطر الصعوبات يمنع مباشرة إجراءات التنفيذ أو متابعتها تجاه المدين المتوقف عن الدفع.

و هكذا، فإن المشرع المغربي قد نص صراحة من خلال المادة 653 من مدونة التجارة على ما يلي: "كما يوقف الحكم ويمنع كل إجراء للتنفيذ يقيمه هؤلاء سواء على المنقولات أو على العقارات..."، وبهذا يكون المشرع قد تبنى نفس النهج الذي سار عليه القانون الفرنسي²⁰⁹، وعليه فمن تاريخ صدور الحكم القاضي بافتتاح مساطر

²⁰⁸ قرار محكمة النقض عدد: 1214، المؤرخ في 12 | 12 | 2007، ملف تجاري عدد: 1242 | 3 | 1 | 2006. أشار

إليه عمر أزوكار، مرجع سابق، ص: 119.

²⁰⁹ Aux termes de l'article L. 622-21-II du code de commerce.

Voir :

-Corinne Saint-Alary-Houin : op.cit., p: 384.

الصعوبات يمنع على الدائنين الحاملين لضمانات عينية عقارية اتخاذ أي إجراء يهدف إلى التنفيذ على عقارات المدين المتوقف عن الدفع أو متابعتها بعد الشروع فيها قبل صدور الحكم المذكور.

وعلى خلاف ذلك، فإن أصحاب الضمانات العقارية الناشئة ديونهم بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة بإمكانهم مباشرة جميع إجراءات التنفيذ ضد المدين²¹⁰. وما يبرر ذلك أن هؤلاء الدائنين يحصلون على ديونهم عند حلول تاريخ استحقاقها، وإلا أمكن لهم الامتناع عن تقديم قروض لفائدة المقاول المتعثرة في حالة معرفتهم مسبقاً بأنهم مشمولون بمبدأ إيقاف إجراءات التنفيذ²¹¹.

والظاهر أن الغاية من إيقاف أو منع إجراءات التنفيذ بعد صدور حكم القاضي بمسطرة افتتاح مساطر المعالجة تكمن على وجه الخصوص في كون التنفيذ على عقار المدين من شأنه أن يخل باستمرار استغلال المقاول المدينة لكونه يعد ضروريا لهذه الاستمرارية، مثلما يمس بمبدأ المساواة بين الدائنين، وهذا يتعارض مع الطابع الجماعي الذي يطفئ على مسطرة المعالجة، ولا يبقى للدائن المرتهن سوى التصريح لدى السنديك بدينه طبقاً للمواد 686 إلى 690 من مدونة التجارة²¹².

و بالرجوع إلى مقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة نجد أنها تضمنت عبارة "يوقف الحكم ويمنع كل إجراء للتنفيذ...." من هنا يثار التساؤل عن مدى تصنيف الإنذار العقاري والحجز التحفظي ضمن إجراءات التنفيذ المشمولة بمقتضيات المادة أعلاه؟

²¹⁰ - Marie-Laure Coquelet : Entreprises en difficulté , instrument de paiements et de crédit, Dalloz, année 2006, p:189.

²¹¹ . وتطبيقاً لذلك قد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي " وحيث أنه لذلك فإن الديون الناشئة بصفة قانونية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية وفي الوقت الذي تكون فيه مثبتة ومستحقة الأداء يمكن المطالبة بها مباشرة من رئيس المقاول أو السنديك إن كان هو المسير دونما حاجة إلى تصريح أو تسجيل .

كما أن هذا الدين لا يخضع لقاعدة وقف المتابعات الفردية ولا لقاعدة وقف سريان الفوائد المنصوص عليها على التوالي في المواد من 653 إلى 656 ومن 659 إلى 660 من مدونة التجارة وبالتالي يمكن المطالبة به وفق الطرق القانونية العادية".

- قرار عدد: 2000/2062، المؤرخ في 10/10/2000، ملف عدد: 11/2000/1510، منشور بالموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.com، تاريخ المراجعة 20 | 12 | 2017.

²¹² - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفلس عدد: 1143، المؤرخ في 24/10/2002، ملف عدد: 431/2004، منشور بمجلة المعيار عدد 29، السنة 2003، ص: 202 وما يليها.

أشار إليه: عبد العلي حفيظ: العمل القضائي في الحجز التنفيذي العقاري، دار القلم، الرباط، 2010، ص: 382.

أما فيما يخص الإنذار العقاري فإنه مشمول بمقتضيات المادة أعلاه على اعتبار أنه بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره، مما يتعين معه وقف إجراءات الإنذار العقاري لأنه في هذه الحالة قد يحول دون التوصل إلى إيجاد حل مناسب لتسوية وضعية المقاول و يترتب عنه مباشرة بيع العقار على يد القضاء وتوزيع ثمنه على الدائنين حسب رتبته، في حين قد يكون العقار موضوع الإنذار ضروريا لاستمرار نشاط المقاول، وهكذا قد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفلس²¹³ حيث إن الدين المطلوب سابق عن الحكم بفتح المسطرة، كما أن الإنذار العقاري يعد من إجراءات التنفيذ، ما يتعين معه وقف إجراءات الإنذار العقاري لأن من شأن تنفيذه أن يخل باستمرار استغلال المقاول المدينة نتيجة التنفيذ على عقارها..."

وعلى خلاف ذلك، يبقى الحجز التحفظي الذي يلجأ إليه الدائن العادي باعتبار أموال المدين ضمان عام لدائنيه أو قد يتخذه الدائن المرتهن في حالة عدم كفاية الأموال محل الضمان العيني أو في حالة ضعف الضمانات المقدمة إليه غير مشمول بمبدأ إيقاف أو منع إجراءات التنفيذ طبقا للمادة 653 من مدونة التجارة، على اعتبار أنه مجرد إجراء وقتي لا يترتب عليه سوى وضع يد القضاء على عقارات المدين ومنعه من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا أو بعوض باطلا (الفصل 453 من ق.م.م.)، ولا يعطي للدائن الحق في بيع أموال المدين إلا بعد سلوكه مسطرة الحجز التنفيذي هذه الأخيرة تبقى مشمولة بمبدأ الإيقاف والمنع.

وما يبرر هذا التوجه ما جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " ...في حين ينص الفصل 453 من ق.م.م. على أنه " لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات و العقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر..." وأنه وإن كانت نصوص المسطرة المدنية تحدث عن الحجز التحفظي في القسم المخصص لطرق التنفيذ فإنه (الحجز التحفظي) في مفهوم المادة 653 من م.ت التي تمنع وتوقف كل إجراء للتنفيذ بعد الحكم بفتح المسطرة للحصول على الديون الناشئة قبله، لا يعد إجراء تنفيذا من قبيل البيع أو الحجز التنفيذي المؤدي للبيع حتى يدخل في عداد الإجراءات التي يمنعها أو يوقفها الحكم بفتح المسطرة وإنما هو مجرد إجراء تحفظي لا تأثير له على سير المسطرة الجماعية وعلى المحجوز عليه بل فيه حفظ لحقوق جميع الدائنين الذين انتقلت حقوقهم للعقار المأمور برفع الحجز عنه

²¹³ - قرار عدد: 1143، المؤرخ في 2002/10/24، ملف عدد: 431/2002، منشور بمجلة المعيار، العدد 1 29، السنة 2003، ص 202 وما يليها، أشار إليه عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص: 382.

خلال هذه المرحلة ولو وصلت مسطرة الصعوبة لمرحلة تنفيذ مخطط الاستثمارية غير المتعارضة مع بقاء الحجز مما يكون معه القرار المطعون فيه الذي قضى بسريان مقتضيات المادة 653 المذكورة على إجراء الحجز التحفظي خارقا للمقتضيات المحتج بخرقها عرضة للنقض " ²¹⁴.

أضف إلى ما سبق، فإن صدور الحكم بفتح المسطرة يؤدي إلى جعل الطلب الرامي إلى التعرض على الإنذار العقاري غير ذي موضوع، وهذا ما كرسته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرار صادر عنها ²¹⁵ والذي جاء ضمن حيثياته " وحيث إنه في باب وقف المتابعات الفردية نصت المدونة في المادة 653 على أن حكم فتح المسطرة يوقف ويمنع كل إجراء للتنفيذ يقيمه الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور، سواء كان هذا التنفيذ منصبا على المنقولات أو على العقارات.

وحيث إنه بناء على ذلك فإن طلب المستأنف عليه الرامي إلى تحقيق الرهن على العقارات المرهونة من قبل الكفلاء يتعين إيقافه استنادا إلى وجود مسطرة جماعية فتحت في حقهما ويستوجب تطبيق مقتضياتها لتعلقها بالنظام العام، وبالتالي فإن الطلب الرامي إلى التعرض على الإنذار العقاري أصبح غير ذي موضوع..."

و بقي أن نشير على أن الفصل 59 من المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 552.67 المؤرخ في 12 دجنبر 1968 المتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقية ²¹⁶ قد خول للمؤسسة الدائنة حيازة العقارات المرهونة وقبض مبلغ المداخل أو الغل قصد أداء الصوائر والأقساط السنوية في حالة تأخر المدين عن الأداء، من هنا يثار التساؤل عن مدى إمكانية استيعاب المادة 653 من مدونة التجارة هذه المزية المخولة للمؤسسة الدائنة، و مدى إمكانية تعطيل صلاحية المؤسسة الدائنة في حيازة العقار المرهون بمجرد صدور حكم يقضي بفتح المسطرة؟

²¹⁴ - قرار عدد: 944، المؤرخ في 10 | 6 | 2010، ملف تجاري عدد: 165 | 3 | 1 | 2009 (قرار غير منشور).
- انظر أيضا :

- قرار محكمة النقض عدد: 1309، المؤرخ في 21 | 12 | 2005، ملف تجاري عدد: 1279 | 3 | 1 | 2004، منشور
بمجلة القضاء والقانون ، العدد 155 ، السنة 2008 ، ص: 205 وما يليها.

²¹⁵ - قرار استئنافي عدد: 402 / 2007 ، الصادر بتاريخ 23/01/2007 في الملف عدد: 14/05/1622
أشار إليه : عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص: 382 وما يليها.

²¹⁶ - للمزيد من التفاصيل انظر:

M'Hamed motik : Le crédit immobilier et Hôtelier du Maroc, mémoire pour l'obtention du Diplôme d'études supérieur en droit privé, Université Mohamed 5, Faculté des Sciences juridiques et économiques et sociales ,Rabat, année 1978.p:68 et s .

يرى البعض²¹⁷ بأن مقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة لم تقم وزنا للدائنين سواء كانوا أصحاب الامتيازات العامة أو الخاصة أو أصحاب الرهون في القيود بين جميعهم في القيام بإجراءات التنفيذ وذلك قصد المحافظة على الموارد المالية للمقاول المتوقفة عن الدفع، وعليه فإن كل المزايا المخولة للمؤسسة الدائنة في إطار المرسوم المذكور أعلاه تتعطل بما في ذلك حيازة العقار مادام الهدف من هذه الحيازة أداء الصوائر والأقساط السنوية المنتهية أجلها.

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار صادر عنها²¹⁸ جاء فيه: "إذا كانت الحيازة قررت للمطلوب بمقتضى مرسوم 68 من أجل استيفاء دينه من دخل العقار، فإن إقرار القرار بعدم أحقية المطلوب في استخلاص دينه بعد الحكم بالتسوية القضائية تتنافى وبقاء الحيازة بيده، إذ بسقوط السبب يسقط المسبب الذي هو الحيازة، مما يكون معه القرار فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه وعرضه للنقض".

مما سبق يتضح أن حيازة العقار المرهون واستخلاص الأقساط السنوية في حالة تأخر المدين الراهن عن الأداء، ولئن كانت تعتبر إجراء تنفيذيا في حد ذاتها ومشمولة بمقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة، فإنه لا ينبغي أن نتجاهل بأنه يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة وذلك لفك الرهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونيا، إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاول (الفقرة الثانية من المادة 657 من مدونة التجارة)، ومن ثمة فاسترجاع حيازة العقار من طرف المدين من يد الدائن يتوقف بالضرورة على أداء مبلغ الدين، وإلا أمكن للدائن الحائز التمسك في ممارسة حق الحبس المخول له قانونا.

المطلب الثاني

امتياز الدائنين اللاحقين على حساب الدائنين السابقين الحاملين لضمانات عينية عقارية

يترتب عن صدور الحكم قاضي بفتح المسطرة، اختلال الوضعية المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاول، ومعه قد يتأثر الدائنون الناشئة ديونهم قبل افتتاح مساطر الصعوبات وقد لا تجازف مؤسسات الائتمان أو الدائنون في تقديم قروض

²¹⁷ - محمد القادري و محمد آيت موح : مرجع سابق، ص : 193 .

²¹⁸ - قرار عدد: 746، المؤرخ في 2002.5.22، ملف تجاري عدد: 843|2000، أشار إليه عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص : 465.

لفائدة المقاوله نظرا لتدهور الوضع المالي للمقاوله ولو التزم رئيس المقاوله بتقديم ضمانات عينيه لفائدة الدائنين.

غير أن المشرع المغربي - وعلى غرار التشريع الفرنسي²¹⁹ - جاء بمقتضى قانوني جديد رغبة منه في تشجيع الدائنين من جهة، وفي توفير الموارد المالية للمقاوله وتأمين استمراريته من جهة أخرى، وقد تمثل ذلك في منح الدائنين الناشئة ديونهم بعد صدور الحكم امتيازاً على حساب باقي الدائنين السابقين لصدور الحكم المذكور ولو تعلق الأمر بأصحاب الامتيازات والدائنين المرتهنيين، وفعلاً قد نصت المادة 575 من مدونة التجارة على أنه "يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو ضمانات."²²⁰

والذي يظهر من خلال المادة أعلاه أن منح حق الأفضلية لفائدة الديون الناشئة بعد صدور الحكم من شأنه أن يساهم في تشجيع مؤسسات الائتمان وكافة المتعاملين مع المقاوله على تقديم يد المساعدة لهذه الأخيرة، وبمقابل ذلك يكون هؤلاء الدائنين مطمئنين في استرجاع أموالهم عند تاريخ استحقاقها في جميع مراحل مسطرة التسوية القضائية بل حتى في حالة التصفية القضائية²²¹.

وإذا كان الدائنون الناشئة ديونهم بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة لهم حق الأفضلية في استيفائها قبل أصحاب الضمانات العقارية العينية السابقين لصدور الحكم، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مدى تعطيل الحقوق المقررة للدائنين الممتازين (الفقرة الأولى) والدائنين المرتهنيين (الفقرة الثانية) في ظل تطبيق المادة 575 من مدونة التجارة؟

²¹⁹ -- « les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie ou débiteur, pendant cette période, sont payés à leur échéances ;

II-« lorsqu'elles ne sont pas payés à l'échéance. Ces créances sont payées pour privilège avant toutes autres créances, assorties ou non assorties de privilèges ou sûretés,... » l'article L. 622-17 du code de commerce .L'article L. 622-17 du code de commerce »...

²²⁰ - والذي يجب الإشارة إليه أن مشروع القانون القاضي بتغيير وتتميم الكتاب الخامس من مدونة التجارة أدخل تعديلاً على مقتضيات المادة 575، بحيث تم توضيح المقصود من الديون الناشئة بعد فتح المسطرة من أجل رفع اللبس والتضارب بشأنها، وهكذا قد أضيفت إلى المادة المذكورة فقرة ثانية :

" وفقاً للقواعد المقررة في القسم الثاني عشر من الكتاب الثاني من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود والقانون بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية والمادة 365 من هذا القانون وباقي مقتضيات الخاصة الأخرى"

²²¹ - ادريس العمراني : مرجع سابق ، ص: 29.

الفقرة الأولى: امتياز الدائنين اللاحقين على حساب أصحاب الامتيازات

العقارية

لقد عرف المشرع المغربي من خلال الفصل 1243 من ظ.ل.ع أن الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين، وهذا الأخير مقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون رسمية (الفصل 1244 من ظ.ل.ع)، وفعلا لقد كرس هذا التعريف في إطار المادة 142 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها بأن "الامتياز حق عيني تبغي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتتهنين".

ويرى الفقه²²² أن حق الامتياز "سلطة مباشرة يقررها القانون لأصحاب الديون الممتازة مراعاة منه لصفات ديونهم، وهي تقع على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على منقول معين أو على عقار معين منها ويخول للدائن أن يرجع على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن الأموال في أي يد تكون".

والذي يظهر من خلال تحليل التعاريف السابقة بأن صاحب حق الامتياز يستوفي دينه من ثمن الأموال محل الضمان العيني بالأولوية على باقي الدائنين سواء كانوا عاديين أو مرتتهنين ، غير أنه سرعان ما يتعلق الأمر بنظام صعوبات المقاولات فإن الدائنين اللاحقين لصدور الحكم تؤدي ديونهم بالأفضلية و لو على حساب أصحاب الامتيازات العقارية.

وإذا كانت المادة 144 من مدونة الحقوق العينية قد حددت حقوق الامتياز العقارية في المصاريف القضائية وحقوق الخزينة العامة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها، فإنه بالرجوع إلى مدونة تحصيل الديون العمومية لا وجود لحقوق الامتياز العقارية لفائدة الخزينة العامة كما بينا سابقا، وعليه فإن حقوق الامتياز العقارية تشمل فقط المصاريف القضائية من أجل تحقيق إجراءات قضائية.

وارتباطا بمقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة فإن الديون الناشئة بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة تؤدي بالأسبقية قبل المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار على يد القضاء، ومن ثمة فإن الدائن العادي أو الدائن المرتتهن تعطى

²²² - سليمان مرقس: التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، الطبعة الثانية ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، السنة 1959: ص 514.

أشارت إليه فاطمة الزهراء الصحراوي: حقوق الامتياز في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2001-2002، ص: 17.

له حق الأسبقية في استيفاء دينه إذا نشأ دينه بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، بصفة قانونية بشرط أن تكون المصاريف القضائية قد أنفقت من أجل تحقيق إجراءات قضائية قبل صدور الحكم المذكور.

وعلى خلاف ذلك، فإن المصاريف القضائية لبيع العقار المرهون والناشئة بعد صدور الحكم يتم سدادها بالأولوية على حساب الدائنين المرتهنين وباقي الدائنين، وبالرغم من عدم دقة ووضوح مقتضيات المادة 575 من م.ت بخصوص تحديد مرتبة الدائنين فإنه في هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة، بحيث يتم سداد المصاريف القضائية بالأولوية إعمالاً لمقتضيات المادة 142 من مدونة الحقوق العينية، ويأتي في المرتبة الثانية الدائن المرتهن حسب رتبة تقييده بالرسم العقاري طبق منطوق المادة 197 من مدونة الحقوق العينية، أما إذا تعلق الأمر بعقار في طور التحفيظ فإن الرتبة تحدد حسب تاريخ إيداع عقد الرهن طبق الفصل 84 من ظ.ت.ع كما تم تمييزه وتغييره ففي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار صادر عنها²²³ أن الدائن المرتهن الذي أودع عقد الرهن طبقاً للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، له أولوية في التوزيع على الدائن المرتهن رهناً حيازياً للعقار موضوع مطلب التحفيظ، الذي باشر إجراءات تصفية الرهن على العقار المذكور، مؤكدة بأنه كان على الدائن المرتهن الحائز للعقار من أجل الحفاظ على مرتبة حقه أن يلجأ إلى مسطرة التعرض طبقاً للفصل 24 من ظ.ت.ع، أو إلى مسطرة الإيداع في سجل التعرضات طبقاً للفصل 84 من نفس الظهير، ثم يأتي بعد ذلك الدائنين العاديين".

ولعل غاية المشرع من خلال منح الدائنين اللاحقين لصدور الحكم حق الأسبقية في استيفاء الديون يظهر على وجه الخصوص في كون تسوية المقايضة تكون في حاجة ماسة إلى التمويل، وإقبال الممولين على تقديم قروض لفائدة المقايضة لا يمكن أن يتم إلا إذا كان لديهم يقين بأن ديونهم يتم سدادها عند تاريخ استحقاقها بالأسبقية على باقي دائني المقايضة،²²⁴ كما تكمن الغاية في ضمان وتأمين استمرارية نشاط المقايضة في انتظار إيجاد حل مناسب لتسوية وضعية المقايضة، لأنه لا يمكن التوصل إلى هذا الحل إلا عن طريق توفير الموارد المالية للمقايضة، ولا يمكن الحصول على هذه الموارد المالية إلا بتشجيع الدائنين لمد يد المساعدة للمقايضة، وفعلاً فإن الدائنين لا يجازفون بتقديم قروض لفائدة المقايضة إلا بفعل حق الامتياز المنصوص عليه في المادة السابقة.

²²³ قرار عدد: 601 مؤرخ في 1927/07/05، أشار إليه عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص: 363.

²²⁴ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 7 .

غير أن حماية المقاول بمقتضى المادة 575 من مدونة التجارة والتي من شأنها أن تسهم في توفير الموارد المالية تمس بالحقوق المقررة طبقاً للقواعد العامة لأصحاب الامتيازات العقارية بمقتضى المادة 142 من مدونة الحقوق العينية، فإذا كانت المصاريف القضائية يتم إنفاقها من أجل بيع العقار وتوزيع ثمنه على الدائنين وذلك حسب رتبة كل واحد منهم، فإن استيفاء الدائنين اللاحقين لصدور الحكم دينهم بالأسبقية على حساب المصاريف القضائية الناشئة قبل صدور الحكم أمر غير منطقي، لأنه لولا المصاريف القضائية لما تم بيع العقار وتوزيع ثمنه على الدائنين، فكان من الممكن منح حق الأفضلية للمصاريف القضائية .

ويمكن القول بأن المسلس الذي يطال أصحاب الامتيازات العقارية الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم دفع القضاء إلى التضييق من المجال الزمني لتطبيق حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة، وهكذا فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفلس²²⁵ "وحيث إن كانت هناك ديونا ناشئة قبل فتح المسطرة وأخرى بعد حصر المخطط، فإن هناك ديونا نشأت بعد فتح مسطرة التسوية القضائية مما تكون معه هذه الأخيرة مشفوعة بالامتياز المنصوص عليه بمقتضى المادة 575 من م.ت، إلا أن المجال الزمني لتطبيق الامتياز المذكور هو التاريخ الذي تنشأ فيه هذه الديون خلال المرحلة الانتقالية الفاصلة ما بين حكم التسوية القضائية وحكم حصر مخطط الاستمرارية ولا يبقى مجال لتطبيق حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 575 من م.ت إما بصدور حكم حصر مخطط الاستمرارية أو التفويت أو الحكم بالتصفية القضائية، ومن ثمة فإن الدين الممتاز طبقاً للمادة 575 من م.ت بالنسبة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هو الدين الذي نشأ له خلال الفترة الانتقالية وليس بعدها أو قبلها وهو ما اقترحه السنديك ونص عليه الأمر المستأنف".

وعلى خلاف ما سبق، فإن المصاريف القضائية كحق من حقوق الامتياز يتم سدادها بالأولوية إذا نشأت بعد صدور الحكم القاضي بالتسوية القضائية لكون المادة 575 من مدونة التجارة جاءت عامة ولم تقتصر على الديون الناشئة بإرادة الأطراف فحسب، بل تشمل حتى الديون التي تنشأ بمقتضى القانون بعيداً عن إرادة الأطراف أو قد تأتي في المرتبة الثانية بعد الدائنين اللاحقين لصدور الحكم في حاله ما إذا كانت ناشئة قبل صدور الحكم المذكور.

²²⁵ - قرار عدد: 49 الصادر بتاريخ 2008/07/16، ملفان عدد 07/88 ، 07/90 منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 4، السنة 2011 ، ص: 276.

الفقرة الثانية: امتياز الدائنين اللاحقين على حساب الدائنين المرتهنيين السابقين

إذا كان الدائن المرتهن يستوفي دينه من ثمن الملك موضوع الضمان العيني بالأولوية وذلك حسب رتبة تقييده بالرسم العقاري أو إيداعه طبقا للفصل 84 من ظ.ت.ع بالنسبة للعقار الذي في طور التحفيظ، إلا أنه يتم تعطيل حق الأولوية المقرر لفائدته بمجرد صدور الحكم القاضي بالتسوية القضائية بمقتضى حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة والتي نصت على أنه "يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية، بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء أكانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات".

واضح من المادة أعلاه، أن الدائن المرتهن الناشئة ديونه قبل صدور الحكم القاضي بالتسوية القضائية لا يستوفي دينه إلا بعد أداء ديون الدائنين اللاحقين لصدور الحكم سواء كانوا مرتهنيين أو عاديين²²⁶، وكذا أداء المصاريف القضائية الناشئة قبل صدور الحكم إعمالا لمقتضيات المادة 142 من مدونة الحقوق العينية، وهذا ما يؤشر على تدهور مركز الدائن المرتهن بحيث يصبح حظه ضئيلا في استيفاء دينه فقد

²²⁶ . وقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " لكن حيث ولئن كانت المادة 575 من م.ت.تص على أنه " يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية، بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات" إلا أن المقتضى المذكور يطبق في حالة المنازعة بين أصحاب الديون الناشئة قبل فتح المسطرة والذين نشأت ديونهم بعد فتحها بصفة قانونية إذ يتمتع الآخرون بامتياز الحصول على ديونهم بالأسبقية على الأولين، أما في حالة ما إذا كان أصحاب الديون الناشئة بعد فتح المسطرة متعددون وكانت الأموال الناتجة عن عملية بيع الأصول لا تكفيهم جميعهم فإنهم يخضعون لمسطرة التوزيع وفق مراتب امتياز دينهم التي يحددها القانون ..."

- قرار عدد: 118، المؤرخ في 2010.01.21، في الملف عدد: 2009.3.3.865، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، الجزء 5، السنة 2010، ص: 161.

حقا، إن الماد 575 من م.ت.ت.تص تعطي حق الأفضلية في استيفاء الديون للدائنين اللاحقين لصدور الحكم على حساب الدائنين السابقين لصدور الحكم، غير أنه في حالة تعدد الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح المسطرة وكانت أموال منتوج البيع غير كافية للوفاء بجميع الديون، فإن في هذه الحالة ينبغي تطبيق القواعد العامة المتعلقة بحق الأفضلية في استيفاء الديون خاصة تلك المنصوص عليها في إطار ظهير الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية وباقي القوانين الخاصة ، حيث تأتي في المرتبة الأولى الديون الممتازة ثم المرتبة الثانية الديون المضمونة برهن وتأتي في المرتبة الأخيرة الديون العادية، وخير دليل على ذلك أن المشرع المغربي قد أعطى الحق للقاضي المنتدب قصد الترخيص لرئيس المقاول أو للسنديك بتقديم رهن رسمي أو رهن (المادة 578 من م.ت.ت.تص)، وتبعاً لذلك فإن هذا الرهن يضمن للدائن المستفيد منه حق الأفضلية في استيفاء دينه على حساب الدائنين العاديين الناشئة ديونهم بعد فتح المسطرة، ولا يمكن اللجوء إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة إلا إذا تعلق الأمر بديون في مرتبة واحدة.

يسترجع دينه بالكامل أو جزئيا أو قد لا يستوفي دينه بالمرة في حالة تعدد الدائنين المستفيدين من حق الامتياز التي تخوله المادة 575 من م.ت، ولا يبقى له في هذه الحالة سوى الرجوع على المدين كدائن عادي على باقي أمواله باعتبارها ضمان عام للدائنين.

كان على المشرع أن يحتفظ بحق الأولوية المقرر لفائدة الدائنين المرتهنين السابقين لصدور الحكم نظرا للاعتبارات التالية:

- إن منح الامتياز في استيفاء الديون بالنسبة للدائنين اللاحقين لصدور الحكم على حساب الدائن المرتهن السابق لصدور الحكم من شأنه أن يؤدي إلى عدم مجازفة الممولين في تقديم قروض لفائدة المقاولات التي تعاني من صعوبات من شأنها الإخلال باستمرارية استغلالها قبل صدور الحكم بالتسوية القضائية ولو التزمت المقاولات بتقديم ضمانات عينية عقارية ذات قيمة مالية عالية، مادام أن الممول يعلم بأن حق الأفضلية سيتم تعطيله في حالة صدور الحكم القاضي بالتسوية القضائية.

- إن تراجع رتبة الدائن المرتهن السابق لصدور الحكم بمقتضى الامتياز المقرر لفائدة الدائنين الخاضعين لمقتضيات المادة 575 من م.ت حيث لا يسترجع دينه إلا جزئيا أو لا يسترجع دينه بالمرة خصوصا في حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من بيع العقار موضوع الضمان، فهذا بدوره قد يجعل الدائن المرتهن متوقفا عن دفعه ديونه إذ كان لديه دائنين كذلك بحكم الارتباط المالي بين التجار، مما قد يؤدي إلى فتح مسطرة صعوبات المقاولات في مواجهته متى توافرت باقي شروطها، وعليه فإن مبادئ العدالة تقتضي ألا يتم تصحيح الوضعية المالية للمقاولات على حساب الدائن المرتهن الذي قد لا يستوفي دينه بالكامل، مما قد يفضي ذلك إلى خضوعه إلى مسطرة التصفية القضائية.

وعلى خلاف ذلك، فإن الدائن المرتهن اللاحق لصدور الحكم يحتفظ بحق الأولوية المقرر له طبقا للقواعد العامة وكذا الامتياز المقرر بمقتضى المادة 575 من م.ت ورغم عدم دقة ووضوح هذه الأخيرة في تحديد مراتب الدائنين²²⁷، فإنه إعمالا

²²⁷ - والذي يجب الإشارة إليه أن مشروع القانون القاضي بتغيير وتتميم الكتاب الخامس من مدونة التجارة أدخل تعديلا على مقتضيات المادة 575، بحيث تم توضيح المقصود من الديون الناشئة بعد فتح المسطرة من أجل رفع اللبس والتضارب بشأنها، وهكذا قد أضيفت إلى المادة فقرة ثانية :

" و وفقا للقواعد المقررة في القسم الثاني عشر من الكتاب الثاني من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود والقانون بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية والمادة 365 من هذا القانون وباقي المقتضيات الخاصة الأخرى." ===

لمدونة الحقوق العينية يستوفي دينه بعد أداء المصاريف القضائية وذلك حسب رتبة تقييده بالرسم العقاري أو إيداعه طبقا للفصل 84 من ظ.ت.ع بالنسبة للعقار الذي في طور التحفيظ، وفي حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من ثمن العقار فإنه يصبح كدائن عادي ويخضع لمسطرة التوزيع بالمحاصة .

لكن الإشكال الذي يبقى مطروحا يتعلق بمدى إمكانية استيفاء الدائن المرتهن رهنا حيازيا دينه بالأسبقية (الناشئ دينه قبل صدور الحكم) على حساب الدائنين المستفيدين من حق الامتياز المقرر بمقتضى المادة 575 من م.ت.؟

ينبغي الإشارة إلى أنه يترتب عن حكم فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره، وعليه فالدائن المرتهن رهنا حيازيا السابق لصدور الحكم لا يمكن له استيفاء دينه إلا بعد اتخاذ الحل المناسب لتسوية المقاوله وذلك باعتماد مخطط الاستمرارية أو التفويت أو التصفية القضائية، غير أنه يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن بأداء الديون السابقة للحكم وذلك لفك الرهن إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاوله (المادة 657 من م.ت.).

و على أي حال، يرى بعض الفقه الفرنسي بأن الدائن المرتهن يستوفي دينه بالأولوية قبل أي دائن آخر إذا كان الشيء المحبوس ضروريا لمواصلة نشاط المقاوله وذلك إعمالا لمقتضيات المادة 25- 621 من مدونة التجارة الفرنسية.²²⁸

وعلى خلاف ذلك، يرى الفقه المغربي²²⁹ بأن الدائن المرتهن يستوفي دينه بعد أداء الديون الناشئة اللاحقة لصدور الحكم، على أسس أن هذه الديون تسبق في الأداء

=== وما يمكن تسجيله بخصوص هذا التعديل، أنه ولئن كان المشرع قد أحال على القواعد المقررة في ظهير الالتزامات والعقود ومدونة تحصيل الديون العمومية وباقي المقتضيات الخاصة ، فإنه أغفل الإحالة على مدونة الحقوق العينية، على اعتبار أنها لا يمكن تصنيفها ضمن المقتضيات الخاصة، بل تعتبر الشريعة العامة للملكية العقارية والحقوق العينية.

²²⁸ - Yves Gayon : Droit des affaires, entreprises en difficultés, T. 2 , 7^{ème} édition , Edition economica, année 1999 , p :385 à 387.

انظر :

حياة حجي : مرجع سابق، ص: 267.

²²⁹ - أحمد شكري السباعي: مسطرة التسوية القضائية والتصفية القضائية وتمويل المقاوله، المدونة الجديدة للتجارة، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمه المركز المغربي للدراسات القانونية، الرباط، 05/07/1990، ص 55 وما يليها، أشارت إليه، حياة حجي : مرجع سابق، ص: 267.

كل الديون الناشئة قبل صدور الحكم ولو كانت مقرونة بامتيازات أو ضمانات ولو كان الدائن يتمتع حق الحبس.

ويمكن القول أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا يتمتع بحق حبس الملك المرهون وحق بيعه بالمزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين إعمالا لمقتضيات المادة 155 من مدونة الحقوق العينية، ولئن كان الدائن لا يحق له بيع الملك المرهون بالمزاد العلني بصريح المادة 653 من مدونة التجارة المتعلقة بوقف المتابعات الفردية بمجرد صدور الحكم، فإنه لا يترتب عنه فقدان هذا الدائن حق الحبس لعدم وجود أي مقتضى قانوني يحول دون الدائن المرتهن وحق حبس العقار إلى حين استيفاء دينه، بل يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم لفك الرهن، ويستوفي دينه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين حتى ولو كانوا خاضعين لمقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة، وإذا كان الهدف من منح حق الامتياز المنصوص عليه في المادة أعلاه توفير الموارد المالية اللازمة لاستمرار نشاط المقاول، فإن العقار المثقل بالرهن الحيازي قد يكون أيضا ضروريا لمواصلة نشاط المقاول، وإذا كان أيضا حق الامتياز يمنح للدائنين اللاحقين لصدور الحكم على أسس تضحيتهم في سبيل تقديم قروض لفائدة المقاول في أفق التوصل إلى حل قصد تسوية وضعيتها، فإن حق الأولوية المقرر للدائن المرتهن رهنا حيازيا يبرره تنازله عن حق الحبس المخول له للعقار قصد مواصلة نشاط المقاول.

و من بين الإشكالات التي تطرح في هذا الباب أيضا وضعية الدائن المرتهن الناشئة ديونه قبل صدور الحكم والمبرمة في إطار الاتفاق الودي في مرحلة الوقاية الخارجية.

إن المشرع المغربي قد التزم الصمت بخصوص وضعية الدائنين المرتهنيين الموقعين على الاتفاق الودي في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية، وهذا ما يؤشر على أن هؤلاء الدائنين سيتأثر مركزهم بمقتضى الامتياز المقرر في المادة 575 من مدونة التجارة، مفاد ذلك أن مرتبة هؤلاء الدائنين قد تتراجع بحيث يتم استيفاء ديونهم بعد سداد ديون الدائنين المستفيدين من المادة 575 من م.ت حسب رتبة كل واحد منهم.

حقا، إن الدائنين المرتهنيين أبرموا الاتفاق الودي عن محض إرادتهم وبإمكانهم أن يتوقعوا إما تصحيح الوضعية المالية للمقاول، أو تدهور الوضع المالي لها، لكن كان على المشرع المغربي أن يعزز مركزهم فيما يخص استيفاء ديونهم بالأسبقية ولو على حساب الدائنين اللاحقين لصدور الحكم، لأن الدائنين الموقعين على الاتفاق

الودي قد يساهمون في تصحيح ما من شأنه أن يخل باستمرارية استغلال المقاوله قبل توقفها عن الدفع هذا من جهة، كما أن تخويل حق الامتياز في استيفاء الديون بالأسبقية لفائدة الدائنين المرتهنيين الموقعين على الاتفاق الودي يحفز الممولين على تقديم قروض لفائدة المقاوله، وبالتالي المشاركة في الاتفاق الودي الذي غايته تصحيح الوضعية المالية للمقاوله قبل وصولها إلى مرحلة التوقيف عن الدفع.

المبحث الثاني

تراجع مركز الدائنين بفعل منع أداء الديون السابقة

وتقييد الرهون

وفقا للقواعد العامة فإنه يحق لكل دائن مرتهن أن يبادر إلى تقييد حقه - حق عيني تبعي - أو إيداعه بالسجل العقاري حتى يسري في مواجهة الغير، بل حتى بينه وبين المدين الراهن، وإلا اعتبر غير موجودا، مثلما يحق له المطالبة بدينه متى حل أجلها وإلا حق له إتباع مسطرة الحجز التنفيذي على العقار المرهون.

لكن سرعان ما يتعلق الأمر بنظام صعوبات المقاوله الذي يسعى إلى تحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين، بالإضافة إلى الحفاظ على نشاط المقاوله المتعثرة في انتظار إيجاد حل مناسب لتسوية وضعيتها، فإن المشرع فرض بعض الإجراءات على الدائنين السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، منها منع تقييد الرهون والامتيازات ومنع أداء الديون السابقة لصدور الحكم.

حقا، إذا كان مبدأ منع أداء الديون السابقة له ما يبرره لكونه يهدف إلى توفير الموارد اللازمة للمقاوله قصد الاستمرار في نشاطها خاصة في حالة تبني مخطط الاستمرارية، فإن منع تقييد الرهون والامتيازات من شأنه أن يمس بالدائنين المستفيدين منه، على أسس أن إرادة المشرع المغربي تتجه نحو إبطال كافة الرهون والامتيازات ولو لم تدخل ضمن فترة الرتبة.

لذا، فبحث مظاهر الحد من فعالية الضمانات العينية العقارية السابقة لصدور الحكم يظهر أيضا من خلال منع أداء الديون السابقة (المطلب الأول)، وكذا منع تقييد الرهون والامتيازات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر منع أداء الديون السابقة

على أصحاب الضمانات العينية العقارية

في الأصل أن الدائن المرتهن قد يلجأ إلى مسطرة تحقيق الرهن عندما يحل أجل الدين، ولا يبادر المدين بالوفاء، بحيث يتم توجيه إنذار عقاري إلى المدين أو كفيله مالك العقار المرهون ضماناً لأداء الدين، وعند انقضاء الأجل المحدد في الإنذار دون قيام المدين بالوفاء يتم مواصلة إجراءات التنفيذ قصد بيع العقار وتوزيع ثمنه على الدائنين حسب رتبته²³⁰.

غير أنه حفاظاً على الموارد المالية للمقاول من الاستنزاف بفعل تسابق الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بالتسوية القضائية وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين هؤلاء الدائنين وقصد استمرار نشاط المقاوله أقر المشرع المغربي مبدأ منع أداء الديون السابقة لصدور الحكم وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 657 من مدونة التجارة والتي جاء فيها "يترتب عن حكم فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره"²³¹.

وعليه، فإذا كان المشرع قد أقر مبدأ منع أداء الديون السابقة عن صدور الحكم كقاعدة (الفقرة الأولى)، فإن تلك القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: الأصل منع أداء الديون السابقة لصدور الحكم

يظهر من خلال تحليل الفقرة الأولى من المادة 657 من م.ت، أن منع أداء الديون السابقة لصدور الحكم له ما يبرره، على أسس أن أداء الديون من شأنه أن يهدد نجاح التسوية القضائية²³²، بحيث قد يتم استنزاف الموارد المالية الضرورية لاستمرار نشاط المقاوله، ومن ثمة يحول ذلك دون التوصل إلى تقرير يبين الوضعية المالية

²³⁰ - محمد سلام : مرجع سابق: ص 12 وما يليها.

²³¹ - المهدي شبو: مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاوله، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية، 2003-2004، ص: 215.

²³² - حياة حجي: مرجع سابق، ص: 175.

للمقابلة في أفق التوصل إلى حل مناسب، لهذا بات من الطبيعي إقرار مبدأ منع أداء الديون السابقة.

واضح من المادة أعلاه أيضا أن منع أداء الديون السابقة لا يقتصر فقط على الدائنين العاديين، بل يشمل أيضا أصحاب الامتيازات العقارية والدائنين المرتهنيين، ويترتب عن ذلك أنه إذا حل أجل الوفاء بالدين لا يمكن للدائن مطالبة المدين بذلك، بل الأكثر من ذلك لا يمكن للسنديك الوفاء بذلك الدين متى تبين أنه سابق لصدور الحكم بدليل أن المشرع قد استعمل عبارة "يترتب عن حكم فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين..."

ويترتب عن خرق المقتضيات السابقة البطلان وذلك بطلب من كل ذي مصلحة يقدمه داخل أجل ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ أداء الدين إعمالا لمقتضيات المادة 658 من م.ت والتي جاء فيها "يبطل كل عقد أو تسديد تم خرقا لمقتضيات المادة السابقة وذلك بطلب من كل ذي مصلحة يقدمه داخل أجل ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام العقد أو أداء الدين، حينما يخضع العقد للشهر يسري الأجل ابتداء من ذلك".

قد يرى البعض بأن التتصيص على مبدأ إيقاف و منع المتابعات الفردية غايتها الأساسية منع أداء الديون السابقة لفائدة الدائنين الممتازين أو المرتهنيين أو العاديين على اعتبار أن اتخاذ إجراءات التنفيذ أو رفع دعوى قضائية قصد المطالبة بمبلغ مالي نتيجتها أداء المبالغ المالية أو توزيع ثمن العقار على الدائنين، لكن نبادر بالقول بأن موقف المشرع كان صائبا عندما نص على مبدأ منع أداء الديون السابقة إلى جانب تقرير مبدأ إيقاف المتابعات الفردية، على أسس أن التتصيص على هذا المبدأ الأخير دون منع أداء الديون السابقة قد يخول للمدين أو للسنديك الوفاء بديون بعض الدائنين دون الآخرين، مما يترتب عنه محاباة بعض الدائنين، ومن ثمة الإخلال بمبدأ المساواة بينهم.

والثابت أن مقتضيات المادة 658 من مدونة التجارة تعد من النظام العام، بحيث يمكن لكل ذي مصلحة أن يمارس دعوى الإبطال داخل أجل ثلاث سنوات من تاريخ إبرام العقد، وهذا ما كرسته محكمة النقض في قرار صادر عنها²³³ "لكن حيث أنه بمقتضى المادة 658 من م.ت فإنه "يبطل كل عقد أو تسديد تم خرقا لمقتضيات المادة 657 من نفس القانون وذلك بطلب من كل ذي مصلحة يقدمه داخل أجل ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام العقد..." ومؤدى ذلك أنه يسوغ لكل ذي مصلحة أن يمارس هذا الحق سواء كان المدين الخاضع لمسطرة صعوبة المقابلة أو أحد الدائنين

²³³ - قرار عدد: 557 المؤرخ في 15/04/2009، ملف تجاري عدد 2009/3/314، منشور بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 124 | 125، السنة 2010، ص: 186.

أو السنديك و الأغيار، والمحكمة التي تبين لها من وثائق الملف أن الطاعن سحب المبلغ المطلوب إرجاعه بعد صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية في حق المدينة والتي أضحت أموالها في هذه الحالة تشكل الضمان العام لدائنيها وقضت باعتبار صفة السنديك قائمة بما جاءت به من "أن سنديك التسوية القضائية له وحده الصفة للتصرف باسم هؤلاء الدائنين المخول له قانوناً تمثيل هؤلاء في الحدود عن مصالحهم وعن مصالح كل أطراف المسطرة أمام القضاء عملاً لمقتضيات المادة 642 من م ت وهو تعليل فضلاً على أنه غير منتقد تكون قد سايرت به مقتضيات المواد 640 و 642 و 658 من م ت والفصل الأول من ق.م.م، واعتبرت أن السنديك له الصفة لتمثيل الدائنين الذين تضررت مصالحهم، وبخصوص ما نعاه على القرار من خرق المادة 619 م.ت فإن موضوع النازلة إنما يتعلق بتسوية قضائية وليس تصفية قضائية متى يعاب على المحكمة خرق المقتضى المذكور فجاء قرارها مرتكزا على أسس سليم غير خارق للمقتضيات المحتج بخرقها والوسيلة على غير أسس..."

لكن ما يلاحظ أن مبدأ منع أداء الديون السابقة لا يختلف عن باقي القيود المفروضة على الدائنين المرتهنيين وأصحاب الامتيازات العقارية خصوصاً من حيث مساسه بالقواعد المقررة لهؤلاء الدائنين، لأنه يترتب عن ذلك عدم إمكانية هؤلاء الدائنين الحصول على دينهم داخل الأجل المحدد، ولا يمكن لهم المطالبة بذلك قضائياً استناداً إلى مبدأ وقف المتابعات الفردية، وهذا بدوره يمس عنصر الائتمان الذي يشكل عصب التجارة، ذلك أن دائن المقايضة قد يكون مديناً لفائدة دائنين آخرين، هؤلاء سيتأثرون بمبدأ منع أداء الديون السابقة، مما قد يتعرض معه دائن المقايضة إلى التوقف عن الدفع، وعليه فإن مبادئ العدالة تقتضي ألا يتم تسوية الوضعية المالية للمقايضة مقابل تدهور الوضع المالي لدائنها.

الفقرة الثانية: الاستثناء في قاعدة منع أداء الديون السابقة لصدور الحكم

إذا كان الأصل عدم أداء الديون السابقة عن صدور الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة، غير أنه استثناء من هذه القاعدة وما قد ينجم عن أعمالها على إطلاقها من آثار سلبية على تصحيح مسار المقايضة قد منح المشرع للقاضي المنتدب إمكانية الإذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم من أجل فك الرهن²³⁴، إذا كان العقار المرهون ضرورياً لمتابعة نشاط المقايضة، وهكذا فقد نصت المادة 657 من مدونة التجارة في فقرتها الثانية على أنه: "يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك

²³⁴ - المهدي شبو: مرجع سابق، ص: 215.

بأداء الديون السابقة للحكم وذلك لفك الرهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونيا، إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاوله".

الذي يظهر من خلال هذا المقتضى القانوني أن المشرع المغربي قد استعمل مصطلح "الرهن" دون أن يبين نوعه، أي ما إذا كان الأمر يتعلق برهن حيازي أم أنه ينطبق أيضا على الرهن الرسمي بجميع أنواعه؟

يرى بعض الفقه أن الأمر يتعلق برهن مقرون بالحيازة، ويترتب عنه أن الرهن الرسمية أو رهن الأصل التجاري لا تخضع لهذه المقتضيات²³⁵، وعليه فإنه لا يمكنه أداء الديون السابقة لفائدة الدائن المرتهن رهنا رسميا سواء كان اتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا.

حقا، فإن المقصود بالرهن في الفقرة الثانية من المادة أعلاه الرهن الحيازي دون غيره من الرهون الأخرى، ويجد ذلك تفسيره في كون المشرع المغربي استعمل عبارتي "لفك الرهن" و"لاسترجاع شيء محبوس قانونيا"، أضف إلى ذلك، أنه قد أعطى لصاحب الرهن الحيازي حق حيازة الرهن وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه، على خلاف الرهن الرسمي حيث يبقى للمدين الراهن حق حيازة المرهون دون التخلي عنها لفائدة الدائن المرتهن، وعليه فإن الرهن الحيازي هو الذي يتم فكّه واسترداده لفائدة المقاوله من أجل متابعة نشاطها، ويستتبع ذلك، أداء الدين لفائدة الدائن المرتهن ولو كان دينه سابقا لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

وبالملاحظ أن القاضي المنتدب لا يمكنه أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم إلا إذا كان العقار المرهون رهنا حيازيا ضروريا لمتابعة نشاط المقاوله، فقد يقوم رئيس المقاوله أو السنديك بتأجير ذلك العقار المرهون قصد توفير الموارد اللازمة للحفاظ على نشاط المقاوله، أو قد يتم رصد العائدات المستخلصة من عملية كراء العقار الذي كان مرهونا قصد إضافة بعض القطاعات التي قد تعد ضرورية لاستمرارية المقاوله، مثلما قد يتم تشييد فوق ذلك العقار بعض القطاعات الضرورية لتوسيع نشاط المقاوله.

وبالمقابل، فإنه لا يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بفك الرهن إذا كان العقار المرهون غير ضروري لمتابعة نشاط المقاوله، لأن الغاية من سن هذا المقتضى القانوني ليس لحماية الدائن المرتهن رهنا حيازيا، وإنما الحفاظ على نشاط المقاوله، غير أن مسألة ما إذا كان العقار ضروريا لمتابعة نشاط المقاوله يخضع لسلطة التقديرية للقاضي المنتدب.

²³⁵ - المهدي شبو: مرجع سابق، ص : 216.

وإذا كان المشرع قد نص صراحة عن عدم أداء الديون السابقة لصدور الحكم ما عدا الاستثناء المذكور أعلاه، فإن التساؤل يثار بخصوص مدى إمكانية إجراء المقاصة إذا كان كل من رئيس المقابلة والدائن المرتهن دائئا للآخر ومدينا له لدين سابق عن الحكم؟

يرى بعض الفقه المغربي²³⁶ أن إجراء المقاصة قبل صدور الحكم لا تطرح أي إشكال، وعلى خلاف ذلك، فإن الإشكال يثار بعد صدور الحكم على أسس أن المقاصة كالوفاء تدرج ضمن أسباب انقضاء الالتزامات (الفصل 319 من ظ.ل.ع)، ولقد كان هذا الإشكال مطروحا على مستوى الفقه والاجتهاد القضائي بحيث إن الاجتهادات القضائية قبل صدور قانون 1985/01/25 أجازتها في حدود معينة، ومنها حالة الحساب الجاري والديون المتبادلة الناشئة عن العقد، غير أن التشريع الفرنسي قد وضع حدا لهذا الخلاف حيث أدخل تعديلا على المادة 33 من قانون 10 يوليوز 1994 ولقد نصت صراحة على أن هذا المنع من الأداء لا يمكن أن يعرقل الأداء عن طريق المقاصة للديون المتبادلة أو المرتبطة بعضها مع البعض.²³⁷

أما بخصوص موقف المشرع في إطار مدونة التجارة فإنه التزم الصمت بخصوص هذا الإشكال، لكن بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 365 من ظ.ل.ع نجد أنها حددت حالات عدم إجراء المقاصة على سبيل الحصر وليس من بينها حالة إعسار المدين أو إفلاسه أو صدور حكم ضده بالتسوية القضائية.

وبالنسبة لموقف القضاء المغربي فقد جاء في قرار²³⁸ لمحكمة النقض ما يلي " لكن حيث إنه بمقتضى المادة 657 من م.ت في فقرتها الأولى فإنه يمنع أداء كل دين نشأ قبل صدور حكم فتح المسطرة باستثناء بعض الديون السابقة التي يسمح للسنديك بأدائها لفك رهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونا إذا كان متابعة نشاط المقابلة يستلزمه وهذا المنع يهم جميع طرق الأداء... والمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه، وبعد ما تبين لها من وثائق الملف أن المطلوب قام فعلا بسحب المبلغ المطلوب إرجاعه من حساب الدائن للمقابلة بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية

²³⁶ - أحمد شكري السباعي: مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقابلة، ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص249.

²³⁷ - Pierre - Michel Le corre : Droit des entreprises en difficulté , 2^{ème} édition , Dalloz, année 2006 p:140.

²³⁸ - قرار عدد: 557، المؤرخ في 15 / 04 / 2009، ملف تجاري عدد: 2009/3/314، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد: 124 | 125، السنة 2010، ص: 187.

القضائية في حقها وعللت قرارها "بأن ما قام به مخالف لمقتضيات المادة المذكورة لكون أموال المقاوله أصبحت مرتبطة بها حقوق الدائنين ولا ينبغي أن يستفيد منها هؤلاء إلا في إطار المساطر الجماعية، وأنه لا يمكن للكفيل أداء الديون المضمونة بكفالاته الشخصية من أموال المقاوله المودعة لديه بل المفروض أدائها من أمواله الخاصة...طبقت مقتضيات المادة 657 تطبيقاً سليماً...."

وخلافاً لذلك، ويمكن القول بأنه لا مانع من إجراء المقاصة بين رئيس المقاوله والدائن المرتهن ولو تعلق الأمر بديون سابقة لصدور الحكم، حقا إن مبدأ منع أداء الديون يروم إنقاذ المقاوله من الصعوبات وذلك عن طريق عدم استنزاف أموالها ، ولكن ولئن كانت المقاصة كالوفاء من حيث انقضاء الدين، فإنه لا يترتب عن ذلك نقل النقود من رئيس المقاوله أو السنديك إلى الدائن المرتهن أو من هذا الأخير إلى رئيس المقاوله أو السنديك ففي هذه الحالة ينقضي الدينان المتقابلان بالمقاصة دون أن يدفع أحدهما إلى الآخر أي مبلغ مالي إذا كان الدينان متساويين، وعلى خلاف ذلك، فإنه يمنع على رئيس المقاوله أو السنديك أن يدفع الفرق بين الدينين إذا كان المترتب في ذمته يزيد عن المترتب في ذمته الدائن المرتهن لأن ذلك يدخل في المنع المنصوص المادة 657 من مدونة التجارة.²³⁹

²³⁹ - للمزيد من التفاصيل بخصوص المقاصة انظر:

مأمون الكزيري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاءه، دون الإشارة إلى دار النشر، السنة 1980، ص: 440.

المطلب الثاني

مبدأ منع تقييد الرهون وأثره على الدائن المرتهن

يترتب عن صدور حكم مسطرة معالجة صعوبات المقاوله منع تقييد الرهون الرسمية والحيازية والامتيازات العقارية قصد حماية أصول المقاوله وكل المصالح المتواجدة تحقيقا لأهداف المسطرة التي تسعى بالأسلس إلى استمرارية المقاوله من أجل الحفاظ على مناصب الشغل و وحدات الإنتاج وموارد الدولة.²⁴⁰

ولقد نص المشرع المغربي صراحة في إطار المادة 666 من مدونة التجارة على أنه: "لا يمكن تقييد الرهون الرسمية ولا الرهن ولا الامتيازات بعد الحكم بفتح المسطرة" واضح من هذا المقتضى القانوني بأنه يشمل جميع الرهون الرسمية سواء كانت اتفاقية أو قضائية أو قانونية كما يشمل هذا المنع أيضا الرهن الحيازي بدليل أنه استعمل عبارة "الرهن" وهي عامة يندرج ضمنها هذا النوع من الرهن، كما ينطبق هذا المنع على الامتيازات العقارية.

وتبعا لذلك ، فإذا كان المشرع المغربي قد قرر مبدأ تقييد الرهون الرسمية والحيازية وحقوق الامتياز العقارية (الفقرة الأولى)، فإنه ثمة حالات استثنائية يمكن فيها قبول تقييد الرهون وحقوق الامتيازات ولو بعد صدور الحكم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأصل عدم تقييد الرهون بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة

طبقا لمقتضيات المادة 666 من مدونة التجارة فإنه لا يمكن تقييد الرهون الرسمية والحيازية والامتيازات بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة ولو كانت هذه الحقوق قد أنشئت على وجه صحيح إلى غاية يوم صدور الحكم.

وإذا كان يجوز تقييد الحقوق السابقة إلى غاية صدور الحكم القضائي فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار المادة 682 من مدونة التجارة تلك المتعلقة بإمكانية إبطال الرهون والامتيازات التي تبتدئ من تاريخ التوقف عن الدفع إلى غاية حكم فتح المسطرة.

²⁴⁰ - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 229.

ولعل غاية المشرع من خلال إقرار قاعدة منع تقييد الرهون التي مهما كانت شرعيتها تضر بالدائنين العاديين، وتسهم في تحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين²⁴¹، ذلك أن عملية تقييد الحقوق السابقة من شأنها أن تؤثر سلباً على الدائنين العاديين عن طريق إنقاص قيمة الضمان العام طبقاً للقاعدة القانونية والتي تقضي بأن موال المدين ضمان عام لدائنيه،²⁴² وبمجرد تقييد هذه الحقوق يتحول الدائن المستفيد من دائن عادي إلى دائن مرتهن يستوفي دينه بالأولوية على حساب باقي الدائنين.

وعليه، فإن تقييد الرهون والامتيازات بعد صدور الحكم تكسر مبدأ المساواة بين الدائنين في توزيع أصول المقاوله قسمة غرماء، مثلما قد تعرقل السير العادي لعملية التسوية القضائية ومتابعة نشاط المقاوله، كما قد تسهم في عدم مجازفة مؤسسات التمويل بعد الحكم لإنقاذ المقاوله من الصعوبات في تقديم القروض خوفاً من كثرة الرهون والامتيازات.²⁴³

وإذا كان المشرع قد استعمل عبارة "تقييد" والتي تنطبق على الرسم العقاري فإن الإشكال يثار مدى استيعاب المادة 666 من مدونة التجارة حتى إيداع الرهون والامتيازات بالعقار الذي في طور التحفيظ طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع؟

يمكن القول بخصوص هذا الإشكال أن مقتضيات المادة 666 من مدونة التجارة جاءت عامة، فهي لا تقتصر فقط على تقييد الرهون الرسمية والحيازية بالرسم العقاري طبقاً لمقتضيات الفصول 65 و 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري، بل تشمل أيضاً حتى إيداع الرهون العقارية والامتيازات طبقاً للفصل 84 من ظ.ت.ع، ويستتبع ذلك، القول بأنه يمنع إيداع الرهون العقارية والامتيازات بعد صدور حكم يقضي بفتح مسطرة المعالجة على العقارات التي في طور التحفيظ.

و ينبغي الإشارة إلى أن المادة 666 من م.ت.م يتم تطبيقها حتى في حالة ما إذا تعلق الأمر بالامتيازات العقارية، على اعتبار أنه يمنع تقييد الامتيازات العقارية بعد صدور حكم يقضي بفتح مساطر المعالجة، غير أنه تطبيقاً لمقتضيات المادة 143 من مدونة الحقوق العينية فإن حقوق الامتياز العقارية تنتج أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون، وهذا ما يؤشر على أن حقوق الامتياز العقارية لا تتأثر بمبدأ المنع المنصوص عليه في المادة 666 من م.ت.م، لأنها تنتج أثرها ولو لم يتم

²⁴¹ - أحمد شكري السباعي: تسجيل حقوق الرهن العقاري والامتياز وغيرهما من الحقوق في السجل العقاري أو في غيرها من السجلات الخاصة خلال فترة الرتبة والتقليس، مرجع سابق، ص: 228.

²⁴² - انظر: الفصل 1241 من ظ.ل.ع.

²⁴³ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترضها المقاوله، ومساطر معالجتها. الجزء الثالث، ص 251.

تقييدها بالرسم العقاري وكل ما في الأمر انه إذا نشأت قبل صدور الحكم فإنها ستتأثر بمقتضيات المادة 575 من م.ت، أما إذا نشأت على العقارات بعد صدور الحكم فإنها تستفيد من حق الأولوية المقرر بمقتضى المادة 575 من م.ت.

في هذا الإطار يطرح التساؤل عن مدى إمكانية رفض المحافظ تقييد أو إيداع الرهون العقارية في حالة صدور حكم قاضي بفتح المسطرة؟

في الأصل أن المحافظ العقاري لا يمكن له رفض تقييد أو إيداع الرهون العقارية إلا إذا كان التقييد أو الإيداع موضوع الطلب يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري أو مطلب التحفيظ، غير أنه يمكن للمحافظ رفض تقييد أو إيداع الرهون العقارية بعد نشر إشعار بالحكم في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية وفي الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من صدوره وذلك إعمالا لمقتضيات المادة 569 من مدونة التجارة، بل الأكثر من ذلك فإن المحافظ غالبا ما يتوصل بالحكم أو القرار القاضي بفتح المسطرة بمجرد صدوره، ويتعين عليه بعد ذلك تقييد ذلك الحكم أو القرار بالرسم العقاري أو إيداعه بمطلب التحفيظ.

وتأسيسا على ما ذكر، فإن منع تقييد أو إيداع الرهون العقارية أو الامتيازات العقارية بعد صدور الحكم يترتب عنه اعتبار الدائن المرتهن أو الممتاز الذي لم يتم تقييد أو إيداع رهنه تطبيقا لمقتضيات المادة 666 من م.ت مجرد دائن عادي، وبالتالي يجري عليه ما يجري على الدائنين العاديين، ويخضع بذلك لمبدأ قسمة الغرماء.

والملاحظ أن أعمال قاعدة منع تقييد الرهون العقارية يمس بالدائنين المرتهنين بحيث يتم تعطيل كافة الحقوق المترتبة عن إشهار الحقوق العينية بالرسم العقاري ومطلب التحفيظ، ذلك أن الدائن المرتهن يعتبر مجرد دائن عادي، ويستتبع ذلك، أنه لا يحق له ممارسة حق الأولوية في استيفاء دينه عند توزيع ثمن العقار المرهون، ولا يبقى له في هذه الحالة سوى الاستفادة من الضمان العام أو الالتجاء إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة إذا تعلق الأمر بديون في مرتبة واحدة وكان منتج البيع غير كاف للوفاء بالديون جميعا.

مما سبق يتضح لنا أن المشرع المغربي جانب الصواب عندما أقر قاعدة منع تقييد الرهون بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة، خاصة تلك التي نشأت قبل صدور الحكم ولم يتم تقييدها أثناء تلك الفترة مع مراعاة أحكام المادتين 682 و 683 من م.ت المتعلقة بالبطالان الجوازي، وبهذا يكون قد أضر بالدائن المرتهن أو الممتاز الحسن النية الذي أبرم عقد الرهن قبل صدور الحكم والذي كان من الضروري أن يوفر له الحماية اللازمة، وحتى لو افترضنا أن رغبته كانت تتجه نحو تفادي كثرة الرهون والامتيازات قصد تشجيع الممولين على تقديم

قروض لإنقاذ المقاوله المتعثرة ضمانا لاستمراريتها في الحياة الاقتصادية، فإن ذلك قد تحقق من خلال مقتضيات المادة 575 من م.ت التي اعتبرت أن الديون الناشئة بعد صدور الحكم تحظى بالأولوية وذلك قصد تشجيع مؤسسات التمويل في تقديم القروض لفائدة المقاوله المتعثرة، وتبعا لذلك فإنه لا وجود لمبرر مقبول ومنطقي لتقرير قاعدة منع تقييد الرهون خصوصا تلك الناشئة قبل صدور الحكم والتي لا تخضع لمقتضيات المادة 682 من م.ت.

الفقرة الثانية: الاستثناء في قاعدة منع تقييد الرهون

تفاديا لصرامة قاعدة منع تقييد الرهون والامتيازات، وما يمكن أن يترتب عن ذلك من آثار سلبية على استمرارية نشاط المقاوله في بعض الحالات، أورد المشرع استثناء عن ذلك بحيث أعطى للقاضي المنتدب أن يرخص لرئيس المقاوله أو للسنديك بتقديم رهن رسمي أو رهن، وهذا ما جاءت به المادة 578 في فقرتها الأولى من م.ت على أنه "يرخص القاضي المنتدب لرئيس المقاوله أو للسنديك بتقديم رهن رسمي أو رهن أو بالتوصل إلى صلح أو تراضي".

والذي يظهر من خلال المادة أعلاه، أن إمكانية الترخيص تنطبق فقط على الرهون الرسمية الاتفاقية والرهون الحيازية دون باقي أنواع الرهون الرسمية الأخرى كالرهن القضائي والقانوني، فالرهن القضائي يتقرر بمقتضى حكم قضائي وذلك وفق المواد 171 و 172 و 173 من مدونة الحقوق العينية، أما الرهن القانوني فمصدره القانون في حد ذاته كما هو الشأن بالنسبة للرهن القانوني لفائدة الخزينة العامة، وهذا يتنافى مع مقتضيات المادة 578 من م.ت التي منحت للقاضي المنتدب الترخيص لرئيس المقاوله أو للسنديك بتقديم الرهن أو الرهن الرسمي، وعليه فإنه لا يمكن لرئيس المقاوله أو للسنديك تقديم رهن قانوني أو قضائي لأن ذلك يخرج عن نطاق اختصاصه، وإنما يرجع إلى القانون أو القضاء.

وتثار إشكالية مجال تطبيق المادة أعلاه من حيث الديون التي يمكن ضمانها برهن رسمي أو حيازي، فهل الأمر يتعلق بالديون اللاحقة لصدور الحكم أم السابقة له أم هما معا؟

في الحقيقة أن المادة أعلاه لم تحدد الديون التي يمكن أن يرخص القاضي المنتدب لرئيس المقاوله أو للسنديك قصد تقديم رهن لضمانها، الأمر الذي دفع بعض الفقه المغربي²⁴⁴ إلى القول أن إجازة التقييدات بترخيص القاضي المنتدب لا تنطبق

²⁴⁴ - المهدي شبو: مرجع سابق، ص : 221 وما يليها.

على الديون السابقة على فتح المسطرة، ولقد استند في ذلك على مقتضيات المادة 666 من م.ت والتي تقضي بمنع تقييد رهون بعد صدور الحكم، وعليه فإن استثناء هذه الضمانات تكون غايتها ضمان الديون اللاحقة لصدور الحكم وفقا للمادة 575 من م.ت.

ويظهر أن الموقف السابق صائب على أسس أنه لا يمكن للقاضي المنتدب أن يرخص للسنديك أو لرئيس المقاوله بتقديم رهن رسمي أو حيازي لديون سابقة عن صدور الحكم، لأن من شأن ذلك أن يكسر مبدأ المساواة بين الدائنين مثلما يضر بالضمان العام المقرر للدائنين العاديين، ومن ثمة ينحصر مجال تطبيق المادة 578 أعلاه على الديون اللاحقة لصدور الحكم والخاضعة لمقتضيات المادة 575 من م.ت. وبالرغم من أن هذه الأخيرة تعطي حق الأولوية والأفضلية في استيفاء الديون وقد يظهر أنه لا حاجة لضمانها عن طريق رهن رسمي أو حيازي مادام أنها تحظى بحق الأولوية، غير أن ذلك يكون في مواجهة الدائنين السابقين عاديين كانوا أو أصحاب ضمانات ويترتب عن ذلك، أن الدائنين الخاضعين لمقتضيات المادة 575 من م.ت في مرتبة واحدة ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية، ومنها الرهون العقارية التي تحتاج إلى ترخيص من قبل القاضي المنتدب بعد صدور حكم يقضي بفتح مسطرة المعالجة إلى جانب حقوق الامتياز.

ومن بين الاستثناءات أيضا الواردة على قاعدة منع تقييد الرهون نجد مقتضيات المادة 601 من م.ت والمتعلقة باستبدال ضمان بآخر وهذا ما نص عليه "إذا كان الملك مثقلا بامتياز أو رهن أو رهن رسمي، أمكن عند الضرورة استبدال ضمان بآخر إذ كان للضمان الثاني نفس الامتيازات ويمكن للمحكمة في حالة غياب اتفاق أن تأمر بهذا الاستبدال". وواضح من هذا المقتضى القانوني أن العقار المرهون أو المثقل بامتياز قد يكون ضروريا لاستمرار نشاط المقاوله، وفي هذه الحالة يتم استبدال هذا الضمان بآخر شريطة أن يكون للضمان الثاني نفس الامتيازات للضمان الأول، ويترتب عن ذلك، التشطيب عن الضمان الأول وتقييد الضمان الثاني.

ويندرج ضمن الاستثناءات الواردة على قاعدة منع تقييد الرهون والامتيازات حالة إجراء تقييد احتياطي²⁴⁵ قصد الحفاظ على الرتبة في انتظار تقييد الرهن العقاري تقييدا نهائيا ولو بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة، وعليه فبالرجوع

²⁴⁵ - عموما يكمن دور التقييد الاحتياطي في الحفاظ بصورة مؤقتة على حق موجود متنازع بشأنه في انتظار صدور حكم أو قرار قضائي في الموضوع، أو على حق تنقصة بعض الشكليات. انظر:

إلى مقتضيات الفصل 85 من ظ.ت.ع²⁴⁶ فإنه يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييده احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا، إذن مقتضيات هذا الفصل جاءت عامة فهي تشمل الحقوق العينية الأصلية والتبعية ويندرج ضمن هذه الأخيرة الرهون الرسمية والحيازية والامتيازات العقارية.

ويترتب عن ذلك، أنه يحق للدائن المرتهن الذي لم يتمكن من تقييد الرهن الرسمي الاتفاقي أو الحيازي قبل صدور الحكم المتعلق بفتح مسطرة المعالجة تقييدا نهائيا على الرسم العقاري أن يلجأ إلى إجراء تقييد احتياطي بناء سند أو أن يلجأ إلى رئيس المحكمة قصد استصدار أمر قضائي بتقييد احتياطي، كما يمكنه أن يرفع دعوى أمام قضاء الموضوع قصد الحفاظ على الرتبة في التقييد، على أسس أن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به (الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 85 من ظ.ت.ع).

وعلى هذا الأسس، فإنه في حالة ما إذا اعترف القضاء لفائدة الدائن المرتهن بحقه في حالة التقييد الاحتياطي بناء على مقال، أو استطاع الدائن المرتهن أن يقيد حقه تقييدا نهائيا قبل انصرام أجل التقييد الاحتياطي بناء على سند أو أمر قضائي، فإن التقييد النهائي للحق الذي سبق تقييده احتياطيا يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي²⁴⁷، ويستتبع ذلك، أنه لا مانع من التقييد النهائي للرهن العقاري والامتيازات ولو بعد صدور الحكم إذا سبق تقييدها تقييدا احتياطيا قبل صدور الحكم.

²⁴⁶ - لأخذ فكرة عن مستجدات التقييد الاحتياطي في ظل قانون 07.14، المعدل والمتمم لظهير 12 أغسطس 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري انظر:

- حسن احديدو: قراءة في أهم مستجدات التقييد الاحتياطي على ضوء القانون 07.14، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 25 نونبر، السنة 2014، ص 135 وما يليها.

²⁴⁷ - محمد بن الحاج السلمي: التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، المطبعة الرئيسية أكادير، السنة 1984، ص: 13.

الباب الثاني

تأثر الضمانات العينية العقارية بنظام صعوبات المقاولات بعد صدور الحكم القاضي باختيار الحل

يقصد بالحكم القاضي باختيار الحل كل مقرر قضائي صدر عن المحكمة التجارية إما باستمرار قيام المقاوله بنشاطها أو تفويتها إلى الغير أو التصفية القضائية وذلك بناء على تقرير السنديك الذي يبين فيه الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاوله بمشاركة رئيس المقاوله وبالمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء..

وإعمالاً لذلك، فإن دور المحكمة لم يعد يقتصر بالأسس على فض النزاعات المعروضة أمامها، بل أصبح دورها يشمل أيضاً اتخاذ جميع الإجراءات والقرارات المتعلقة بتسيير المقاوله المتوقفة عن الدفع أو التي تعاني من صعوبات من شأنها الإخلال باستمراريتها في الحياة الاقتصادية، ويتجلى ذلك على وجه الخصوص في اختيار الحل الملائم قصد تسوية المقاوله المتعثرة.

غير أنه أثناء فترة إعداد الحل يتعين على كافة الأطراف المتدخلة في مسطرة المعالجة تشخيص الوضعية المالية للمقاوله قصد التوصل إلى الحل المناسب لتسويتها، وتبعاً لذلك، فإن المشرع المغربي ورغبة في تحقيق ذلك قد أعطى للسنديك إمكانية الحصول على المعلومات التي من شأنها أن تعطي فكرة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمقاوله عن طريق مراقب الحسابات والإدارات و الهيئات العمومية أو عن طريق أي شخص آخر وذلك على الرغم من أي مقتضيات تشريعية مخالفة، ويطلع السنديك القاضي المنتدب على ذلك (المادة 581 من م.ت).

و إن اختيار الحل المناسب يتطلب تحقيق خصوم المقاوله بحيث يتعين على كل الدائنين السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة التصريح بديونهم إلى السنديك سواء كانوا عاديين أو مرتهين أو ممتازين وذلك داخل الأجل المحدد قانوناً وفق المادة 686 وما يليها من م.ت، هذه العملية قد تمكن الأطراف المتدخلة من تشخيص الوضعية المالية بعد إجراء مقارنة بين خصوم المقاوله وأصولها في أفق التوصل إلى حل مناسب لها.

لكن ما ينبغي تسجيله بأنه للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار الحل المناسب لتصحيح وضعية المقاوله، فلها كامل الصلاحية في اختيار مخطط

الاستمرارية أو مخطط التفويت، أو التصفية القضائية، كما لها الحق في التحويل من تسوية قضائية إلى تصفية قضائية أو فسخ مخطط الاستمرارية والحكم بالتصفية القضائية.

لهذا، فإن اتخاذ أي حل بعد فترة إعداد الحل من شأنه أن يؤثر على وضعية أصحاب الضمانات، وعليه فإنه في حالة تبني مخطط الاستمرارية يستوجب مراعاة مبدأ التوازن بين الحفاظ على مصلحة المقاوله قصد استمرارها في الحياة الاقتصادية من أجل الإبقاء على مناصب الشغل والحفاظ على نشاط المقاوله من جهة، وكذا الحفاظ على مصلحة الدائنين من خلال إبراء ذمة المقاوله من خصومها من جهة أخرى، ونفس الأهداف يسعى إليها المشرع من خلال اعتماده مخطط التفويت، فالمفوت إليه يتعين عليه الإبقاء على مناصب الشغل حماية للطبقة العاملة والحفاظ على نشاط المقاوله تحقيقاً للمصلحة العامة، وإبراء ذمة المقاوله من الخصوم داخل الآجال المتفق عليها أو المحددة قانوناً تحقيقاً لمصلحة الدائنين، غير أن النطق بالتصفية القضائية يروم بالأساس تصفية أصول المقاوله لسداد الديون المستحقة عليها²⁴⁸.

لكن ما يلاحظ أن اتخاذ أي حل من الحلول المتخذة بعد فترة إعداد الحل ينعكس سلباً على وضعية الدائنين المرتهنين والممتازين السابقة ديونهم لصدور الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة، على اعتبار أن الحفاظ على نشاط المقاوله في حالة تبني مخطط الاستمرارية لا يتأتى إلا عن طريق فرض مجموعة من القيود على الدائنين بصفة عامة والدائنين المرتهنين والممتازين بصفة خاصة، كما أن الإبقاء على نشاط المقاوله في حالة تبني اعتماد مخطط التفويت لا يتحقق إلا عن طريق فرض العديد من القيود على أصحاب الضمانات العقارية. ولئن كانت التصفية القضائية تهدف من خلالها المشرع إلى بيع أصول المقاوله قصد تصفية خصومها، فإنه في بعض الحالات قد تقتضي المصلحة العامة استمرار نشاط المقاوله ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق فرض العديد من القيود على أصحاب الضمانات العقارية، في الحقيقة أن القيود المفروضة على الدائنين المرتهنين أو الممتازين من شأنها أن تؤثر سلباً على الحقوق المقرر لهم وفق القواعد العامة، يستتبع ذلك، المس بقيمة الضمانات العينية العقارية.

ومن ثمة، فدراسة مدى تأثير الضمانات العينية العقارية بعد صدور الحكم القاضي باختيار الحل، يستوجب التعرض إلى مظاهر قصور التنظيم القانوني في حالة معالجة المقاوله عن طريق التسوية القضائية باعتماد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت (الفصل الأول)، وكذا تجليات حدود تأثير أصحاب الضمانات العينية العقارية في حالة تبني التصفية القضائية (الفصل الثاني).

²⁴⁸ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 90.

الفصل الأول

قصور التنظيم القانوني للتسوية القضائية في تدعيم أصحاب الضمانات العينية العقارية

يعتبر تقرير السنديك الذي يعده بعد فترة إعداد الحل ويبين فيه الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاوله من بين الوثائق الأساسية التي يتم اعتمادها في اختيار الحل الملائم لتسوية وضعية المقاوله، بحيث يتم الاستناد عليه لمعرفة ما إذا كانت وضعية المقاوله ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه أم أنها مختلفة بشكل لا رجعة فيه.

و عليه، فإن المحكمة تبقى لها السلطة التقديرية لمعرفة إما إذا كانت المقاوله لها من الإمكانيات الجدية لسداد خصومها، وإذا ثبت لها ذلك فإنه يتم معالجة المقاوله عن طريق التسوية القضائية باعتماد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت.

و الملاحظ أن نظام معالجة صعوبات المقاوله باعتماد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت أحدث تغييرا جوهريا على الطبيعة القانونية لنظام الإفلاس، بحيث غلب المصلحة العامة والنظام العام على المصلحة الخاصة، دون أن يهدرها، ومغلبا الطابع الاقتصادي والاجتماعي والمالي على الطابع القانوني.²⁴⁹

ومن ثمة، فقد نظمت مدونة التجارة معالجة الصعوبات التي تعترض المقاوله باعتماد مخططي الاستمرارية والتفويت، حيث خصصت لهما المواد من 592 إلى 618، وبذلك يكون المشرع المغربي قد تبنى نفس توجه التشريع الفرنسي في إطار مدونة التجارة.²⁵⁰

وباستقرار مختلف المقتضيات التي عالجت مخططي الاستمرارية والتفويت، يظهر أن المشرع كان هاجسه الحفاظ على نشاط المقاوله تحقيقا للمصلحة العامة والإبقاء على مناصب الشغل وإبراء ذمة المقاوله من الخصوم، غير أنه لم يستطع تحقيق

²⁴⁹ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله، ومساطر معالجتها، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 47

²⁵⁰ - للمزيد من التفاصيل انظر:

المعادلة الصعبة خصوصا بين مصلحة المقاول ومصلحة الدائنين خاصة الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة بما فيهم أصحاب الضمانات العينية العقارية، وقد أدى ذلك إلى المسلس بقيمة هذه الضمانات من خلال تعطيل الحقوق المقررة للدائنين المستفيدين منها السابقة ديونهم لصدور الحكم، على خلاف الدائنين اللاحقين لصدور الحكم سواء أكانوا عادييين أو حاملين ل ضمانات عقارية.

ولاشك أن تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية في إطار نظام صعوبات المقاول في حالة تبني مخططي الاستمرارية والتفويت انعكس سلبا على الدائنين الحاملين لهذه الضمانات الذين أصبحوا يتحملون كافة الآثار الناتجة عن الصعوبات التي تعترض المقاول إلى درجة أن المشرع كانت نيته تتجه إلى تصحيح الوضعية المالية لها على حساب دائنيها.

وتأسيسا على ما ذكر، فإن مظاهر قصور التنظيم القانوني للتسوية القضائية في تدعيم أصحاب الضمانات العينية العقارية، تفرض علينا دراسة ذلك في حالة تبني مخطط الاستمرارية (الفرع الأول) وفي حالة التفويت الجزئي أو الكلي للمقاول لأحد الأغيار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية في حالة تبني مخطط الاستمرارية

تقرر المحكمة تبني مخطط الاستمرارية عندما تكون هناك إمكانيات جدية لتسوية وضعيتها وسداد خصومها²⁵¹، بحيث في الغالب الأعم يتم اعتماد هذا المخطط بناء على اقتراح السنديك المضمن بالتقرير الذي يبين فيه الموازنة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاول، هذا التقرير الذي قد يظهر من خلاله أن أصول المقاوله تفوق خصومها، وأنه بإمكان المقاوله تجاوز الصعوبات التي تعاني منها في أقرب الآجال وسداد ديون الدائنين داخل الآجال المتفق عليها أو تلك التي تحددها المحكمة.

وهكذا، فقد أفردت مدونة التجارة لمخطط الاستمرارية المواد من 592 إلى 602، مثلما يخضع للمقتضيات المحددة بالقسم الرابع والمتعلقة بالقواعد المشتركة لمساطر المعالجة والتصفية القضائية. وباستقراء ذلك يتبين بوضوح بأنه تم فرض العديد من القيود على الدائنين بما فيهم الحاملين لضمانات عينية عقارية والناشئة ديونهم قبل صدور الحكم قصد الحفاظ على نشاط المقاوله واستمراريتها في الحياة الاقتصادية تحقيقا للمصلحة العامة، ومنها نجد إمكانية تعديل الآجال المحددة لسداد الديون وذلك عن طريق منح آجال إضافية وتخفيض مقدار الديون، بالإضافة إلى منح امتياز لفائدة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم على حساب أصحاب الضمانات العينية العقارية الناشئة حقوقهم قبل الحكم القاضي بالتسوية القضائية، كما يحق للمحكمة استبدال الضمانات العقارية بضمانات أخرى إذا كان من شأن ذلك أن يساهم في متابعة نشاط المقاوله.

غير أن القيود المفروضة على الدائنين تمس بالحقوق المقررة لهم وفق القواعد العامة للدائنين، وخاصة أن الغاية من سن قوانين الإجراءات الجماعية الحفاظ على نشاط المقاوله وليس فقط حماية حقوق الدائنين وإبراء ذمتها من الخصوم كما كان يجري في ظل قانون الإفلاس الذي كان يتميز بالصفة العقارية،²⁵² الأمر الذي دفع بعض الفقه الفرنسي إلى الإقرار بالآثار السلبية لقوانين المساطر الجماعية على قانون الضمانات بصفة عامة.²⁵³

²⁵¹ - Abdeljalil El Hammoumi: op.cit., p : 145.

²⁵² - محمد العلواني؛ مرجع سابق، ص: 45.

²⁵³ - CH. Mauly : Procédures collectives , assainir le régime des sûreté in « Aspects de droit commercial », Etudes dédiées à robloot , L.G.D.J., p : 529 et suiv.

- محمد العلواني، مرجع سابق، ص: 45.

ولتجاوز الآثار السلبية للمساطر الجماعية على الدائنين الحاملين ل ضمانات التجأ الممولون إلى بعض الأساليب التعاقدية كتوظيف الملكية كأداة لل ضمان والتي يعد شرط الاحتفاظ بالملكية من أبرز مظاهرها قصد التقليل من مخاطر المساطر الجماعية.

أضف إلى ذلك، أنه بإمكان الدائن المرتهن تجاوز الآثار السلبية في حالة وجود كفالة عينية عقارية، ففي هذه الحالة يمكن له الرجوع على الكفيل العيني قصد الوفاء بدينه، وإلا حق له مباشرة إجراءات التنفيذ على عقارات الكفيل، على اعتبار أنه لا يحق للكفيل ان يتمسك بمبدأ إيقاف المتابعات الفردية.

إذن، فإذا كانت المساطر الجماعية تنعكس سلبا على قيمة الضمانات العينية العقارية مما أدى إلى تراجع فعاليتها (المبحث الأول)، فإن ذلك يفرض علينا التعرض إلى مدى إمكانية تجاوز الآثار السلبية الناجمة عنها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تجليات تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية في ظل مخطط الاستمرارية

لاشك أن الغاية الأساسية من تبني مخطط الاستمرارية الحفاظ على نشاط المقاول و سداد خصومها، غير أنه أثناء تنفيذ هذا المخطط قد يواجه الدائنون المرتهنون العديد من القيود التي يفرضها عليهم، الأمر الذي يدفعهم إلى تقديم توضيحات قصد نجاح هذا المخطط لذلك لم يتردد بعض الفقه المغربي في الإقرار بأن تصفية الخصوم إذا كانت من أهم آليات مخطط الاستمرارية وإلا تم فسخ هذا المخطط وتحويل التسوية القضائية إلى تصفية قضائية، فإن الدائن المرتهن أدى فعلا هذه الصرامة.²⁵⁴

ومن أهم القيود التي تفرض على الدائنين الحاملين لضمانات عقارية نجد إمكانية منح آجال جديدة لسداد الديون المضمونة برهون، هذه الآجال الجديدة قد تلعب فيها الإرادة الفردية دورا هاما، بحيث يكون مصدرها الاتفاق بين رئيس المقاول أو السنديك والدائنين بعد استشارتهم، أو قد يرجع مصدره إلى المحكمة في حالة رفض الدائنين ذلك.

ويندرج ضمن القيود المفروضة على الدائنين أيضا إمكانية تخفيض مقدار الديون، وقد يتم ذلك إما عن طريق الاتفاق بين الدائنين ورئيس المقاول وإلا قد تفرضه المحكمة.

أضف إلى ذلك، أنه في حالة بيع ملك مثقل بامتياز خاص أو برهن رسمي فإن حق الأفضلية يكون لفائدة الدائنين ذوي الأسبقية على حساب الدائنين المستفيدين من هذه الضمانات، وهذا يؤشر أيضا عن تعطيل حق الأفضلية بالنسبة للدائن المرتهن صاحب الضمان العيني محل البيع، كما يمكن للمحكمة أن تأمر باستبدال ضمان بآخر شريطة أن يكون للضمان الثاني نفس الامتيازات.

وهكذا، فإن تجليات تراجع فعالية قيمة الضمانات العينية العقارية قد يظهر من خلال منح آجال جديدة لسداد الديون وتخفيض مقدار الديون (المطلب الأول)، أو من خلال بيع عقار مثقل برهن و حالة استبداله عند الضرورة كضمانة بضمان ثاني (المطلب الثاني).

²⁵⁴ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول و مساطر معالجتها الجزء الثاني، التسوية القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2000، ص: 447.

المطلب الأول

منح آجال جديدة وتخفيض حجم الديون لفائدة المقاولات

تطبيقا للقاعدة القانونية التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن الالتزام الناشئ عن عقد الرهن يعادل في قوته الالتزام الناشئ عن القانون بما أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام فرضه القانون، وعليه لا يجوز للمتعاقد سواء تعلق الأمر برئيس المقاولات أو الدائن المرتهن أن يتحلل من التزام أنشأه العقد كان هو طرفا فيه، وهذا ما جاء به الفصل 230 من ظ.ع "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها. ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".²⁵⁵

وتفاديا لصرامة القاعدة، وما قد يترتب عنها من آثار سلبية على المقاولات المتوقفة عن الدفع والخاضعة لمخطط الاستمرارية، أوردت مدونة التجارة استثناءات منح بمقتضاها للمحكمة أن تقضي بمنح آجال جديدة للوفاء بالديون أو تخفيض مقدار الديون في حالة غياب اتفاق بين الدائنين بما فيهم الحاملين لضمانات عينية عقارية ورئيس المقاولات أو السنديك.

غير أن الاستثناءات المشار إليها أعلاه، لا تلجأ إليها المحكمة إلا في حالة غياب اتفاق بين الدائنين ورئيس المقاولات أو السنديك، بحيث أن المشرع قد أعطى للإرادة المنفردة الحرية في التفاوض بخصوص منح آجال للمقاولات إلا في حالة عدم الاتفاق بشأن ذلك (الفقرة الأولى)، بل أكثر من ذلك قد يتم تخفيض حجم الديون لفائدة المقاولات ضمانا لتنفيذ مخطط الاستمرارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: منح آجال جديدة لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية

في الأصل لا يسوغ للقاضي أن يمنح أجلا وأن ينظر إلى مسيرة ما لم يمنح هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون، وإذا كان الأجل محددًا بمقتضى الاتفاق أو القانون، لم يسغ للقاضي أن يمدده ما لم يسمح له القانون بذلك (الفصل 128 من ظ.ع).

²⁵⁵ - للمزيد من المعلومات انظر :

زيد قدرى الترجمان: الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7 السنة 1984، ص: 113 وما يليها.

والذي يظهر من خلال هذا المقتضى القانوني أنه ليس للقاضي الحق في تمديد الأجل إلا بمقتضى الاتفاق أو القانون، ويشكل ذلك تكريسا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في الفصل 230 من ظ.ل.ع، بحيث لا يجوز تعديل العقد إلا برضى المتعاقدين أو في الحالات المنصوص عليها قانونا.

ويندرج ضمن الحالات الاستثنائية التي يسوغ للقاضي تمديد أجل سداد الديون أو منح آجال جديدة للأداء، حالة تبني مخطط الاستمرارية في إطار مسطرة التسوية القضائية إعمالا لمقتضيات المادة 598 من مدونة التجارة حيث جاء فيها "تشهد المحكمة على الآجال والتخفيضات الممنوحة من الدائنين خلال الاستشارة، ويمكن للمحكمة أن تخفض هذه الآجال والتخفيضات إن اقتضى الحال.

تفرض المحكمة بالنسبة إلى باقي الدائنين آجالا موحدة للأداء مع مراعاة الآجال الأطول، التي اتفق عليها الأطراف قبل فتح المسطرة وذلك فيما يخص الديون المؤجلة، ويمكن أن تزيد هذه الآجال عن مدة تنفيذ مخطط الاستمرارية. ويجب أن يتم السداد الأول داخل سنة".

واضح من النص أعلاه، أنه لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية وقصد توفير الموارد المالية الضرورية لاستمرارية المقاوله يتم منح آجال جديدة للوفاء بالديون، يتم ذلك إما عن طريق استشارة الدائنين من قبل السنديك بحيث قد يحصل على موافقة كل دائن صرح بدينه بشأن الآجال التي يطلبها منهم لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية في أحسن الظروف (المادة 585 من م.ت)، ويكون عدم الجواب داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تلقي رسالة السنديك بمثابة موافقة، وهكذا قد جاء في قرار²⁵⁶ لمحكمة الاستئناف التجارية بفلس ما يلي: "وحيث لئن كان السنديك قد وجهت الرسالة الموما إليها أعلاه وضمنتها مقتضيات المادتين 585 و 693 من مدونة التجارة ، فإن مضمون تلك الرسالة يؤكد بوضوح أنها أرسلت في إطار الاستشارة الفردية مع كل دائن، وبذلك فإن المستأنف عليها وإن لم تتازع في قيمة الدين المصرح به من قبل البنك الشعبي بمكناس، فإنه من المؤكد أن هذا الأخير لم يجب على الرسالة التي وجهت له داخل أجل الشهر المنصوص عليه في المادة 585 المذكورة أعلاه، وبالتالي فإن عدم الجواب عن اقتراحات السنديك يرتب أثرا قانونيا واضحا يتمثل في اعتباره بمثابة موافقة على تلك الآجال والتخفيضات المقترحة لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية في أحسن الأحوال".

²⁵⁶ قرار عدد: 17ص، الصادر بتاريخ 2005.03.16، ملف عدد: 2004.75ص، منشور بالموقع الإلكتروني :

www.droitentreprise.com ، تاريخ المراجعة 2018.01.03.

كما قد تفرض المحكمة على الدائنين الذين لم يستجيبوا لطلب منح آجال جديدة آجال موحدة للأداء، بحيث تخضع في هذه الحالة للسلطة التقديرية للمحكمة والتي تأخذ بعين الاعتبار الوضعية المالية للمقولة.

ولكن التساؤل الذي يظل مطروحا يتعلق بطبيعة الديون التي يكمن أن تشملها مقتضيات المادة 598 من م.ت، فهل يقتصر مجال تطبيقها على الديون السابقة لصدور الحكم أم تشمل أيضا الديون اللاحقة لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

في الحقيقة لم تنص المادة أعلاه صراحة على طبيعة الديون التي يمكن أن تكون موضوعا لمنح آجال جديدة، إلا أننا نتفق مع ما ذهب إليه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرار صادر عنها²⁵⁷ لكن حيث أنه إذا كان الطاعن يعتبر دينه امتيازيا فإن من الآثار الهامة التي تترتب على حق الأسبقية المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة أن الديون المشمولة بهذا الحق تؤدي في تاريخ استحقاقها مهما كانت المرحلة التي قطعتها التسوية القضائية ... وحيث أنه لذلك فإن الديون الناشئة بصفة قانونية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية وفي الوقت الذي تكون فيه مثبتة ومستحقة الأداء يمكن المطالبة بها مباشرة من رئيس المقولة أو السنديك إن كان المسير دون حاجة إلى تصريح أو تسجيل".

والذي يستشف من خلال هذه القرار أن الديون اللاحقة لصدور الحكم تؤدي في تاريخ استحقاقها، مما يتبين أن مقتضيات المادة 598 من م.ت ينحصر تطبيقها على الديون السابقة لصدور الحكم دون غيرها، وما يؤشر عن ذلك بعض العبارات التي استعملت في إطار مقتضيات المادة أعلاه ومنها "خلال الاستشارة" ذلك أن الاستشارة سواء كانت فردية أو جماعية تتم مع الدائنين السابقين لصدور الحكم، أضف إلى ذلك، أن تطبيق مقتضيات المادة أعلاه على الدائنين اللاحقين لصدور الحكم من شأنه أن يؤثر سلبا عليهم، بل قد يفرغ المادة 575 من م.ت من محتواها، مما قد يؤدي إلى عدم تشجيع الممولين على الإقدام في منح قروض إذا كانوا يعلمون أنهم قد لا يحصلون على ديونهم في تاريخ استحقاقها، وعلى أي حال، فإذا كان منح آجال جديدة لفائدة المقولة قصد ضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية يعتبر آلية بمقتضاها قد تكمن المقولة المتوقفة عن الدفع والخاضعة للتسوية القضائية من تجاوز الصعوبات وإعادة توازنها المالي، فإنه يعد ذلك إجحافا في حق هؤلاء الدائنين الذين تفهموا وضعية

²⁵⁷ - قرار عدد: 2000/2062، بتاريخ 2000/10/10، رقم الملف 11/2000/1510، منشور بالموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.com، تاريخ المراجعة 20 | 12 | 2017.

المقاولة وقاموا بمساعدتها²⁵⁸، فهؤلاء الدائنون الحاملون ل ضمانات عقارية ولئن كانوا قد منحوا للمدين آجالا جديدة للقيام بالوفاء، فإن السبب يرجع بالأسلس إلى تجاوز المقاولة المتعثرة الصعوبات التي تعاني منها واسترجاع ديونهم بالكامل بدل الحصول عليها جزئيا، لأنه كان بإمكانهم رفض ذلك والخضوع إلى الآجال الموحدة التي تفرضها المحكمة بالنسبة للدائنين الذين رفضوا منح آجال جديدة.

لهذا، فإن الدائنين سواء كانوا حامليين أم لا ل ضمانات وامتيازات عقارية الذين رفضوا الآجال المقترحة عليهم تفرض عليهم المحكمة آجالا موحدة اعتمادا على مقتضيات المادة 598 من م.ت، و على خلاف المشرع المغربي، فإن المشرع الفرنسي من خلال قانون 5 يناير 1985 قد منح للدائنين استيفاء حقوقهم في آجال قصيرة شريطة تخفيضها.²⁵⁹ وعليه فإن هؤلاء الدائنين يكون لهم الخيار بين نوعين من الآجال، إما آجالا قصيرة مع تخفيض مبالغ الديون أو آجالا تفرض عليهم من طرف المحكمة.²⁶⁰

و يحق لنا التساؤل في هذا الإطار عن مدى إمكانية تبني نظرة المسيرة من قبل المحكمة في حال رفض الدائنين منح آجال جديدة؟

في الأصل أن المشرع قد أعطى للدائنين بما في ذلك الحاملين ل ضمانات عقارية الحق في التفاوض بخصوص منح آجال جديدة لفائدة المقاولة وذلك من خلال الاستشارة الفردية أو الجماعية، وفي حالة عدم قبولهم إياه تفرض المحكمة في هذه الحالة آجالا موحدة مع مراعاة الآجال الأطول، التي تم الاتفاق عليها قبل فتح المسطرة فيما يخص الديون المؤجلة.

ونعتقد أنه في حالة فرض المحكمة آجالا موحدة للأداء على الدائنين الذين رفضوا منح آجالا جديدة للوفاء لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 243 من ظ.ل.ع و التي تنص على أنه: "ومع ذلك يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوا آجالا معتدلة للوفاء...". ويترتب عن ذلك أن الآجال الممنوحة يجب أن يراعى فيها وضعية المقاولة ووضعية الدائنين، فلا يمكن أن تؤثر الآجال الجديدة على الوضعية المالية للمقاولة

²⁵⁸ - زكية عومري : آثار التسوية القضائية على الدائنين الناشئة ديونهم قبل فتح المسطرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004 ، ص: 72.

²⁵⁹ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص : 60 وما يليها.

²⁶⁰ - Fernand Derrida et Pierre Godé et Jean-Pierre Sortais : Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3^{ème} édition , Dalloz, année 1991 , p : 414.

لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية، كما لا يمكن أن تؤثر سلبا على الدائنين حفاظا على حقوقهم وحقوق الغير الذين قد تربطهم مع هؤلاء الدائنين علاقة المديونية.

و أمام غياب تحديد المشرع المغربي لطبيعة الديون التي قد تخضع للآجال الموحدة من قبل المحكمة في حالة تطبيق الفقرة الثانية من الفصل 243 أعلاه، بل حتى مقتضيات المادة 598 من م.ت، فإن جميع الديون تخضع لهذه الآجال سواء كانت عادية أو مضمونة برهن رسمي أو حيازي أو امتياز عقاري ما لم يتعلق الأمر بالأجر المستحق للأجير.²⁶¹

وما ينبغي الإشارة إليه، أن المقاوله المدينة ملزمة بتنفيذ الالتزامات المحددة في مخطط الاستمرارية بما في ذلك الآجال الجديدة المتفق بشأنها، أو تلك التي فرضتها المحكمة وإلا تم فسخ مخطط الاستمرارية وتقرر المحكمة التصفية القضائية للمقاوله إما تلقائيا أو بطلب من أحد الدائنين وبعد الاستماع إلى السنديك²⁶² (المادة 602 من م ت).

تأسيسا على ما ذكر، فإن منح آجال جديدة لفائدة المقاوله لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية يمس بقيمة الضمانات العينية العقارية من خلال إخضاع أصحابها لآجال أطول قصد الحصول على ديونهم، وهذا بدوره قد يؤدي إلى تجميد حقوقهم خلال هذا الأجل، الذي يمكن أن يتجاوز مدة تنفيذ مخطط الاستمرارية، خاصة وأن المشرع لم يضع قيودا على سلطة المحكمة في حالة تبني هذا المخطط.²⁶³

²⁶¹ - أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية عدد: 110، بتاريخ 30 يونيو 1983، ملف استعجالي عدد 98/13 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 25، ص : 102، أشار إليه زكرياء **العماري**؛ مرجع سابق، ص: 250.

²⁶² - وقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أيدت الحكم الابتدائي القاضي بفسخ مخطط الاستمرارية وفتح مسطرة التصفية القضائية في حق الطالبة بعله "أن منازعتها في دين مصرف المغرب تتسم بالجدية لوجود حكم حدد المديونية في مبلغ 78, 871.203 درهم ، أما منازعتها في دين الشركة العامة المغربية للأبنك فهي غير جدية ما دامت هذه الأخيرة تتوفر على أمر بالأداء تم تأييده حسب إقرار الطاعنة، التي كذلك لم تبرر عدم تنفيذ التزاماتها اتجاه باقي الدائنينفتكون وقد أبرزت وبشكل مقنع تقاعس الطالبة عن تنفيذ ما التزمت به بمقتضى مخطط الاستمرارية بالنسبة لأغلب ديونها، وهو ما يبرر ما ذهبت إليه المحكمة من فسخ المخطط المذكور والتصريح بتصفيتها القضائية ... "

- قرار عدد: 334، المؤرخ في 03/29/2012، ملف تجاري عدد: 524 | 3 | 1 | 2011 ، منشور بالموقع الالكتروني www.jurisprudencemaroc.com، تاريخ المراجعة 20 | 12 | 2017.

²⁶³ - محمد العلواني : مرجع سابق، ص : 62.

الفقرة الثانية: تخفيض حجم الديون قصد ضمان مخطط الاستمرارية.

طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون ولا يجوز إلغاؤها إلا برضى المتعاقدين أو في الحالات المنصوص عليها في القانون (الفصل 230 من ظ.ل.ع)، و تنطبق هذه القاعدة حتى على المعاملات التجارية، لهذا فإن لا يمكن تعديل العقد كيفما كانت طبيعته المبرم بين الدائنين ورئيس المقاوله إلا بالتراضي بينهما أو في الحالات المحددة قانونا.

و تفاديا لصرامة القاعدة أعلاه، وما قد يترتب عنها من آثار سلبية على المقاوله المتوقفة عن الدفع فقد يتم تعديل العقد عن طريق تخفيض حجم الديون لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية، وهذا ما نصت عليه المادة 598 من مدونة التجارة على أنه " تشهد المحكمة على الآجال والتخفيضات الممنوحة من طرف الدائنين خلال الاستشارة. و يمكن للمحكمة أن تخفض هذه الآجال والتخفيضات، إن اقتضى الحال".

والذي يظهر من خلال المادة أعلاه، أن تخفيض حجم الديون قد يتم خلال الاستشارة الفردية أو الجماعية التي يقوم بها السنديك في حالة اقتراح مخطط الاستمرارية بشرط موافقة الدائنين على تخفيض حجم الديون، وتتم الموافقة إما بشكل صريح في حالة الإجابة على رسالة السنديك داخل أجل 30 يوما من تاريخ تلقيها، أو قد تكون ضمنية في حالة عدم الجواب داخل أجل المحدد أعلاه بحيث يعتبر بمثابة موافقة²⁶⁴، أما في حالة صدور الرفض داخل الأجل القانوني المحدد أعلاه، فإنهم يخضعون للآجال الموحدة للأداء التي تفرضها المحكمة دون تخفيض حجم الديون، ولئن كان المشرع المغربي قد سائر ما نهجه المشرع الفرنسي فيما يخص فرض آجال موحدة للأداء في حالة عدم قبول منح آجال جديدة، فإنه لم يتبن نفس التوجه في حالة رفض الدائنين تخفيض حجم الديون، بحيث أقر مبدأ بمقتضاه منح للدائن سواء كان عاديا أو حاملا لضمانة أن يخضع لآجال موحدة قصيرة بشرط يتم تخفيض مبلغ الدين الأصلي اعتمادا على مقتضيات المادة 19-626 من مدونة المساطر الجماعية.

إذا كان الدائن المرتهن غير ملزم من الناحية القانونية أن يتفق مع المدين ليتنازل عن جزء من ديونه لفائدة المقاوله المدينة، فإن الأسباب وراء ذلك ترجع بالأسلس إلى تسوية الوضعية المالية للمقاوله عند تبني مخطط الاستمرارية، وتفادي المخاطر التي يمكن أن تلحق به في حالة فسخ مخطط الاستمرارية وإعلان التصفية القضائية، بحيث غالبا ما يتم إنقاص أموال المقاوله طوال فترة إعدادها²⁶⁵، بالإضافة إلى تراجع

²⁶⁴ - المادة 585 من م.ت.

²⁶⁵ - زكرياء العماري: مرجع سابق، ص: 212 وما يليها.

درجة الدائن المرتهن في استيفاء دينه نتيجة حق الامتياز المخول للدائنين اللاحقين لصدور الحكم والمقرر بمقتضى المادة 575 من م.ت.

وإذا كان بإمكان المدين أن يستفيد من تخفيض حجم الديون المنصوص عليه في المادة 598 من مدونة التجارة، فإن ذلك لا يسري على الكفلاء متضامين كانوا أم لا وذلك بصريح المادة 662 من مدونة التجارة حيث جاء فيها " لا يمكن للكفلاء، متضامين كانوا أم لا، أن يتمسكوا بمقتضيات مخطط الاستمرارية..."²⁶⁶

وتطبيقا لذلك، فإن الكفيل لا يمكنه أن يتمسك بتخفيض حجم الديون الممنوح من قبل الدائنين خلال استشارتهم الفردية أو الجماعية أو التي قد تشهد عليها المحكمة على أسس أنها امتيازات خاصة بالمدين الأصلي ويترتب عن ذلك أن الكفيل ملزم بأداء الديون للدائنين بالكامل دون استفادته من مقتضيات مخطط الاستمرارية²⁶⁷، وتأييدا لذلك فإنه قد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي²⁶⁸ " إذا كان المدين الأصلي يستفيد من مسطرة التسوية القضائية فإن كفيله لا يمكنه الاستفادة من المسطرة المذكورة لصراحة المادة 662 من مدونة التجارة مما لا مجال معه للتمسك بقاعدة " أن انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي بالتبعية إلى انقضاء الالتزام التبعية".

ويبقى لنا أن نتساءل عن طبيعة الديون التي يمكن أن يقع الاتفاق بشأن تخفيض حجمها ؟ فهل تشمل جميع الديون بما فيها المضمونة برهون رسمية و حيازية أو امتيازية أم أنها تقتصر على الديون العادية دون غيرها ؟

وقبل الجواب عن هذا السؤال يكون من المفيد استجلاء الأمر في التشريع المقارن خاصة القانون الفرنسي.

²⁶⁶ - للمزيد من التفاصيل بخصوص وضعية الكفيل في إطار مخطط الاستمرارية انظر:

-NEZHA ZERDA : Le sort de la caution dans le cadre des procédures collectives, Mémoire élaboré en vue de l'obtention du diplôme des études supérieures de l'université Mohammed V- Souissi , Faculté des sciences juridique et économiques et sociales , Rabat , Année universitaire 2008-2009 , p:33.

²⁶⁷ - لالة حفيظة الإدريسي مبدسم: مركز الكفيل في إطار مسطرة التسوية القضائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 54.

²⁶⁸ - قرار عدد: 1545، الصادر بتاريخ 2002/12/18، ملف تجاري عدد 2002/1/3/640، مجلة القضاء والقانون، العدد 148، ص 148. أشارت إليه ، لالة حفيظة الإدريسي مبدسم : مرجع سابق، ص: 56.

وهكذا، فإن المشرع الفرنسي قد خول للمقاولة المتوقفة عن الدفع الاستفادة من ميزة تخفيض حجم الديون وذلك وفق الشروط المحددة بمرسوم لمجلس الدولة سواء تعلق الأمر بديون الخزينة العامة ومنظمات الضمان الاجتماعي، إضافة إلى تفويت درجة الامتياز أو رهن رسمي أو التخلي عن الضمانات²⁶⁹.

أما بخصوص موقف مدونة التجارة فإنها التزمت الصمت إزاء هذا الإشكال بحيث استعملت عبارات واسعة وفضفاضة، "تشهد المحكمة على... التخفيضات الممنوحة من الدائنين.." مما يمكن القول معه أن تخفيض حجم الديون يمكن أن يطال جميع الأموال سواء كانت مثقلة بامتياز خاص أو برهن أو برهن رسمي، وما يؤشر عن ذلك أيضا أن الدائنين الذين يمكن استشارتهم فرديا أو جماعيا هم الملزمون بالتصريح بديونهم بما فيهم الحاملين ل ضمانات عينية عقارية وفق المادة 686 من مدونة التجارة.

و بالرجوع إلى مدونة تحصيل الديون العمومية نجد أنها نصت صراحة في الفقرة الثانية من الفصل 124"..... إلا أنه يمكن للمحاسب المكلف بالتحصيل أو لرئيس الإدارة التي ينتمي إليها أن يقبلا من المدينين تبرئة ذمتهم على أقساط، مقابل تقديم الضمانات المنصوص عليها في المادة 118 أعلاه"²⁷⁰، وهذا المقتضى القانوني يؤشر على أن الديون العمومية يمكن التفاوض بشأنها قصد تخفيض حجمها لفائدة المقاولة المتوقفة عن الدفع.

وإذا كان تخفيض حجم الديون ضمانا لتنفيذ مخطط الاستمرارية، فإن التساؤل يثار بخصوص مدى إمكانية استرجاع المبالغ موضوع التخفيضات الممنوحة للمدين في حالة نجاح مخطط الاستمرارية ؟

يعود سبب هذا الإشكال إلى كون التشريع المغربي (المادة 598 من مدونة التجارة) تعرض إلى إمكانية تخفيض حجم الديون وسكت عن إمكانية استرجاع الجزء من الديون المتنازل عنها بمناسبة تخفيضها خلال الاستشارة، غير أن مبادئ العدالة تقتضي أن يتم استرجاع مبالغ التخفيضات في حالة تجاوز المقاولة الصعوبات

²⁶⁹ - « En ce qui concerne les créances du trésor public, des organisme de sécurité sociale et des institutions régies par le livre du code de la sécurité sociale des remises peuvent être consentis dans des conditions précisées par décrets en conseil d'état. Il en est de même pour les cessions de rangs de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés ».

انظر:

- زكرياء العماري؛ مرجع سابق، ص: 214.

²⁷⁰ - زكرياء العماري؛ مرجع سابق، ص: 214.

التي تعاني منها وتسوية وضعيتها المالية نتيجة نجاح مخطط الاستمرارية، لأنه لولا تضحيات الدائنين للمدين عن طريق منح تخفيضات في حجم الديون لما تم تسوية الوضعية المالية للمقاول.

أضف إلى ذلك، فإن التخصيص صراحة على إمكانية استرجاع مبالغ التخفيض من طرف الدائنين في حالة نجاح مخطط الاستمرارية من شأنه أن يسهم في تحفيز الدائنين بمن فيهم الحاملين ل ضمانات عينية عقارية في منح تخفيضات في الديون طالما أنهم غير ملزمين بذلك.

المطلب الثاني

تراجع مركز أصحاب الضمانات العينية العقارية في حالة التصرف في الملك المرهون

إن المدين المرتهن يجوز له في الأصل التصرف في العقار المرهون بجميع أوجه التصرف سواء عن طريق البيع أو الهبة أو الصدقة... أو بالكراء أو رهنه لفائدة مؤسسة دائنة أخرى، ويجد ذلك أساسه التشريعي في إطار الفصل 1177 من ظ.ل.ع الذي ينص على أنه "من رهن شيئاً لا يفقد الحق في تفويته، إلا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على شرط وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع، ما لم يرتض الدائن إقرار التفويت".

وتبعا لذلك، فإن تفويت العقار المرهون لا يحرم الدائن المرتهن أو الممتاز من حقه في اتخاذ إجراءات التنفيذ وغيرها من الإجراءات التحفظية في يد أي حائز له بمقتضى حق التتبع المقرر له بمقتضى المادة 199 من مدونة الحقوق العينية، لكن في الغالب يتضمن عقد الرهن الرسمي أو الحيازي عدة شروط كمنع التفويت أو الرهن أو الكراء...دون الموافقة الصريحة للمؤسسة الدائنة.

لكن في ظل مساطر صعوبات المقاول عند تبني مخطط الاستمرارية فإنه يمكن التصرف في الملك المرهون عن طريق بيع العقار المثلث برهن رسمي أو رهن أو امتياز (المادة 600 من م.ت) أو استبدال الضمانة بأخرى (المادة 601 من م.ت)، رغم التخصيص في شروط عقد الرهن عن منع إجراء بعض التصرفات بالملك المرهون، بحيث لا يبقى للدائن المرتهن أو الممتاز إلا الحق في استيفاء دينه حسب مرتبته في حالة البيع أو حصوله على ضمانات أخرى في حالة استبدال الضمان الأول.

وعليه، فإذا كانت وضعية مركز الدائن المرتهن أو الممتاز السابق لصدور الحكم عند بيع الملك المرهون ستتأثر بحق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين

لصدور الحكم (الفقرة الأولى)، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن حدود تأثير مركز أصحاب الضمانات العينية العقارية عند استبدال الضمان بآخر (الفقرة الثانية)؟

الفقرة الأولى: تأثير حق أولوية الدائن الممتاز والدائن المرتهن عند بيع الملك المرهون

إن تنفيذ مخطط الاستمرارية لا يمنع تفويت بعض العقارات التي قد تعد غير ضرورية لمواصلة استمرار نشاط المقاول أو قد تكون هذه الأخيرة في حاجة ماسة إلى الموارد المالية قصد نجاح مخطط الاستمرارية أو تهدف من وراء هذا التصرف سداد خصومها وفق الفقرة الأولى من المادة 592 من م.ت، وتبعا لذلك قد جاء في المادة 600 من مدونة التجارة على أنه: "في حالة بيع ملك مثقل بامتياز أو برهن أو برهن رسمي، يتم أداء مستحقات الدائنين المستفيدين من هذه الضمانات أو أصحاب الامتياز العام، من ثمن البيع بعد الأداء للدائنين ذوي الأسبقية. يقتطع هذا الأداء المسبق من أصل أول المبالغ المستحقة وترجأ الفوائد المتعلقة بها بقوة القانون".

والذي يتبين من خلال هذا المقتضى التشريعي، أنه في حالة بيع العقار المرهون يتم سداد ديون الدائنين المستفيدين من حق الامتياز بمقتضى المادة 575 من م.ت بالأفضلية على حساب الدائنين المرتهنين أو الممتازين المستفيدين من هذه الضمانات والناشئة ديونهم قبل صدور الحكم، وهذا أمر منطقي نظرا للدور الذي يلعبه الدائنون اللاحقون لصدور الحكم سواء كانت ديونهم مقرونة أم لا بضمانات وامتيازات على أسس تضحية هؤلاء الدائنين بأموالهم في سبيل تحسين نظام الخدمات المرتبطة بأنشطة المقاول الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية²⁷¹، لأنه لولا تلك الموارد المالية المقدمة لمساعدة المقاول لما تم تبني مخطط الاستمرارية.

وإذا كان المشرع المغربي قد أقر حق الأفضلية لفائدة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم عند بيع الملك المرهون أثناء تنفيذ مخطط الاستمرارية، فإنه بذلك لم يساير ما تبناه المشرع الفرنسي من خلال المادة 22-626 من مدونة التجارة، حيث يستفاد منها أن الدائنين المستفيدين من الضمانات أو أصحاب الامتياز العام يتم أداء مستحقاتهم من ثمن البيع بعد حقوق الأجراء بمقتضى الامتياز المقرر لهم وفق المواد (L 751-15 - L 742-6 - L 143-11 - L 143-10 - L 143 من مدونة الشغل).²⁷²

²⁷¹ محمد بنزهره: تأثير مساطر صعوبات المقاول على حق أولوية الدائن المرتهن، مقال منشور بمؤلف الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، مكتبة دار السلام، السنة 2004، ص: 339 وما يليها.

²⁷² - « ... et les créanciers bénéficiers de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix après le paiement des créances garanties par le privilège établie aux articles L.143-10 ; L. 143-11 - L ? 742-6, et 751-15 du code de travail ».===

ولهذا، فقد انقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين بشأن مركز الدائنين المستفيدين من حق الامتياز المقرر لهم بمقتضى المادة 40 من قانون الإجراءات الجماعية الفرنسي لسنة 1985، حيث ذهب البعض²⁷³ إلى أن حق الأسبقية المقرر للدائنين اللاحقين يقتصر على بعض الديون ذات الصبغة الجماعية وذلك عند تحقيق الأموال المثقلة بضمانات، في حين ذهب البعض²⁷⁴ إلى سداد ديون الدائنين الخاضعين لمقتضيات المادة 40 من القانون أعلاه قبل أصحاب الضمانات العينية عند تحقيق الأموال، وسندهم في ذلك صفة الإطلاق لحق الأسبقية المنصوص عليه في المادة أعلاه.

لكن الفقه الفرنسي يكاد يجمع على سداد الديون الدائنين المستفيدين من مقتضيات المادة 40 قبل الدائنين المستفيدين من هذه الضمانات والناشئة ديونهم قبل صدور الحكم، على أسس أن الغاية من وراء إقرار حق الأسبقية يتمثل في حماية الممولين خلال فترة تسوية المقابلة المتعثرة.²⁷⁵

ورغم دقة ووضوح مقتضيات المادة 600 من مدونة التجارة، فإن التساؤل يطرح بخصوص مركز الدائن المرتهن رهنا حيازيا الناشئ دينه قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة؟

قد يبدو أن المادة أعلاه كانت واضحة من خلال ترتيب الدائنين في استيفاء ديونهم، بحيث يأتي في المرتبة الأولى الدائنون اللاحقون لصدور الحكم بمقتضى المادة 575 من م.ت، ويحل الدائنون المستفيدون من الضمانات أو أصحاب الامتياز العام في المرتبة الثانية، ويندرج ضمن الدائنين المستفيدين من الضمانات الدائن المرتهن رهنا حيازيا بدليل استعمال المشرع مصطلح "برهن أو برهن رسمي" في إطار المادة 600 من م.ت، وعليه فإن عبارة رهن جاءت عامة لتشمل جميع الرهون الأخرى بما فيها الرهن الحيازي.

==انظر بهذا الخصوص:

- حياة حجي: نظام الضمانات وقانون صعوبات المقابلة، مرجع سابق، ص: 292.

²⁷³ - **M. Dagot** : La situation des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure , colloque Toulouse 1986 , in Annales de l'université des sciences sociales du Toulouse, p : 199.

أشار إليه: محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 68.

²⁷⁴ - **M.J. Campana** : La situation des créanciers garanties, Rev .Trim .Dr. com. et éco 1987 , N° SP série .hors série TII, éd. Sirey ,P :35 .

محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 68.

²⁷⁵ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 69.

لكن يجب ألا ننسى بأن المشرع المغربي قد خول للدائن المرتهن رهنا حيازيًا حق حبس الملك المرهون وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق استرداده من أي يد انتقل إليها (المادة 155 من مدونة الحقوق العينية)، ولا يوجد أي مقتضى تشريعي يعطل حق الحبس المخول للدائن المرتهن حيازيًا لاستيفاء دينه، بل الأكثر من ذلك أن المشرع عمل على تقوية مركزه من خلال المادة 657 من م.ت التي أعطت للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة وذلك لفك الرهن إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاول،²⁷⁶ وكذا المادة 626 من م.ت حيث نصت الفقرة ما قبل الأخيرة على أنه في حالة البيع من طرف السنديك ينقل حق الحبس بحكم القانون إلى ثمن البيع، الأمر الذي دفع البعض²⁷⁷ إلى أن الدائن المرتهن يمكنه الحصول على حقه بالأسبقية ولو على حساب الدائنين اللاحقين لصدور الحكم ذوي حق الأسبقية.

وقياسا على المادتين أعلاه، فإنه عند بيع ملك مثقل برهن حيازي طبقا للمادة 600 من م.ت، يتم أداء مستحقات الدائن المرتهن رهنا حيازيًا من ثمن البيع بالأولوية على حساب الدائنين ذوي الأسبقية وفق المادة 575 من م.ت.

ونظرا لعدم دقة مقتضيات المادة 600 من م.ت فيما يخص وضع ترتيب لمختلف طوائف الدائنين فإنه في نظرنا ينبغي أن يكون ترتيب الدائنين عند بيع عقار مثقل بامتياز أو رهن أو رهن رسمي وفق الشكل التالي:

- 1- الدائن المرتهن رهنا حيازيًا والذي قام بإجراء التقييد أو الإيداع لدى المحافظة العقارية على أسس أن التقييد والإيداع بالسجلات العقارية يعد شرطًا لصحة عقد الرهن بمقتضى المادتين 174 و 145 من مدونة الحقوق العينية.
- 2- الدائنون الناشئة ديونهم بعد صدور حكم التسوية القضائية بمقتضى الامتياز المقرر لهم في إطار المادة 575 من م.ت.

²⁷⁶ - وقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " لكن حيث إنه بمقتضى المادة 657 من م.ت في فقرتها الأولى فإنه يمنع أداء كل دين نشأ قبل صدور حكم فتح المسطرة باستثناء بعض الديون السابقة التي يسمح للسنديك بأدائها لفك رهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونًا إذا كان متابعة نشاط المقاول يستلزمه وهذا المنع يهم جميع طرق الأداء..."

- قرار عدد: 557، المؤرخ في 15/04/2009، ملف تجاري عدد: 2009/3/314، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 124 | 125، السنة 2010، ص: 187، سبقت الإشارة إليه.

²⁷⁷ - انظر بهذا الخصوص:

- محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 140.

- 3- أصحاب الامتيازات العقارية الناشئة قبل صدور الحكم ويقصد بذلك المصاريف القضائية بمقتضى المادة 144 من مدونة الحقوق العينية.
- 4- أصحاب الرهون الرسمية المستفيدين من الضمانات الناشئة قبل صدور الحكم.
- 5- الدائنون العاديون الذين نشأت ديونهم قبل صدور حكم التسوية القضائية.

وإذا كان المشرع المغربي لم يحدد الجهاز المكلف بعملية البيع عند تطبيق المادة 600 من م.ت، فإنه يستوجب الرجوع إلى مقتضيات المادة 640 من م.ت والتي حددت صلاحية السنديك في السهر على تنفيذ مخطط الاستثمارية بحيث يقوم بتحقيق الديون تحت مراقبة القاضي المنتدب وعندما يتعلق الأمر ببيع عقار فإنه لا مانع من إخضاعه لمقتضيات المادة 622 من م.ت، بحيث يمكن للقاضي المنتدب الذي يملك السلطة التقديرية في بيع العقار إما بالمزاد العلني أو بالتراضي، غير أن التساؤل يثار بخصوص مدى إمكانية تطهير العقار من الامتيازات والرهن في حالة البيع بالتراضي؟

في الحقيقة عندما يتعلق الأمر ببيع عقار طبق المادة 600 من م.ت، فإنه لا مانع من تطبيق المادة 622 من م.ت وخاصة الفقرة الرابعة والتي جاء فيها: "تكون المزايدات التي تتم تطبيقا للفقرات السابقة بمثابة تطهير للعقود من الرهن الرسمية"، وتبعاً لذلك فهناك من فسر كلمة "المزايدات" تفسيراً ضيقاً وجعلها تشمل البيع بالمزاد العلني دون البيع بالتراضي، ويستتبع ذلك، أن تقييد أو إيداع²⁷⁸ محضر إرساء المزايدة يترتب عنه انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاد وتطهيره من الرهن الرسمية، في حين فسر البعض²⁷⁹ كلمة "المزايدات" تفسيراً واسعاً جعلها تشمل كل من البيع بالمزاد العلني والبيع بالتراضي وسنده في ذلك أن المزايدات وردت على التوالي في الفقر 1 و 2 و 3 من المادة 622 من م.ت، وكلها تنص على كلا البيعين أي البيع بالتراضي والبيع بالمزاد العلني، وعليه فإن بيع العقار سواء بالمزايدة الودية أو بالمزاد العلني وتقييد أو إيداع محضر إرساء المزايدة يترتب عنه تطهيره من الرهن الرسمية

²⁷⁸ - للمزيد من التفاصيل بخصوص تطهير العقار في البيع الجبري العقاري انظر:

- عبد العلي حفيظ: العمل القضائي في الحجز التنفيذي العقاري، مرجع سابق، ص: 426 وما يليها.

²⁷⁹ - أحمد البختي: الآثار التطهيرية لبيع العقار في إطار مساطر صعوبات المفاوضة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 14-15 ماي- شتبر 2008، ص: 62 وما يليها.

على خلاف مدونة الحقوق العينية التي توسعت في الحقوق المشمولة بالأثر التطهيري والتي تشمل جميع الامتيازات والرهن²⁸⁰.

الفقرة الثانية: أثر استبدال الضمانة على أصحاب الامتيازات والرهن الرسمية

إذا كان مخطط الاستمرارية كحل متخذ من قبل المحكمة يتطلب بالضرورة أن تكون إمكانات جدية لتسوية وضعها وسداد خصومها²⁸¹، فإن هذا الشرط الأخير يتطلب بدوره توافر المقابلة المتعثرة على الموارد المالية وقد لا يتأتى ذلك إلا عن طريق بيع بعض العقارات، غير أن هذه العقارات قد تكون مثقلة بامتيازات أو رهن رسمية أو رهن حيازية، بحيث قد يقع أداء الديون لفائدة المستفيدين منها قبل حلول أجل استحقاقها في بعض الحالات، وقد لا تكفي قيمة العقار المرهون لسداد الديون التي حل أجلها لفائدة الدائنين العاديين، وتبعا لذلك فإن المشرع المغربي قد أعطى للسنديك أو لرئيس المقابلة وللحكمة استبدال ضمان بآخر، حيث جاء في إطار المادة 601 من م.ت "إذا كان الملك مثقلا بامتياز أو رهن أو رهن رسمي، أمكن عند الضرورة استبدال ضمان بآخر إذا كان للضمان الثاني نفس الامتيازات ويمكن للمحكمة في حالة غياب اتفاق أن تأمر بهذا الاستبدال".

والذي يظهر من المادة أعلاه، أن استبدال الضمان بآخر يتم إما بالتراضي بين السنديك أو رئيس المقابلة والدائنين المستفيدين من الضمان، وفي حالة غياب الاتفاق أو عدم قبول الدائنين إياه تتدخل المحكمة وتأمر باستبدال الضمان بآخر، غير أنه لا يمكن لها أن تأمر بهذا الاستبدال إذا تبين أن قيمة العقار موضوع الضمان الثاني أقل من قيمة العقار محل الضمان الأول وذلك حفاظا على حقوق الدائنين المستفيدين من هذا الضمان اعتمادا على مقتضيات المادة أعلاه التي اشترطت أن يكون للضمان الثاني نفس الامتيازات للضمان الأول.

أضف إلى ذلك، أن عملية استبدال ضمان بآخر من شأنه أن يسهم في تدعيم أصول المقابلة التي تعاني من صعوبات مالية، بحيث يمكنها اللجوء إلى عملية بيع العقار بعد استبداله بضمان آخر إذا كان العقار موضوع الضمان العيني قد يوفر الموارد اللازمة، فالأموال المتحصلة من ثمن العقار تساعد المقابلة قصد الحفاظ على

²⁸⁰ - الفقرة الأخيرة من المادة 220 منها والتي جاء فيها " يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري

انتقال الملك إلى من رسا عليه المزداد وتطهيره من جميع الامتيازات والرهن ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن"

²⁸¹ - **Carole Souweine** : Droit des entreprises en difficulté, Presses Universitaires de Grenoble, année 2004, page : 211.

نشاطها ومواصلة استمراريتها في الحياة الاقتصادية، كما تمكنها من سداد الديون التي حل أجلها مخافة عدم تنفيذ الالتزامات المحددة بمخطط الاستمرارية التي قد تبرر فسخه وتقرر المحكمة التصفية القضائية للمقولة.

لكن التساؤل يثار بخصوص مدى إمكانية الدائن المرتهن رهنا حيازيًا ممارسة حق حبس الملك المرهون في حالة عدم قبوله استبدال الضمان؟

يرى بعض الفقه الفرنسي بخصوص هذا الإشكال أن جميع الضمانات العينية يمكن أن يطالها الاستبدال إلا الضمانات الشخصية، والضمانات التي تخول للدائن حق الحبس، وتأييدا لذلك ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال حكم صادر عنه بتاريخ 1999/05/11 إلى أن الدائن المرتهن الذي يتمتع بحق حبس الملك المرهون لا يمكن أن يفرض عليه الاستبدال القضائي للضمانة التي بيده عند بيع المال²⁸².

أما بالنسبة لموقف مدونة التجارة بخصوص هذا الإشكال، فإن المادة 601 قد استعملت عبارة "رهن" وهي عامة ومطلقة يمكن تفسيرها تفسيرًا واسعًا لتشمل الرهن الحيازي إلى جانب الرهن الرسمي، وتبعًا لذلك فإن الدائن المرتهن رهنا حيازيًا يمكن أن يفرض عليه الاستبدال القضائي للضمانة في حالة غياب الاتفاق بينه وبين المدين الراهن، مادام أن الضمان الثاني يشترط فيه نفس امتيازات الضمان الأول، ويمكن لهذا الدائن أن يمارس حق الحبس على الملك المرهون - الضمان الثاني - إلى حين استيفاء دينه من ثمنه بالأولوية في حالة بيعه.

أما إذا تبين له عدم كفاية الضمانة الثانية في تغطية دينه المضمون مقارنة مع الضمان الأول، فإن ذلك يبرر أحقيته في ممارسة حق حبس للملك المرهون (الضمان الأول)، غير أن ذلك لا يمنع من تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 657 من مدونة التجارة التي خولت للقاضي المنتدب إمكانية الإذن للسنديك بأداء الديون السابقة وذلك لفك الرهن، إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقولة.

ويثار التساؤل أيضًا بشأن مدى إمكانية ممارسة أصحاب الضمانات العينية العقارية الطعن ضد الحكم أو القرار القاضي باستبدال الضمان بآخر؟

في الواقع أن الدائن المرتهن أو الممتاز لا يطعن في الحكم أو القرار القاضي باستبدال الضمان بآخر إلا في حالة ما إذا كان الضمان الثاني لا يتوافر على نفس الامتيازات التي يمنحها الضمان الأول على أسس أنه يتعذر عليه إثبات الضرر الذي قد

²⁸² - Pierre -Michel Le Corre : Le créancier face au redressement et liquidation judiciaire des entreprises, T.1 , éd Presses Universitaire de Aix-Marseille, année 2000, P : 893.

أشارت إليه حياة حجي : مرجع سابق، ص: 296.

يلحقه من جراء استبدال الضمان بآخر، وعلى خلاف ذلك، فإنه يمكن للدائن المرتهن أو الممتاز أن يطعن بالاستئناف ضد الحكم القاضي باستبدال الضمان داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ تبليغ المقرر القضائي اعتمادا على المادة 730 من مدونة التجارة، كما يمكن الطعن بالنقض ضد القرار القاضي باستبدال الضمان بآخر إعمالا لمقتضيات المادة 731 من م.ت، مثلما له الحق أن يمارس الطعن بالتعرض وتعرض الغير الخارج عن الخصومة متى توافرت شروطهما وذلك داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ النطق بالمقرر القضائي أو نشره في الجريدة الرسمية إذا كان من اللازم إجراء هذا النشر إعمالا لمقتضيات المادة 729 من م.ت.

وتجب الإشارة إلى أنه لا يمكن للدائن المرتهن أو الممتاز السابق لصدور حكم فتح المسطرة أن يطالب بإسقاط الأجل لإضعاف الضمان الثاني قياسا على الفصل 139 من ظ.ل.ع و الذي يعتبر إضعاف الضمانات الخاصة التي قدمها المدين من بين حالات سقوط الأجل، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الدعوى تكون مشمولة بمقتضيات المادة 653 من م.ت و التي تمنع رفع كل دعوى قضائية موضوعها الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال، على أسس أن المطالبة بسقوط الأجل يترتب عنه بالضرورة اعتبار جميع الديون ديونا حالة.

وما ينبغي الإشارة إليه، أن عملية استبدال الضمان بآخر خصوصا إذا كان محل الضمان عقارا يتطلب بالضرورة اتخاذ مجموعة من الإجراءات، وهكذا فإنه إذا كان العقار محفظا أوفي طور التحفيظ يتعين على السنديك أن يبادر إلى طلب إجراء عملية التشطيب على الرهون الرسمية والحيازية وحقوق الامتياز العقارية التي تثقل الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ، و يتم التشطيب بمقتضى العقد المبرم بين الدائن المرتهن أو الممتاز والسنديك أو رئيس المقابلة أو الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به القاضي باستبدال الضمان في حالة غياب الاتفاق إعمالا لمقتضيات الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري.

وبالمقابل، يجب تقييد الرهون الرسمية والحيازية على الضمان الثاني وذلك وفق مقتضيات الفصول 65 و 66 و 67 من ظ.ت.ع إذ كان محل هذا الضمان رسما عقاريا، كما يجب إيداع الحقوق العينية التبعية طبق الفصل 84 من ظ.ت.ع إذا كان محل الضمان عقارا في طور التحفيظ، والكل بناء على الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به أو العقد.

وبناء على ما سبق، فإن موقف المشرع كان صائبا بخصوص إجراء عملية استبدال الضمان بآخر، على اعتبار أنه اشترط في الضمان الثاني أن يتوافر على نفس امتيازات الضمان الأول، وأن التطبيق السليم لهذا المقتضى القانوني من طرف المحكمة لا يمس من قيمة الضمانات العينية العقارية.

المبحث الثاني

مدى إمكانية تجاوز الآثار السلبية لمخطط الاستمرارية

إذا كان مخطط الاستمرارية يستدعي القيام بمجموعة من الإجراءات التي قد تطال حقوق الدائنين قصد ضمان استمرارية نشاط المقاول وإعادة توازنها المالي، مما قد ينعكس سلباً على وضعية الدائنين السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، فإنه في بعض الحالات يمكن لهم ولو كان دينهم سابقاً لصدور الحكم تجاوز الآثار السلبية الناتجة عن مخطط الاستمرارية.

وعلى هذا الأسس، فإنه بإمكان الدائن أن يصبح في منأى عن الآثار المترتبة عن الحكم القاضي باتخاذ مخطط الاستمرارية، خاصة في حالة وجود عقد كفالة عينية، ففي هذه الحالة يحق للدائن الرجوع على الكفيل دون أن يتمسك هذا الأخير بمقتضيات مخطط الاستمرارية وفق المادة 662 من مدونة التجارة، غير أنه لا يعمل به إلا في حالة تصريح الدائن بدينه في مسطرة مدينه، وعليه فإن هذا الدائن قد لا يتأثر بحق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين.

بالرغم من رجوع الدائن المرتهن على الكفيل العيني إلا أنه قد لا يستوفي دينه منه، وذلك إما بسبب فتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة الكفيل، أو قد يكون ذلك راجعاً بالأسس إلى سوء تطبيق النصوص القانونية التي تجعل الكفيل يتمسك بنفس دفع المدين الأصلي، مما يجعل الدائن في هذه الحالة في مواجهة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم والذين يحظون بحق الامتياز المقرر لهم.

وأمام أزمة الضمانات العقارية بفعل الإجراءات التي تفضي إلى توفير الحماية اللازمة للمقاول المدينة، بدأ التفكير في البدائل الجديدة لتجاوز الآثار السلبية التي مست قيمة الضمانات العينية العقارية.

ويندرج ضمن البدائل الجديدة شرط الاحتفاظ بالملكية التي تعتبر وسيلة قانونية تتخذ من الملكية وسيلة ضمان، بحيث يجعل المستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية في وضع خاص مما يجنبه مختلف الآثار المترتبة عن الحكم القاضي بفتح المسطرة.²⁸³

²⁸³ - جواد الذهبي: شرط الاحتفاظ بالملكية في مساطر معالجة صعوبات المقاول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار

البيضاء، السنة 2014، ص: 19.

إذن، يمكن تجاوز الآثار السلبية لمخطط الاستمرارية، إما عن طريق رجوع الدائن المرتهن على الكفيل في حالة وجود كفالة عينية عقارية (المطلب الأول)، أو استفادته - باعتباره مالكا - من شرط الاحتفاظ بالملكية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

رجوع الدائن المرتهن على الكفيل العيني العقاري

إن معالجة المقاوله عن طريق التسوية القضائية باعتماد مخطط الاستمرارية لا تقرره المحكمة إلا إذا كانت إمكانات جدية لتسوية وضعيتها وسداد خصومها، فإن ذلك لا يتأتى إلا عن طريق فرض مجموعة من الإجراءات على الدائنين السابقين لصدور الحكم بغية ضمان نجاح مخطط الاستمرارية والذي يروم بالخصوص إنقاذ المقاوله من الصعوبات المالية التي تعاني منها.

وتبعا لذلك، فإن الدائنين السابقين سواء كانت ديونهم مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات يتأثرون بمختلف الإجراءات التي تفرضها المساطر الجماعية، ومنها نجد إيقاف المتابعات الفردية إما عن طريق الدعاوى القضائية أو اتخاذ إجراءات التنفيذ على عقارات أو منقولات المدين، وكذا تخفيضات في حجم الديون ومنح آجال موحدة للأداء....

وإذا كان الدائنون السابقون يخضعون للإجراءات السابقة رغما عن إرادتهم ولا يجوز التمسك بها في مواجهة المدين، فإنه ثمة حالات يكون لدى المقاوله المدينة المفتوح في مواجهتها المسطرة كفلاء ويلتزمون بأداء ديونها لفائدة الدائنين²⁸⁴، مما يتمكن معه الدائنون الرجوع على هذا الكفيل قصد استيفاء ديونهم وإلا حق لهم مقاضاته بشأن هذا الدين والتنفيذ على عقاراته.

انطلاقا مما سبق، فإنه إذا كان لا يحق للكفيل أن يتمسك بمبدأ إيقاف المتابعات الفردية في مواجهة الدائن المرتهن (الفقرة الأولى)، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية رجوع الدائن على الكفيل في حالة منح آجال جديدة وتخفيض في حجم الديون لفائدة المقاوله المدينة (الفقرة الثانية).

²⁸⁴ - محمد القادري ومحمد ايت موح: إشكالات وقف المتابعات الفردية في نظام صعوبات المقاوله، مقال منشور بمؤلف صعوبات المقاوله وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، أنجرة- طنجة 21-22 يونيو 2007، مطبعة الأمانة الرباط، السنة 2007، ص: 184.

الفقرة الأولى: عدم أحقية الكفيل العيني العقاري في التمسك بمبدأ إيقاف المتابعات الفردية

يجب التأكيد في البداية بأن أحقية الكفيل في التمسك بمبدأ إيقاف المتابعات الفردية عن طريق الدعاوى القضائية والتنفيذ على أموال الكفيل يعد من بين الإشكالات المطروحة على مستوى المادة 653 من م.ت المتعلقة بإيقاف الحكم القاضي بفتح المسطرة لجميع الدعاوى القضائية وإجراءات التنفيذ التي يقيمها الدائنون، غير أن هذا الإشكال يطرح فيما يتعلق بباقي مساطر صعوبات المقابلة دون مخطط الاستمرارية نظرا لصراحة مقتضيات المادة 662 من مدونة التجارة.

ولا يزال هذا الإشكال محل خلاف فقهي بين مؤيد لإمكانية تمسك الكفيل العيني بمبدأ إيقاف المتابعات الفردية، ومناصر لعدم أحقية الكفيل في التمسك بذلك.

وبالنسبة للاتجاه الأول²⁸⁵ يرى أنصاره أنه ولئن كانت مقتضيات المادة 653 من م.ت تقضي بإيقاف المتابعات الفردية، فإنها لم تستثن الكفيل من إمكانية التمسك بهذا المبدأ، مثلها لا يوجد أي مقتضى قانوني يحول دون تمسكه بمبدأ إيقاف المتابعات الفردية، ويبرر موقفه بأنه إذا كانت المادة 662 من م.ت نصت صراحة بعدم تمسك الكفلاء بمقتضيات مخطط الاستمرارية، فإنه عن طريق دلالة المخالفة يبقى للكفيل الحق في التمسك بباقي مراحل المسطرة بناء على الفصل 1140 من ظ.ل.ع إذ نص على أنه "للكفيل أن يتمسك، في مواجهة الدائن، بكل دفع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي، وله أن يتمسك بهذه الدفع، ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا"

وتأييدا لهذا الاتجاه قد يستفاد من قرار²⁸⁶ لمحكمة النقض على أنه إذا كان للكفيل طبقا للفصل 1140 من قانون الالتزامات والعقود أن يتمسك في مواجهة الدائن

²⁸⁵ - محمد القادري و محمد ايت موح: مرجع سابق، ص : 184.

²⁸⁶ - قرار عدد: 644، المؤرخ في 29 | 4 | 2009، في الملف عدد: 1069 | 3 | 1 | 2004، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، الجزء 5، السنة 2010، ص: 162.

- انظر أيضا قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفلس حيث جاء فيه ما يلي " وحيث أنه لما كان حكم فتح مسطرة التصفية القضائية يوقف ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور في مواجهة المدينة الأصلية طبقا للمادة 653 من م.ت، وكان البين أن المستأنف عليهم كفلاء للمدينة الأصلية المسماة شركة (فطيمة) وأن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفع المدين الأصلي سواء كانت شخصية أو متعلقة بالدين المضمون بمفهوم الفصل 1140 من ق.ل.ع ، طالما أن التزام الكفيل هو تابع ==

بكل دفع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، فإنه بالتبعية يستفيد الكفيل من الدفع المتعلق بوقف المتابعات الفردية المنصوص عليها في المادة 653 من مدونة التجارة دون أي تمييز بين كونه كفيلًا عاديًا أو متضامنًا، وهذا يستمر لغاية حصر مخطط الاستمرارية ليستعيد بعدها الدائنون صفتهم في مقاضاة الكفيل والتنفيذ على أمواله .

في حين يرى الاتجاه الثاني²⁸⁷ بأنه يحق للدائن مقاضاة الكفيل والتنفيذ على أمواله سواء كانت عقارات أو منقولات، بحيث ضيق الدعاوى ضد الكفلاء ضمن الدعاوى التي تخرج عن نطاق تطبيق المادة 653 من مدونة التجارة، ولقد برر موقفه بأن الدعاوى التي يطالها الوقف هي تلك الموجهة ضد رئيس المقاول المفتوح في مواجهته المسطرة وليس ضد كفلائه أو شركائه مادامت المسطرة لم تفتح في وجههم.

وتأييدا لهذا الرأي الأخير لقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي²⁸⁸ "بأن الكفالة وإن كانت ضمانا للدائن ضد المخاطر التي تهدد دينه قبل المدين متى تعذر على هذا الأخير تنفيذ التزاماته تجاه دائنيه وتخول الكفيل طبقا للفصل 1140 من ق ل ع الحق في أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفع المدين الأصلي سواء كانت شخصية أو متعلقة بالدين المضمون، فإن هذه القاعدة لا محل للدفع بها في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية في حق المدين لأن خضوعه لمسطرة المعالجة من الصعوبات يجعله في وضعية خاصة واستثنائية ولصيقة بشخصه كمقاول فردية أو جماعية..."

يمكن القول بخصوص هذا الإشكال أنه لا يحق للكفيل التمسك في مواجهة الدائن المرتتهن بمبدأ إيقاف أو منع المتابعات الفردية اعتبارا للمبررات التالية:

- إذا كانت الغاية من إقرار مبدأ منع وإيقاف المتابعات الفردية في مواجهة الدائن تكمن بالأساس في تفادي التنفيذ على أموال المدين سواء كانت عقارات أو منقولات، فإن تلك الغاية تنتفي في حالة مقاضاة الكفيل على أسس أن الكفالة

للتزام الأصلي ويحتل نفس مركزه القانوني، وكان البنك الدائن قد صرح بديونه للسنديك فإن عليه أن ينتظر إعداد السنديك لقائمة الديون عند تحقيقه للديون المترتبة بذمة المدينة الأصلية مما يتجلى منه أن الدعوى الحالية سابقة لأوانها الشيء الذي يوجب تأييد الحكم المستأنف لمصادفته الصواب".
- قرار عدد: 464، الصادر بتاريخ 20 | 04 | 2004، (غير منشور).

²⁸⁷ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 238.

²⁸⁸ - قرار عدد: 1700، الصادر بتاريخ 31/12/2008، ملف تجاري، عدد: 2006/2/3/1120. أشار إليه، عمر أزوكار: مرجع سابق، ص 154، وما يليها.

العينية تعد بمثابة ضمانة للدائن من كل المخاطر التي يتعرض إليها المدين، ما لم يكن الكفيل مفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية.

- حقا، إن المشرع لم يعالج وضعية الكفيل عند معرض حديثه عن مبدأ إيقاف المتابعات الفردية في إطار المادة 653 من مدونة التجارة، وهذا لا يؤثر على كون الكفيل يستثنى من تطبيق المادة أعلاه، بل يمكن للدائن الرجوع على الكفيل قصد مقاضاته ولا يمكن لهذا الأخير أن يتمسك بالمبدأ أعلاه، على اعتبار أنه لا يمكن أن يدفع بطلب تجريد المدين الأصلي من أمواله إذا كان هذا الأخير في حالة إعسار أو إفلاس وقع إشهاره (الفصل 1137 من ظ.ل.ع).

- إن التتبع صراحة على عدم أحقية الكفيل في التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية (المادة 662 من م.ت)، لا يفيد عن طريق دلالة المخالفة إمكانية تمسك الكفيل بباقي مراحل المسطرة بما في ذلك مبدأ إيقاف ومنع المتابعات الفردية، بل يدل ذلك على عدم تطبيق قاعدة تبعية الكفالة للالتزام الأصلي في إطار مسطرة صعوبات المقاول ومن ضمنها مبدأ إيقاف المتابعات الفردية.

و بالمقابل، فإنه اعتبارا لصراحة مقتضيات المادة 662 من م.ت، فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بمبدأ إيقاف أو منع المتابعات الفردية، وتبعا لذلك، فإنه يجوز للدائن المرتهن الناشئ دينه قبل فتح المسطرة مقاضاة الكفيل وذلك عن طريق التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني قصد استيفاء دينه.

وتطبيقا للمقتضيات السابقة، فإن القضاء المغربي يسير في اتجاه إعطاء الحق للدائن المرتهن قصد التنفيذ على عقارات الكفيل العيني، إذ جاء في قرار صادر عن محكمة النقض²⁸⁹ "... فإن الكفيل بدوره يستفيد من الدفع المذكورة دون تمييز بين كونه كفيل عادي أو متضامنا ودون أن يكون هناك تعارض مع الفصل 1137 من نفس القانون الناص فقط على الحالات التي لا يمكن فيها للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من أمواله وليس عدم استفادته من دفع هذا الأخير، وهذا الحق يستمر لغاية حصر مخطط الاستمرارية ليستعيد بعدها الدائنون صفتهم في مقاضاة الكفيل والتنفيذ على أمواله بدليل ما أورده المادة 662 من م.ت..."

غير أن رجوع الدائن المرتهن على الكفيل العيني قصد التنفيذ على عقاراته يقتضي بالضرورة التصريح بديونه لدى السنديك إعمالا لمقتضيات المواد 686 إلى 960 من م.ت، وعليه فإن عدم أحقية الكفيل في التمسك بمقتضيات مخطط

²⁸⁹ - قرار عدد: 644، الصادر بتاريخ 2009/04/29، ملف تجاري عدد: 204/1/3/1069.

أشار إليه عمر ازوكار: مرجع سابق، ص: 275.

الاستمرارية وفق المادة 662 من م.ت لا يعمل به إلا في حالة تصريح الدائن بدينه في مسطرة مدينه.²⁹⁰

وتأسيسا على ما ذكر، فإنه بإمكان الدائن تجاوز الآثار السلبية لمخطط الاستمرارية وذلك عن طريق مقاضاة الكفيل العيني بالتنفيذ على عقاراته وفق الطرق الواردة في باب الحجر العقاري إعمالا لمقتضيات مدونة الحقوق العينية ، وكذا قانون المسطرة المدنية.

الفقرة الثانية: عدم استفادة الكفيل من الآجال والتخفيضات المضمنة بمخطط الاستمرارية

لما كان الهدف من وراء حصر مخطط الاستمرارية يكمن بالأسس في تفادي الوضعية المالية المتدهورة للمقاولة وإعادة توازنها المالية في الحياة الاقتصادية، فإن نجاح هذا المخطط يتوقف بالضرورة على اتخاذ مجموعة من الإجراءات التي تقع على عاتق الدائنين، والتي من شأنها أن تمس حقوقهم سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات وبرهون، بحيث أنه قد يتضمن منح آجال جديدة أو تخفيضات في حجم الديون والتي قد تشهد عليها المحكمة بعد استشارة هؤلاء الدائنين، وإلا أمكن لها أن تفرض بالنسبة لباقي الدائنين آجالا موحدة للأداء.

وإذا كان لا يحق للدائن أن يتمسك في مواجهة المدين الأصلي بمقتضيات مخطط الاستمرارية فيما يتعلق بالآجال والتخفيضات، وطبقا للقواعد العامة فإن فكرة تبعية الكفالة العينية للالتزام الأصلي يترتب عنها الحق للكفيل أن يتمسك بكل دفع المدين الأصلي المتعلقة بالدين المضمون وخاصة منح آجال جديدة والتخفيضات، فإنه لا مجال لإعمال هذه القاعدة أثناء تنفيذ مخطط الاستمرارية، وهذا ما قضت به المادة 662 من م.ت على أنه "لا يمكن للكفلاء، متضامين كانوا أم لا، أن يتمسكوا:

- بمقتضيات مخطط الاستمرارية.

- بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 659.

يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل".

²⁹⁰ - قرار محكمة النقض عدد: 1364، الصادر بتاريخ 2006/12/27، ملف تجاري عدد 2006/1/3/1322.

أشار إليه عمر أزوكار: مرجع سابق، ص: 342.

وبناء على مقتضيات المادة أعلاه، فإذا تضمن مخطط الاستمرارية تأجيل تاريخ استحقاق الدين ومنح تخفيض في حجم الديون عن طريق الإنقاص من أصل الدين، فإن هذه المقتضيات يستفيد منها المدين الأصلي دون الكفيل العيني، بحيث يبقى الحق قائماً للدائن المرتهن أن يرجع على هذا الكفيل بكامل دينه وليس بمبلغ الدين بعد تخفيضه، كما يمكن له أن يستوفي هذا الدين عند تاريخ استحقاقه وليس الأجل المضمن بمخطط الاستمرارية.

يجب التأكيد في هذا الصدد أن القضاء المغربي يسير في اتجاه عدم أحقية الكفيل بالتمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية فيما يتعلق بالآجال والتخفيضات، وهكذا ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه على أنه "إذا كان من حق الدائن أن يواصل التنفيذ في مواجهة الكفيل انطلاقاً من المبدأ المنصوص عليه في المادة 662 من مدونة التجارة والذي مفاده أن الكفيل لا يحق له أن يتمسك بمخطط الاستمرارية، فإنه يبقى من حق المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بالمبالغ التي تقاضاها من الكفيل لأنه لا يحق أن يستخلص دينه مرتين".²⁹¹

وفي قرار صادر عن محكمة النقض الذي جاء فيه²⁹² : "لكن حيث يستفاد من مقتضيات المادة 662 من مدونة التجارة "أنه لا يمكن للكفلاء متضامين كانوا أم لا، أن يتمسكوا بمقتضيات مخطط الاستمرارية"... والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها من البحث المجري أمامها ومن ملف تسوية المدينة الأصلية شركة صوفميب، أنه لم يتم تحقيق دين البنك الوطني للإنماء الاقتصادي، وإنما في إطار وضع مخطط الاستمرارية لشركة صوفميب وأثناء استشارة الدائنين في إطار المادة 585 من مدونة التجارة، قرر السنديك عند وضع مخطط الاستمرارية حصر دين المطلوب...، اعتبرت أن التخفيض كان بمناسبة وضع مخطط الاستمرارية. وأن ما تم خلال مرحلة إعداد المخطط من استشارات بين الدائنين و السنديك لا يمكن أن يستفيد منه الكفيل..."

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الكفالة العينية يسوغ أن تعقد ضماناً لجزء من الدين دون باقيه (الفصل 1129 من ظ.ل.ع)، فإنه لا يمكن للدائن مقاضاة الكفيل العيني بكامل الدين المستحق على المدين، بل يمكن الرجوع عليه في حدود مبلغ

²⁹¹ - قرار عدد: 3144 - 3145 / 2003، الصادر بتاريخ 2003/10/24، رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 11/2003/303، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد: 99، ص: 149.

أشارت إليه الإدريسي مبتسم لالة حفيظة: مرجع سابق، ص: 55 وما يليها.

²⁹² - قرار عدد: 515 الصادر بتاريخ 2007/05/09، ملف تجاري عدد: 2005/1/3/923.

أشار إليه : عمر أزوكار: م.س، ص: 269 وما يليها.

الدين موضوع الكفالة أما الجزء الباقي من الدين فإنه يخضع لما هو مضمن بمقتضيات مخطط الاستمرارية، مثلما يتحدد التزام الكفيل بحدود مبلغ الدين الذي وقع حصره من طرف القاضي المنتدب في مواجهة المدين الأصلي متى اكتسب قوة الشيء المقضي به.²⁹³

حقا، إذا كان لا يحق للكفيل التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية استفادة الكفيل من مقتضيات الفصل 243 من ظل.ع تلك المتعلقة بمنح أجل استرحامي؟

أمام عدم تحديد المشرع المغربي في إطار مساطر صعوبات المقاول ما إذا كان المدين في إطار الاتفاق الودي والكفيل في مساطر صعوبات المقاوله يحق لهما أن يستفيدا من إمكانية منح آجال إضافية قصد الوفاء بالديون، فلا يسعنا سوى الرجوع إلى مقتضيات الفصل 243 من ظل.ع باعتباره الشريعة العامة لباقي القوانين الخاصة.

و هكذا، فإنه بالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 243 من ظل.ع نجد أن المشرع استعمل مصطلح المدين دون ذكر الكفيل، وهذا يعني أن الذي يستفيد من إمكانية منح آجال جديدة للوفاء بالدين هو المدين دون الكفيل، غير أنه ينبغي تفسير مصطلح "المدين" في الفصل أعلاه تفسيرا واسعا، وذلك على اعتبار أنه إذا كان المدين يطلق عليه في عقد الكفالة بالمدين الأصلي فإن الكفيل يعتبر بمثابة مدين تبعي، وعليه فإنه بإمكانه الاستفادة من مقتضيات الفصل المذكور أعلاه، ويتعين على الجهة المختصة بمنح الكفيل مهلة المسيرة أن تراعي مركز الدائن، وطبقا لذلك، يمكن لرئيس المحكمة أن يرفض طلب منح آجال جديدة لفائدة الكفيل إذا تبين له أن الدائن سيؤدي ما هو مستحق عليه تجاه دائن آخر عند حلول أجل الدين مخافة التنفيذ على أمواله وبيعها بالمزاد العلني، وعموما فإنه يمكنه رفض طلب الكفيل في جميع الحالات التي يتبين فيها أن تمديد الأجل قد يحدث ضررا للدائن.

²⁹³ - قرار محكمة النقض عدد: 173، الصادر بتاريخ 2008/02/13، ملف تجاري عدد 2006/2/3/1513

أشار إليه عمر ازوكار: مرجع سابق، ص : 136.

المطلب الثاني

حدود فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في تجاوز الآثار السلبية لمخطط الاستمرارية

لم يعرف المشرع المغربي شرط الاحتفاظ بالملكية سواء في إطار القواعد العامة أو في ظل مدونة التجارة، وقد يكون ذلك صائبا لأن التعريفات تدخل ضمن عمل الفقه والقضاء، وعليه فعرفه بعض الفقه²⁹⁴ بأنه "البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع أئتماني ينعقد صحيحا ومن شأنه أن يرتب آثاره كاملا، إلا أن أحد طرفيه يَأْتَمِن الآخر على إرجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر، أي أنه يتم الاتفاق على إرجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو لآجال محددة مقابل إرجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين استكمالهِ أو إرجاء تنفيذ نقل الملكية لحين استيفاء الثمن".

والذي يظهر من خلال التعريف أعلاه، أنه في ظل العقد المتضمن لشرط الاحتفاظ بالملكية يتم نقل الحيازة المادية للمال محل العقد إلى المشتري مع احتفاظ البائع بالملكية إلى حين الوفاء بالثمن المحدد بالعقد، وإلا حق لهذا البائع استرداد العقار والمنقول في حالة عدم حصوله على الثمن عند حلول أجله.

ونظرا لأهمية العقد المتضمن لشرط الاحتفاظ بالملكية خاصة في حماية البائع في مواجهة المشتري عند إخضاعه لمساطر صعوبات المقاول، فإن المشرع المغربي قام بتنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية في مدونة التجارة، غير أن هذا التنظيم خص البيوعات المنقولة دون البيوعات العقارية.

إذن، إذا كان المشرع لم يعالج شرط الاحتفاظ بالملكية في البيوعات العقارية (الفقرة الأولى)، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مدى مساهمة الاحتفاظ بالملكية في عقد الائتمان الإيجاري العقاري في تجاوز الآثار السلبية لمخطط الاستمرارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية في البيوعات العقارية

الملاحظ أن المشرع المغربي لم يعالج شرط الاحتفاظ بالملكية في إطار ظ. ل.ع بكيفية صريحة، وإنما أشار إلى ذلك بصورة عرضية عند حديثه عن التزامات

²⁹⁴ - محمد حسين منصور : شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، منشأة المعارف الإسكندرية،

الطبعة 1993، ص: 12.

أشار إليه زكرياء البلعيدي: الوضعية القانونية للعقار خلال مسطرة التسوية القضائية للمقاول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة 2014، ص: 667.

البائع فيما يتعلق بتسليم الشيء المبيع²⁹⁵، وعليه فإنه خول للبائع عدة ضمانات لحمايته في مواجهة المشتري خاصة من حيث استيفاء الثمن، ويكمن ذلك بالأساس في حق حبس المبيع المخول للبائع في حالة البيع الوارد على عدة أشياء صفقة واحدة يحق فيها للبائع أن يحبس عنده هذه الأشياء كلها حتى يستوفي الثمن بتمامه ولو كان قد سمي لكل شيء ثمنه على حدة (الفصل 505 من ظل.ع) كما لا يجبر البائع على تسليم الشيء المبيع، ولو كان قد منح أجلا للوفاء بالثمن.

- 1- إذا أعسر المشتري بعد البيع.
- 2- إذا كان المشتري مفلسا بالفعل عند البيع بدون علم البائع.
- 3- إذا قلل المشتري التأمينات المقدمة منه لضمان الوفاء بالثمن على وجه يعرض البائع لخطر ضياعه عليه (الفصل 507 ظل.ع) أضيف إلى هذا كله، أن المشرع المغربي أعطى للبائع استرداد المنقولات الموجودة في يد المشتري عند عدم أداء الثمن ولو لم يمنح أجلا لأداء الثمن (الفصل 582 من ظل.ع)²⁹⁶.

ومدونة التجارة بدورها تعرضت لتنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية في الكتاب الخامس المتعلق بالمساطر الجماعية عند معالجتها حق الاسترداد ضمن الباب التاسع من الكتاب الخامس (المواد 669 إلى 676). وباستقرار مختلف مقتضيات المتعلقة بحقوق الاسترداد يتضح أن المشرع المغربي أولى عناية خاصة لاسترداد المنقولات دون استرداد العقارات.

وبناء على ذلك، فقد نصت المادة 672 من مدونة التجارة على أنه يمكن استرداد البضائع المبيعة تحت شرط الأداء الكامل للثمن مقابل نقل ملكيتها، إذا كانت هذه البضائع موجودة بعينها وقت فتح المسطرة، هذا الشرط الذي يمكن أن يرد في محرر ينظم مجموعة من العمليات التجارية المتفق عليها بين الأطراف، يجب أن يرد متفقا عليه كتابة على الأكثر حين التسليم.

وبهذا يكون المشرع المغربي قد سار على نفس النهج الذي تبناه المشرع الفرنسي²⁹⁷ وذلك بعد التردد الطويل على مستوى موقف الفقه والقضاء وذلك نتيجة

²⁹⁵ - زكرياء البلعدي، مرجع سابق، ص: 66.

²⁹⁶ - عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثانية مطبعة الكرامة، الرباط، السنة 2009، ص: 240 وما يليها.

²⁹⁷ - الملاحظ أن المشرع الفرنسي نظم شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال الفقرة الثانية من الفصل 123 من قانون 25 يناير 1985، بحيث نص على القواعد المتعلقة بهذا الشرط في إطار التسوية والتصفية القضائية وعليه فإن دعوى الاسترداد غير ممكنة طبقا لمقتضيات الفصل أعلاه إلا بتوافر شرطين أساسيين، فالأول يكمن ==

الأسانيد التي اعتمدها المعارضون لعدم الأخذ بشرط الاحتفاظ بالملكية، على اعتبار أن مباشرة دعوى استرداد المبيع من شأنه أن يؤثر بصورة سلبية على أصول المقاوله التي تعتبر ضرورية لاستمرارية نشاطها، علما أن مقتضيات المساطر الجماعية تروم بالأساس تحقيق مصلحة المقاوله على حساب الدائنين²⁹⁸.

والذي يظهر من خلال المادة أعلاه، أن المشرع المغربي قيد ممارسة حق استرداد البضائع بمجموعة من الشروط، ومن ذلك أن يتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية كتابة قبل تسليم الشيء المبيع للمشتري وهي شكلية تؤكد الطابع الاستثنائي لهذا الشرط في إطار مساطر صعوبات المقاوله، بالإضافة إلى احتفاظ الشيء المبيع بطبيعته في تاريخ فتح المسطرة، غير أنه يجوز استرداد الأموال المثلية والأموال المنقولة المدمجة في مال منقول آخر متى توافرت بعض الشروط²⁹⁹.

إذا كان المشرع المغربي قد وفر الحماية اللازمة للبائع في إطار عقد بيع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية فيما يخص المنقولات، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن وضعية البائع في إطار بيع العقار تحت شرط الاحتفاظ بالملكية؟³⁰⁰.

يجب الاعتراف في هذا الإطار أنه لا مانع يحول دون إبرام عقد بيع العقار تحت شرط الاحتفاظ بالملكية، على اعتبار أن المشرع المغربي أعطى للمتعاقدين الحرية الواسعة للاتفاق على ما شاءوا من الشروط في إطار عقد البيع، مع مراعاة القواعد الآمرة والنظام العام، علما أن إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية في البيوعات العقارية لا يؤثر على صحة عقد البيع³⁰¹.

وإذا كان لا يحق للبائع ممارسة دعوى استرداد العقار المبيع تحت شرط الأداء الكامل للثمن وذلك لغياب نص صريح سواء في مدونة التجارة أو ظ.ل.ع، فإنه كذلك

في الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية كتابة، أما الثاني فيتعلق بضرورة بقاء البضائع المباعة على طبيعتها، وإلا فإنه لا يمكن مباشرة دعوى الاسترداد وفي هذه الحالة يتعين على البائع إثبات بقاء البضائع المباعة على حالتها

انظر بهذا الخصوص:

- **Michel Jeantin** : Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté, 4^{ème} édition, Dalloz, année 1995, P : 462 et suiv.

²⁹⁸ - محمد العلواني؛ مرجع سابق، ص: 165.

²⁹⁹ - جواد الذهبي؛ مرجع سابق، ص: 22 وما يليها.

³⁰⁰ - لقد جاء في الفصل 488 من ظ.ل.ع على أنه : " يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى".

³⁰¹ - زكرياء البليدي؛ مرجع سابق، ص: 6.

لا يجوز له ممارسة دعوى قضائية قصد المطالبة بفسخ البيع، اعتبارا لمقتضيات المادة 653 من م.ت المتعلقة بمبدأ منع وإيقاف المتابعات الفردية التي ترمي إلى فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال متى كان الدين سابقا لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة³⁰²، أضيف إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة 573 من م.ت إذ جاء فيها "يجب على المتعاقد أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاوله بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة، ولا يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح الدائنين حق التصريح بالدين في قائمة الخصوم" وتضيف الفقرة الأخيرة من نفس المادة أعلاه على أنه "لا يمكن أن يترتب عن مجرد فتح التسوية القضائية تجزئة أو إلغاء أو فسخ العقد على الرغم من أي مقتضى قانوني أو شرط تعاقدى"، واعتبارا لذلك، فإنه لا يبقى للبائع في إطار عقد بيع العقار تحت شرط الاحتفاظ بالملكية سوى التصريح بدينه لدى السنديك.

وتبعاً لذلك، فإن البائع الدائن يتدهور مركزه بالآثار السلبية الناتجة عن تبني مخطط الاستمرارية، بحيث لم يخول له المشرع أية ضمانات قانونية لحماية حقه في استيفاء الثمن، وعليه فإنه يتأثر بحق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين لصدور الحكم.

واستثناء لما ورد أعلاه، فإن البائع الدائن يسوغ له حق حبس المبيع إلى حين الوفاء بالثمن الكامل وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة 657 من م.ت، والتي خولت للسنديك أداء الديون السابقة للحكم لاسترجاع شيء محبوس قانوناً، إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاوله وذلك بعد حصوله على إذن من طرف القاضي المنتدب، وهذا يفرض بالضرورة بقاء حيازة العقار في يد البائع تأميناً لأداء الثمن المتبقي، وعليه فإن البائع في هذه الحالة يكون في وضع تجعله في منأى عن الآثار السلبية المترتبة عن مخطط الاستمرارية.

³⁰² . وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفلس ما يلي " حيث أنه من المقرر بمقتضى المادة 653 من مدونة التجارة أنه بمجرد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة ضد المقاوله المتوقفة عن الدفع يمنع على الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور هذا الحكم أن يرفعوا دعاوى قضائية في مواجهة رئيس المقاوله من أجل استصدار أحكام تصرح بفسخ العقد بسبب عدم أداء هذا الأخير المبالغ المالية التي تمثل التزامه في العقد المطلوب فسخه، وأنه من الثابت من أوراق الملف بما في ذلك الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بفلس بتاريخ 25 | 7 | 2001 .. أن الطاعنة توجد في حالة تسوية قضائية في حين أن دعوى الحال والتي تطالها أحكام 653 المذكورة لم تقدم إلا بتاريخ 3 | 10 | 2001 أي بعد صدور الحكم، الشيء الذي يجعلها غير مقبولة وذلك دون موجب للإلتفات إلى دفع المستأنف عليها بكونها محقة في طلب الاسترداد بناء على مقتضيات المادة 673 من مدونة التجارة" . قرار عدد: 348، المؤرخ في 03/21 | 2002 ، ملف تجاري عدد: 83 | 02، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com ، تاريخ المراجعة 20 | 12 | 2017.

الفقرة الثانية: وضعية مؤسسة الائتمان في إطار عقد الائتمان الإيجاري العقاري

تعد الموارد المالية الهاجس الأول الذي يطمح إليه المستثمر من أجل إنشاء مشاريع استثمارية جديدة أو توسيعها، و إذا كانت كل من المدخرات الشخصية والقروض آلية لتمويل هذه المشاريع، فإنه بفعل التطور التكنولوجي وعامل المنافسة بين المقاولات بات من الطبيعي البحث عن تقنيات جديدة للتمويل من شأنها أن تسهم في تحقيق معادلة صعبة بين تمويل المشروع الاستثماري وتوفير الضمانات القانونية لاسترجاع الأقساط الشهرية.³⁰³ وتتمثل هذه التقنية الجديدة في عقد الائتمان الإيجاري الذي يشكل في حد ذاته وسيلة حديثة لمنح الائتمان دونما اللجوء إلى القروض³⁰⁴.

ونظرا لأهمية هذا العقد فإن المشرع المغربي إسوة بباقي التشريعات أفرد أحكاما خاصة في إطار مدونة التجارة وذلك من خلال المواد 431 إلى 442، إذ نصت المادة 431 منها على أن عقد الائتمان الإيجاري العقاري هو "كل عملية كراء للعقارات المعدة لغرض مهني، تم شراءها من طرف المالك أو بناها لحسابه، إذا كان من شأن هذه العملية كيفما كان تكييفها أن تمكن المكثري من أن يصير مالكا لكل أو بعض الأموال المكراة على أبعد تقدير عند انصرام أجل الكراء".

والذي يظهر من خلال المادة أعلاه، أن هذا العقد يتضمن عملية شراء العقار المخصص لغرض مهني من طرف مؤسسة الائتمان قصد كرائه لفائدة المكثري الذي يبقى له حق الخيار إما إنهاء عقد الكراء أو تملك ذلك العقار على أبعد تقدير عند انصرام مدة الكراء، وتبعا لذلك فإن المكثري ليس له إلا حق الانتفاع بالعقار مقابل ذلك يحتفظ المكثري بملكية العقار إلى حين دفع الثمن المتفق عليه مع مراعاة المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء.

من هذا المنطلق يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية عدم تأثر مؤسسة الائتمان بالآثار السلبية لمخطط الاستثمارية؟

يجب التأكيد في البداية بأنه يمكن تصنيف عقد الائتمان الإيجاري العقاري ضمن العقود الجارية التنفيذ متى توافرت فيه كافة الشروط المتطلبة لذلك، وفي ظل

³⁰³ - عبد السلام الوهابي: عقد الائتمان الإيجاري للمنقول في القانون المغربي، مقال منشور بمؤلف الندوة الرابعة للعمل البنكي، مكتبة دار السلام، الرباط، السنة 2004، ص: 361.

³⁰⁴ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 170 و 171.

غياب تنظيم الشروط المتطلبة لاعتبار العقد عقدا جاريا³⁰⁵، فإن ذلك يكون من عمل الفقه والقضاء، وعليه فقد ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار العقود الجارية التنفيذ هي تلك الاتفاقات التي لم يتم تنفيذ التزاماتها بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، في حين يرى البعض³⁰⁶ بأن العقد الجاري يتحقق في حالة بقاء التزام من الالتزامات الأساسية على عاتق أحد طرفي العقد بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، وعليه فإن عقد الائتمان الإيجاري إذا تحققت فيه الشروط السابقة فإنه يخضع لمقتضيات المادتين 573 و 575 من م.ت، وتبعا لذلك يتحدد مركز مؤسسة الائتمان على ضوء هذه المقتضيات.

وعلى ضوء ذلك، فإنه باستقراء مقتضيات المادة 573 أعلاه يتضح بأن المشرع أعطى السلطة التقديرية للسنديك لاختيار مواصلة تنفيذ عقد الائتمان الإيجاري العقاري من عدمه، فإن اختار السنديك متابعة تنفيذ العقد، فإنه ينبغي التمييز بين الديون الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة والتي يجب التصريح بها لدى السنديك لتصنف في قائمة الخصوم، ويستتبع ذلك القول، بأن هذه الديون ستتأثر بحق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين، أما الديون اللاحقة لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة تحظى بحق الأولوية المنصوص في المادة 575 من م.ت، واعتبارا لذلك فإنها تؤدي عند حلول تاريخ استحقاقها، غير أنه لا يحق لمؤسسة الائتمان المطالبة بفسخ هذا العقد رغم عدم وفاء المقاول بالتزاماتها والمتعلقة بالأقساط الشهرية إعمالا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 573 من م.ت، والتي تقضي بأنه "يجب على المتعاقد أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاول بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة. ولا يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح الدائنين حق التصريح بها في قائمة الخصوم".

وبالمقابل، فإن السنديك قد لا يختار متابعة تنفيذ عقد الائتمان الإيجاري العقاري وفي هذه الحالة يفسخ العقد بقوة القانون، ولا يبقى لمؤسسة الائتمان الإيجاري سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار ويدرج مبلغ التعويض ضمن قائمة الخصوم (الفقرة الثانية من المادة 573 أعلاه)، ويستتبع ذلك القول، بأن مبلغ التعويض يصنف

³⁰⁵ - للمزيد من التفاصيل انظر :

زكرياء البلعيدي: مرجع سابق، ص: 56 وما يليها.

³⁰⁶ Nathalie STAGNOLI : Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle, DEA des affaires, université Rober Schuman de Strasbourg, P : 5.

أشارت إليه حياة حجي: نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاول، مرجع سابق، ص: 243.

للمزيد من التفاصيل انظر :

- زكرياء البلعيدي: مرجع سابق، ص: 56 وما يليها.

ضمن الديون السابقة لصدور الحكم، وعليه سيجري على مؤسسة الائتمان ما يجري على الدائنين السابقين لصدور الحكم، بحيث سيتأثر هذا الدين بفعل حق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين.

غير أنه يتعين عدم الخلط بين التعويض عن الأضرار التي لحقت مؤسسة الائتمان بعد صدور الحكم والأضرار التي لحقتها قبل صدور الحكم، فالأولى تحظى بحق الامتياز المنصوص عليه في المادة 575 من م.ت باعتبارها ديونا نشأت بصفة قانونية بعد صدور الحكم، علما بأن المشرع المغربي لم يشترط فيها أن تكون ضرورية لمواصلة نشاط المقاول، أما الأضرار السابقة لصدور الحكم فإنها تصنف ضمن الديون السابقة لصدور الحكم.

ويترتب عن الفسخ أيضا بأن يلتزم كل من المتعاقدين برد ما حصل عليه من المتعاقد الآخر³⁰⁷، ولما كان الأمر يتعلق بعقد الائتمان الإيجاري العقاري، كان على المقاول أن ترد العقار لفائدة مؤسسة الائتمان، ويتوجب على هذه الأخيرة أن ترد المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاوله يراعى فيها المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء.³⁰⁸

³⁰⁷ - ادريس العلوي العبدلاوي: مرجع سابق، ص: 707.

³⁰⁸ - مع الإشارة إلى أن المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاوله يتم تأجيلها إلى حين البت في دعوى التعويض عن الأضرار (الفقرة الثالثة من المادة 573 من م.ت).

الفرع الثاني

أثر مخطط التفويت على مركز الضمانات العينية العقارية

لم يعط المشرع من خلال مدونة التجارة تعريفا لمخطط التفويت كحل في إطار التسوية القضائية، ولقد تم تعريفه أنه عملية ذات طبيعة قانونية بمقتضاها يتم التحويل الكلي أو الجزئي بعوض لوحدة الإنتاج المخصصة لنشاط اقتصادي مستقل، يتم هذا التفويت بناء على العروض المقدمة والمتضمنة للالتزامات في المجال الاجتماعي والمالي والاقتصادي³⁰⁹.

ويقصد بوحدة الإنتاج مجموعة من العناصر المادية (العقارات، و المنقولات، البضائع...) والعناصر البشرية (الأجراء...) التي تسمح بمتابعة وممارسة نشاط اقتصادي. وتبعا لذلك فإن التفويت يقتصر فقط على أصول المقاوله دون خصومها، بحيث أن المفوت إليه لا يتحمل خصوم المقاوله التي كانت مترتبة في ذمة المفوت³¹⁰.

ويروم التفويت بالأسس تحقيق المصلحة الاقتصادية وذلك عن طريق الإبقاء على النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل، وكذا تحقيق المصلحة الاجتماعية عن طريق المحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط، وحماية حقوق الدائنين من خلال إبراء ذمة المقاوله من الخصوم.

وتبعا لذلك، فإن القضاء الذي له السلطة التقديرية في اختيار مخطط التفويت كحل في إطار التسوية القضائية يتعين عليه أن يختار عروض التفويت التي من شأنها أن تحافظ على مناصب الشغل وأداء مستحقات الدائنين، ويسمح بالإبقاء على النشاط

³⁰⁹ - **Mohamed Amine TRAIKI** :La cession de l'entreprise en difficulté, Mémoire pour l'obtention du diplôme d'Etudes Supérieures Approfondies en droit des affaires, Université Hassan II, faculté des sciences juridiques et économiques et sociales , Casa, année Décembre 2002, p : 48.

³¹⁰ - نورة بزوت: مخطط التفويت في إطار مساطر صعوبات المقاوله ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2010-2011، ص 12 و 13.

الاقتصادي³¹¹، غير أن القضاء قد اعتبر في بعض الحالات أن مخطط التفويت الحل الأنسب من مخطط الاستمرارية إذا كان يضمن الوفاء بالديون.³¹²

وعلى الرغم من ذلك، فإن مخطط التفويت قد ينعكس سلبا على قيمة الضمانات العينية العقارية تلك الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة حيث غالبا ما يتم تعطيل العديد من الحقوق المقررة لهم وفق القواعد العامة وهذا بدوره يؤدي إلى التقليل من حقوق الدائنين السابقين خاصة منهم حاملين لضمانات عقارية.

وإذا كان الهدف من التفويت محاولة تصفية خصوم المقاوله وذلك عن طريق الوفاء الكامل بالديون المترتبة في ذمة المفوت، فإن الواقع العملي قد أثبت في بعض الحالات خلاف ذلك، حيث يمكن حصر مخطط التفويت ولو لم يتم الوفاء الكامل بحقوق الدائنين³¹³.

هكذا، فإن مخطط التفويت لا يختلف عن مخطط الاستمرارية من حيث انعكاساته السلبية على حقوق الدائنين سواء كانوا عادييين أو حاملين لضمانات عينية عقارية (المبحث الأول)، بالرغم من بعض المقتضيات التي حاولت الحفاظ على بعض حقوقهم (المبحث الثاني).

³¹¹ Jean Paillusse et Henry lazarski et jean- jaques caussain et Philippe peyramaure : Cession d'entreprises, 4^{ème} édition , Dalloz , année 1999 , p : 435.

³¹² - Jean Paillasse et autres : op ., cit., p: 435.

³¹³ - محمد العلواني؛ مرجع سابق، ص: 73.

المبحث الأول

الانعكاس السلبي لمخطط التفويت على أصحاب الضمانات العينية العقارية

التفويت كحل لتسوية الوضعية المالية للمقاوله يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة التجارية، غير أن هذه السلطة نسبية وليس مطلقة بحيث يتعين عليها أن تختار مخطط التفويت مع مراعاة الأهداف المحددة في المادة 603 من مدونة التجارة³¹⁴.

وتبعاً لذلك، فإن مخطط التفويت يقوم على أسس اختيار العرض الذي يحرص على الأهداف الثلاثة للتفويت، والتي تكمن في الإبقاء على نشاط المقاوله والمحافظة على مناصب الشغل وتصفية الخصوم³¹⁵، وهذا يفرض على المحكمة أن تراعي في أخذها بالحل المذكور تحقيق الأهداف المشار إليها، وفي حالة تخلف تلك الشروط فإنه لا يمكن للمحكمة اعتماد مخطط التفويت³¹⁶. غير أنه قد يبدو أن هذه الرؤية الاقتصادية لا تخلو من بعض العيوب، الأمر الذي دفع بعض الفقه المغربي³¹⁷ القول بأنه: "إذا كان تحرير المقاوله المفوتة من خصومها نعمة بالنسبة للمفوت إليه، وهدية

³¹⁴ - Mohamed Amine TRAIKI : op.cit., p : 114.

³¹⁵ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 107.

³¹⁶ . وفي قرار لمحكمة النقض والذي جاء فيه ما يلي "حيث ولئن كانت غاية المشرع من مساطر معالجة صعوبات المقاوله هي السعي ما أمكن إلى استمرار نشاط المقاوله، إما عن طريق اعتماد المحكمة لمخطط استمرارية الاستغلال أو التفويت فإن ذلك رهين بأن يكون ذلك كفيلاً بضمان تلك الاستمرارية، وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بالتفويت فإنه على المحكمة أن تراعي في أخذها بالحل المذكور الهدف المتوخى منه وهو الإبقاء على نشاط المقاوله والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط، وإبراء ذمة المقاوله من الخصوم، وفي حالة تخلف تلك الشروط فإنه لا يمكن للمحكمة اعتماد مخطط التفويت لمجرد عدم تعدد العروض، والمحكمة التي اقتصررت على القول بأنها لا تتوفر إلا على عرض واحد وأخذت به بالرغم من أنها صرحت بأنه لا يستجيب لشروط المادة 603 من مدونة التجارة ودون أن تفاضل بينه وبين ما عرضته وزارة التجارة والصناعة من أن تصفية المقاوله من أجل إقامة مشروع الأفشورنغ يعتبر الحل الأمثل لمعالجة وضعيتها ولا استبعدته بتعليل مقبول، يكون قرارها غير مرتكز على أسس وعرضه للنقض"

- قرار عدد: 27، المؤرخ في 2010.01.13، ملفان تجاريان مضمومان عدد: 2007.1.3.942 | 2007.1.3.974 (قرار غير منشور).

³¹⁷ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها، الجزء الثاني، ص: 472.

تشريعية قدمت إليه لإنقاذ المقابلة المتعثرة، حفاظا على مناصب الشغل، فقد يكون نقمة بالنسبة للدائنين الذين لا يستوفون سائر ديونهم، خاصة إذا كان الثمن دون مستوى الخصوم أو كان زهيدا بخسا".

وإذا كان يظهر جليا من خلال هذا الموقف، أن الدائنين سواء العاديين أو حاملين ل ضمانات عينية عقارية قد لا يحصلون على كامل ديونهم بالنظر إلى ثمن التفويت الذي قد يكون زهيدا، فإن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بحيث قد يتم تعطيل العديد من الحقوق المخولة للدائنين الممتازين والدائنين المرتهنيين وفق القواعد العامة في حالة انتقال الملكية المثقلة برهن، و يظهر ذلك إما من خلال صراحة النصوص القانونية التي قد تحد من بعض الحقوق كمنع ممارسة حق التتبع نتيجة تبني مخطط التفويت (المادة 617 من م.ت) أو عدم دقة ووضوح بعض النصوص القانونية بشأن مصير حق الحبس المخول للدائن المرتهن رهنا حيازا ومدى تأثيره بمخطط التفويت.

و هكذا، فإن الانعكاس السلبي لمخطط التفويت على الدائنين الممتازين والدائنين المرتهنيين يظهر من خلال إمكانية تعطيل حقي التتبع والحبس (المطلب الأول)، وكذا تأثير حق الأفضلية عند توزيع ثمن التفويت على الدائنين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر مخطط التفويت على حقي التتبع والحبس

في الأصل يترتب عن انتقال الملكية المثقلة بامتيازات عقارية أو رهون رسمية أو حيازية عدة حقوق مخولة للدائنين المستفيدين من هذه الضمانات، ومنها للدائن المرتهن رهنا رسميا حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به (المادة 199 من مدونة الحقوق العينية). مثلما نجد حق الحبس المخول للدائن المرتهن رهنا حيازا يمارسه على الملك المرهون حتى يتسنى له استيفاء دينه بالأولوية، كما يحق له استرداد هذا الحق من أي يد انتقل إليها (المادة 155 من مدونة الحقوق العينية).

غير أنه استثناء لما ورد أعلاه، واعتبارا لهاجس مساطر صعوبات المقابلة والذي يكمن على وجه الخصوص في الحفاظ على مصالح المقابلة وضمان استمرار نشاطها قصد إعادة توازنها المالي ومحاولة تصفية خصومها، فإن ممارسة تلك الحقوق من شأنها أن تؤثر على مخطط التفويت كحل معتمد لإنقاذ المقابلة من الصعوبات مما

دفع المشرع المغربي إلى تعطيل تلك الحقوق المقررة للدائنين الحاملين لضمانات تحقيقاً للأهداف المرسومة في إطار هذا المخطط.

وتبعاً لذلك، فإن كان المشرع قد نص صراحة عن عدم ممارسة حق التتبع من قبل الدائن المرتهن رهناً رسمياً عند تفويت المقاولة وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 617 من م.ت (الفقرة الأولى)، فإنه بالنظر لغياب نصوص صريحة يثار الإشكال بشأن مدى إمكانية تعطيل حق الحبس المخول للدائن المرتهن رهناً حيازياً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعطيل ممارسة حق التتبع عند تبني مخطط التفويت

إذا كان يترتب عن انتقال الملك المثلث برهن إلى يد الحائز القانوني ممارسة حق التتبع³¹⁸ في يد هذا الحائز وذلك لاستيفاء الدين عند حلول أجل الوفاء، فإن صدور حكم قاضي بحصر مخطط التفويت يعطل هذا الحق المخول للدائن المرتهن، غير أن تعطيل ممارسة حق التتبع لا يتوقف بالضرورة على صدور حكم يقضي بمخطط التفويت كحل لتسوية المقاولة، وإنما يتم تقييد حق التتبع بمجرد صدور حكم قاضي بفتح مساطر المعالجة وذلك من خلال المادة 653 من م.ت والتي تقضي على أنه يوقف الحكم ويمنع كل إجراء للتنفيذ يقيمه الدائنون على منقولات وعقارات المدين الراهن، ولما كان يترتب عن ممارسة حق التتبع التنفيذ على العقار المرهون بالرغم من خروجه من الذمة المالية لمدينه في يد الحائز له لاستيفاء دينه، فإن ذلك يخضع لمقتضيات المادة أعلاه.

هذا، قد نصت مدونة التجارة من خلال الفقرة الأولى من المادة 617 على عدم أحقية الدائنين المرتهنين ممارسة حق التتبع إلى غاية الأداء الكامل للثمن المطهر للأموال موضوع التفويت حيث جاء فيها ما يلي "إلى غاية الأداء الكامل للثمن المطهر للأموال المضمنة بالتفويت من التقييدات التي تثقلها، لا يمكن للدائنين المستفيدين من حق التتبع ممارسته إلا في حالة تصرف المفوت إليه في المال المفوت".

وانطلاقاً من المادة أعلاه، فإنه تم تقييد ممارسة حق التتبع المقرر لفائدة الدائنين المرتهنين خاصة أصحاب الرهون الرسمية وذلك قصد مساعدة المفوت إليه للحفاظ على المقاولة الجديدة تماشياً مع الأهداف التي يسعى إليها مخطط التفويت خاصة

³¹⁸ - للمزيد من التفاصيل بخصوص حق التتبع انظر :

- Marcel Planiol et Georges Ripert, : Droit civil Français, Sûretés réelles, deuxième parti, Tome XIII, 2édition , L.G.D.J , Paris, année 1953 , p : 409 et sui.

الإبقاء على النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل، على أسس أن عدم تقييد حق التتبع من شأنه أن يمس بمبدأ استمرار نشاط المقاول في يد المفوت إليه، لأنه يترتب عنه التنفيذ على العقار المرهون بصرف النظر عن حلول أجل الوفاء بالديون على اعتبار أن الحكم القاضي بمخطط التفويت يترتب عنه استحقاق الديون غير الحالة.

أضف إلى ذلك، أن الهدف من تعطيل هذا الحق يروم بالأسس تمكين المفوت إليه من أصول المقاول والتي قد تكون مثقلة ببعض الامتيازات أو الرهون أو الرهون الرسمية، لأن المفوت إليه يكون في حاجة ماسة إلى كافة الوسائل لضمان نجاح مخطط التفويت مع تحمله للالتزامات والضمانات التي قد تتجم عن ممارسة هذا الحق.³¹⁹

يحق لنا أن نتساءل عن مجال تطبيق الفقرة الأولى من المادة 617 من مدونة التجارة من حيث الدائنين؟

لم تورد المادة أعلاه أي تحديد للدائنين الذين لا يمكنهم ممارسة حق التتبع، وعليه فإن الدائنين الذين لا يحق لهم ممارسة هذا الحق إلى غاية الأداء الكامل لثمن التفويت أصحاب الرهون الرسمية السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، وهذا لا يستشف من مقتضيات المادة السابقة فحسب، بل من مقتضيات المادة 653 من م.ت والتي تمنع وتوقف جميع إجراءات التنفيذ على عقارات المدين الراهن بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، كما يسري مجال التطبيق الفقرة الأولى من المادة 617 من م.ت على الدائنين أصحاب الرهون الرسمية اللاحقين لصدور الحكم، ولئن كانوا هؤلاء الدائنين غير مشمولين بمقتضيات المادة 653 من م.ت³²⁰، فإنه لا يحق لهم ممارسة حق التتبع بدليل المادة 617 من م.ت التي جاءت عامة ومطلقة، كما أن تقييد هؤلاء الدائنين في ممارسة هذا الحق يبرره الحفاظ على عقارات المقاول التي تعد ضرورية للحفاظ على نشاطها.

³¹⁹ - نورة بزوت : مرجع سابق، ص : 122.

³²⁰ - وتطبيقاً لذلك قد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي " وحيث أنه لذلك فإن الديون الناشئة بصفة قانونية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية وفي الوقت الذي تكون فيه مثبته ومستحقة الأداء يمكن المطالبة بها مباشرة من رئيس المقاول أو السنديك إن كان هو المسير دونما حاجة إلى تصريح أو تسجيل .

كما أن هذا الدين لا يخضع لقاعدة وقف المتابعات الفردية ولا لقاعدة وقف سريان الفوائد المنصوص عليها على التوالي في المواد من 653 إلى 656 ومن 659 إلى 660 من مدونة التجارة وبالتالي يمكن المطالبة به وفق الطرق القانونية العادية".

- قرار عدد: 2000/2062، بتاريخ 10/10/2000، رقم الملف 11/2000/1510، منشور بالموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.com، تاريخ المراجعة 20 | 12 | 2017، سبقت الإشارة إليه.

ويسري مجال تطبيق المادة أعلاه أيضا حتى على الدائنين الممتازين ونقصد على وجه الخصوص المصاريف القضائية المنفقة في إجراءات التنفيذ، ولئن كان المشرع المغربي يحصر ممارسة هذا الحق بالنسبة للدائن المرتهن رهنا رسميا (المادة 199 وما يليها من مدونة الحقوق العينية)، فإنه يمكن تصور ممارسة هذا الحق من قبل الدائن الممتاز، لأن الديون الممتازة العقارية تتدرج ضمن الحقوق العينية التبعية، وباعتبارها كذلك فإنه يحق لأصحابها ممارسة هذا الحق ما لم يتم تقييده كما هو الحال بالنسبة للمادة 617 المشار إليه أعلاه.

يرى الفقه المغربي³²¹ أن حق التتبع في إطار مخطط التفويت يبقى حقا ناقصا، والذي لا يمكن ممارسته إلا في حالة تصرف المفوت إليه في المال المفوت، ويستتبع ذلك، أنه يمكن ممارسة حق التتبع في مواجهة المفوت إليه الثاني اعتمادا على الفقرة الأولى من المادة 617 من م.ت.

لكن يجب ألا ننسى بأنه قد يتم تعطيل ممارسة حق التتبع حتى في حالة تصرف المفوت إليه في العقارات المفوتة والمثقلة برهون رسمية أو امتيازات اعتمادا على مقتضيات المادة 202 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها: "للحائز الذي لم يكن ملتزما شخصيا بالدين أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين.

يؤجل بيع الملك الذي بيد الحائز أثناء إجراءات التجريد"

ومفاد ذلك أنه في حالة تصرف المفوت إليه في العقارات المثقلة بضمانات إلى مفوت إليه ثان، فإنه بإمكان هذا الأخير إذا كانت له صفة حائز طبقا للمادة 200 من مدونة الحقوق العينية³²² في الحالة التي يكون فيها غير ملتزم شخصيا بالديون المضمونة أن يتعرض على بيع الملك المرهون وذلك عن طريق منع الدائنين المستفيدين من هذا الضمان من ممارسة حق التتبع بشرط أن تبقى في ملكية المدين الأصلي أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين، وفي هذه الحالة لا يبقى للدائن المرتهن سوى الرجوع على المدين الأصلي قصد التنفيذ عليه لاستيفاء دينه، وفي حالة عدم كفاية الثمن المتحصل من الأملاك الأخرى المرهونة في سداد ديون الدائن المرتهن، فإنه يحق لهذا الأخير أن يمارس حق التتبع ويباشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون الذي هو بيد المفوت إليه الثاني.

³²¹ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثاني، مرجع سابق، ص : 510.

³²² - حيث جاء فيها: "يعتبر حائزا للملك المرهون كل من انتقلت إليه ملكيته بتقييده بالرسم العقاري دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين".

وتجب الإشارة إلى أنه يترتب عن الأداء الكامل لثمن التفويت تطهير العقار من جميع الامتيازات والرهون الواردة عليه، والتي كانت الغاية منها بيع هذا العقار وقد تحققت، فإنه في هذه الحالة لا مجال لبقاء الحق في التتبع³²³، ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن³²⁴.

الفقرة الثانية: أثر مخطط التفويت على حق الحبس المقرر لفائدة صاحب الرهن الحيازي

طبقا للقواعد العامة فإن الرهن الحيازي يخول للدائن حق حبس الملك المرهون حتى يستوفي دينه، وعليه فمادام المدين لم ينفذ الالتزام المضمون لا يمكن إجبار الدائن المرتهن على التخلي عن حيازة المرهون بل له حق حبسه حتى استيفاء دينه³²⁵ ولا يلتزم الدائن برد الشيء المرهون إلا بعد تنفيذ الالتزام تنفيذا كاملا³²⁶ وهذه الأحكام تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية التي كانت تعرف الرهن "حق حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه وتمنح المرتهن حق حبس المرهون إلى حين فكه"³²⁷.

وتكريسا لذلك، يستفاد من المادة 155 من مدونة الحقوق العينية على أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا يتمتع بحق حبس الملك المرهون وحق بيعه بالمزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق استرداده من أي يد انتقل إليها.

غير أنه لما كان من بين أهداف مخطط التفويت هو استمرار نشاط المقاول³²⁸، فإن ذلك يتناقض والحقوق المخولة للدائن المرتهن رهنا حيازيا في حالة

³²³ - عبد العلي حفيظ: الحجز التنفيذي العقاري، مرجع سابق، ص: 123.

³²⁴ - لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 220 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاد وتطهيره من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن".

³²⁵ - الفصل 184 من ظ. ل.ع، ولئن كان هذا المقتضى التشريعي يتعلق بالرهن الحيازي للمنقول، فإنه قابل للتطبيق حتى على الرهن الحيازي للعقار بدليل الفقرة الثانية من المادة 1 من مدونة الحقوق العينية.

³²⁶ - الفصل 1201 من ظ.ل.ع.

³²⁷ - مأمون الكزيري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، السنة 1987، ص: 296.

³²⁸ - إلى جانب الحفاظ على مناصب الشغل وتصفية الخصوم.

عدم حصوله على دينه كاملا، لكن ولئن كان المشرع المغربي منع الدائن المرتهن من بيع الملك المرهون بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية إعمالا لمقتضيات المادة 653 من م.ت والتي تمنع الدائنين من مباشرة إجراءات التنفيذ بمجرد صدور حكم يقضي بفتح المسطرة، فإنه لا يوجد أي مقتضى قانوني يحول دون تمتع الدائن المرتهن رهنا حيازا من ممارسة حق الحبس رغم اعتماد مخطط التفويت، وتأكيدا لذلك ذهب بعض الباحثين³²⁹ إلى القول بأن الدائنين السابقين لصدور الحكم والذين يتمتعون بحق الحبس على المال المملوك للمدين الراهن يؤثرون سلبا على وفاء حق الأفضلية المقرر للدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة وفق المادة 575 من م.ت، ولقد استند في ذلك "إن مشرع قانون صعوبات المقاولات لم ينل في شيء من الأثر التقليدي لحق الحبس والمتمثل في حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن"

ولئن كان هذا الموقف يتعلق بحق حبس المال باعتباره وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات المنصوص عليه في ظل.ع (الفصول 291 إلى 305)، فإنه يسري حتى على حق الحبس المخول للدائن المرتهن رهنا حيازا وذلك لتمثل مقتضيات الفصل 291 من ظل.ع مع مقتضات المادة 155 من مدونة الحقوق العينية المشار إليها أعلاه³³⁰، وتبعا لذلك فإنه لا وجود لأي مقتضى قانوني في إطار مساطر صعوبات المقاولات يقضي باسترداد حق الحبس من الدائن المرتهن رهنا حيازا لفائدة المدين الراهن أو المفوت إليه سواء عند تبني مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت أو التصفية القضائية.

وتأكيدا لما سبق، فإن المشرع المغربي قد أعطى للقاضي المنتدب إمكانية الإذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم وذلك لفك الرهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانونيا، إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقاولات والكل وفق المادة 657 من م.ت الواردة ضمن القواعد المشتركة لمساطر المعالجة والتصفية القضائية، ويستتبع ذلك، أن الدائن المرتهن بإمكانه ممارسة حق الحبس على العقار المرهون موضوع التفويت إلى حين سداد الديون المضمونة، أي إن استرجاع المال أو الشيء المحبوس يتوقف بالضرورة على الوفاء بالدين الناشئ ولو قبل حكم فتح المسطرة، وإلا سيؤدي ذلك إلى بقاء المال و الشيء محبوسا.³³¹

³²⁹ - عبد الحق بوكبيش : هشاشة حق الأولوية في الوفاء المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 12، السنة 2007، ص: 71.

³³⁰ - بل الأكثر من ذلك أن الفصل 301 من ظل.ع أحال على بعض القواعد المقررة للدائن المرتهن رهنا حيازا فيما يخص المسؤولية عن الشيء المحبوس.

³³¹ - عبد الحق بوكبيش : مرجع سابق، ص: 71.

وتأييدا للموقف السابق، لقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قضت في قرار صادر عنها أن تفويت المقاولة لا يمكن أن يشكل أي ضرر على حق الحبس المخول لصاحب الرهن الحيازي، وأنه لا يمكن إجبار هذا الأخير على التخلي على المال المحبوس، إلا بعد الأداء الكامل لدينه، بدل استفادته فقط بحصة من ثمن البيع الناتج عن تفويت المقاولة لممارسة حق الأفضلية³³².

وبناء عليه، فإن الدائن المرتهن رهنا حيازيا والذي يتمتع بحق الحبس يتم سداد ديونه بالأفضلية على باقي الدائنين الآخرين بما فيهم الدائنين اللاحقين لصدور الحكم، وإلا امتنع عن إرجاع الشيء المرهون الذي يكون ضروريا لمتابعة وللحفاظ على نشاط المقاولة موضوع التفويت، وهذا يشكل في حد ذاته تطبيقا لمقتضيات المادة 657 من م.ت التي تخول للقاضي المنتدب الإذن للسنديك قصد أداء مستحقات صاحب الرهن الحيازي من ثمن التفويت لفك الرهن³³³.

مما سبق يتضح أن مخطط التفويت لا يمكن أن يمس بحق الحبس الذي يتمتع به الدائن في الرهن الحيازي الذي يحوز العقار حيازة مادية، وذلك إعمالا لمقتضيات المادة 657 من م.ت والتي تقضي بفك الرهون الحيازية شريطة أداء الديون لفائدة أصحابها حتى لو كانت سابقة عن صدور الحكم، أضف إلى ذلك، أنه لا يوجد في إطار مخطط التفويت أي مقتضى تشريعي يخول للسنديك أو للقاضي المنتدب استرداد الأموال المثقلة برهون حيازية دون الوفاء بالديون، ما لم يتم تطهير العقار من جميع الرهون الحيازية التي تثقله بعد الأداء الكامل وبعد تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسوم العقاري، فإنه في هذه الحالة لا يبقى للدائن سوى حق إلا على الثمن.

³³² - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 113 و114.

³³³ - جمال وعركوب: التفويت القضائي للمقاولة المتوقفة عن الدفع، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء بالمغرب، السنة القضائية 2008-2010، ص: 62.

المطلب الثاني

تأثر حق الأفضلية عند توزيع ثمن التفويت

إذا كان في الأصل وطبقا للقواعد العامة أن الدائن المرتهن أو الدائن الممتاز يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون بالأولوية على باقي الدائنين التاليين له في المرتبة³³⁴ وكذا على الدائنين العاديين، بحيث يمارس هذا الحق على العقار المرهون عندما يتحول إلى مبلغ من النقود، يشمل المبالغ التي يستوفيهها الدائن المرتهن أصل الدين وبعض فوائده³³⁵ غير أنه قصد تشجيع الممولين على منح قروض لفائدة المقاول المتعثرة من أجل توفير الموارد المالية لها بغية ضمان استمرارها، فإن المشرع المغربي قد منح لهؤلاء الدائنين حق الامتياز على حساب باقي الدائنين سواء كانوا حاملين أم غير حاملين ل ضمانات بمقتضى المادة 575 من م.ت، وقد ترتب عن ذلك الاعتراف للدائنين اللاحقين بحق الأولوية عند توزيع الثمن حتى لو كانوا مجرد دائنين عاديين، وهذا من شأنه أن يمس بقيمة الضمانات العينية العقارية الناشئة قبل صدور حكم المسطرة.

ولئن كان المجال الزمني لتطبيق الامتياز المنصوص عليه في المادة 575 من م.ت هو التاريخ الذي تنشأ فيه الديون خلال المرحلة الفاصلة بين حكم التسوية القضائية والحكم القاضي بإيجاد حل للمقاول، ولا يبقى بعد ذلك أي مجال لتطبيق امتياز المادة المذكورة، إما بصور حكم حصر مخطط الاستمرارية أو التفويت أو الحكم بالتصفية القضائية³³⁶، فإن أثر هذا الامتياز المتمثل في حق الأفضلية المقرر لهؤلاء الدائنين يستمر بعد حصر مخطط التفويت أو الاستمرارية، وهذا ما أيده المشرع من خلال المادة 616 من م.ت، بحيث تخصص المحكمة حصة من ثمن بيع الملك المرهون لفائدة الدائنين الخاضعين للمادة 575 من م.ت.

وبناء على ما سبق، فإذا كان حق الأفضلية المقرر للدائن المرتهن السابق لصدور الحكم سيتأثر بحق الأولوية المقرر للدائنين اللاحقين لصدور الحكم عند توزيع ثمن

³³⁴ - انظر المواد 142 و155 و197 من مدونة الحقوق العينية.

³³⁵ - سعاد الزروالي: مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع العقاري المغربي، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الأول، مطبعة الأمنية - الرباط، السنة 2000، ص: 132 و133.

³³⁶ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفلس عدد: 49، الصادر بتاريخ 2008/07/16، ملفان عدد: 07/88 ص 07/90 تمت الإشارة إليه سابقا.

الملك المثقل بضمانات (الفقرة الأولى)، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مصير هؤلاء الدائنين في حالة عدم كفاية ثمن التفويت للملك المرهون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حدود تأثير حق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين على حق أولوية الدائن المرتهن.

إذا كان حق التتبع يخول للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على العقار المرهون بمقتضى حق الرهن، ولو انتقلت ملكيته إلى الغير، أي رغم خروجه من الذمة المالية لمدينه، فإن حق التقدم أو الأفضلية يتطلب بالضرورة أن يكون العقار قد تحول إلى مبلغ من النقود، وهذا يعني أن حق الدائن لا ينصب على العقار في حد ذاته، وإنما على القيمة الاقتصادية التي يمثلها هذا العقار³³⁷، ولما كان تفويت المقابلة كحل في إطار التسوية القضائية يترتب عنه أداء ثمن الأموال المفوتة، فإن الأمر يقضي منح حق الأفضلية للدائن المرتهن أو الممتاز في استيفاء دينه من ثمن الملك المرهون حسب رتبته على باقي الدائنين الآخرين.

غير أن المشرع قد أفرد أحكاماً خاصة عندما يكون التفويت عبارة عن أموال مثقلة بامتيازات خاصة أو رهون أو رهون رسمية بحيث يتم تخصيص حصة من هذا الثمن لفائدة الدائنين ذوي الأسبقية على غرار حالة البيع في إطار مخطط الاستمرارية، ولقد جاء ضمن مقتضات المادة 616 عن مدونة التجارة على أنه "تخصص المحكمة حصة من ثمن البيع، عندما يكون التفويت عبارة عن أموال مثقلة بامتياز خاص أو برهن أو برهن رسمي، لكل ملك من هذه الأملاك بغرض توزيع الثمن وممارسة حق الأفضلية".

والذي يظهر من المادة أعلاه، أن حق الأفضلية المخول للدائن الخاص السابق لصدور الحكم سيتأثر بفعل حق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين، وهذا أمر بديهي لأنه لولا هذا الامتياز الذي أقره المشرع للدائنين اللاحقين لما أقدم هؤلاء الدائنون على تقديم قروض لفائدة المقابلة المتوقفة عن الدفع، لأنهم يعلمون مسبقاً أنه سوف لا ينالون ديونهم بالكامل بفعل وجود دائنين مرتهين أو ديون امتيازية قد تستغرق كل حصيلة التنفيذ، وعليه فإن حق الأفضلية المقرر للدائنين اللاحقين من شأنه أن يشجع الممولين على تقديم الائتمان والتمويل للمقابلة المفتوحة في مواجهتها مسطرة

³³⁷ - سعاد الزروالي؛ مرجع سابق، ص: 132 وما يليها.

التسوية القضائية، وبالتالي الاعتراف بحق الأفضلية عند الوفاء بالديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة³³⁸.

والملاحظ أن مجال تطبيق مقتضيات المادة 616 من مدونة التجارة ينطبق على الدائنين المرتهنيين أو أصحاب الامتيازات العقارية الناشئة قبل صدور حكم فتح المسطرة، ومن ثمة فإن المحكمة تخصص حصة من ثمن بيع العقارات المثقلة بالامتيازات أو الرهون الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة ويتم توزيع هذه الحصة على الدائنين اللاحقين، وفي مقابل ذلك، فإن مجال تطبيق المادة أعلاه لا يطال الدائنين المرتهنيين وأصحاب الامتيازات العقارية الناشئة بصفة قانونية بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة على أسس أنه بإمكان الدائنين اللاحقين إلزام المقاول المتعثر على تقديم ضمانات عقارية كافية كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي قصد الاستفادة من حق الأفضلية على حساب الدائنين العاديين اللاحقين لصدور الحكم، وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 478 من مدونة التجارة والتي جاء فيها أنه "يرخص القاضي المنتدب لرئيس المقاول أو للسنديك بتقديم رهن رسمي أو رهن أو بالتوصل إلى صلح أو تراض".

غير أن مقتضيات المادة 616 من مدونة التجارة تطرح إشكالا بخصوص مدى إمكانية تخصيص حصة من ثمن البيع عندما يكون التفويت عبارة عن عقار مثقل برهن حيازي؟

و جوابا على هذا الإشكال، انقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين:

فالأول يرى بأن الدائن المرتهن رهنا حيازيا يتمتع بوضع خاص خلال فترة التفويت، ومن ثمة لا يخضع لمقتضيات المادة 12-642 من مدونة التجارة الفرنسية، ويستتبع ذلك، أنه يمكن لهذا الدائن الاحتجاج في مواجهة المفوت إليه، بحيث لا يمكن لهذا الأخير تسلم المال المرهون رهنا حيازيا إلا بعد أداء الدين لفائدة الدائن في الرهن الحيازي.

بالمقابل، ذهب الاتجاه الثاني إلى أن الامتياز المخول للدائن المرتهن رهنا حيازيا خلال فترتي الملاحظة والتصفية القضائية لا يمكن أن يستفيد منه خلال مخطط التفويت، بحيث إن سكوت المشرع عن ذلك ينهض دليلا على عدم تمتع هذا الدائن خلال فترة التفويت بهذا الامتياز، وقد استند ذلك أنه لو أراد المشرع أن يتمتع هذا الدائن بوضع امتيازي خلال مخطط التفويت لنص على ذلك صراحة، بالإضافة إلى أن

³³⁸ - عبد الحق بوكيش: مرجع سابق، ص: 67.

مصطلح الرهن جاء عاما بحيث يشمل حتى الرهن الحيازي، ويترتب عن ذلك، أن الدائن في الرهن الحيازي لا يتمتع بحق الأفضلية في استيفاء دينه.

ويرى بعض الباحثين أن صاحب حق الحبس يتمتع بوضع خاص بدليل أن مقتضيات المادة 657 من مدونة التجارة تمتعت صاحب هذا الحق بالامتياز سواء خلال فترة إعداد الحل أو عند النطق بالتصفية القضائية، مما ينبغي القول معه سريان هذا الامتياز عند مرحلة التسوية القضائية، ويستتبع ذلك، أن مقتضيات المادة 616 من م.ت تسري على الضمانات التي لا يتوافر فيها عنصر الحيازة، بالإضافة إلى هذا فإن عبارة "رهن" الواردة ضمن صياغة المادة السابقة لا تشمل الرهن الحيازي وحق الحبس، ويترتب عن ذلك أن مقتضيات المادة 616 من مدونة التجارة لا تسري على الرهن الحيازي³³⁹.

وتماشيا مع الرأي السابق نعتقد أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا لا يتأثر بمقتضيات المادة 616 من مدونة التجارة، والسند في ذلك أن هذا الدائن يتمتع بحق حبس الملك المرهون لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، بحيث أنه لا وجود لأي مقتضى قانوني يمكن بمقتضاه للسنديك أو للمفوت إليه من استرداد الملك المرهون رهنا حيازيا خلال مخطط التفويت في إطار مدونة التجارة، بل على العكس من ذلك، نجد مقتضيات المادة 657 من مدونة التجارة التي تخول للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم. ولما كان العقار المرهون رهنا حيازيا قد يعتبر ضروريا لمتابعة نشاط المقاوله خلال عملية التفويت، فإن ذلك يستلزم أداء الديون لفائدة صاحب هذا الرهن الحيازي بالأفضلية ولو على حساب الدائنين اللاحقين، وما يبرر أيضا حصول هذا الدائن على حقه بالأولوية يستفاد من المادتين 630 و 632 من م.ت ، فالأولى عالجت التوزيع بالمحاصة بين الدائنين حاملي الامتياز وأصحاب الرهون الرسمية إذا سبق تقسيم ثمن العقار توزيع واحد أو أكثر، في حين عالجت المادة الثانية مسطرة التوزيع بالمحاصة بين الدائنين أصحاب الامتياز أو الرهن الرسمي مع الدائنين العاديين بالنسبة لباقي مستحقاتهم، وعليه فإن استثناء الدائن المرتهن رهنا حيازيا من خضوعه لمسطرة التوزيع بالمحاصة يدل على استيفاء دينه بالأولوية، ومن ثمة لا يتأثر بمقتضيات المادة 616 من مدونة التجارة بل تسري فقط على الدائن المرتهن رهنا رسميا والدائن الممتاز.

³³⁹ - محمد أبو الحسين: وضعية كفلاء المدين في حالة تفويت المقاوله في إطار التسوية القضائية، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 1، السنة 2002، ص253 وما يليها، أشار إليه عبد الرحيم لكحل وضعية الضمانات في إطار صعوبات المقاوله - الرهن الرسمي نموذجا - رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 87.

ويظهر من خلال ما سبق، أن أعمال مقتضيات المادة 616 من مدونة التجارة عن طريق تخصيص حصة من ثمن البيع عندما يكون محل التفويت مثقلاً بامتيازات عقارية أو رهون رسمية ناشئة قبل صدور الحكم بغرض توزيع هذا الثمن على الدائنين اللاحقين من شأن ذلك أن يؤثر على حق أولوية هؤلاء الدائنين، وهذا ما يترتب عنه فقدان الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن رهناً رسمياً حق الأولوية.

الفقرة الثانية: مصير الدائن الممتاز و الدائن المرتهن في حالة عدم كفاية ثمن الملك المرهون

يترتب عن تطبيق مقتضيات المادة 616 من م.ت في بعض الحالات عدم كفاية ثمن الملك المرهون في سداد ديون الدائن الممتاز والدائن المرتهن الناشئة ديونه قبل افتتاح مساطر التسوية القضائية، وذلك نتيجة تخصيص حصة من ثمن البيع عندما يكون التفويت عبارة عن أموال مثقلة برهن رسمي أو امتياز خاص بغرض توزيع الثمن وممارسة حق الأفضلية لفائدة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

يرجع السبب بالأسلس في عدم كفاية ثمن الملك المرهون في الوفاء بحقوق الدائنين المرتهنيين والدائنين الممتازين إلى وجود ديون ذات أولوية تستغرق كل حصيلة ثمن البيع الملك المثقل برهن رسمي أو امتياز عقاري بحيث أن أحد الدائنين المرتهنيين قد يكون مقدماً على الدائن المرتهن الآخر أو الدائنين المرتهنيين بحق الأفضلية فقد يكون رهنه مقيداً من الدرجة الأولى مما يستتبع ذلك استيفاء دينه بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنيين التالين له في المرتبة، بالإضافة كذلك إلى تخصيص حصة من ثمن البيع لفائدة الدائنين اللاحقين المستفيدين من حق الامتياز المقرر لهم وفق المادة 575 من مدونة التجارة.

ويترتب عن عدم كفاية ثمن الملك المرهون في سداد جميع الديون المضمونة بهذا الرهن اعتبار الدائن المرتهن رهناً رسمياً أو الدائن الممتاز بالنسبة لباقي دينه مجرد دائن عادي في مخطط التفويت ويجري عليه ما يجري على الدائنين العاديين، وهذا ما نصت عليه المادة 193 من مدونة الحقوق العينية حيث جاء فيها "إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي".

والملاحظ أن عدم كفاية الثمن المتحصل من بيع عقار مثقل برهن رسمي أو امتياز عقاري يتنافى والأهداف المرسومة من طرف المشرع من خلال تبني مخطط

التفويت والمتمثلة بالخصوص في إبراء ذمة المقاوله من الخصوم، وتبعاً لذلك فإن محكمة الموضوع الفرنسية قد قضت بأنه ليس هناك أي مقتضى قانوني يلزم المفوت إليه بالوفاء للمقاوله بكامل خصومها في إطار مخطط التفويت³⁴⁰، وهذا الموقف كرسه محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها الذي جاء فيه على أنه يمكن تبني مخطط التفويت ولو لم يكن يسمح بالوفاء الكامل بحقوق الدائنين، كما أن ثمن الأموال موضوع التفويت يبقى خاضعاً للسلطة التقديرية³⁴¹.

ونعتقد أن عدم كفاية ثمن العقارات المثقلة برهون رسمية أو امتيازات عقارية في سداد الديون للدائنين المستفيدين منها يتنافى مع الأهداف المرسومة من قبل المشرع من خلال تبني مخطط التفويت، بحيث نص صراحة في إطار المادة 603 من مدونة التجارة³⁴² بأنه "يهدف التفويت إلى الإبقاء على النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط وإبراء ذمة المقاوله من الخصوم" ويترتب عنه عدم إمكانية تبني مخطط التفويت إذا كان ثمنه غير كاف لسداد ديون الدائنين خاصة منهم أصحاب الامتيازات العقارية والرهون الرسمية، بالإضافة إلى هذا فإن مخطط التفويت يدخل ضمن مسطرة التسوية القضائية والتي لا يمكن النطق بها إلا إذ تبين أن وضعية المقاوله ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كانت أصولها تفوق خصومها، ويستتبع ذلك أن ثمن التفويت يجب أن يكون كافياً للوفاء بديون الدائنين وإلا تم النطق بالتصفية القضائية.

قلنا أن الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن رهناً رسمياً الناشئة ديونه قبل صدور الحكم يتحول إلى دائن عادي في حالة عدم كفاية الثمن المتحصل من بيع الملك المرهون بسبب وجود ديون ذات أولوية تستغرق كل الثمن المتحصل من الملك المرهون محل التفويت.

لابد من الإشارة في هذا الإطار إلى أن المشرع المغربي قد نظم مسطرة التوزيع بالمحاصة في قانون المسطرة المدنية من خلال الفصول 504 إلى 510، ويتم تطبيق هذه المسطرة في الحالة التي تكون فيها حصيلة التنفيذ غير كافية لسداد جميع

³⁴⁰ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 72.

³⁴¹ - قرار صادر في 26 يونيو 1990، أشار إليه محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 73.

³⁴² - بالإضافة إلى ذلك تنص المادة 605 من م.ت على أنه "تختار المحكمة العرض المتعلق بالمجموعة المفوتة والذي يضمن أطول مدة لاستقرار التشغيل وأداء مستحقات الدائنين".

الديون المترتبة في ذمة المدين، ويكون أصحاب الديون متعددين³⁴³، ومما يفهم من مقتضيات المادة 504 من ق.م.م أنه يتم اللجوء إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة إذا كان ثمن الأشياء المحجوزة لا يكفي للوفاء بحقوق جميع الدائنين، ولقد ترتب عن عدم دقة أو وضوح بعض مقتضيات المادة أعلاه نقاشاً فقهيًا بخصوص مدى إمكانية اللجوء إلى التوزيع بالمحاصة في جميع الحالات التي يتحقق فيها عدم كفاية ثمن بيع العقار المرهون بصرف النظر عما إذا كان الدائنون في مرتبة واحدة أو يكون أصحاب الديون متعددين حتى ولو كان من ضمنهم دائنون يتمتعون بحق الأولوية.

لقد انقسم الفقه بخصوص هذه النقطة إلى اتجاهين:

حيث ذهب البعض إلى أنه في الحالة التي يكون فيها الدائن المرتهن أو الممتاز يتمتع بحق الأولوية، فإنه لا حاجة لإعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة بحيث قد ينفرد هذا الدائن بحصيلة ثمن البيع بكامله في حدود مبلغ دينه أو قد يحصل على مبلغ دينه بالكامل، وما فضل يتحاصصه الدائنون الآخرون³⁴⁴

وعليه، فالدائنون أصحاب الأولوية يأخذون حقوقهم أولاً بحسب مراتبهم ثم يقسم الباقي على الدائنين العاديين بحسب نسبة دين كل منهم إلى مجموع الديون والمعروف بقسمة الغرماء³⁴⁵ مثلما يتم اللجوء إلى هذه المسطرة في حالة عدم وضوح الأولوية بين الامتيازات، وهذا التوجه تبناه أمر استعجالي³⁴⁶ الذي جاء فيه "... وحيث إن مقتضيات الفصل 28 من ظهير 27 يوليوز 1972 ترتب الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بعد قابض الضرائب في الحصول على منتوج البيع، في حين يرتبه ظهير 12 غشت 1913 المنظم للالتزامات والعقود في فصله 1248 في الرتبة السابعة بعد ديون العمال المرتبة في الدرجة الرابعة.

وحيث إن هذا الإشكال حول أسبقية الامتياز للطرفين يتطلب حلاً قضائياً وهذا لا يتأتى إلا بسلوك مسطرة التوزيع التحاصصي الوارد بها نص فصل 504 وما بعده من ق.م.م."

³⁴³ - محمد العميري: التوزيع بالمحاصة وأولوية الاستيفاء، مقال منشور بمؤلف الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، مكتبة دار السلام، يناير 2004، ص: 431 وما يليها.

³⁴⁴ - عبد الرحمان المصباحي: مسطرة التوزيع بالمحاصة، مجلة الحدث القانوني، العدد 3، 1998، ص 12، أشار إليه عبد العلي حفيظ: الحجز التنفيذي العقاري، مرجع سابق، ص: 204.

³⁴⁵ - أحمد خليل: قانون التنفيذ الجبري، مكتبة ومطبعة الإشعار الفنية، مصر، السنة 1998، ص: 356.

³⁴⁶ - أمر استعجالي مؤرخ في 15/10/1997، ملف عدد 697/463، صادر عن المحكمة الابتدائية بالحي المحمدي عين السبع، أشار إليه عبد العلي حفيظ: العمل القضائي في الحجز التنفيذي العقاري، مرجع سابق، ص 298.

في حين ذهب بعض الفقه إلى أن المشرع المغربي قد اشترط فقط عدم كفاية ثمن البيع للوفاء بحقوق الدائنين جميعاً دون التمييز بين أنواع الدائنين، أي سواء كان الدائنون في درجة واحدة أو في حالة تعدد الدائنين ولو كان من ضمنهم دائنون ممتازون أو مرتهنون لهم حق الأفضلية عند التوزيع، ولقد استند في ذلك على مقتضيات الفصل 504 من ق.م.م من خلال استعمال المشرع مصطلح "الدائنين" الذي جاء بمفهوم عام يشمل جميع الدائنين دون تمييز، ويضيف أنه لو كان وضوح الأولوية أو كفاية حصيلة التنفيذ لسداد ديون الدائنين أصحاب الأفضلية يحول دون إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة، لكان اختصاص أداء الديون من طرف عون التنفيذ بدل رئيس المحكمة عند استعمال القيلس بناء على ما نص عليه الفصل 495 من ق.م.م حيث جاء فيه "يبرئ المحجوز لديه في حالة وجود مبلغ كاف لتسديد جميع التعرضات المقبولة ذمته بأدائه بين يدي المتعرضين مبالغ ديونهم، بما فيها رأس المال والتوابع التي تقررها المحكمة، إذا لم يكن المبلغ كافياً فإن المحجوز لديه تبرأ ذمته بإيداعه المبلغ في كتابة الضبط حيث يوزع على الدائنين"³⁴⁷.

ويمكن القول أنه في حال وجود دائنين ممتازين أو دائنين مرتهنيين متقدمين في الدرجة على حساب باقي الدائنين الآخرين فإنه لا حاجة للجوء إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة حتى يتمكن الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن المتمتع بحق الأفضلية من مبلغ دينه، وحينئذ يتم إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة فيما بقي من ثمن العقار لفائدة الدائنين المتساوين في الرتبة أو الدائنين العاديين والسند في ذلك مدونة الحقوق العينية والتي تعطي الحق لأصحاب الامتيازات والرهنون في استيفاء ديونهم بالأولوية على حساب باقي الدائنين الآخرين، وهكذا فقد نصت المادة 142 منها على أن "الامتياز حق عيني تبغي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنيين" كما نصت المادة 155 منها كذلك على أنه "يتمتع الدائن المرتهن رهناً حيازياً بحق حبس الملك ... وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي حساب الدائنين الآخرين..." مثلما نصت المادة 192 على أنه "للمرتهن أن يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون وذلك حسب مرتبته"، كل هذه المقتضيات تؤثر على أنه لا يمكن اللجوء إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة إلا بعد أداء مستحقات الدائنين المرتهنيين أو الممتازين فيما بقي من ثمن العقار.

وتأسيساً على ما ذكر، فإن السنديك يوزع ثمن التفويت بين الدائنين حسب مرتبتهم (الفقرة الأولى من المادة 615 من م.ت)، ولا يلجأ إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة إلا فيما بقي من ثمن العقار المرهون بعد أداء مستحقات الدائنين أصحاب

³⁴⁷ عبد العلي حفيظ: الحجز التنفيذي العقاري، مرجع سابق، ص: 205 و206.

الأولوية، و قد يتم إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة في حالة عدم وضوح الأولوية بين الامتيازات والرهن الرسمية أو بين الدائنين العاديين فيما بقي من ثمن العقار المرهون.

وعليه، فإنه إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين للدائن المرتهن رهنا رسميا أو الدائن الممتاز يحق له الرجوع فيما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي، بحيث يخضع لمسطرة التوزيع بالمحاصة مع باقي الدائنين الآخرين عندما تكون الحصيلة الناتجة عن بيع أموال المدين غير كافية لتغطية جميع الديون المستحقة على المدين.

المبحث الثاني

مظاهر الانعكاس الإيجابي لمخطط التفويت

على أصحاب الضمانات العينية العقارية

إذا كان في الأصل أن الدائنين أصحاب الامتيازات العقارية وأصحاب الرهون الرسمية يتأثرون بفعل مخطط التفويت وذلك من خلال تعطيل الحقوق المخولة لهم قانونا كحقي الأفضلية والتتبع، فإن المشرع المغربي محاولة منه لرد الاعتبار ولو جزئيا لهؤلاء الدائنين أفرد بعض الأحكام التي من شأنها أن تسهم في توفير الحماية اللازمة لهم.

وتكمن مظاهر حماية الدائنين أصحاب الضمانات العينية العقارية أثناء تبني مخطط التفويت في استحقاق الديون غير الحالة بمجرد صدور الحكم القاضي بمخطط التفويت، أي حلول آجال الديون المؤجلة وذلك على خلاف فترة إعداد الحل في إطار التسوية القضائية حيث لا يترتب عنها سقوط آجال الديون، وكذا مرحلة مخطط الاستمرارية حيث تشهد المحكمة على الآجال الممنوحة من الدائنين خلال الاستشارة وهذا يتماشى والأهداف المرسومة التي يرمي إليها مخطط التفويت عن طريق تصفية الخصوم.

ويندرج أيضا ضمن مظاهر حماية الدائنين تقييد حرية المفوت إليه بخصوص التصرف في الأموال المفوتة طالما أنه لم يدفع ثمن التفويت كاملا، ما لم يرخص له من طرف المحكمة بناء على تقرير السنديك بتفويت الأموال أو تخصيصها كضمانة أو بإكرائها، غير أنه إذا تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة يسترجع الدائنون أصحاب الضمانات العقارية حق التتبع بحيث بإمكانهم تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينهم.

وهكذا، فإن مظاهر الانعكاس الإيجابي لمخطط التفويت على أصحاب الضمانات العينية العقارية تكمن في استحقاق الديون غير الحالة وتقييد حرية المفوت إليه (المطلب الأول)، واسترجاع الدائنين لحق التتبع في حالة ما إذا توفرت الشروط المتطلبة في ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول **سقوط آجال الديون وتقييد حق تصرف المفوت إليه** **في الأموال المفوتة**

لما كان من بين أهداف مخطط التفويت تصفية خصوم المقاوله وذلك عن طريق إبراء ذمة المقاوله من الديون المترتبة عليها إعمالاً للفقرة الأولى من المادة 603 م.ت، فإنه لن يتأتى ذلك إلا باتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية، منها ما يرمي بالأسلس إلى استحقاق الديون ولو لم يحل أجلها والتي يطلق عليها قاعدة سقوط آجال الديون، ومنها ما يهدف إلى الحفاظ على الأموال المفوتة في حالة تأجيل ثمن التفويت وذلك عن طريق تقييد حق تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً.

وعليه، فإن اتخاذ الإجراءات القانونية السابقة من شأنها أن تسهم في تقوية مركز الدائن المرتهن والدائن الممتاز عند تبني مخطط التفويت، وهذا يؤشر على أن المشرع المغربي حاول من خلال ذلك إقرار مبدأ المساواة بين الدائنين من جهة، والمقاوله من جهة أخرى، فإذا كان المشرع قد فرض على الدائنين مجموعة من الإجراءات القانونية والتي ترمي بالأسلس إلى التقليل من خصوم المدين عن طريق تعطيل حقي التتبع والأفضلية قصد توفير الموارد المالية اللازمة لتمويل المقاوله المتوقفة عن الدفع، فإنه مقابل ذلك فرض على المدين مجموعة من الالتزامات كأداء الديون التي لم يحل أجلها بعد، وتقييد حرية المفوت إليه بخصوص الأموال موضوع التفويت كمنع التفويت أو تقديمها كضمانة أو كراء الأموال المفوتة، مادام لم يدفع ثمن التفويت كاملاً³⁴⁸.

³⁴⁸ - وعليه فإنه يتعين على المفوت إليه أن يفي بالتزاماته المتضمنة بعقد التفويت وإلا تم فسخه، مما قد يتم التشطيط عليه من الرسم العقاري في حالة تقييد عقد التفويت، وتطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: " لكن حيث أثبت القرار في تعليلاته " أن الطاعنة استفادت من أمر بالتفويت حصلت من خلاله على تملك أصول شركة جينرال تاير المغرب مقابل تعهدا بتنفيذ عدة التزامات وأنه ثبت تقاعسها عن تنفيذ التزاماتها فصدر ضدها حكم تجاري بفسخ عقد التفويت تم تأييده استئنافياً بمقتضى القرار عدد 5094 | 2010 وأنه بصدر هذا القرار أصبحت الطاعنة عديمة الصفة في التواجد بأصول شركة جينرال تاير ولا يحق لها البقاء مسجلة === بشواهد الملكية العقارية وأن استمرار تواجدها بأصول الشركة المذكورة من شأنه عرقلة مسطرة التصفية وعجز السنديك عن الحصول على عروض جديدة وأن هذه الوضعية تشكل استعجالاً وتبرر تدخل قاضي المستعجلات للتشطيط على إسمها من شواهد الملكية ... " ومن ثم لم يكن هناك ما يدعو لمناقشة مقتضيات الفصلين 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري المتعلقة بكون الحقوق العينية غير المقيدة بالرسوم العقارية تعد ==

وبناء على ذلك، وبمجرد صدور الحكم القاضي بمخطط التفويت يترتب عنه سقوط آجال الديون (الفقرة الأولى)، وتقييد حق تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة إلا بعد الحصول على ترخيص من طرف المحكمة. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سقوط آجال الديون كأثر عن الحكم القاضي بالتفويت

يترتب عن الحكم القاضي بتبني مخطط التفويت سقوط آجال الديون بحيث يصبح المدين ملزماً بأداء جميع الديون المترتبة في ذمته ولو لم يحل أجل دفعها، فمبدأ سقوط آجال الديون غير الحالة يتمشى وطبيعة اتخاذ مخطط التفويت كحل في إطار مسطرة التسوية القضائية، بحيث أن بقاء آجال الديون قائمة وسارية يتعارض مع مخطط التفويت الذي يهدف بالخصوص إلى تصفية خصوم المقاول، بحيث يوزع ثمن التفويت على الدائنين حسب رتبته.

وإذا كانت مدونة التجارة قد عمدت إلى إلغاء بعض القواعد التي كان معمولاً بها في إطار نظام الإفلاس، بحيث كان تطبيقها يفضي إلى توفير الحماية اللازمة لأصحاب الضمانات العينية العقارية³⁴⁹، فإن المشرع المغربي قد خرج عن هذه القاعدة في إطار مخطط التفويت و نص صراحة من خلال الفقرة الثانية من المادة 615 من م.ت على أنه "يترتب عن الحكم القاضي بمخطط التفويت الكلي استحقاق الديون غير الحالة".

وبالرغم من وضوح ودقة مقتضيات الفقرة السابقة، فإن بعض العبارات المستعملة خاصة عبارة "الديون" تطرح إشكالية ما إذا كان الأمر يتعلق فقط بالديون العادية أم أنها تشمل أيضاً حتى الديون المضمونة بامتياز عقاري أو برهن، وبعبارة ثانية، ما إذا كان يترتب عن الحكم القاضي بمخطط التفويت الكلي استحقاق الديون العادية أم أنه يشمل أيضاً الديون المضمونة بامتياز أو برهن؟

ولما كان مخطط التفويت يهدف إلى تصفية خصوم المقاول شأنه في ذلك شأن التصفية القضائية أو نظام الإفلاس سابقاً، فإنه لا مانع من الاعتماد على بعض الآراء

= = غير موجودة ، والمتعلقة كذلك بكون التصرفات الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله للغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري ، وهي أمور لا علاقة بموضوع النزاع الدائر حول التشطيب على تقييد برسوم عقارية لم يعد له سند بعد إبطال التفويت الذي كان سبباً فيه ..."
- قرار عدد: 58 | 1، المؤرخ في 30 | 01 | 2014، ملف تجاري عدد: 703 | 3 | 1 | 2012، (غير منشور).

³⁴⁹ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 19.

التي عالجت الإشكالية السابقة في إطار نظام الإفلاس السابق، وهكذا يرى الفقه المغربي في هذا الصدد أنه "بصرف النظر عن كل خلاف وبعيدا كذلك عن اعتماد المقولة «إن الدائن المرتهن لم يمنح الائتمان للشخص، وإنما منحه للشيء» أن الرهن الرسمي تابع للدين الأصلي، وبسقوط الأجل تحل الديون فإن لم يقع الأداء يصبح الرهن تنفيذيا، ميزة يمنحها القانون لأصحاب الامتيازات والرهن وبعمومية النص تقوي الضمان وتحت النلس على الاحتماء به، أما القول بأن انهيار الثقة لا يؤثر على الديون المضمونة لأن الدائن يعول على الشيء موضوع الضمان لا على شخص المدين لتعجيل عدم سقوط الأجل فلا يرتكز على أسس"³⁵⁰.

في حين ذهب جانب من الفقه بأن قاعدة سقوط الأجل تقتصر على الديون العادية والمضمونة بحقوق الامتياز العامة ولا تنطبق على الديون المضمونة بامتيازات خاصة أو برهن رسمية أو حيازية، وسنده في ذلك أن سقوط الأجل يتمثل في انهيار الثقة في شخص المدين بعد إشهار إفلاسه، وهذا لا يسري على الديون المضمونة بتأمينات عينية خاصة لأن الدائن في هذه الحالة لا يعول على الثقة في شخص المدين وإنما يعول على الشيء موضوع الضمان"³⁵¹.

ويمكن القول بأنه يترتب عن الحكم القاضي بمخطط التفويت الكلي استحقاق الديون غير الحالة سواء كانت عادية أو مضمونة بامتياز خاص أو رهن رسمي أو حيازي، فإذا كان الدائن الخاص يستفيد من حق التتبع في إطار القواعد العامة، بحيث يمكنه تتبع العقار المرهون في يد أي حائز له، فهو يعول على العقار موضوع الضمان ولا يعول على شخص المدين، فإنه يتم تعطيل ممارسة حق التتبع في إطار مخطط التفويت طالما أنه لم يدفع ثمن التفويت كاملا، وعليه فإن عدم أحقية الدائن الخاص في ممارسة حق التتبع يبرر استحقاق الديون غير الحالة المضمونة بامتياز عقاري أو رهن رسمي أو رهن حيازي، ويستتبع ذلك أن الديون التي لم يحل أجل دفعها تصبح حالة بمجرد صدور الحكم القاضي بمخطط التفويت مع مراعاة الحالة التي يتحمل فيها المفوت إليه الضمانات العقارية طبقا للفقرة الثانية من المادة 617 من م.ت.

و تنطبق قاعدة سقوط أجل الديون غير الحالة في إطار مخطط التفويت على كافة الآجال، سواء كانت قانونية أو اتفاقية أو قضائية كالأجل المنصوص عليه في إطار الفقرة الثانية من الفصل 243 من ق.ل.ع ومرد ذلك عمومية النص في إطار الفقرة الثانية من المادة 615 من مدونة التجارة فلو أراد المشرع أن يستثني بعض الآجال من

³⁵⁰ - أحمد شكري السباعي: الإفلاس، الجزء الرابع، مرجع سابق ص: 417.

³⁵¹ - امحمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 222.

خضوعها للفقرة السابقة لنص على ذلك صراحة، هذا بالإضافة إلى أن النص يبقى عاما إلى أن يرد من يقيده.

و يثار الإشكال أيضا ما إذا كانت قاعدة سقوط أجل الديون في إطار مخطط التفويت تشمل كافة آجال الديون من حيث أثرها، أي سواء كانت ديونا معلقة على شرط واقف أو فاسخ؟

بالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 615 من م.ت نجد أنها جاءت عامة ولم تفرق بين الديون المعلقة على شرط واقف وتلك المتوقفة على شرط فاسخ، غير أن الفقه³⁵² قد ميز بين الديون المعلقة على شرط فاسخ وتلك المعلقة على شرط واقف من حيث خضوعها لقاعدة سقوط أجل الديون، فالديون المعلقة على شرط فاسخ فهي ديون محققة ومؤكدة الوجود لكنها مهددة بالزوال في حالة ما إذا تحقق الشرط الفاسخ، وعليه فإن الدائن في هذه الحالة يستفيد من قاعدة سقوط أجل الديون، بحيث يصبح ديونه المؤجلة مستحقة الأداء بمجرد صدور الحكم القاضي بمخطط التفويت، وعلى خلاف ذلك، فإن الديون المعلقة على شرط واقف فهي ديون غير محققة الوجود وغير مؤكدة³⁵³، لأن هذا الشرط هو الذي يتوقف عليه وجود الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا تخلف لا تقوم للالتزام قائمة ولا يخرج إلى الوجود، وتبعا لذلك فإن الدائن به لا يستفيد من قاعدة سقوط الأجل.

وتأسيسا على ما ذكر، فإن قاعدة سقوط آجال الديون تسهم في توفير الحماية اللازمة لأصحاب الضمانات العينية العقارية، بحيث تعود بالنفع على الدائن المؤجلة ديونه خاصة إذا كان الأجل طويل الأمد وهذا أمر طبيعي لأن الهدف من اتخاذ مخطط التفويت هو تصفية خصوم المقاوله عن طريق توزيع ثمن التفويت على الدائنين حسب مرتبتهم، وعليه فإنه لا فائدة من انتظار حلول الآجال المؤجلة.

الفقرة الثانية: تعطيل حق تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة

إذا كان المشرع المغربي أقر بعض الإجراءات القانونية الرامية إلى تقليص خصوم المقاوله كتنقيح حق التتبع المخول للدائن المرتهن والدائن الممتاز إلى غاية

³⁵² - للمزيد من التفاصيل انظر:

- أحمد شكري السباعي: الإفلاس، مرجع سابق، ص: 419.

- محمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 224.

³⁵³ - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 419.

الأداء الكامل للثمن المطهر للأموال المضمّنة بالتفويت، فإنه مقابل ذلك قد فرض بعض القيود على المدين كتعطيل صلاحيته بشأن التصرف في الأموال المفوتة سواء عن طريق التفويت أو الكراء أو الرهن ما لم يحصل على ترخيص من طرف المحكمة.

وهكذا، نصت مدونة التجارة من خلال المادة 610 من م.ت على أنه "لا يمكن للمفوت إليه، مادام لم يدفع ثمن التفويت كاملاً، أن يفوت الأموال المادية أو المعنوية التي تملكها أو أن يمنحها كضمانة أو يكتريها لأجل التسيير باستثناء المخزونات.

يمكن أن ترخص المحكمة بناء على تقرير السنديك بتفويت الأموال من أجل التسيير، ويجب أن تراعي المحكمة الضمانات التي يمنحها المفوت إليه".

وتضيف المادة 611 من م.ت على أنه "يمكن للمحكمة أن تقرن مخطط التفويت بشرط يجعل كل الأموال المفوتة أو بعضاً منها غير قابلة للتفويت لمدة تحددها المحكمة".

يتبين من ظاهرات المقتضيات السابقة، أن المفوت إليه ولئن كان له الحق في حيازة الأموال المفوتة واستغلال عناصر الإنتاج وذلك قصد الاستمرار في نشاط المقاول، فإنه لا يحق له التصرف في الأموال المفوتة كتفويتها أو تقديمها كضمانة أو إكرائها إلا بعد حصوله على ترخيص من قبل المحكمة مادام أنه لم يدفع ثمن التفويت كاملاً، وواضح أن المشرع كان يهدف من وراء ذلك تقادي تماطل المفوت إليه في دفع الثمن المؤجل³⁵⁴، ذلك أن عدم تقييد صلاحية المفوت إليه بخصوص التصرف في الأموال المفوتة من شأن ذلك أن يفضي إلى تماطل المفوت إليه في دفع ثمن التفويت.

غير أنه نظراً لصرامة المقتضيات السابقة. أي تلك المتعلقة بمنع التفويت والكراء والرهن - فإن المشرع المغربي قد أقر استثناء بموجبه يمكن للمفوت له أن يتصرف في الأموال المفوتة إما عن طريق البيع أو الرهن أو الكراء شريطة الحصول على ترخيص من قبل المحكمة بناء على تقرير السنديك، وهكذا فقد ترخص المحكمة للمفوت إليه ببيع بعض العقارات وذلك قصد أداء الثمن المؤجل، مثلما يمكنها أن ترخص له أن يقدم بعض العقارات كضمانة من أجل توفير الموارد المالية اللازمة لاستمرار المقاول قصد تحقيق الأهداف المتوخاة من مخطط التفويت كالمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط وإبراء ذمة المقاول من الخصوم.

³⁵⁴ - جمال وعركوب: مرجع سابق، ص 48.

وما ينبغي الإشارة إليه إلى أن الدائن المرتهن أو الدائن الممتاز قد لا يتضرر من جراء التصرفات التي يجريها المدين كالببيع أو الكراء أو الرهن ولو لم يحصل على ترخيص من قبل المحكمة، وما يؤشر على ذلك أن المشرع المغربي ولئن كان قد قيد الدائنين أصحاب الضمانات في ممارسة حق التتبع على العقارات المفوتة، فإنه مقابل ذلك قد اعترف لهم بممارسة هذا الحق في حالة تصرف المفوت إليه، بحيث بإمكانهم ممارسة حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينهم عند حلول أجل الوفاء به وهذا ما يستشف من مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 617 من م.ت.

وفي حقيقة الأمر، فإن الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن لا يتضرر أيضا في حالة تقديم بعض العقارات المرهونة كضمانة على أسس أن الدائن المرتهن يستوفي دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري أو إيداعه في مطلب التحفيظ بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين (المادة 197 من مدونة الحقوق العينية)، كما تنص المادة 142 من مدونة الحقوق العينية على أن "الامتياز حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنيين".

كما لا يمكن للمفوت إليه أن يتصرف في الأموال المفوتة في الحالة التي تقرن فيها المحكمة مخطط التفويت بشرط يجعل كل الأموال المفوتة أو بعضا منها غير قابلة للتفويت لمدة تحددها المحكمة، في هذه الحالة لا مجال للحديث عن ترخيص المحكمة للمفوت إليه لإجراء التصرفات السابقة، لأن المحكمة تعتبر بعض الأموال ضرورية لاستمرار المقاوله وتحقيق أهداف مخطط التفويت لمدة تحددها المحكمة.

وفي حالة ما إذا تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة عن طريق البيع أو الكراء أو الرهن دون حصوله على رخصة من قبل المحكمة المختصة، فإنه بإمكان كل ذي مصلحة أن يتقدم بطلب قصد إبطال العقد أي سواء تعلق الأمر بعقد الكراء أو عقد الرهن أو عقد البيع، ويجب تقديم هذا الطلب داخل أجل ثلاث سنوات ابتداء من إبرام العقد أو نشره إعمالا لمقتضيات المادة 612 من مدونة التجارة.

وبناء عليه، ولئن كان تعطيل صلاحية التصرف في الأموال المفوتة يفضي إلى توفير الحماية اللازمة لفائدة الدائنين العاديين ويظهر ذلك من خلال الحفاظ على الضمان العام والحيولة دون إجراء بعض التصرفات التي من شأنها أن تلحق ضررا بمصالحهم عن طريق تهريب الأموال إلى الغير، فإن هذا الإجراء ينفع أيضا حتى الدائن المرتهن الذي أصبح مجرد دائن عادي لعدم كفاية الأموال المتحصلة عن الملك المرهون.

المطلب الثاني

استرجاع الدائنين المرتهنين لحق التتبع

إذا كان المشرع المغربي وعلى غرار باقي التشريعات يسعى إلى الحفاظ على المبدأ الجماعي لمساطر صعوبات المقايضة وذلك من خلال منع الدائنين سواء كانت ديونهم مقرونة أم لا بامتيازات أو ضمانات من التسابق قصد استيفاء ديونهم على حساب البعض الآخر، ومن ذلك إيقاف ومنع المتابعات الفردية بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية، فإن موقفه لم يختلف بعد صدور الحكم القاضي باختيار الحل عند تبني مخطط التفويت بحيث سعى أيضا إلى الحفاظ على المبدأ الجماعي لمساطر صعوبات المقايضة، وعليه فقد فرض بعض الإجراءات على أصحاب الضمانات العينية العقارية، ويندرج ضمن ذلك تقييد ممارسة حق التتبع المخول لفائدة الدائنين المرتهنين في حال انتقال أموال المقايضة إلى المفوت إليه إلى غاية الأداء الكامل لثمن التفويت، على اعتبار أن إعطاء الدائنين الصلاحية في ممارسة هذا الحق قد يحول دول تحقيق الأهداف المتوخاة من مخطط التفويت، ذلك أن منح صلاحية ممارسة حق التتبع يستتبعه التنفيذ على عقارات المدين التي تعتبر ضرورية لاستمرارية المقايضة.

غير أنه في حالة تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة يستعيد الدائنون أصحاب الضمانات العينية العقارية ممارسة حق التتبع في يد أي حائز لاستيفاء دينهم عند حلول أجل الوفاء به (الفقرة الأولى) ويترتب عن ذلك استعادة هؤلاء الدائنين الحق في ممارسة المتابعات الفردية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: استرجاع الدائنين لحق التتبع في حالة التصرف في الأموال المفوتة

لما كان الهدف من ممارسة حق التتبع المخول للدائنين المرتهنين مباشرة التنفيذ على العقار المرهون في يد أي حائز له وذلك عند حلول وقت استحقاق الدين، فإن عدم تقييد هذا الحق في ظل المساطر الجماعية يتعارض مع المبدأ الجماعي لمساطر صعوبات المقايضة، ومن شأنه أن يفرغ قاعدة منع المتابعات الفردية من محتواها التي أقرها المشرع المغربي صراحة في إطار المادة 653 من مدونة التجارة.

واعتبارا لذلك، فإن المشرع رغبة منه في تحقيق أهداف مخطط التفويت والحفاظ على المبدأ الجماعي لمساطر صعوبات المقايضة قيد صلاحية الدائنين المرتهنين من ممارسة حق التتبع، بحيث لا يمكن لهم ممارسة هذا الحق إلى غاية الأداء الكامل

لثمن التفويت، وعلى خلاف ذلك، يظهر أن أداء ثمن التفويت كاملا يحول دون ممارسة الدائنين لحق التتبع، لأن العقار المرهون في هذه الحالة يتحول إلى مبلغ من النقود بحيث يستحيل على الدائن المرتهن ممارسة هذا الحق، بل يبقى له حق الأفضلية على ثمن العقار وذلك حسب رتبته.

وبالمقابل، فإن المشرع المغربي ورغبة منه في حماية الدائن المرتهن لقد منح له إمكانية استرجاع ممارسة حق التتبع في حالة تصرف المفوت إليه في المال المفوت وذلك إعمالا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 617 من م.ت والتي جاء فيها على أنه "إلى غاية الأداء الكامل للثمن المطهر للأموال المضمنة بالتفويت من التقييدات التي تثقلها، لا يمكن للدائنين المستفيدين من حق التتبع من ممارسته إلا في حالة تصرف المفوت إليه في المال المفوت".

ومن هنا تثار العديد من الإشكالات لعل من أبرزها مدى إمكانية ممارسة حق التتبع في جميع حالات التصرف؟ و مدى إمكانية ممارسة هذا الحق في حال التصرف المقرون بترخيص من قبل المحكمة؟ وهل بإمكان الدائنين مباشرة إجراءات التنفيذ ولو لم يحل أجل استحقاق الدين؟

أما بخصوص الإشكال الأول، يمكن القول بأن المشرع المغربي قد نص صراحة على منع بعض التصرفات في الأموال المفوتة كالتفويت والكراء أو الرهن وذلك إعمالا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 610 من م.ت حيث جاء فيها أنه "لا يمكن للمفوت إليه، مادام لم يدفع ثمن التفويت كاملا، أن يفوت الأموال المادية أو المعنوية التي يملكها أو أن يمنحها كضمانة أو أن يكرها لأجل التسيير باستثناء المخزونات" ولئن كانت المقتضيات السابقة لا تشير إلى ممارسة حق التتبع من قبل الدائنين المستفيدين منه، فإنه يجب الاعتماد على مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 617 من م.ت.

ومن ثمة، فإنه يحق للدائنين المرتهنيين ممارسة حق التتبع في يد أي حائز له، سواء كان هذا الحائز حائزا عرضيا كالمكتري في حالة ما إذا تصرف المفوت إليه عن طريق كراء الأموال المفوتة والتي قد يندرج ضمنها عقارات مثقلة برهون، أو كان هذا الحائز مالكا للأموال المفوتة إذا تصرف فيها المفوت إليه عن طريق البيع أو غيره... أو كان هذا الحائز دائنا مرتتها رهنا حيازيا إذا تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة عن طريق الرهن الحيازي.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه، بأنه يحق للدائنين المرتهنيين ممارسة حق التتبع بصرف النظر عن نوع التصرف الذي يجريه المفوت إليه، كل ما في الأمر أن الملك المرهون تنتقل ملكيته إلى الحائز بدليل أن المشرع قد استعمل مصطلح التفويت

بمفهوم عام يشمل جميع التصرفات الناقلة للملكية دون استثناء كالبيع والصدقة والهبة وغيرهما...

أما فيما يخص الإشكال المتعلق بمدى إمكانية ممارسة حق التتبع في حالة حصول المفوت إليه على ترخيص قضائي وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 610 من م.ت، فإنه يرى البعض³⁵⁵ على أن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التتبع حتى في الحالة التي يتم فيها الترخيص ببيع المال المفوت، وفي هذه الحالة ولئن كان المشتري حسن النية فإنه يتحمل كافة الآثار المترتبة عن ممارسة حق التتبع كأداء مستحقات الدائنين.

في حين يرى البعض³⁵⁶ أن الرأي السابق جانب الصواب، على اعتبار أن المشتري الثاني حسن النية لكونه انتقل إليه المال المفوت بعد حصول المفوت إليه على ترخيص قضائي، ومن ثمة فإنه لا يمكن له أداء مستحقات الدائنين بعدما دفع ثمن التفويت لفائدة البائع (المفوت إليه)، وتبعا لذلك، فإن التزام الصمت إزاء الحالة التي يتم فيها استرجاع ممارسة حق التتبع من قبل المشرع سيؤثر بشكل سلبي على حقوق الدائنين.

ونعتقد أن المشتري الثاني لا يفترض فيه حسن النية في الحالة السابقة خصوصا إذا كان الملك مثقلا بامتياز خاص أو برهن أو برهن رسمي موضوع مطلب التحفيظ أو رسم عقاري، بحيث أن حصول المشتري الثاني على شهادة عقارية تثبت أن الملك مثقل بامتياز خاص أو برهن أو رهن رسمي ينفي عنه حسن النية، وتبعا لذلك، فإنه يحق للدائنين ممارسة حق التتبع في يد المشتري الثاني الحائز، وأضف إلى ذلك، أن حصول المفوت إليه على ترخيص قضائي قصد التصرف في الأموال المفوتة لا يترتب عنه بالضرورة التشطيب على الامتيازات والرهون وتطهير الملك منها، بل لا بد من الإدلاء بعقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انقضاء الحق العيني التبعي.

وبناء عليه، يحق للدائنين ممارسة حق التتبع سواء كان التصرف مرخصا به من قبل المحكمة أو لم يصدر ترخيص بشأنه، غير أنه في الحالة التي يتم فيها دفع ثمن العقارات المثقلة بالضمانات إلى السنديك قصد توزيعها على الدائنين حسب مرتبتهم حينئذ لا يحق ممارسة حق التتبع ولا يبقى لهم سوى حق الأفضلية على ثمن العقارات،

³⁵⁵ - محمد أبو الحسين: تفويت المقابلة كحل في إطار التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002 . 2003، ص: 242، أشارت إليه حياة حجي: مرجع سابق، ص: 317.

³⁵⁶ - حياة حجي: مرجع سابق، ص: 318.

مادام أن مهمة السنديك تدوم إلى غاية قفل المسطرة بعد تسديد ثمن التفويت وتوزيعه على الدائنين (المادة 609 من م.ت).

أما بخصوص الإشكال الأخير والمتعلق بمدى إمكانية ممارسة حق التتبع ولو قبل حلول آجال الديون، يمكن القول في حقيقة الأمر أنه يندرج ضمن الشروط المتطلبة قانوناً لممارسة حق التتبع حلول أجل الديون، وهذا الشرط يجد أساسه في القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز التنفيذ بمقتضى حق مؤجل³⁵⁷، بل الأكثر من ذلك يجد أساسه القانوني في إطار المادة 199 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أنه "للدائن المرتهن رهناً رسمياً حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء". وهذا يتعارض في الحقيقة مع مقتضيات المادة 615 من م.ت التي تنص في فقرتها الثانية على أنه "يترتب عن الحكم القاضي بمخطط التفويت الكلي استحقاق الديون غير الحالة"، ولأن التعارض بين نص تجاري ونص خاص بالحقوق العينية يرجح فيه النص التجاري، ويستتبع ذلك القول، أن مخطط التفويت يترتب عنه اعتبار جميع الديون ديوناً حالة، ذلك أن التفويت يقتضي تصفية خصوم المقاول وإبراء ذمتها من هذه الخصوم، وأن هذا الأمر يتطلب بالضرورة الاعتراف بجميع ديون المقاول حتى ما كان منها لم يستحق بعد³⁵⁸، وبالتالي يحق للدائنين ممارسة حق التتبع ولو قبل حلول أجل الوفاء بالدين.

الفقرة الثانية: استرجاع الدائنين الحق في متابعة إجراءات التنفيذ تبعاً لاسترجاع حق التتبع

إذا كان المشرع المغربي قد أعطى للدائنين المرتتهين صلاحية استرجاع حق التتبع في حالة تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة والتي يندرج ضمنها العقارات المثقلة برهون، فإن ممارسة هذا الحق يترتب عنه بالضرورة التنفيذ على العقار المرهون في يد أي حائز له دون أن يكون ملتزماً شخصياً بالدين.

ويظهر أن استرجاع الدائنين المرتتهين لحق التتبع وما يترتب عنه من آثار قانونية، يستتبع ذلك استرجاع هؤلاء الدائنين الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون بعد إيقافها أو منعها بمجرد حكم فتح المسطرة إعمالاً لمقتضيات المادة

³⁵⁷ - سعاد الزروالي: مرجع سابق، ص: 138 .

³⁵⁸ - انظر للمزيد من التفاصيل :

مأمون الكزيري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، مرجع سابق، ص: 90 وما يليها.

653 من مدونة التجارة، ويشكل ذلك في حد ذاته استثناء من قاعدة منع المتابعات الفردية المعمول بها في إطار المساطر الجماعية.

والملاحظ أن السنديك يحل محل الدائن المرتهن في حقوقه بالنسبة للإجراءات التي قام بها قبل صدور الحكم بفتح المسطرة، ويمكن آنذاك متابعة إجراءات الحجز التنفيذي من المرحلة التي تم توقيفه فيها بفعل حكم فتح المسطرة التي أدت إلى وقفه، كما يمكنه أن يحل محل الدائن المرتهن في البدء في إجراءات الحجز التنفيذي إذا كان الدائن المرتهن لم يشرع فيها قبل صدور الحكم بفتح المسطرة، وما يؤشر على مباشرة إجراءات الحجز التنفيذي من قبل السنديك أنه وحده له الصفة للتصرف باسم الدائنين لفائدتهم (المادة 642 من م.ت)، كما أن مهمته تدوم إلى غاية قفل المسطرة بحيث تصدر المحكمة المختصة حكمها بقفل المسطرة بعد تسديد ثمن التفويت وتوزيعه على الدائنين (المادة 609)، وبما أن المفوت إليه لم يدفع ثمن التفويت كاملاً، وتصرف في الأموال المفوتة، فإن المسطرة لم تقفل بعد وتستمر مهمة السنديك.

وما ينبغي الإشارة إليه، أنه إذا كان في الأصل وفقاً للقواعد العامة أنه من بين الشروط المتطلبة قانوناً لممارسة حق التتبع حلول أجل الدين المضمون وذلك وفق ما تقتضيه المادة 199 من مدونة الحقوق العينية، فإنه استثناء يمكن للسنديك ممارسة حق التتبع والتفويت على العقارات المرهون في يد أي حائز ولو لم يحل أجل الدين بعد، استناداً إلى مقتضيات المادة 615 من مدونة التجارة والتي جاء في فقرتها الثانية أنه "يترتب عن الحكم القاضي بمخطط التفويت الكلي استحقاق الديون غير الحالة".

غير أن باقي الشروط القانونية الأخرى تبقى قائمة لممارسة حق التتبع والتفويت على العقار المرهون، ومن ذلك ألا يكون المفوت إليه الثاني ملتزماً شخصياً بالدين (المادة 200 من م.ح.ع)، فإذا كان ملتزماً بأداء الدين فإن إجراءات الحجز التنفيذي توجه إليه باعتباره المسؤول لا باعتباره حائزاً³⁵⁹، ومن ذلك أيضاً ألا يكون التصرف يحول دون ممارسة حق التتبع، بحيث إذا كان العقار المرهون تم تفويته في إطار مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فإنه لا مجال لممارسة حق التتبع ومباشرة إجراءات التنفيذ بحيث لا يبقى للدائن المرتهن في هذه الحالة سوى ممارسة حق الأفضلية على ثمن العقار موضوع نزع الملكية³⁶⁰.

³⁵⁹ - يوسف افريل؛ مرجع سابق، ص: 238.

³⁶⁰ - للمزيد من التفاصيل انظر:

- جمال الدين المزكلي؛ مرجع سابق، ص: 74 وما يليها. ===

وإذا كان المشرع قد أعطى للدائنين المرتهنين الحق في استرجاع حق التتبع ومباشرة التنفيذ، فإنه مقابل ذلك قد خول للحائز - المفوت إليه الثاني - إمكانية التمسك بالدفع بالتجريد ومفاد ذلك أن المفوت إليه الحائز غير الملتزم بأداء الدين المضمون بالرهن أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أي المفوت إليه الأول أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين، بحيث يمكن في هذه الحالة مباشرة إجراءات التنفيذ على العقارات الأخرى والتي بقيت في يد المفوت إليه الأول والمرهونة من أجل نفس الدين، ويترتب عن قاعدة التمسك بالدفع بالتجريد تأجيل بيع الملك الذي بيد الحائز - المفوت إليه الثاني - هذا ما تقتضيه المادة 202 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها "للحائز الذي لم يكن ملتزماً شخصياً بالدين أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين".

يؤجل بيع الملك الذي بيد الحائز أثناء إجراءات التجريد".

من هنا يُثار التساؤل بخصوص مدى إمكانية مباشرة إجراءات التنفيذ على الأملاك العقارية المرهونة التي بيد المفوت إليه الأول في حالة تعرض الحائز المفوت إليه الثاني على بيع الملك المرهون الذي بيده؟

في حقيقة الأمر، أن الدائن المرتهن في هذه الحالة يجد نفسه في وضع صعب، فلا يمكنه مباشرة إجراءات التنفيذ على الملك المرهون الذي بيد الحائز (المفوت إليه الثاني) وذلك لتمسك هذا الأخير بالدفع بالتجريد في حالة ما إذا بقيت بيد المفوت إليه الأول أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين، ولا يمكنه -أي الدائن المرتهن- مباشرة إجراءات التنفيذ على العقارات الأخرى المرهونة من أجل نفس الدين والتي بقيت في ملكية المفوت إليه الأول ، لأن هذا الأخير لم يتصرف في الأملاك الأخرى، وطالما أنه لا يتصرف فيها لا يحق للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ بمقتضى المادة 653 من م.ت التي تقضي بمنع وإيقاف كل إجراءات التنفيذ على العقارات المملوكة للمدين.

و حماية للدائنين المرتهنين يجب أن ترجح مقتضيات مدونة التجارة خاصة الفقرة الأولى من المادة 617، والتي تجيز للدائنين المستفيدين من حق التتبع من ممارسته في حالة تصرف المفوت إليه في العقار المرهون على حساب مقتضيات المادة 202 من مدونة الحقوق العينية التي تخول للحائز إمكانية الدفع بالتجريد وذلك عن طريق

=== . سعاد الزروالي: مرجع سابق، ص: 138 وما يليها.

. يوسف افريل: مرجع سابق، ص: 235 وما يليها.

تأجيل بيع الملك المرهون الذي بيده إلى حين بيع الأملاك الأخرى التي بقيت بيد المدين الأصلي أو المفوت إليه الأول المرهونة من أجل نفس الدين، وذلك تبعاً لقاعدة النص الخاص يقيد النص العام، ويترتب عن ذلك، أنه بإمكان الدائن المرتهن مواجهة الحائز المفوت إليه الثاني الذي يتمسك بالدفع بالتجريد بمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 617 من م.ت، وبالتالي مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون الذي بيده بعدما تصرف فيها المفوت إليه الأول.

ولئن استرجع الدائن المرتهن حق التتبع ومباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون إذا تصرف فيه المفوت إليه، فإنه يصطدم بالامتياز المخول لفائدة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم وفق المادة 575 من م.ت والذي يكمن في حق الأفضلية المقرر لهم خاصة في حالة تطبيق مقتضيات المادة 616 من مدونة التجارة والتي تقضي بضرورة تخصيص حصة من ثمن البيع عندما يكون المبيع عقاراً مثقلاً بامتياز أو برهن بغرض توزيع الثمن على الدائنين المشار إليهم أعلاه.

الفصل الثاني

نسبية تأثر أصحاب الضمانات العينية العقارية بمسطرة التصفية القضائية

إذا كانت مسطرة التسوية القضائية ترمي بالأسلس إلى إنقاذ المقاول المتعثرة والمتوقفة عن الدفع وإعادة توازنها المالي باعتماد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت حسب الوضعية المالية للمقاول، فإن الأمر على خلاف ذلك في حالة تبني مسطرة التصفية القضائية، بحيث تصبح في هذه الحالة وضعية المقاول مختلفة بشكل لا رجعة فيه، وتصبح غير قابلة للإصلاح أو للإنقاذ.

و هكذا، فإنه يتم اللجوء إلى مسطرة التصفية القضائية عندما تصبح المقاول غير قادرة كلياً على الاستمرار في مواصلة نشاطها بشكل عادي كما تقضي الفقرة الأولى من المادة 619 من م.ت" تفتح مسطرة التصفية القضائية إذا تبين أن وضعية المقاول مختلفة بشكل لا رجعة فيه"³⁶¹.

³⁶¹ وقد يثار التساؤل عن مدى إمكانية تقييد أو إيداع الحكم القاضي بالتصفية القضائية بالرسم العقاري أو مطلب التحفيظ، أم يتم ترتيبه بملف الشركة ؟

جواباً عن هذا الإشكال يمكن القول بأن المشرع المغربي التزم الصمت في إطار مدونة التجارة، وعلى خلاف ذلك قد نص صراحة على ضرورة تقييد هذا الحكم بالسجل التجاري طبقاً للمادتين 49 و 569 من م.ت. وبالرجوع أيضاً إلى الفصل 65 من ظ.ت.ع الذي حدد التصرفات والوقائع والمحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري والأحكام القضائية الواجب تقييدها متى كان موضوع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وعليه فإن المشرع نص على إمكانية تقييد الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية على الرسم العقاري، على اعتبار أنه أجاز تقييد الأحكام القضائية، نظراً لكون الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية يترتب نفس آثار الحجز التنفيذي (الفصل 87 من ظ.ت.ع)، إلى جانب إيقاف ومنع كل طريقة للتنفيذ يقيمها الدائنون على عقارات المدين حسب مقتضيات المادة 653 من م.ت، يترتب عنه كذلك تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها (المادة 619 من م.ت) ، ومن ثمة بات من الطبيعي تقييد هذا الحكم بالرسم العقاري و إيداعه بمطلب التحفيظ بدل ترتيبه بملف الشركة ، على أسس أنه لا يمكن للمحافظ رفض تقييد أو إيداع حجز تحفظي أو إنذار عقاري أو حجز تنفيذي أو تصرف صادر عن المدين بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة إلا بعد تقييد هذا الأخير بالسجلات العقارية .

لكن يجب أن يتضمن منطوق الحكم القضائي رقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ التي تملكه المقاول المفتوح في مواجهتها مسطرة التصفية القضائية والإذن للسيد المحافظ بتقييد أو إيداع الحكم القضائي.

ويثار التساؤل كذلك عن مدى إمكانية إعفاء تقييد أو إيداع الحكم المتعلق بالتصفية القضائية من رسوم المحافظة العقارية ؟

جواباً عن هذا الإشكال يمكن القول أن مدونة التجارة لا تنص على أي مقتضى يعني تقييد أو إيداع هذا الحكم القضائي من رسوم المحافظة العقارية ، وحيث أن المبدأ هو أداء رسوم المحافظة العقارية عن كل تقييد أو إيداع بالسجلات العقارية ، وأن الإعفاء استثناء يجب أن تقضي به النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بناء على المادة الأولى من المرسوم المؤرخ في 18 يوليو 2016 المتعلق بتحديد تعريف وجبات المحافظة العقارية، فإن تقييد أو إيداع الحكم المتعلق بالتصفية القضائية يخضع لوجبة ثابتة (عن كل عقار) =====

والملاحظ أن المشرع المغربي حدد الحالات التي يمكن فيها النطق بالتصفية القضائية، فإما أن يتم الحكم مباشرة بالتصفية القضائية دونما اللجوء إلى مسطرة التسوية القضائية، في هذه الحالة يكون القضاء غير ملزم بتطبيق مسطرة التسوية القضائية قبل النطق بالتصفية القضائية، و بمجرد ما يتوفر لدى القضاء الشروط المبررة لتثبيت التصفية القضائية يصدر الحكم القاضي بفتح هذه المسطرة خاصة في حالة ما إذا كانت وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه وهذا ما يستفاد من مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 568 من م.ت والتي جاء فيها "يقضي بالتسوية القضائية إذا تبين أن وضعية المقاوله ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه وإلا فيقضي بالتصفية القضائية"³⁶².

وإما أن يتم الحكم بتحويل التسوية القضائية إلى تصفية قضائية، وما يؤشر عن ذلك أنه بعد صدور حكم فتح المسطرة وخلال فترة الملاحظة يعد السنديك تقريراً يبين فيه الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاوله وعلى ضوء هذه الموازنة يقرر السنديك إما مخططاً للتسوية يضمن استمرارية المقاوله أو تفويتها إلى أحد الأغيار أو التصفية القضائية (الفقرة الأولى من المادة 579 من م.ت)، وفضلاً عن ذلك، فإنه بإمكان المحكمة أن تقضي تلقائياً أو بناء على طلب بفسخ مخطط الاستمرارية، وتقرر التصفية القضائية للمقاوله (الفقرة الأولى من المادة 602 من م.ت)، كما يمكن لها أن تقضي بفسخ مخطط التفويت في حالة عدم احترام المفوت إليه الالتزامات الملقاة عليه ويتقرر في هذه الحالة التصفية القضائية (المادة 613 من م.ت).

ولما كان الهدف من وراء تبني التصفية القضائية تحقيق أصول المقاوله وتصفية خصومها قصد توزيع عائداتها على الدائنين، فإن وضعية أصحاب الضمانات العينية العقارية ستتأثر بمختلف الإجراءات التي تمر بها مسطرة التصفية القضائية، إلا أنها تختلف بحسب حالات التصفية القضائية.

و ارتباطاً بذلك، فإنه عند الحكم بالتصفية القضائية مباشرة دون أن تكون مسبقة بمسطرة التسوية القضائية، في هذه الحالة مركز الدائنين الحاملين ل ضمانات عقارية لا يتضرر كثيراً، وإنما يتم أداء ديونهم حسب القواعد العامة، أي تلك المنصوص عليها في ظل.ع ومدونة الحقوق العينية، مع مراعاة بعض المقتضيات المضمنة في إطار القواعد المتعلقة بمسطرة التصفية القضائية، ولعل من أبرزها تطبيق

=== قدرها 500 درهم وفقاً لمقتضيات الفقرة "ب" من الباب الثاني من المرسوم المشار إليه أعلاه ، على أسس أن هذا الحكم القضائي يدخل ضمن الوقائع غير قابلة للتقييم كالتقييد الاحتياطي وغيره

³⁶² - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله، ومساطر معالجتها الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 9 و10.

المادة 620 من مدونة التجارة والمتعلقة بحالة استمرار نشاط المقاوله الخاضعة للتصفية القضائية، بحيث قد يتضرر حق الأفضلية المقرر للدائنين الحاملين ل ضمانات بمقتضى حق الامتياز المقرر للدائنين الناشئة ديونهم بعد صدور الحكم القاضي بفتح هذه المسطرة.

أما عند الحكم بالتصفية القضائية في حالة فشل مسطرة التسوية القضائية، أو عندما تكون مسبقة بمسطرة التسوية القضائية، فإنه في هذه الحالة يتأثر مركز الضمانات العينية العقارية الناشئة قبل الحكم القاضي بفتح المسطرة وذلك بفعل حق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين.

إذن، سنبحت تأثر الضمانات العينية العقارية بمسطرة التصفية القضائية من خلال مظاهر تقوية مركزها (الفرع الأول)، وكذا من خلال مظاهر ضعف مركزها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مظاهر تقوية مركز أصحاب الضمانات العينية العقارية

لما كان الهدف من التصفية القضائية هو بيع أصول المداول وتصفية خصومها بغرض توزيع حصيلة البيع على الدائنين، فإن إعادة توزيع هذه الحصيلة على هؤلاء الدائنين يرتبط في جانب كبير منه بمدى حرص هؤلاء على تتبع حقوقهم³⁶³، واعتبارا لذلك، فإن المشرع المغربي ومراعاة منه لوضعية هؤلاء الدائنين من أجل توفير الضمانات الكافية لهم سواء في إطار مرحلة بيع أصول المداول أو أثناء تصفية خصوم المداول، أقر مجموعة من الحقوق لفائدتهم لعلها تسهم في تأمين مصالح هؤلاء الدائنين ومساعدة المداول على تصفية خصومها.

واعتبارا لذلك، فإن المشرع المغربي قد أعطى للقاضي المنتدب السلطة التقديرية من حيث بيع عقارات المداول موضوع التصفية القضائية، بإمكانه سلوك إحدى الطرق لبيع العقارات تلك التي قد تكون "الطريقة الأكثر ملاءمة ومنفعة للمداول والدائنين والمصلحة العامة"³⁶⁴، فإما أن يتبع بيع العقارات وفق الطرق الواردة في باب الحجز العقاري إعمالا لمقتضيات المسطرة المدنية، وإما أن يتم البيع عن طريق المزايمة الودية بالثمن الافتتاحي وإما بالتراضي.

غير أنه إذا شرع في إجراء الحجز العقاري قبل افتتاح التسوية أو التصفية القضائية، فإنه في هذه الحالة يمكن للسنديك أن يحل محل الدائنين في حقوقهم ويتابع إجراءات الحجز انطلاقا من المرحلة التي تم توقيفه بفعل حكم فتح المسطرة، وإلا أمكن للدائنين المتوفرين على امتياز خاص أو رهن حيازي أو رهن رسمي ممارسة الحق في استكمال أو متابعة إجراءات الحجز العقاري إذ لم يرق السنديك بتصفية الأموال المثقلة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية.

ولما كان يترتب عن بيع العقارات المرهونة أو المثقلة بامتياز تحولها إلى مبلغ من النقود، فإن الدائنين المستفيدين من هذه الضمانات يستفيدون من حق الأفضلية

³⁶³ - لحسن زهران: التصفية القضائية وفق التشريع والقضاء، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2004-2005، ص 332.

³⁶⁴ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 98.

وذلك وفق القواعد العامة المنصوص عليها في مدونة الحقوق العينية و ظل.ع وغيرها من التشريعات الخاصة في حالة الحكم بالتصفية القضائية مباشرة دون أن تكون مسبقة بمسطرة التسوية القضائية، لأنه لا يفترض تراحم هؤلاء الدائنين مع الدائنين اللاحقين لصدور حكم فتح المسطرة إذا تعلق الأمر بالحالات المنصوص عليها قانوناً، وهذا من شأنه أن يسهم في احتفاظ أصحاب الضمانات العقارية بفعاليتها كضامنة³⁶⁵ للدين.

هذا، فإذا كان الدائنون المرتهنون أو أصحاب الامتيازات يحتفظون بممارسة حق الأفضلية وفق القواعد العامة مع مراعاة بعض المقتضيات التي تتسم بها مسطرة التصفية القضائية (الفقرة الثانية)، فإنه يحق لنا قبل ذلك أن نتساءل عن مدى مساهمة إجراءات بيع العقارات المثقلة بضمانات عينية عقارية في تعزيز مركز الدائنين المستفيدين منها (الفقرة الأولى)؟

³⁶⁵ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 123.

المبحث الأول

حدود مساهمة إجراءات بيع العقار في تعزيز مركز أصحاب الضمانات العقارية

لما كان الهدف الأساسي من تبني مسطرة التصفية القضائية تحقيق أصول المقاولات وتصفية خصومها بهدف توزيع حصيلة البيع على الدائنين حسب رتبته، فإن ذلك يتوقف بالضرورة على أن تكون إجراءات بيع أصول المقاولات خاصة منها العقارات إجراءات بسيطة وغير معقدة، الهدف منها تخصيص حصيلة بيع الأصول للوفاء بديون المدين لفائدة الدائنين.

وعلى خلاف الإجراءات المتبعة في حالة بيع منقول أو عقار في إطار الحجز العقاري المنظم بمقتضى الفصول 452 إلى 487 من قانون المسطرة المدنية، فإن المشرع المغربي في إطار المساطر الجماعية أعطى السلطة التقديرية للقاضي المنتدب أن يبيع العقار إما بواسطة مسطرة الحجز العقاري المنصوص عليه في إطار المسطرة المدنية أو يبيعه بمزايدة ودية أو بالتراضي، والهدف من وراء ذلك ضمان بيع العقار موضوع التصفية القضائية بأعلى ثمن قصد تمكين الدائنين من الحصول على جزء كبير من ديونهم.

وقصد الحصول على أعلى ثمن يهدف إلى تأمين سداد ديون الدائنين إن كلياً أو جزئياً، فإن المشرع المغربي أحدث تقنية جديدة تتمثل في تفويت وحدات الإنتاج مكونة من جزء أو مجموع الأصول المنقولة أو العقارية، غير أن اللجوء إلى البيع الانفرادي للعقارات في بعض الحالات تفرضه وضعية بعض العقارات التي تكون مثقلة بامتياز عقاري أو رهن رسمي أو حيازي تلزم السنديك ببيع الأموال المثقلة داخل الأجل القانوني³⁶⁶.

لهذا نرى بأن تقدير حدود مساهمة إجراءات بيع العقار في تأمين مركز أصحاب الضمانات العقارية، يتطلب بالضرورة تحليل الإجراءات المسطرية المتعلقة بطرق بيع العقار المثقل بامتيازات أو برهون (المطلب الأول)، وكذا معالجة حالة استرجاع الحق في المتابعات الفردية (المطلب الثاني).

³⁶⁶ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 92 و 97.

المطلب الأول

دور طرق بيع العقار وفق المادة 622 من م.ت

في ضمان سداد الديون

بالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن المشرع أعطى للقاضي المنتدب السلطة التقديرية في اختيار إحدى الطرق لبيع العقار في إطار التصفية القضائية، بحيث إما أن يتم البيع بالتراضي وفي هذه الحالة يتعين على المصفي إعداد مشروع البيع ويعرضه على القاضي المنتدب قصد الحصول على الترخيص قبل عملية البيع، وإما أن يتم البيع عن طريق المزايدة القضائية وفق القواعد المتعلقة بالحجز العقاري مع مراعاة بعض الخصوصيات التي تتسم بها مسطرة التصفية القضائية، وإما بالمزايدة الودية إذا كان من شأن طبيعة العقارات وموقعها والعروض المقدمة إتاحة التوصل إلى تفويت ودي بأفضل الشروط³⁶⁷.

ولا شك أن هذا الموقف قد تبناه المشرع المغربي في إطار المادة 622 من مدونة التجارة، بحيث سمح للقاضي المنتدب اختيار الطريقة الأكثر ملاءمة ومنفعة للدائنين والمقاوله على حد سواء، فبإمكانه أن يبيع العقار المثلث إما وفق الإجراءات المنصوص عليها في إطار قانون المسطرة المدنية وذلك بعد تلقي ملاحظات المراقبين والاستماع لرئيس المقاوله والسنديك أو استدعائهما بصفة قانونية (الفقرة من 622 من م.ت).

كما بإمكانه أيضا أن يبيع العقار المثلث إما بالمزايدة الودية وإما بالتراضي، إذا كان من شأن طبيعة العقار وموقعه أو العروض المقدمة تسمح بتفويت ودي بأفضل الشروط (الفقرة الثالثة من المادة أعلاه)³⁶⁸.

غير أنه في الحالة التي يكون فيها تم إيقاف الحجز العقاري بمقتضى الحكم القاضي بفتح المسطرة يحل السنديك محل الدائن في الإجراءات التي قام بها الدائن، ويتابع السنديك الإجراءات المتبقية من المرحلة التي تم توقيفها (الفقرة 2 من المادة أعلاه)، وإلا أمكن للدائنين ممارسة الحق في المتابعات الفردية إذ لم يقم السنديك بذلك داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة (المادة 628 من م.ت).

³⁶⁷ – Cécile Le Gallou: op.cit., p: 292.

³⁶⁸ – Abdeljalil EL hammoumi: op.cit., p: 164 et 165.

وعليه، فإن طرق بيع العقار المثل في إطار التصفية القضائية ومدى مساهمتها في تعزيز مركز أصحاب الضمانات العينية العقارية، يستلزم منا تحليل الإجراءات المتبعة في إطار قانون المسطرة المدنية (الفقرة الأولى)، وكذا الإجراءات المتخذة في إطار المزايدة الودية أو البيع بالتراضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أثر مسطرة بيع العقار وفق قانون المسطرة المدنية على مركز الدائنين الحاملين ل ضمانات

لقد سمح المشرع المغربي - إسوة بالقانون الفرنسي - للقاضي المنتدب ببيع العقار أو العقارات المثقلة بامتياز خاص أو رهن حيازي أو رهن رسمي بواسطة مسطرة الحجز العقاري المنظم بمقتضى المسطرة المدنية إعمالا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 622 من مدونة التجارة حيث جاء فيها على أنه "يتم بيع العقار وفق الطرق الواردة في باب الحجز العقاري. غير أن الثمن الافتتاحي للمزايدة وكذا الشروط الأساسية للبيع وتحديد شكلية الشهر يحدد من طرف القاضي المنتدب وذلك بعد تلقي ملاحظات المراقبين والاستماع لرئيس المقابلة والسنديك أو استدعائهما بصفة قانونية".

يتبين من المادة أعلاه، أن المشرع أعطى للقاضي المنتدب دون غيره أن يسهر على عملية بيع العقار المثل، بصرف النظر عن صنف الدائنين، أي سواء تعلق الأمر بالدائنين العاديين في حالة الحجز التحفظي الذي يتحول إلى حجز تنفيذي أو الدائنين المرتهنيين في حالة الإنذار العقاري الذي يتحول بدوره إلى حجز تنفيذي، على خلاف ما كان معمول به في ظل القانون التجاري الملغى بحيث أن الفصل 230 كان يمنع الدائنين ماعدا الدائنين المرتهنيين رهنا رسميا، حيث يترتب عن الحكم القاضي بشهر الإفلاس سقوط جميع الدعاوى وإجراءات التنفيذ الفردية تجاه الدائنين العاديين وأصحاب الامتيازات العامة، وتبقى هذه الإجراءات قائمة بالنسبة لأصحاب الامتيازات الخاصة والدائنين المرتهنيين³⁶⁹.

وعلى أي حال، فالقاضي المنتدب يكون ملزما عند بيع العقار في هذه الحالة على احترام كافة الإجراءات المنظمةة بمقتضى قانون المسطرة المدنية مع مراعاة بعض خصوصيات مسطرة التصفية القضائية.

وارتباطا بذلك، فإن القاضي المنتدب يحدد الثمن الافتتاحي للعقار المرهون أو المحجوز في إطار التصفية القضائية، غير أنه لا مانع من تعيين خبير في العقار تكون مهمته بالأسس تحديد قيمة العقار، وتحديد الثمن الأساسي لانطلاق المزداد، وهذا من

³⁶⁹ - امحمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 181.

شأنه أن يسهم في بيع العقار بثمن أعلى وتمكين الدائنين المستفيدين من استيفاء ديونهم بالكامل أو على الأقل نسبة أكثر من ديونهم المضمونة بالعقار محل البيع.

و يمكن لكل شخص داخل عشرة أيام من تاريخ السمسرة أن يقدم عرضا بالزيادة عما رسا به المزاد بشرط أن يكون العرض يفوق بمقدار السدس ثمن البيع الأصلي والمصاريف (الفصل 479 من ق.م.م). وهذا المقتضى القانوني من شأنه أيضا أن يسهم في بيع العقار بثمن أعلى يتم بمقتضاه أداء نسبة أكبر من ديون الدائنين المستفيدين من الضمانات.

وإذا كان المشرع المغربي قد سمح للقاضي المنتدب إمكانية بيع العقار وفق قانون المسطرة المدنية، فإن التساؤل يثار بخصوص مدى إمكانية التدخل على وجه التعرض من طرف الدائنين الذي لهم حق التنفيذ الجبري طبق الفصل 466 من ق.م.م؟ وكذا مدى إمكانية قبول دعوى الاستحقاق الفرعية إذا ادعى الغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها ؟

أما بخصوص التساؤل الأول والذي يتعلق بمدى إمكانية ممارسة التدخل على وجه التعرض من طرف الدائنين الذين لهم حق التنفيذ الجبري وذلك طبق الفصل 466 من ق.م.م، فإنه يمكن القول بأن الدائنين لا يمكن لهم في هذه الحالة ممارسة التدخل على وجه التعرض، بل فإنهم ملزمون بإتباع مسطرة التصريح بالديون المنصوص عليها في الفصول من 486 إلى 690 من م.ت، ويستتبع ذلك، بأن القاضي المنتدب في هذه الحالة لا يمكنه قبول التدخل في إجراءات الحجز، ولا يبقى لهؤلاء الدائنين في حالة عدم التصريح داخل أجل القانوني سوى ممارسة رفع دعوى السقوط داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ صدور مقرر فتح المسطرة (الفقرة الثالثة من المادة 690 من م.ت).

أما بخصوص الإشكال المتعلق بمدى إمكانية قبول دعوى الاستحقاق الفرعية، فإنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 482 من ق.م.م نجد أنه ينص على ما يلي "إذا ادعى الغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها أمكنه لإبطال الحجز رفع دعوى الاستحقاق.

يمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية ويترتب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيها بالاستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر بأنها مبينة على أسس صحيحة..." وفي هذه الحالة يتعين على القاضي المنتدب إيقاف إجراءات التنفيذ على العقار المرهون إلى حين البت في دعوى الاستحقاق الفرعية من طرف المحكمة الابتدائية التي يتواجد بدائرتها العقار، ويستتبع ذلك القول، أن المحكمة التجارية التي تباشر التنفيذ في إطار التصفية

القضائية تكون مقيدة بحكم المحكمة الابتدائية القاضي بالاستمرار في التنفيذ³⁷⁰.

واعتباراً لذلك، ولئن كانت دعوى الاستحقاق الفرعي التي قد تباشر أثناء مباشرة إجراءات التنفيذ في إطار التصفية القضائية من شأنها أن تؤثر على وضعية الدائن المرتهن خاصة في حالة صدور حكم قضائي نهائي يقضي باستحقاق الغير الملك المرهون، فإن ذلك لا يسري إلا على الدائن المرتهن السيء النية وذلك إعمالاً لمقتضيات المادة 181 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها "كل من ليس له على الملك إلا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال لا يمكنه أن يعطي إلا رهناً خاضعاً لنفس الأحكام.

غير أن الدائن المرتهن حسن النية يحتفظ بحقه في الرهن إذا كان يجهل تلك الأحكام".

وكما هو واضح من المادة أعلاه، أنه إذا قبل الدائن المرتهن العقار كضمانة رغم وجود شرط على ملكية العقار أو تحملات عقارية أخرى، فإنه يكون متحملاً لكافة النتائج المترتبة على استحقاق العقار من قبل الغير، ومن بين ذلك إلغاء إجراءات الحجز العقاري وإبطال الرهن لأنه انصب على عقار ترجع ملكية إلى الغير وليس للمدين الراهن³⁷¹.

وبناء على ما سبق، يمكن القول بأن بيع العقار في إطار التصفية القضائية وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية قد ينعكس إيجاباً على وضعية الدائنين المرتهنيين خاصة إذا بيع العقار بأعلى ثمن من قبل القاضي المنتدب قد يؤمن مصالح الدائنين ويساعد المقاول على تصفية خصومها بالرغم من وجود بعض العوارض التي قد تطيل إجراءات التنفيذ والتي قد لا تؤثر على وضعية الدائن المرتهن الحسن النية.

³⁷⁰ - عبد العلي حفيظ: الحجز التنفيذي العقاري، مرجع سابق، ص: 158.

³⁷¹ - محمد سلام: مرجع سابق، ص: 135.

الفقرة الثانية: بيع العقار المرهون عن طريق مزايمة ودية بالثمن الافتتاحي

أو بالتراضي

تحقيقاً لمصلحة المفاوضة والدائنين، فإن المشرع المغربي - إسوة بالقانون الفرنسي³⁷² - قد مكن القاضي المنتدب من طرق متعددة قصد الحصول على أفضل الشروط وأفضل الأثمنة عند بيع العقارات المرهونة في إطار التصفية القضائية، خاصة في حالة عدم تحقيق ذلك عند اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ومن ثمة فإن القاضي المنتدب قد يختار بيع العقار المرهون إما بواسطة المزايمة الودية وإما ببيعه بالتراضي وفقاً للثمن والشروط التي يحددها³⁷³. هذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 622 والتي جاء فيها "كما يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن تحت نفس الشروط بالبيع، إما بمزايمة ودية بالثمن الافتتاحي الذي يحدده وإما بالتراضي وفقاً للثمن والشروط التي يحددها، إذا كان من شأن طبيعة محتوى العقارات وموقعها أو العروض المقدمة إتاحة التوصل إلى تفويت ودي بأفضل الشروط في حالة اللجوء إلى مزايمة ودية، يمكن دائماً القيام بتعليق المزاد".

والظاهر من خلال المقتضيات السابقة، أن القاضي المنتدب يلجأ إلى بيع العقار المرهون إما بالمزايمة الودية أو بالتراضي³⁷⁴ في حالة ما إذا تبين له أن ذلك قد يؤدي إلى تفويت ودي بأفضل الشروط وبأفضل الأثمنة قصد الوفاء بنسبة أكبر من الديون المترتبة في ذمة المفاوضة.

ولئن كان المشرع المغربي قد منح للقاضي المنتدب بيع العقار المرهون تحت نفس الشروط بالبيع كما هو الأمر بالنسبة لحالة البيع وفق قانون المسطرة المدنية، بحيث أنه هو من يحدد الثمن الأساسي للعقار، وكذا الشروط الأساسية للبيع، وتحديد شكلية الشهر بعد تلقي ملاحظات المراقبين والاستماع لرئيس المفاوضة والسنديك أو استدعائهما بصفة قانونية فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية تطبيق بعض الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية؟

³⁷² - Cécile Le Gallou: op.cit., p:292.

- Voir aussi :

-Corrine Saint – Alary – Houin: op.cit., p: 757 et suiv.

³⁷³ - لحسن زهران: مرجع سابق، ص 323.

³⁷⁴ - للمزيد من المعلومات بخصوص المزايمة الودية والبيع بالتراضي انظر:

-Corinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p : 759 et s.

فلو أخذنا على سبيل المثال الإجراء المتعلق بزيادة السدس بعد انتهاء المسطرة الأولى والمنصوص عليه في إطار الفصل 479 من ق.م.م، لوجب التمييز بين حالة التفويت بواسطة المزايدة الودية وحالة التفويت بالتراضي فلئن كان هذا الإجراء يمكن تطبيقه في حالة التفويت عن طريق المزايدة الودية لأن هذه الطريقة لا تختلف عن المزايدة القضائية المتبعة في إطار قانون المسطرة المدنية وكما هو واضح من تسميتها، فإنه إذا قدم أحد الأشخاص عرضاً يزيد عن الثمن الأساسي الذي حدده القاضي المنتدب، فإن المزداد يرسو وتلزم المتزايد بالبيع، وإذا ثبت أن تم تقديم عرض أعلى منه فيصبح العرض الأول لاغياً، وهذا لا يمنع القاضي المنتدب من قبول عرض جديد يكون مبلغه يساوي أو يزيد عن السدس من ثمن المزداد الأول، على أسس أن إرادة المشرع تتجه إلى اختيار القاضي المنتدب الطريقة التي يتم الحصول فيها على أفضل الشروط وأفضل الأثمنة لبيع العقار المرهون، فإنه على خلاف ذلك لا يمكن تطبيق هذا الإجراء أي الزيادة بالسدس في حالة اختيار البيع بالتراضي، لأن هذا البيع يخضع لقواعد القانون المدني المتعارف عليها، ومن أبرزها العقد شريعة المتعاقدين، فالاتفاق على الثمن الأساسي لبيع العقار بين القاضي المنتدب والمشتري يصبح نهائياً بمجرد حصول التراضي بشأنه ولا يمكن تعديله إلا برضى الطرفين إعمالاً لمقتضيات الفصل 230 من ظ.ل.ع، بل الأكثر من ذلك فإن المادة 221 من مدونة الحقوق العينية نصت صراحة على أنه "لا تقبل أي مزايدة في ثمن العقار بعد بيعه بالتراضي".

أما بخصوص باقي الإجراءات التي ترمي بالأسس إلى حماية الأغيار وباقي الدائنين غير المتدخلين في مسطرة البيع، فإنه لا مانع من تطبيقها وذلك بالنظر إلى الآثار المترتبة عن التفويت بواسطة المزايدة الودية أو بالتراضي ومنها عدم إمكانية التمسك بإبطال محضر المزايدة الودية أو البيع بالتراضي في مواجهة الغير ذي النية الحسنة إذا كان العقار المرهون موضوع رسم عقاري، أضف إلى ذلك، أن التفويت بواسطة المزايدة الودية أو بالتراضي يخضع لعملية الإشهار التي يحددها القاضي المنتدب، خاصة إذا علمنا أن الغاية من الإشهار حماية كل من يدعي حقاً على العقار المرهون سواء كان حقاً عينياً أصلياً أو حقاً عينياً تبعياً أو حقاً شخصياً.

وارتباطاً بذلك، فإنه بإمكان القاضي المنتدب تأجيل عملية بيع العقار سواء في حالة اختياره طريقة المزايدة الودية أو البيع بالتراضي، في حالة ما إذا ادعى الغير أن المزايدة الودية أو البيع بالتراضي انصب على عقار يملكه ففي هذه الحالة يتعين عليه - الغير - الإدلاء بمقال الدعوى حتى يتسنى للقاضي المنتدب تأجيل عملية البيع إلى حين صدور الحكم النهائي عن المحكمة المختصة.

أما فيما يخص التدخل على وجه التعرض الصادر عن أحد الدائنين، فإن الأمر لا يختلف عن حالة بيع العقار وفق إجراءات المسطرة المدنية، بحيث يتوجب على كل

الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة التصريح بديونهم إلى السنديك وذلك داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية (المادتان 686 و687 من م.ت)، وهذا ما يؤشر على عدم إمكانية استفادة هؤلاء الدائنين من مقتضيات الفصل 466 من ق.م.م الذي يعطي الحق للدائنين الذين لهم حق التنفيذ الجبري عند وجود حجز سابق على كل عقارات المحجوز عليه التدخل على وجه التعرض (الفصل 472 من ق.م.م).

وعلى خلاف ذلك، فإنه بإمكان الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما بعد صدور حكم فتح المسطرة والدائنين الحاملين لضمانات في حالة عدم إشعارهم شخصيا قصد التصريح بديونهم التدخل على وجه التعرض لدى القاضي المنتدب ولو اختار هذا الأخير التفويت بواسطة المزايدة الودية أو بالتراضي.

وإذا كان المشرع المغربي رتب عن تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاد وتطهيره من جميع الرهون الرسمية في حالة البيع الجبري للعقار وفق قانون المسطرة المدنية، فإن الإشكال المطروح بخصوص مدى خضوع البيع بالتراضي لمقتضيات الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 622 من م.ت والمتعلقة بتطهير العقار من جميع الرهون الرسمية من شأنه أن يسهم في عدم التوصل إلى تفويت بأفضل الأثمنة لبيع العقار، خاصة أن المشتري يعلم مسبقا بأن طريقة البيع بالتراضي لا يترتب عنها تطهير العقار من جميع الرهون الرسمية والامتيازات، هذا قد يؤدي إلى بقاء حق التتبع قائما في مواجهته.

ولتوضيح ذلك، فإنه لئن تميزت الفقرة الرابعة من المادة 622 من مدونة التجارة بعدم الدقة والوضوح من حيث مدى تطهير العقار في حالة التفويت بالتراضي من الرهون الرسمية والامتيازات، فإنه باستقراء مقتضيات المادة السابقة وخاصة تفسير عبارة "المزايدات" نجد أنها تشمل بالإضافة إلى البيع بالمزاد العلني البيع بالتراضي، مما يمكن القول معه بأن أثر التطهير للعقار لا يترتب في حالة البيع بالمزاد العلني فحسب، بل حتى في حالة اختيار طريقة البيع بالتراضي، وما يدل على ذلك مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة أعلاه والتي جاء فيها "... إما بمزايدة ودية... وإما بالتراضي... إتاحة التوصل إلى تفويت ودي بأفضل الشروط..."³⁷⁵.

³⁷⁵ - أحمد البختي: مرجع سابق، ص: 63.

المطلب الثاني

استرجاع الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار أو إتمامها

إذا كان مبدأ وقف المتابعات الفردية يعد من بين أهم الآثار المترتبة على صدور حكم فتح المسطرة والذي يسعى من ورائه المشرع إلى مساعدة إنقاذ المقاول دون إكراهات مالية أو إجراء تنفيذات على العقار الذي قد يكون ضروريا لاستمرار نشاط المقاول، كما أن هذا المبدأ تم إقراره لتجنب ما يمكن أن يحوط هذه المتابعات الفردية من مفاضلة ومحاباة قد تصدر عن المدين المحكوم عليه لفائدة بعض الدائنين على حساب آخرين، والتي من شأنها أيضا أن تخل بمبدأ المساواة وقسمة أموال المسطرة بين هؤلاء الدائنين قسمة غرماء كل حسب دينه ومرتبة هذا الدين.

لكن تفاديا لصرامة المبدأ، وما يمكن أن يفضي إليه من آثار وخيمة على وضعية الدائنين خاصة منهم الدائنين المرتهنيين وأصحاب الامتيازات أورد المشرع المغربي استثناء منح بمقتضاه للدائنين أصحاب الامتياز والرهون استرجاع الحق في المتابعات الفردية سواء تعلّق الأمر بالدعوى أو مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار.

غير أن استرجاع الحق في المتابعات الفردية يتوقف بالضرورة على توافر شرطين أساسيين لا غنى عنهما، فالأول يكمن في عدم قيام السنديك بتصفية الأموال المثقلة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية، أما الثاني فيتمثل في ضرورة التصريح بديونهم داخل أجل القانوني وإن لم تقبل بعد.

وعليه، فاستعادة الحق في المتابعات الفردية في إطار مسطرة التصفية القضائية فإما أن يتم من قبل السنديك الذي يحل محل الدائنين الحاجزين حينما يتم وقف إجراء حجز عقاري شرع فيه قبل افتتاح التسوية القضائية أو التصفية القضائية (الفقرة الأولى)، وإلا أمكن لهؤلاء الدائنين ممارسة هذا الحق باسمهم متى توافرت الشروط المتعلقة بذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: متابعة إجراءات التنفيذ العقاري من طرف السنديك

بعد إيقاف إجراءات التنفيذ على عقارات المدين بمقتضى الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات إعمالا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 555 من م.ت في إطار مساطر الوقاية الخارجية، أو بمقتضى المادة 653 من م.ت بعد صدور حكم فتح

المسطرة، فإنه يحل السنديك محل الدائن الحاجز في حقوقه بالنسبة للإجراءات التي قام بها هذا الأخير قبل افتتاح التسوية أو التصفية القضائية، بحيث يتم متابعة إجراءات الحجز العقاري انطلاقاً من المرحلة التي تم إيقافه بفعل الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات أو بفعل حكم فتح المسطرة التي أدت إلى وقفه (الفقرة الثانية من المادة 622 من م.ت)³⁷⁶.

والملاحظ أن المشرع المغربي قد تبنى نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 18-642 من مدونة التجارة وذلك قصد تبسيط إجراءات الحجز، بحيث يستفاد منها أنه عندما يشرع في مسطرة الحجز العقاري قبل افتتاح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية والتي يتم إيقافها، يمكن للمصفي وبعد إذن من القاضي المنتدب أن يحل محل الدائن الحاجز بالنسبة للإجراءات التي قام بها هذا الأخير، ويتم متابعة إجراءات الحجز العقاري انطلاقاً من المرحلة التي تم توقيفه على إثر صدور حكم فتح المسطرة، وهذه المقتضيات من شأنها أن تسهم في تجنب إعادة بدء إجراءات الحجز العقاري من جديد³⁷⁷.

ويرى الفقه المغربي³⁷⁸ أن هذا الإجراء - متابعة إجراءات الحجز العقاري - ما هو إلا تطبيق لقاعدتين في ظل مساطر معالجة صعوبات المقاول، فالأولى تكمن في كون أنه بمجرد صدور حكم فتح المسطرة يترتب عنه منع كل إجراء للتنفيذ يباشره الدائنون السابقون لصدور حكم فتح المسطرة، أما الثانية فتتجلى في أن للسنديك

³⁷⁶ - والملاحظ أن السنديك أصبح يمثل جميع أصناف الدائنين بدون تمييز أمام القضاء، أي سواء كانوا عاديين أو أصحاب ضمانات عقارية أو منقولة، على خلاف ما كان معمولاً به في ظل قانون الإفلاس الملغى بحيث كان يمثل المدين وكثلة الدائنين أمام القضاء، باعتباره الجهاز الوحيد المؤهل لممارسة الدعاوى القضائية .

انظر :

Khalid lyazidi :Le syndic de faillite, thèse pour l'obtention du doctorat d'état en droit année université mohamed 5, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, rabat, 1984, p : 75 et s.

- غير أن السنديك يمثل الدائنين أمام القضاء في مواجهة المقاول المفتوح ضدها مساطر صعوبات المقاول، ومن ثمة لا يمكنه أن يمثل الدائنين أمام القضاء في مواجهة الكفيل العيني، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار صادر عنها حيث جاء فيها ما يلي " لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقولها أن قول المستأنف بأن البنك المستأنف عليه لم يدخل السنديك في الدعوى لا مبررة له، لكون النزاع الحالي إنما بني على عقد كفالة شخصية تضامنية، وهو قائم فقط بين الدائن والكفيلة، ولا دخل للشركة المحكوم ضدها بالتسوية القضائية مما وجب معه رد هذا الدفع لانعدام الأسس القانوني المبرر له."

- قرار عدد: 100 | 1، المؤرخ في 14 | 03 | 2013، ملف تجاري عدد: 846 | 3 | 1 | 2011، (قرار غير منشور).

³⁷⁷ - Corinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p: 758 et 759.

³⁷⁸ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 98.

وحده الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم إعمالا لمقتضيات المادة 642 من مدونة التجارة.

والذي يظهر أن المشرع المغربي - إسوة بالقانون الفرنسي - كان هاجسه من خلال التنصيص على متابعة إجراءات حجز العقاري بدل البدء في إجراءات الحجز انطلاقا من المرحلة الأولى تبسيط الإجراءات المسطرية للحجز العقاري نظرا لطولها وتعقدها وتفادي تأخير استيفاء الدائنين المرتهنين والدائنين الممتازين لحقوقهم، أضف إلى ذلك، أن متابعة إجراءات الحجز انطلاقا من المرحلة التي تم توقيفها بدل البدء فيها من المرحلة الأولى من شأنها أن تسهم في التقليل من المصاريف القضائية التي يتم إنفاقها من أجل بيع العقار المرهون.

وفي ضوء ذلك، فإن التقليل من المصاريف القضائية من خلال الإجراء السابق يحقق مبدأ آخر بالإضافة إلى المبدأين السابقين يتجسد في تحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين، وتطبيقا لذلك، فإن قلة تلك المصاريف لا تهدد مركز الدائنين المرتهنين التاليين في المرتبة، وكذا على الدائنين العاديين، فمادام الجميع دائنون لنفس المدين، فإن الأمر يقتضي أن يحصلوا كلهم من توزيع العقار على أنصبة من ديونهم في حدود ما تسمح به عمليات التوزيع³⁷⁹.

وارتباطا بمقتضيات متابعة إجراءات الحجز العقاري بعد إيقافها، فإنه ولئن كان للقاضي المنتدب هو من يقوم بتحديد الثمن الافتتاحي للمزايدة بمساعدة خبير إن اقتضى الحال للعقار المرهون في إطار التصفية القضائية فلا يمكن له القيام بهذه المهمة إذا سبق تحديد الثمن الأساسي لبيع العقار بالمزاد العلني في إطار قانون المسطرة المدنية إذا تم إيقاف إجراءات الحجز العقاري بعد الانتهاء من هذه المرحلة أي بعد تحديد الثمن الأساسي، وهذا يجد أساسه في مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 622 من م.ت والتي تقضي أن السنديك يحل محل الدائن الحاجز فيما يخص الإجراءات المتبقية، أضف إلى ذلك، أن إعادة تحديد الثمن الافتتاحي للعقار المرهون من جانب القاضي المنتدب يتطلب زيادة المصاريف القضائية المتمثلة في تحديد أتعاب الخبير، وقد يؤدي ذلك بالضرورة إلى طول إجراءات الحجز العقاري مع إمكانية تدهور مركز الدائنين المرتهنين التاليين في المرتبة وكذا الدائنين العاديين.

واستثناء من ذلك بإمكان القاضي المنتدب إعادة تحديد الثمن الأساسي بيع العقار في حالة ما إذا تبين أن قيمة العقار عند فتح مسطرة التصفية القضائية ارتفعت

³⁷⁹ - للمزيد من التفاصيل انظر:

- امحمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 289.

مقارنة مع قيمته قبل افتتاح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية خاصة أن إجراءات مساطر المعالجة تتسم بالتعدد كما تحتاج وقتا طويلا استنادا إلى مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، الأمر الذي يجعل العقار ترتفع قيمته مع مرور الزمن، وهذا الإجراء ما هو إلا تجسيد لإرادة المشرع المغربي الذي تتجه نيته إلى بيع العقار بأفضل الشروط وأعلى ثمن يؤمن مصالح الدائنين ويسهم في تصفية خصوم المقولة.

ولا مانع يحول دون تطبيق القاضي المنتدب مقتضيات الفصل 479 من ق.م.م والمتعلقة بزيادة السدس إذا انتهت السمسرة الأولى بإرساء المزداد العلني قبل افتتاح التسوية أو التصفية القضائية بفتح المسطرة قبل انتهاء أجل عشرة أيام التي تحتسب من تاريخ السمسرة، فمبدأ الإيقاف لا ينطبق على الإجراءات المسطرية فحسب، بل ينطبق حتى على الآجال المنصوص عليها في ق.م.م، ويستتبع ذلك، القول أن مبدأ إيقاف إجراءات الحجز يترتب عنه تعطيل سريان الأجل المنصوص عليه في الفصل المذكور أعلاه، وحينما يتم متابعة إجراءات الحجز يبدأ الأجل في سريانه مع احتساب المدة السابقة، ومن ثمة فإنه بإمكان القاضي المنتدب أن يقبل عرضا جديدا بشرط أن يكون مبلغه يساوي أو يفوق السدس من ثمن المزداد الأول ومصاريفه³⁸⁰.

وهكذا، فإن التتبع على متابعة إجراءات الحجز العقاري بدل إعادتها من جديد يسهم في تقوية مركز الدائنين الخاضعين لمسطرة التصفية القضائية، وذلك عن طريق تفادي كثرة المصاريف القضائية التي تدرج ضمن حقوق الامتياز العقارية وتحظى بحق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين، وهذا بدوره يؤدي إلى تعزيز مركز الدائنين المرتهين التاليين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين، بل الأكثر من ذلك تفادي تأخير استيفاء الدائنين لحقوقهم نظرا لطول الإجراءات وتعددتها لو تم إعادتها من جديد.

الفقرة الثانية: استرجاع الحق في إجراء المتابعات الفردية من طرف الدائنين المرتهين

إذا كان المشرع قد أعطى الحق للسنديك وحده الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم وخاصة في حالة إجراء المتابعات الفردية بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية، أو أن يحل محل الدائن الحاجز فيما يخص

³⁸⁰ - للمزيد من التفاصيل انظر:

- محمد سلام؛ مرجع سابق، ص: 86.

الإجراءات المتبقية إذا شرع فيها قبل افتتاح التسوية أو التصفية القضائية، فإنه كان واعيا بما قد يلحق الدائنين من ضرر بالغ في حال عدم الإسراع في إجراءات الحجز العقاري، وتجلى ذلك من خلال تحديد بعض الآجال التي يجب داخلها اتخاذ إجراءات بيع العقار، وإلا أمكن للدائنين المرتهنين وأصحاب الامتيازات العقارية استرجاع الحق في إجراء المتابعات الفردية.

ومعلوم أن هذا الإجراء أخذ به المشرع الفرنسي من خلال المادة 2-643 من مدونة التجارة، إذ يستفاد منها أنه يحق للدائنين الحاملين لامتياز خاص أو رهن حيازي أو رهن رسمي والديون الممتازة للخزينة العامة الذين صرحوا بديونهم حتى وإن لم تقبل بعد ممارسة حقوقهم فيما يخص المتابعات الفردية إذا لم يقم المصفي بتصفية الأموال المثقلة داخل أجل ثلاثة أشهر تحتسب من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتصفية القضائية³⁸¹.

وهذا التوجه هو الذي سلكته أيضا مدونة التجارة المغربية، إذ نصت المادة 628 منها على أنه "يمكن للدائنين المتوفرين على امتياز خاص أو على رهن حيازي أو رهن رسمي، وكذا الخزينة العامة بالنسبة لديونها الممتازة ممارسة حق في إجراء المتابعات الفردية إذ لم يقم السنديك بتصفية الأموال المثقلة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية شريطة أن يكون قد صرحوا بديونهم وإن لم تقبل بعد.

في حالة بيع عقارات المدين تطبق الفقرات 1 و3 و5 من المادة 622".

وبناء على ذلك، وخروجاً عن مبدأ إيقاف المتابعات الفردية المعمول في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاول، فإن الدائنين بإمكانهم استرجاع هذا الحق، غير أن هذا الإجراء لم يأت مطلقاً، بل يتوقف على شرطين أساسيين، فالأول يكمن في عدم بدء السنديك في تصفية العقارات المثقلة بامتياز أو رهن داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية، والثاني أن يكون هؤلاء الدائنون قد صرحوا على الأقل بديونهم إن لم تقبل بعد³⁸².

والذي يلاحظ أن هذا الإجراء يصب في خانة مصلحة الدائنين خاصة منهم الحاملين لامتياز خاص أو رهن حيازي أو رهن رسمي، ذلك أن المشرع وعيا بما قد يلحق هؤلاء الدائنين من خسارة محققة في حالة تباطؤ السنديك في القيام بمهامه، فإنه نص على متابعة إجراءات الحجز العقاري في أقرب الآجال الممكنة وذلك قصد

³⁸¹ - Corinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p: 778.

³⁸² - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 235.

التعجيل في اتخاذ هذه الإجراءات، ومن ثمة تفادي التأخير في استيفاء الدائنين لحقوقهم التي هي في ذمة المقاول³⁸³.

وهكذا قد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي³⁸⁴ "وأن المادة 628 من مدونة التجارة، وإن كانت تعطي للدائنين الامتيازات الحق في ممارسة إجراءات المتابعات الفردية إن لم يقيم السند بتصفية الأموال المثقلة داخل ثلاثة أشهر من تاريخ حكم فتح مسطرة التصفية القضائية، فإنه يتعين القول كذلك بأن هذه المادة وإن كانت أعطت الدائن الامتياز هذا الحق فإنها أقرته بشرط ضروري وهو التصريح بالدين".

وإذا كان المشرع المغربي قد أحال على مقتضيات الفقرات 1 و3 و5 من المادة 622 من م.ت وذلك فيما يخص طريقة بيع العقار المرهون وكذا الشروط الأساسية للبيع وغيرها من الإجراءات، فإنه أغفل إحالة المادة 628 من مدونة التجارة على الفقرة الثانية من المادة 622 من م.ت والمتعلقة بمتابعة إجراءات حجز العقار بعد إيقافها قبل افتتاح التسوية أو التصفية القضائية، مما يجعلنا نتساءل عن مدى إمكانية متابعة الدائنين إجراءات الحجز العقاري في حالة عدم قيام السند بذلك داخل الأجل القانوني؟

ونعتقد بأنه بالرغم من عدم صراحة المادة أعلاه فيما يخص ممارسة الحق في متابعة إجراءات التنفيذ بعد إيقافها قبل صدور الحكم الذي أدى إلى ذلك، فإنه ينبغي تفسير عبارة "إجراء المتابعات الفردية" تفسيراً واسعاً يشمل بالإضافة إلى البدء في إجراءات الحجز العقاري، حتى متابعة إجراءات الحجز العقاري بعد إيقافها بمقتضى الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات في إطار مسطرة الوقاية الخارجية، أو بموجب الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة إعمالاً لمقتضيات المادة 653 من م.ت، والسند في ذلك إرادة المشرع المغربي التي تتجه نحو الإسراع في اتخاذ إجراءات التنفيذ حماية للدائنين الحاملين لضمانات عقارية، وعليه فإن الدائن المرتهن أو الدائن الممتاز بإمكانه متابعة إجراءات الحجز العقاري انطلاقاً من المرحلة التي تم توقيفه فيها بفعل حكم فتح المسطرة التي أدت إلى وقفه إذا لم يقيم السند بتصفية الأموال المثقلة

³⁸³ - للمزيد من التفاصيل انظر:

- امحمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 271

³⁸⁴ - قرار عدد: 722، المؤرخ في 28/06/2006، ملف تجاري عدد: 2003/2/3/391، أشار إليه، عمر أزوكار:

مرجع سابق، ص: 320.

داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية شريطة أن يكونوا قد صرحوا بديونهم حتى وإن لم تقبل بعد.

ولئن كان المشرع المغربي نص صراحة على ممارسة الحق في المتابعات الفردية وذلك عن طريق مباشرة إجراءات التنفيذ من قبل الدائنين بصفتهم دائنين مرتتهنين أو ممتازين، فإن ما تضمنته المادة 628 المذكورة لا يُسعف في تمكين الدائنين بصفتهم دائنين عاديين كسائر الدائنين التنفيذ على جميع أموال المدين لما لهم من ضمان عام على مال مدينهم طبقا للفصل 1241 من ظ.ل.ع³⁸⁵، والسند في ذلك العبارات المستعملة من طرف المشرع حيث حدد الدائنين المخول لهم استرجاع المتابعات الفردية في الدائنين المتوفرين على امتياز خاص أو رهن حيازي أو رهن رسمي، وكذا الخزينة العامة بالنسبة لديونها الممتازة، كما استعمل عبارة "الأموال المثقلة" والمقصود بها العقارات أو المنقولات المثقلة بامتياز خاص أو برهن أو برهن رسمي، ومن ثمة فإن هؤلاء الدائنين يمنع عليهم التنفيذ على أموال المدين لما لهم من ضمان عام في حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من ثمن العقار الضامن لديونهم.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه ولئن كان للخزينة العامة استرجاع الحق في إجراء المتابعات الفردية عن طريق التنفيذ على عقارات المدين في حالة وجود رهن رسمي لفائدتها وذلك طبق منطوق المادة 113 من مدونة تحصيل الديون العمومية التي تمتعت الخزينة العامة من أجل تحصيل الضرائب والرسوم وديون المحاسبين العموميين برهن رسمي على جميع الأملاك العقارية، فإنه على خلاف ذلك، لا يحق استرجاع الحق في إجراء المتابعات الفردية بالنسبة لديونها الممتازة الواردة على العقارات والسند في ذلك أن مدونة الحقوق العينية والتي اعتبرت حقوق الخزينة العامة تندرج ضمن حقوق الامتياز العقارية تعد بمثابة نص عام، ومن ثمة فقد أحالت المادة 144 منها على القوانين الخاصة منها مدونة تحصيل الديون العمومية، غير أنه بتفحص مقتضياتها يظهر أن امتياز الخزينة العامة لا يمتد إلى العقار، بل يرد فقط على المنقول³⁸⁶، وفي حالة عدم كفاية الأموال المتحصلة من ثمن المنقول يعتبر مجرد دائن عادي، يجري عليها ما يجري على الدائنين العاديين.

³⁸⁵ - كما وضعنا سلفا، بأن الدائن المرتهن يتقدم بالتنفيذ بحقه بصفتين باعتباره دائنا عاديا كسائر الدائنين طبقا للفصل 1241 من ظ.ل.ع الذي يقضي بأن أموال المدين ضمان عام لدائنيه. وثانيا باعتباره دائنا مرتتهنا في حالة وجود رهن رسمي أو حيازي طبقا لمقتضيات مدونة الحقوق العينية.

³⁸⁶ - وتطبيقا لذلك قد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " لكن، إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي تبين لها من أوراق الملف أن المبالغ المتحصلة ناتجة عن بنايات كانت منشأة على قطعة أرضية مملوكة لشركة ليلاك، وأن تلك البنائيات تعتبر عقارات، وخلصت إلى أنه لا يوجد بمقتضيات قانون تحصيل الديون العمومية ما يفيد أن ديون الخزينة العامة تتمتع بالامتياز على منتج بيع العقار وأن المادة 56 منها إنما تنظم إجراءات ===

وبالرغم ما تنطوي عليه مقتضيات المادة 628 من م.ت من حماية لفائدة الدائنين المتوفرين على امتياز خاص أو رهن حيازي أو رهن رسمي، فإن هذه الحماية لا تطال باقي الدائنين، بحيث أن المشرع المغربي ميز بدون مبرر مقبول بين الدائنين المرتهنيين والممتازين من جهة، والدائنين العاديين من جهة أخرى، بحيث أعطى الحق للدائنين الحاملين ل ضمانات إمكانية مباشرة إجراءات التنفيذ على العقارات إذ لم يتم السنديك بتصفية تلك الأموال المثقلة داخل الأجل القانوني، في حين استثنى الدائنين العاديين من هذا الإجراء، خاصة وأن هؤلاء الدائنين لهم الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على عقارات المدين إذا سبق لهم مباشرة إجراءات الحجز التحفظي باعتبار عقارات المدين ضمان عام لدائنيه، وهذا من شأنه أن يهدم مبدأ المساواة الذي يتطلب اتخاذ إجراءات التنفيذ من قبل جميع الدائنين المخول لهم ذلك قانونا إذا لم يتم السنديك بهذا الإجراء لتفادي التأخير في استيفاء حقوقهم.

وتجب الإشارة في الأخير إلى أن استرجاع المتابعات الفردية لا يخول للدائنين المرتهنيين استيفاء دينهم بالأولوية³⁸⁷، بل يتم أداء مستحقات الدائنين المستفيدين من الضمانات حسب ترتيبهم المحدد قانونا.

===التنفيذ على المدين وذلك بالحجز على منقولاته، أولا قبل اللجوء إلى وسيلة أخرى ، يكون قرارها معللا ومركزا على أسس قانوني وما ورد بالوسيلتين على غير أسس، وما أدلى به لأول مرة أمام المجلس الأعلى غير مقبول".

- قرار عدد: 694، المؤرخ في 06/20 | 2007 ، ملف تجاري عدد: 267 | 3 | 1 | 2004، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com، تاريخ المراجعة 23 | 12 | 2017.

- ولقد جاء أيضا في قرار آخر صادر عن محكمة النقض ما يلي " لكن فمن جهة إن محكمة الاستئناف راعت حق الأسبقية الذي تمسك به الطاعن بناء على دفتر التحملات ، وما عللت به قرارها بأن المطلوب دائن مرتتهن يستوفي دينه بالأسبقية على الخزينة، وبالتالي قبل الطاعن عملا بالفصل 107 من مدونة تحصيل الضرائب والديون العمومية وهو تعليل صحيح يبرر ما قضت به ..."

- قرار عدد: 230، المؤرخ في 01/07 | 2007 ، ملف تجاري عدد: 3000 | 1 | 2 | 2005، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com، تاريخ المراجعة 23 | 12 | 2017.

³⁸⁷ - **larbi faris** : La situation des créanciers dans le nouveau droit des procédures collectives, mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures approfondies droit des affaires ,université hassan 2 ain chock ,faculté des sciences juridiques et économiques et sociales ,casablanca, année académiques 2003 -2004 p :69.

المبحث الثاني حدود تأثير حق الأفضلية المقرر للدائنين عند النطق بالتصفية القضائية المباشرة

خلافا لمسطرة التصفية القضائية غير المباشرة والتي تكون مسبقة بمسطرة التسوية القضائية عند تحويل مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت إلى تصفية قضائية، فإن التصفية القضائية المباشرة يتم النطق بها مباشرة دون أن تكون مسبقة بفترة الملاحظة أو تبني مخطط الاستمرارية أو التفويت، وقد نص المشرع المغربي عن ذلك من خلال المادتين 619 و568 من مدونة التجارة، حيث يستفاد من ذلك أنه تفتتح مسطرة التصفية القضائية إذا تبين أن وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه.

ففي ظل مسطرة التصفية القضائية المباشرة، وبما أنها لا تكون مسبقة بفترة الملاحظة التي تتطلب الموارد المالية اللازمة لاستمرار نشاط المقاوله، ولا يترتب عن ذلك وجود دائنين يستفيدون من حق الامتياز المخول لهم بموجب المادة 575 من م.ت، فإن الدائنين الحاملين ل ضمانات عقارية لا يتأثر مركزهم ويخضعون للقواعد العامة فيما يخص استيفاء حقوقهم، ويستتبع ذلك القول، أن الدائنين المرتهنين أو الممتازين لا يتصور وقوعهم في حالة تراحم مع الدائنين المستفيدين من حق الامتياز المقرر لهم وفق المادة أعلاه³⁸⁸.

واستثناء لما ورد أعلاه، فإنه بإمكان تدهور وضعية الدائنين المرتهنين أو الممتازين بفعل تراحم الدائنين اللاحقين ل صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية المباشرة عند تطبيق مقتضيات المادة 620 من مدونة التجارة والتي تحيل على مقتضيات المادة من 575 م.ت، و تتعلق خاصة باستمرار نشاط المقاوله إذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين ذلك حصولها على الموارد المالية التي قد تساعد على متابعة نشاطها في الفترة الحرجة، مما دفع المشرع إلى تحويل حق الامتياز في استيفاء ديونهم ولو على حساب الدائنين الحاملين ل ضمانات عقارية السابقين على صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

وبالرغم من ذلك، فإن المشرع المغربي حاول تقوية مركز الدائنين المرتهنين أو الممتازين وذلك من خلال تعزيز وضعية الدائن المرتهن رهنا حيازيا (المطلب الأول)، وكذا احتفاظ الدائنين المرتهنين رهنا رسميا والدائنين الممتازين بحق الأفضلية وفق القواعد العامة (المطلب الثاني).

³⁸⁸ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص : 123.

المطلب الأول

تعزير وضعية الدائن المرتهن رهنا حيازيا عند النطق بالتصفية القضائية

كما رأينا سابقا، وطبقا للقواعد العامة خاصة المنصوص عليها في ظل.ع ومدونة الحقوق العينية فإن الدائن المرتهن رهنا حيازيا خول له المشرع حق حبس الملك المرهون وبيعه بالمزاد العلني قصد استيفاء دينه من ثمن الملك المرهون بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين. لكن سرعان ما يتعلق الأمر بمساطر صعوبات المقاول، ولما كان هاجسها تحقيق مصلحة المقاول وليس فقط حماية حقوق الدائنين، فإن المشرع المغربي قد أفرد مجموعة من القواعد التي من شأنها أن تؤثر بصورة سلبية على حقوق الدائنين السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة سواء كانوا عادييين أو متوفرين على امتياز عقاري أو رهن رسمي أو رهن، ومن ذلك إيقاف أو منع المتابعات الفردية ومنع أداء الديون السابقة لصدور الحكم³⁸⁹ ...

ولئن كان المشرع المغربي قد أقر المقتضيات السابقة قصد تحقيق مصلحة المقاول ومساعدتها في الفترة الحرجة، فإنه ليس هناك أي مقتضى قانوني يحول دون ممارسة حق الحبس المخول للدائن المرتهن رهنا حيازيا، بل على العكس من ذلك، فإنه جاء ببعض المقتضيات ترمي بالأساس إلى تعزير وضعية هذا الدائن من خلال ممارسته لحق الحبس، ويتجلى ذلك في فك الأموال المرهونة من طرف المدين لفائدة الدائن المرتهن مقابل أداء الديون، وكذا المطالبة بالتسليم القضائي للمال المرهون على سبيل الأداء.

و في ضوء ذلك، فإن تعزير وضعية الدائن المرتهن عند النطق بالتصفية القضائية يظهر من خلال فك الأموال المرهونة مقابل أداء مستحقات الدائن (الفقرة الأولى)، وإلا أمكن المطالبة قضائيا بتمليك العقار على سبيل الأداء (الفقرة الثانية).

³⁸⁹ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 45.

الفقرة الأولى: تمتيع الدائن المرتهن حيازيا بحق الأولوية عند فك الأموال

المرهونة

إذا كان حق الحبس يخول للدائن المرتهن رهنا حيازيا حبس الشيء إلى حين استثناء حقوقه بالأفضلية على باقي الدائنين الآخرين، فإن فك الأموال المرهونة من طرف المدين يتطلب بالضرورة أداء الديون لفائدة الدائن، وإلا بقي الشيء محبوسا في حالة عدم الوفاء بذلك الدين.

لهذا، فإن المشرع الفرنسي لم يتردد في التتبع على فك الأموال المرهونة مقابل أداء الدين من خلال المادة 3-641 من مدونة التجارة والتي أعطى الحق للمصفي أو للمتصرف المأذون له من طرف القاضي المنتدب فك الأموال المرهونة أو الأشياء المحبوسة لكن شريطة أداء الدين لفائدة الدائن المرتهن أو الحابس، ويجب أداء الدين قبل فك الأموال، وهذه المقتضيات واجبة التطبيق على جميع الدائنين المتمتعين بحق الحبس³⁹⁰.

وفي حالة عدم فك الأموال المرهون أو الأشياء المحبوسة، فإن المادة 642-20 من مدونة التجارة الفرنسية أعطت للمصفي صلاحية تحقيق الرهن بعد حصوله على الإذن من القاضي المنتدب، ويشعر المصفي بذلك الدائن قبل خمسة عشر يوما عن تاريخ عملية البيع³⁹¹.

والمشرع المغربي لم يخرج بدوره عن التوجه الذي تبناه المشرع الفرنسي حيث نصت المادة 626 من م.ت في فقراتها الأولى والثانية والثالثة على أنه "يمكن للسنديك المأذون له من طرف القاضي المنتدب، عند أدائه للدين، فك الأموال المرهونة من طرف المدين أو الأشياء المحبوسة.

في حالة تعذر هذه الإمكانيات، يتعين على السنديك خلال أجل ستة أشهر من تاريخ الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية القيام بتحقيق الرهن.

يخبر السنديك الدائن المرتهن بالإذن المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه داخل أجل 15 يوما قبل تحقيق الرهن".

واضح من خلال المادة أعلاه، أن المشرع المغربي - إسوة بالمشرع الفرنسي - أحدث مسطرة فك الأموال المرهونة والأشياء المحبوسة قصد تجاوز العوائق التي قد

³⁹⁰-Carinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p :780.

³⁹¹- Carinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p: 780.

تؤثر على مسطرة التصفية القضائية من جانب الدائن المرتهن أو الدائن الحابس، فقد يتمكن السنديك من إجراء هذه المسطرة بأداء الدين لفائدة الدائن المرتهن، وقد يتعذر عليه ذلك، ولا يبقى له في هذه الحالة الأخيرة إلا القيام ببيع الملك المرهون داخل أجل ستة أشهر من تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية³⁹².

ولئن كان الدائن المرتهن رهنا حيازيا يخضع للقواعد العامة فيما يخص استيفاء دينه خاصة عند النطق بالتصفية القضائية مباشرة، فإنه يطرح التساؤل بخصوص مدى احتفاظ الدائن بحق الأولوية عند تطبيق مقتضيات المادة 620 من م.ت.و المتعلقة باستمرار نشاط المقاوله تحقيقا للمصلحة العامة أو مصلحة الدائنين، وما يترتب عن ذلك من وجود دائنين يستفيدون من حق الامتياز المخول لهم ضمن المادة 575 من م.ت.و؟

بخصوص هذا الإشكال يرى بعض الفقه المغربي³⁹³ في معرض حديثه عن ترتيب الدائنين على أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا يستوفي دينه بعد أداء حقوق الدائنين الذين نشأت ديونهم بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التصفية القضائية إعمالا لمقتضيات المادتين 575 و 620 من مدونة التجارة، ولقد استند في ذلك على أن سداد ديون هؤلاء الدائنين تتم بالأسبقية على باقي الدائنين الآخرين سواء كانت مقرونة أو لا بامتيازات أو ضمانات، لأنها تساعد على إنقاذ المقاوله المتعثرة في الفترة الحرجة.

وعلى خلاف ذلك، يرى بعض الفقه الفرنسي³⁹⁴ بأن الدائن المرتهن يقدم في استيفاء دينه على باقي الدائنين بما فيهم أصحاب امتياز الامتيازات، غير أن هذه الأسبقية المخولة للدائن في الرهن الحيازي تتطلب بيع الأموال المرهونة من قبل المصفي، وعلى خلاف ذلك، فإنه عندما يبادر الدائن المرتهن إلى بيع الأموال المرهونة من تلقاء نفسه يفقد حق الأسبقية المخولة له خاصة بعد صدور قانون 10 يونيو 1994 ويستوفي دينه في هذه الحالة بعد أداء مستحقات الدائنين اللاحقين المستفيدين من حق الامتياز.

وتأييدا لهذا الرأي، يرى البعض³⁹⁵ بأنه بالرغم من اتساع دائرة المستفيدين من حق الأولوية المنصوص عليه في إطار المادة 575 من م.ت، فإن هذا الحق قد يتأثر بفعل

³⁹² - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 106.

³⁹³ - أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص: 121.

³⁹⁴ - Corinne Saint - Alary - Houin: op.cit., p: 781.

³⁹⁵ - عبد الحق بوكبيش: مرجع سابق، ص: 69 وما يليها.

بعض النصوص في إطار مساطر المعالجة، ومن ذلك مقتضيات المادة 626 من م.ت والتي أعطت الحق للسنديك لفك الأموال المرهونة مقابل الوفاء بالدين الناشئ قبل حكم فتح المسطرة، غير أنه إذا تعذر عليه ذلك وقام ببيع المال المرهون يمارس على الثمن نفس الحقوق التي يمارسها على المال المحبوس.

وفي ضوء ذلك، فإن نظرية الحلول العيني التي تظهر من خلال نقل حق الحبس إلى ثمن البيع يترتب عنها تخويل الدائن المرتهن حق الأفضلية على باقي الدائنين الآخرين بما في ذلك الناشئة ديونهم بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية³⁹⁶.

ويمكن القول تصدياً للإشكال السابق، أن الدائن المرتهن رهنا حيازياً له حق الأولوية ولو على حساب الدائنين المستفيدين من حق الامتياز المخول لهم وفق المادتين 620 و575 من مدونة التجارة، وما يبرر ذلك أن المشرع اشترط في اتخاذ الإجراء المتعلق بفك الأموال المرهونة أداء الدين لفائدة الدائن من خلال الفقرة الأولى من المادة 626 من م.ت، وإلا أمكن له ممارسة حق الحبس على المال المرهون إلى حين الوفاء بالدين، ومن ثمة فأداء الدين قبل فك الأموال المرهونة يؤشر على استفادة الدائن من حق الأولوية على حساب باقي الدائنين.

حقاً، إن المشرع قد خول لأصحاب الديون الناشئة بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية عند تطبيق مقتضيات المادة 620 من مدونة التجارة حق الأولوية ولو على حساب الدائنين المرتهين بما فيهم أصحاب الرهون الحيازية، لكن لا ننسى بأنه ليس هناك أي مقتضى قانوني في إطار مساطر صعوبات المقابلة يحد من ممارسة حق الحبس الذي يتمتع به الدائن المرتهن، بل على العكس من ذلك، أن المشرع قد نص على نقل حق الحبس بحكم القانون إلى ثمن البيع، ومن ثمة فإن الدائن المستفيد من هذا الحق يستوفي دينه بالأولوية.

الفقرة الثانية: المطالبة بالتسليم القضائي للرهن

يندرج ضمن تعزيز وضعية الدائن المرتهن رهنا حيازياً إمكانية مطالبة هذا الأخير بالتسليم القضائي للرهن قصد تفادي التزام مع باقي الدائنين الذين يتمتعون بحق الأفضلية في استيفاء دينهم عند النطق بالتصفية القضائية.

³⁹⁶ - انظر بهذا الخصوص:

- محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 140.

لهذا، فإن المشرع الفرنسي كان سابقا في تبني هذا التوجه من خلال المادة 01-20-442 من مدونة التجارة والتي يُستفاد منها أنه بإمكان الدائن المرتهن رهنا حيازيا بالرغم من عدم قبول دينه لكن بشرط أن يصرح بدينه أن يطلب من القاضي المنتدب التسليم القضائي للرهن قبل تحقيقه³⁹⁷.

والمشرع المغربي بدوره سار على نفس النهج الذي اعتمده المشرع الفرنسي، فقد نص صراحة من خلال الفقرة الرابعة من المادة 626 من مدونة التجارة والتي جاء فيها "يمكن للدائن المرتهن بالرغم من عدم قبول دينه أن يطلب قبل تحقيق الرهن التسليم القضائي للرهن".

والذي يلاحظ من خلال المادة أعلاه، أن هذا الامتياز الذي يتمتع به الدائن المرتهن من شأنه أن يسهم في تقوية مركزه عند مطالبته بالتسليم القضائي للرهن وذلك لتفادي التزاحم مع باقي الدائنين الذين يتمتعون بحق الأولوية عند استيفاء ديونهم³⁹⁸ وفق المادتين 620 و575 من مدونة التجارة.

غير أن المطالبة بالتملك القضائي للشيء المرهون طرح إشكالية ما إذا كان يشمل جميع الرهون التي تنتقل فيها الحيازة المادية والتي لا تنتقل فيها الحيازة، أم أنه يقتصر فقط على الرهون التي تنتقل فيها الحيازة دون غيرها؟

لقد انقسم الفقه إلى اتجاهين بخصوص هذا الإشكال:

يرى الاتجاه الأول أن المطالبة بالتسليم القضائي للشيء المرهون يقتصر فقط على الرهون التي تخول للدائن حق الحبس لسبب بسيط أنه لا يمكن تبرير المطالبة بالتسليم القضائي إلا على الأشياء المرهونة التي سبق حيازتها، إضافة إلى أن مقتضيات المادة 1-20-642 من مدونة التجارة تفترض وجود ترابط بين حق الحبس وحق المطالبة بالتسليم القضائي للشيء المرهون³⁹⁹، وهذا ما يفسر أن التسليم القضائي يجد تطبيقه في الرهون التي تخول للدائن حق الحبس بسبب انتقال عنصر الحيازة إليه دون باقي الرهون الأخرى⁴⁰⁰.

³⁹⁷ - Corinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p: 781.

³⁹⁸ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مس، ص: 107.

³⁹⁹ - Corinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p: 781 et 782.

⁴⁰⁰ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 107.

في حين يرى الاتجاه الثاني بأن المشرع لم يفرق بين الدائنين المرتهنين رهن حيازة أو دون حيازة بالنظر لعمومية النص في التشريعين المغربي والفرنسي⁴⁰¹ وهذا ما يفسر أن التسليم القضائي يشمل الرهن الحيازي المقترن بحق الحبس وغير المقترن بحق الحبس.

والملاحظ أن الجدل الفقهي في فرنسا كان له أثرا على الاجتهاد القضائي الفرنسي خاصة مجال تطبيق مبدأ التسليم القضائي للشيء المرهون، وهكذا فإنه إذا كانت المحكمة التجارية لنول قد خولت للدائن المرتهن المستفيد من رهن أدوات ومعدات التجهيز (التي لا تنتقل فيها الحيازة) الحق في المطالبة بالتملك القضائي، فإن بعض محاكم الموضوع قد قضت برفض التسليم القضائي للشيء المرهون وذلك بعلّة أن هذا الحق يجد مجال تطبيقه على التأمينات المضمونة بحق الحبس⁴⁰².

غير أن هذا التضارب على مستوى محاكم الموضوع أدى إلى تدخل محكمة النقض من خلال عدة قرارات مبدئية، ومن ذلك قرار 6 مارس 1990 الذي وضع حداً لهذا الجدل والذي قضى بأحقية الدائن المرتهن في المطالبة بالتسليم القضائي للشيء المرهون سواء كان مقرونا بحق الحبس أم لا⁴⁰³.

وتبعاً لذلك، فإنه عند النطق بالتصفية القضائية يحق لجميع الدائنين المرتهنين المطالبة بالتسليم القضائي للشيء المرهون⁴⁰⁴ بالرغم من عدم قبول دينهم بشرط أن يتم ذلك قبل تحقيق الرهن.

فالمطالبة قضائياً بتمليك المال أو الشيء المرهون مقابل استيفاء الدين يؤدي بالضرورة إلى تفادي التزام مع باقي دائني المقاوله سواء كانوا سابقين أو لاحقين للحكم القاضي بفتح التصفية القضائية، وهذا ما يفسر استيفاء الدائن المرتهن رهنا حيازياً لدينه بالأفضلية على حساب باقي الدائنين، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها السابق⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 107.

⁴⁰² - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 137.

⁴⁰³ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 138.

⁴⁰⁴ Corinne Saint – Alary – Houin: op.cit., p: 782.

⁴⁰⁵ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 138.

في ضوء ذلك، ولما كان الدائن المرتهن رهنا حيازيا على عقار يتمتع بحق الحبس وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق استرداده من أي يد انتقل إليها، فإنه قياسا على ذلك بإمكانه المطالبة بالتسليم القضائي عند النطق بالتصفية القضائية بالرغم من عدم قبول دينه شريطة التصريح به لدى السنديك تفاديا لتزاحم الدائنين سواء كانوا لاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة أو سابقين له، وهذا من شأنه أن يسهم في تعزيز وضعية هذا الدائن في إطار التصفية القضائية.

و بقي لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية تأثر الدائن المرتهن الذي طالب بالتسليم القضائي للشيء المرهون بحق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة؟

تصديا لهذا الإشكال، يرى جانب من الفقه المغربي⁴⁰⁶ على أنه ولئن كانت مسطرة التسليم القضائي للشيء المرهون تساعد الدائن المرتهن على التغلب على الدائنين الآخرين سواء كانوا دائنين مرتهنين أو أصحاب الامتيازات، فإنه يتم سداد الديون الناشئة بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة بالأسبقية على الدائنين السابقين له بما فيهم الدائن المرتهن المستفيد من التسليم القضائي للشيء المرهون اعتمادا على مقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة.

وعلى خلاف الاتجاه السابق، يرى الفقيه ديابيك⁴⁰⁷ بأنه يجب الاعتراف للدائن المتمتع بحق الحبس والدائن المرتهن رهنا حيازيا بحق الأفضلية حتى على حساب الدائنين المستفيدين من حق الامتياز المخول لهم وفق المادة 575 من م.ت والمادة 40 من القانون الفرنسي، وهذا التوجه تبنته محكمة النقض الفرنسية من خلال قرارها الصادر في 6 مارس 1990⁴⁰⁸، بحيث أن سداد ديون الدائن المرتهن المستفيد من مسطرة التسليم القضائي للشيء المرهون يؤدي بالضرورة إلى تفادي التزاحم مع باقي الدائنين سواء كانوا لاحقين أو سابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، وهذا يؤشر على أفضلية هذا الدائن على حساب هؤلاء الدائنين.

ولقد سبق أن أكدنا الرأي ذاته في العديد من الإشكالات المتعلقة بوضعية الدائن المرتهن رهنا حيازيا، وخلصنا بأنه مادام لا يوجد أي مقتضى قانوني يحول دون ممارسة حق الحبس المخول للدائن المرتهن فإنه يستوفي دينه بالأولوية حتى في حالة سلوكه لمسطرة التسليم القضائي للرهن.

⁴⁰⁶ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 108.

⁴⁰⁷ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 107.

⁴⁰⁸ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 138.

ممارسة حق الحبس المخول للدائن المرتهن فإنه يستوفي دينه بالأولوية حتى في حالة سلوكه لمسطرة التسليم القضائي للرهن.

المطلب الثاني

امتياز أصحاب الامتيازات العقارية والرهن الرسمية في حالة التصفية القضائية المباشرة

إذا كانت وضعية أصحاب الامتيازات العقارية والرهن الرسمية ستتأثر بمقتضى الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين على حكم فتح المسطرة في حالة النطق بالتصفية القضائية غير المباشرة، فإن الأمر لا يشير أي إشكال في حالة النطق مباشرة بالتصفية القضائية - أي دون سلوك مسطرة التسوية القضائية - بحيث لا يمكن تصور الدائنين اللاحقين الذين قد يحظون بحق الأسبقية أو الأفضلية.

لكن يلاحظ أنه حتى في حالة النطق مباشرة بمسطرة التصفية القضائية يمكن تصور وجود الدائنين اللاحقين لصدور الحكم القضائي بفتح هذه المسطرة، خاصة عند تطبيق مقتضيات المادة 620 من مدونة التجارة والمتعلقة باستمرار نشاط المقاول بعد الحكم بالتصفية القضائية إذا تبين للمحكمة أن المصلحة العامة تقتضي ذلك أو مصلحة الدائنين، فهذا الإجراء يتطلب بالضرورة الحصول على الموارد المالية اللازمة لتمويل المقاول في الفترة الصعبة، ولا يتأتى ذلك إلا بالاعتراف للممولين الدائنين بحق الامتياز إذا نشأ الدين بصفة قانونية بعد صدور الحكم القاضي بفتح هذه المسطرة، وهذا يؤدي بالضرورة إلى تأثر مركز أصحاب الامتيازات العقارية والرهن الرسمية.

وعموماً، فإن الضمانات العينية العقارية تحتفظ بفعاليتها كضمانة للدين⁴⁰⁹ عند اللجوء مباشرة إلى مسطرة التصفية القضائية حيث يتم سداد ديون المصاريف القضائية بالأولوية (الفقرة الأولى) ثم بعد ذلك يتم سداد ديون أصحاب الرهن الرسمية (الفقرة الثانية).

⁴⁰⁹ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 123.

الفقرة الأولى: تمتيع ديون المصاريف القضائية بحق الأولوية

يجب التذكير في البداية أن ديون الخزينة العامة لا تتدرج ضمن حقوق الامتياز العقارية بدليل أنه لا يوجد في مدونة تحصيل الديون العمومية ما يفيد أن هذه الديون تتمتع بامتياز عقاري، بل يبقى ذلك مقتصرًا على الأشياء المنقولة⁴¹⁰ هو الأمر الذي دفعنا إلى دراسة وضعية ديون المصاريف القضائية دون حقوق الخزينة العامة.

وكما هو معلوم أن مباشرة إجراءات التنفيذ لبيع العقار المثقل بامتياز أو رهن أو رهن رسمي يتطلب بالضرورة إنفاق مجموعة من المبالغ وذلك قصد بيع العقار وتوزيع ثمنه على الدائنين حسب رتبته، غير أنه ينبغي التمييز بين المصاريف القضائية⁴¹¹ الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة كما هو الأمر بالنسبة للمصاريف القضائية التي يتم إنفاقها قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة ويتم إيقاف إجراءات حجز العقار بعد الشروع فيها بفعل حكم فتح المسطرة وبين المصاريف القضائية الناشئة بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية.

ففي الحالة الأولى تتأثر وضعية المصاريف القضائية بحق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة طبقا للمادة 575 من م.ت بحيث يتم سداد هذه الديون بالأسبقية على كل الديون الأخرى بما فيها المصاريف القضائية على أسس أن الديون اللاحقة تساعد المقاول في توفير الموارد اللازمة لاستمراريتها خلال الفترة الحرجة.

أما في الحالة الثانية فإنه لا يتصور تراحم المصاريف القضائية مع الدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، لأنه يتم النطق مباشرة بالتصفية القضائية دون سلوك مسطرة التسوية القضائية، مما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية احتفاظ المصاريف القضائية بمركزها وفق القواعد العامة المنصوص عليها

⁴¹⁰ - انظر:

- القرار عدد: 694 المؤرخ في 06/20 | 2007، ملف تجاري عدد: 267 | 3 | 1 | 2004، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com، تاريخ المراجعة 23 | 12 | 2017، تمت الإشارة إليه.

⁴¹¹ - الواقع أن المشرع الفرنسي صنف المصاريف القضائية في القانون المدني ضمن حقوق الامتياز العامة على خلاف المشرع المغربي الذي صنفها ضمن حقوق الامتياز العقارية الخاصة.

للمزيد من المعلومات انظر:

Marcel Planiol et Georges Ribert : Droit civil français, suretés réelles, Tome XII, 2^{eme} édition, L.G.D.J , année 1953, page 359 et s.

في مدونة الحقوق العينية خاصة المادة 142 منها التي تخول لحقوق الامتياز العقارية حق الأولوية عن باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين؟.

في حقيقة الأمر ما كان هذا الإشكال يطرح لولا التداخل الحاصل بين قواعد القانون العادي خاصة مدونة الحقوق العينية وقواعد مساطر معالجة الصعوبات، يجب الاعتراف في هذا الصدد بأن حق الامتياز المقرر لفائدة ديون المصاريف القضائية سيتأثر من حق الحبس المخول لفائدة الدائن المرتهن رهنا حيازيا وذلك بالاعتماد على مقتضيات المادة 155 من مدونة الحقوق العينية والتي تمتعت هذا الدائن بحق حبس الملك المرهون وحق بيعه بالمزاد العلني وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين بما في ذلك المصاريف القضائية، بل الأكثر من ذلك، إن مقتضيات المادة 626 في فقرتها الأولى تؤكد أولوية الدائن في استيفاء دينه ولو على حساب باقي الدائنين خاصة عند فك الأموال المرهونة.

وعلى خلاف ما سبق، فإن حق الأولوية المقرر لفائدة ديون المصاريف القضائية الناشئة بعد صدور حكم فتح المسطرة لا يتأثر بحق الامتياز المقرر لفائدة الأجراء ضمانا لأداء الأجر⁴¹²، صحيح أن المشرع المغربي لم يضع ترتيبا للدائنين المستفيدين من حق الامتياز وفق المادة 575 من مدونة التجارة⁴¹³، غير أن ذلك لا يمنعنا من الرجوع إلى القواعد العامة وذلك قصد ترتيب هؤلاء الدائنين، فبالرجوع إلى مقتضيات المادة 382 من مدونة الشغل⁴¹⁴ نجد أنها قررت لفائدة الأجراء امتياز الرتبة الأولى قصد استيفاء ما لهم من أجور وتعويضات على جميع منقولات المشغل خلافا لمقتضيات الفصل 1248 من الظهير الشريف المكون لقانون الالتزامات والعقود الذي وضع أجور الأجراء في الرتبة الرابعة في إطار الديون الممتازة على كل المنقولات، وهذا ما يؤشر أن للأجراء حق الامتياز العام على المنقولات دون العقارات، على خلاف ديون

⁴¹² - للمزيد من التفاصيل انظر:

- حكيمة أنفة: الحماية القانونية للأجراء في ظل نظام صعوبات المقاوله - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - وجدة - السنة الجامعية 2007.

⁴¹³ - مع الإشارة إلى أن المشروع القاضي بتغيير وتتميم الكتاب الخامس من مدونة التجارة قد أعاد صياغة المادة 575 من م.ت وحيث جاء فيها "تؤدي هذه الديون عند تزامنها وفقا للقواعد المقررة في القسم الثاني عشر من الكتاب الثاني من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود والقانون بمثابة تحصيل الديون العمومية والمادة 365 من هذا القانون وباقي المقتضيات الخاصة الأخرى".

⁴¹⁴ - تنص المادة 382 من مدونة الشغل على أنه "يستفيد الأجراء، خلافا لمقتضيات الفصل 1248 من الظهير الشريف المكون لقانون الالتزامات والعقود، من امتياز الرتبة الأولى المقرر في الفصل المذكور، قصد استيفاء ما لهم من أجور وتعويضات في ذمة المشغل من جميع منقولاته".

المصاريف القضائية التي تصنف ضمن حقوق الامتياز العقارية، وهذا ما يبرر سداد ديون المصاريف القضائية بالأولوية قبل أداء ديون الأجراء.

والذي يظهر من خلال تفحص بعض قرارات محكمة النقض أنه في حالة المنازعة بين الدائنين اللاحقين لصدور الحكم وكانت الأموال المتحصلة من العقار غير كافية لسداد ديونهم، فإنهم يخضعون لمسطرة التوزيع وفق مراتب امتياز دينهم التي يحددها القانون، وهكذا في قرار صادر عن محكمة النقض⁴¹⁵ جاء فيه أنه "لئن كان القانون ينص على أنه يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، إلا أن هذا المقتضى يطبق في حال المنازعة بين أصحاب الديون الناشئة بعد فتح المسطرة وكانت الأموال الناتجة عن عمليات بيع الأصول لا تكفيهم جميعاً فإنهم يخضعون لمسطرة التوزيع وفق مراتب امتياز دينهم التي يحددها القانون".

وقياساً على هذا القرار أنه عند المنازعة بين ديون المصاريف القضائية وديون الأجراء الناشئة بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة وكانت الأموال ناتجة عن عمليات بيع عقار غير كافية لسداد الديون، فإن الديون الأولى تؤدي بالأسبقية على حساب ديون الأجراء، لكون مدونة الحقوق العينية منحت لديون المصاريف القضائية امتيازاً عقارياً، على خلاف مدونة الشغل التي منحت لديون الأجراء امتيازاً عاماً على جميع منقولات المشغل.

وعلى خلاف الموقف السابق، فإن المشرع الفرنسي تفادياً للمنازعة بين الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح المسطرة وضع ترتيباً لهؤلاء الدائنين بحيث يستفيد الأجراء من امتياز الرتبة الأولى بالنسبة للديون التي نشأت بعد صدور حكم فتح المسطرة والتي لم يتم تغطيتها عبر جمعية إدارة تأمينات الأجراء⁴¹⁶، ثم تأتي ديون المصاريف القضائية في المرتبة الثانية، خاصة منها مصاريف إشهار القرارات وأنعاب وكلاء القضاء المحددة وفق القانون، لأنها بمثابة نفقات ضرورية يجب سدادها بالأسبقية على حساب باقي الدائنين اللاحقين لصدور حكم فتح المسطرة⁴¹⁷، وعليه فإنه وفق هذا التوجه تتأثر ديون المصاريف القضائية بفعل حق امتياز الرتبة الأولى

⁴¹⁵ - قرار عدد: 118، المؤرخ في 2010/01/21، ملف تجاري عدد 2009/3/3/865، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، الجزء 5، السنة 2010، 161.

⁴¹⁶ - عمار تيزاوي: إشكالية وضعية الديون العمالية في إطار نظام صعوبات المقاول، مقال منشور بمؤلف صعوبات المقاول وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، مرجع سابق، ص: 547.

⁴¹⁷ - Marie-Laure Coquelet: Entreprise en difficulté, instruments de paiement et de crédit, op.cit., p: 192.

المقرر لفائدة الأجراء، خاصة إذا كانت هذه الديون الأخيرة من شأنها أن تؤدي إلى استنزاف جميع الأموال المتحصلة من العقار.

الفقرة الثانية: مركز الدائن المرتهن رهنا رسميا عند النطق بالتصفية القضائية المباشرة

إذا كان الدائن المرتهن رهنا رسميا الناشئ دينه قبل الحكم بفتح المسطرة يتأثر مركزه بفعل حق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين المستفيدين من مقتضيات المادة 575 من م.ت، فإنه على خلاف ذلك، يحتفظ هذا الدائن بمركزه عند النطق بالتصفية القضائية المباشرة غير المسبقة بمرحلة مسطرة التسوية القضائية، بحيث يستفيد من حق الأفضلية المقرر له وفق القواعد العامة خاصة مدونة الحقوق العينية والتي كرست هذا الحق من خلال المادة 192 والتي جاء فيها "للمرتهن أن يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون وذلك حسب رتبته".

والذي يظهر من خلال ما سبق أن احتفاظ الدائن المرتهن بحق الأولوية لا يختلف عما كان معمولاً به في ظل قانون الإفلاس، بحيث كان يستوفي هذا الدائن للعقار حقه من ثمنه بالأولوية⁴¹⁸ على حساب باقي الدائنين الآخرين التاليين له في الرتبة مع العلم أن الدائن المرتهن كان لا يخضع لقاعدة إيقاف المتابعات الفردية في ظل قانون الإفلاس، بحيث كان لهم الحق في سلوك إجراءات فردية قصد التنفيذ على الأموال المثقلة بتأميناتهم⁴¹⁹، على خلاف ما أصبح معمولاً به في ظل مساطر صعوبات المقاول، بحيث أن القاعدة السابقة تنطبق على جميع الدائنين السابقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

وبالرغم من احتفاظ هؤلاء الدائنين بحق الأفضلية المقرر لهم وفق القواعد العامة، إلا أن هذا الحق قد يتأثر بفعل بعض نصوص قانون صعوبات منها ما يرجع إلى ما قبل صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية، ومنها ما يرجع إلى ما بعد صدوره.

⁴¹⁸ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الإفلاس، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 435.

⁴¹⁹ - أحمد لفروجي : مرجع سابق، ص: 171.

أما فيما يتعلق بإمكانية تأثر حق الأفضلية المقرر للدائن المرتهن رهنا رسميا قبل صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية، فإنه يظهر على وجه الخصوص عند تطبيق المادة 682 من مدونة التجارة المتعلقة بالبطلان الجوازي للعقد بمقابل إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع، شريطة إبرام هذا العقد بعد نشوء الدين المضمون، وتبعاً لذلك، فإنه إذا تبين للمحكمة أن عقد الرهن الرسمي تتوافر فيه كافة الشروط المبررة لإبطاله، فإنها تقضي بذلك، ويترتب عن ذلك التشطيب عن الرهن سواء تم إيداعه أو تقييده بمطلب التحفيظ أو الرسم العقاري قبل أو بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية، ويستتبع ذلك القول، أن الدائن المرتهن رهنا رسميا الذي شطب على عقده بمقتضى حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به يصبح مجرد دائن عادي في مسطرة التصفية القضائية، يجري عليه ما يجري على الدائنين العاديين⁴²⁰ ويتحاص هذا الدائن مع الدائنين العاديين على أموال المدين التي تدخل ضمن الضمان العام، وهذا ما يبين بوضوح بأن حق الأفضلية الذي يتمتع به الدائن المرتهن يتأثر بفعل البطلان الجوازي لعقد الرهن الرسمي الاتفاقي.

أما بخصوص إمكانية تأثر حق الأفضلية لفائدة الدائن المرتهن رهنا رسميا بعد صدور الحكم، فإن الأمر يتعلق بحق الحبس المقرر لفائدة الدائن المرتهن رهنا حيازياً، الذي يخول له حق استيفاء دينه بالأولوية ولو على باقي الدائنين المرتهنين، بما فيهم الدائن المرتهن رهنا رسميا، إعمالاً لمقتضيات المادة 626 في فقرتها الأولى أنه "يمكن للسنديك المأذون له من طرف القاضي المنتدب، عند أدائه للدين، فك الأموال المرهونة من طرف المدين أو الأشياء المحبوسة"، وتبعاً لذلك، فإن السنديك لا يلجأ إلى عملية فك الأموال المرهونة إلا بعد أداء ديون الدائن المرتهن رهنا حيازياً بالأسبقية على باقي الديون الأخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات عقارية أو برهون رسمية، فعدم الوفاء بالدين يؤدي بالضرورة إلى بقاء الملك المرهون في يد الدائن الحائز، ويترتب عنه عدم تمكن أصحاب الرهون الرسمية من الاستحواذ على هذا الملك.

وفي ضوء ذلك، يرى البعض⁴²¹ بأن مقتضيات المادة السابقة تشمل الرهنين معاً الحيازي والرسمي على أسس أن المشرع استعمل عبارة "الرهن" دون تحديد طبيعته على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص صراحة على تطبيق مقتضيات المادة 25-624 على الرهن الحيازي دون غيره، لكن نبادر بالقول بأن مقتضيات المادة السابقة تنطبق فقط على الرهن الحيازي و خير دليل على ذلك بعض العبارات التي استعملها المشرع

⁴²⁰ - أحمد شكري السباعي: تسجيل حقوق الرهن العقاري والامتياز وغيرهما من الحقوق في السجل العقاري أو غيره من السجلات الخاصة خلال فترة الريبة والتقليس، مرجع سابق، ص: 233.

⁴²¹ - عبد الرحيم لكحل: مرجع سابق، ص: 90 و 91.

في المادة ذاتها، ومن ذلك "فك الأموال المرهونة أو الأشياء المحبوسة" ويعني ذلك استرجاع الأموال أو الأشياء التي بيد الدائن الحائز خاصة أن حق الحبس يتمتع به الدائن المرتهن رهنا حيازيا دون غيره، وأيضا استعمل عبارة "التسليم القضائي للرهن" والتي تدل مما لا يدع مجالا للشك أن الأمر يقتصر على الرهن الحيازي، على أسس أن عبارة التسليم أو تسليم الشيء سواء كان منقولا أو عقارا لا يتصور إلا في الرهن الحيازي⁴²² دون الرهن الرسمي الذي يكتفي صاحبه بتقييده بالرسم العقاري دون حيازة الشيء المرهون.

إضافة إلى تأثير حق الأفضلية المقرر للدائن المرتهن رهنا رسميا بفعل المقتضيات السابقة، فإنه يجب الاعتراف أيضا أنه قد يتأثر هذا الحق بالدائنين السابقين له في الرتبة أو ذوي ديون ممتازة، ومنها امتياز ديون المصاريف القضائية على حساب الدائن المرتهن بمقتضى المادة 142 من مدونة الحقوق العينية، بحيث قد ينفرد الدائن الممتاز بحصيلة التنفيذ نظرا لطول إجراءات مسطرة التصفية القضائية وتعقيدها، وفي هذه الحالة قد لا يحصل الدائن المرتهن على دينه إلا جزئيا، أو قد لا يحصل عليه بالمرة، وفي كلتا الحالتين يمكن له الرجوع فيما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي.

⁴²² - انظر الفصل 1174 من ظهير الالتزامات والعقود.

الضرع الثاني

تجليات ضعف مركز الضمانات العينية العقارية عند تصفية الخصوم

كما رأينا سابقا إذا كان الأصل أن وضعية الضمانات العينية العقارية لا تتأثر بفعل مقتضيات مساطر صعوبات المقاوله خاصة عند النطق مباشرة بالتصفية القضائية، بحيث تحتفظ نسبيا بفعاليتها طبقا للقواعد العامة، وهذا لا يختلف عما كان معمولاً به في إطار قانون الإفلاس الملغى، بل أكثر من ذلك لا تتأثر إلا في حالة عدم كفاية الأموال المرهونة.

غير أنه بالرغم من وجود بعض المقتضيات القانونية التي تسير في اتجاه حماية الدائنين الممتازين والمرتهنين، فإن الأمر لا يخلو من بعض المقتضيات القانونية التي تعد من أهم مستجدات مدونة التجارة أو اتسام بعضها بعدم الدقة والوضوح أو غياب بعض مقتضيات التشريعية الأمر الذي يؤدي إلى تضارب الآراء مما قد ينعكس سلباً على الحماية المقررة لهؤلاء الدائنين.

هكذا، فإن المستجدات الكبرى التي طالت مدونة التجارة ولئن كانت ترمي بالأساس إلى "تصفية أصول المقاوله تصفية عادلة ومفيدة تضمن مصالح الدائنين على اختلاف مراتبهم عند الحكم بالتصفية القضائية"⁴²³، فإنها قد انعكست سلباً في بعض الحالات على وضعية الدائنين المتوفرين على امتياز خاص أو رهن رسمي، مما يفسر تراجع فعالية الضمانات في حماية الدائنين المستفيدين منها.

وارتباطاً بذلك، ولئن كان المشرع المغربي على غرار القانون الفرنسي أقر قاعدة منع المتابعات الفردية على جميع الدائنين السابقين⁴²⁴ لمنع الدائنين من التسابق نحو التنفيذ على عقارات المدين التي قد تعد ضرورية لاستمرارية نشاط المقاوله، فإن مجال تطبيق هذه القاعدة أثار بعض الإشكالات خاصة في حالة تعارضها مع بعض النصوص الخاصة للدائن المرتهن.

⁴²³ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 229.

⁴²⁴ - تطبيقاً لذلك انظر على سبيل المثال :

- قرار محكمة النقض عدد: 1214، المؤرخ في 2007/12/12، ملف تجاري عدد: 2006/1/3/1242، أشار إليه عمر أزوكر: مرجع سابق، ص: 117 وما يليه.

أضف إلى ذلك، غياب وضع ترتيب لمختلف أصناف الدائنين أثناء استيفاء حقوقهم من ثمن العقار المرهون، مما لا يبقى لهم سوى الرجوع في ما بقي من ديونهم على باقي أموال المدين كدائنين عاديين، غير أن اعتبار الدائنين الممتازين أو المرتهنين مجرد دائنين عاديين لا يتحقق في الحالة السابقة فحسب، بل ثمة حالات لا يستوفي فيها الدائنون المتوفرون على امتياز خاص أو رهن رسمي على حقوقهم بالكامل، ويكمن ذلك في حالة عدم كفاية ثمن العقارات المرهونة أو المثقلة بامتياز خاص في سداد الديون، بحيث يتحاص الدائنون مع الدائنين العاديين، أو قد يتحاص هؤلاء الدائنين المتوفرين على امتياز عقاري أو رهن رسمي في حالة ما إذا سبق تقسيم ثمن العقارات المرهونة فيما بينهم.

إذن، فمظاهر ضعف مركز الضمانات العينية العقارية بمناسبة تصفية الخصوم يظهر من خلال القصور التشريعي في حماية الدائنين المستفيدين منها (المبحث الأول)، وكذا حالة عدم كفاية حصيلة التنفيذ لسداد الديون (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القصور التشريعي في حماية أصحاب

الضمانات العينية العقارية

ولئن اتسمت بعض مقتضيات المتعلقة بالتصفية القضائية بالوضوح سواء تلك المرتبطة بحماية الدائنين أو تحقيق مصلحة المداولة، فإن بعضها تميزت بعدم الدقة والوضوح، وهذا راجع بالخصوص إلى استعمال المشرع المغربي في بعض الحالات عبارات واسعة وفضفاضة، بل أكثر من ذلك تعارضها في بعض الحالات مع النصوص القانونية الخاصة التي تخول للدائن المرتهن مجموعة من الامتيازات.

وارتباطا بذلك، ولئن كان المشرع المغربي - إسوة بالقانون الفرنسي - أقر قاعدة منع المتابعات الفردية بمقتضى المادة 653 من مدونة التجارة والتي تقضي بوقف ومنع جميع إجراءات التنفيذ التي يقيمها الدائنون السابقون لصدور الحكم، فإن نطاق تطبيقها يثير التساؤل خاصة في حالة وجود نصوص خاصة كالمقتضيات الواردة ضمن المرسوم الملكي بمثابة قانون المؤرخ في 17 دجنبر 1968 والمتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي والتي تخول للدائن المرتهن بعض الامتيازات، وهذا الإشكال قد ينعكس سلبا على وضعية هذا الدائن، وهذا ما يفسر ضمنا قصور بعض المقتضيات القانونية في حماية بعض الدائنين.

بل الأكثر من ذلك، فإن المشرع المغربي - على خلاف القانون الفرنسي - لم يعالج بعض القضايا بنص خاص، ومن ذلك عدم وضع ترتيب لطوائف الدائنين عند النطق بالتصفية القضائية، وهذا يؤدي بدوره إلى تضارب الآراء الفقهية والقضائية، مما ينعكس سلبا في بعض الحالات على الدائنين الحاملين لامتياز خاص أو رهن رسمي.

إذن، يمكن حصر القصور التشريعي في حماية الدائن المرتهن أو الممتاز في مدى تطبيق مقتضيات المادة 653 من م.ت على الدائن المرتهن الخاضع للمرسوم المشار إليه أعلاه (المطلب الأول)، وأيضا غياب تحديد ترتيب مختلف أصناف الدائنين عند النطق بالتصفية القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى تعارض تطبيق المادة 653 من م.ت مع مرسوم 17 دجنبر 1968

إذا كانت غاية المشرع المغربي من سن قاعدة وقف المتابعات الفردية لعدم أداء مبلغ من المال قصد تحقيق المبدأ الجماعي والمساواتي بين جميع الدائنين دون التمييز، وكذا الحفاظ على نشاط المقاوله المدينة داخل نسيجها الاقتصادي عن طريق تحقيق توافق بين مختلف المصالح المتواجدة - الدائن والمدين معا -⁴²⁵، فإن غايته من خلال إيقاف أو منع إجراءات التنفيذ يكمن في تفادي تسابق الدائنين الذين لهم الحق في ذلك من بيع عقارات المدين بصفة فردية قصد الحفاظ على مبدأ المساواة بين دائني المقاوله، وعليه فإن المشرع قد أوكل مهمة بيع العقارات للسنديك الذي يعمل تحت إشراف القاضي المنتدب، وذلك قصد التوصل إلى تصفية عادلة تضمن مصالح مختلف المتدخلين في المسطرة.

غير أن أعمال مقتضيات المادة 653 من م.ت التي كرست قاعدة منع المتابعات الفردية بما فيها منع وإيقاف إجراءات التنفيذ من شأن ذلك أن يتعارض مع نصوص خاصة تعزز وضعية الضمانات والامتيازات المخولة للدائن المرتهن، ويتعلق الأمر بالمرسوم الملكي المؤرخ في 17 دجنبر 1968⁴²⁶ الذي اعترف للدائن المرتهن بمجموعة من الضمانات والامتيازات التي بمقتضاها يتم الحفاظ على مجموعة من الحقوق خاصة مبلغ القرض والأقساط السنوية المنتهي أجلها.

وهكذا، فإن تطبيق مقتضيات المادة السابقة في مواجهة الدائن المرتهن المستفيد من مقتضيات المرسوم أعلاه قد يشكل خطرا ويضر بمصالحه، الأمر الذي يستدعي منا دراسة حدود تأثير المادة 653 من م.ت على مركز الدائن المرتهن المستفيد من المرسوم الملكي المؤرخ في 17 دجنبر 1968.

وعليه سنبحث هذا الإشكال من خلال أثر تطبيق المادة أعلاه على الضمانات المخولة للدائن المرتهن (الفقرة الأولى)، وكذا أثرها على مسطرة التوزيع (الفقرة الثانية).

⁴²⁵ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفس رقم 23، الصادر بتاريخ 08 | 04 | 2012، ملف عدد: 56 | 10 ص،

منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com، تاريخ المراجعة 23 | 12 | 2017.

⁴²⁶ - للمزيد من الإيضاح انظر:

- **M'Hamed Motik** : Le crédit immobilier et hôtelier au Maroc, mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures de droit privé, université Mohamed V, Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales, Rabat, année universitaire : 1978 p :69 et s.

الفقرة الأولى: أثر تطبيق المادة 653 من م.ت على الضمانات المخولة للدائن المرتهن

لقد خول المرسوم الملكي المؤرخ في 17 دجنبر 1968 مجموعة من الامتيازات لفائدة مؤسسات القرض وذلك بهدف الحصول على ديونها والأقساط السنوية عند حلول أجلها، وعليه فقد نص الفصل 59 منه على أنه "يمكن للمؤسسة في حالة ما إذا تأخر المدين عن الأداء أن تمتلك بموجب حكم يصدره رئيس المحكمة المختصة بطلب منها، وبعد مرور خمسة عشر يوما على توجيه إنذار العقارات المرهونة على نفقة المدين المتأخر عن الأداء وتحت مسؤوليته.

وتقبض المؤسسة خلال مدة العقل بالرغم من كل تعرض أو حجز مبلغ المداخل أو الغلال، وتخصص على وجه الأسبقية لأداء الصوائر والأقساط السنوية المنتهي أجلها ويرتب هذا الامتياز مباشرة بعد الامتيازات الخاصة بالصوائر المرصودة لأجل المحافظة على العقار وبصوائر الحرث والبذور وحقوق الخزينة بشأن استخلاص الضريبة.

و في حالة نزاع حول حساب العقل، تبت المحكمة في الأمر طبقا لمسطرة الاستعجال".

والذي يظهر من خلال تحليل النص أعلاه، أنه يمنح لفائدة الدائن المرتهن حيازة العقار بناء على حكم المحكمة الابتدائية المختصة بذلك، ويترتب عن ذلك تحويل الرهن من حيث طبيعته من رهن رسمي إلى رهن حيازي⁴²⁷، وتبعاً لذلك تخصص ثمار الملك المرهون لأداء الصوائر والأقساط السنوية التي حل أجل أدائها مع مراعاة المصاريف الواجب إنفاقها قصد الحفاظ على الملك المرهون والتحملات السنوية الخاصة بالعقار والمتمثلة في حقوق الخزينة العامة فيما يخص استخلاص الضريبة.

وارتباطاً بذلك، فإنه بمجرد صدور الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية يترتب عنه إيقاف ومنع جميع الدعاوى التي تهدف إلى الحصول على مبلغ مالي، ويستتبع القول، أنه لا يمكن للدائن المرتهن في المرسوم الملكي أعلاه أن يطالب بتملك العقار المرهون في حالة تأخر المدين عن الأداء قصد استخلاص ديونه المترتبة في ذمة المقاول، لأن من شأن ذلك أن يحد من مبدأ الطابع الجماعي والمساواتي بين جميع الدائنين خلال التصفية القضائية.

وفي هذا الإطار يرى البعض⁴²⁸ أن المادة 653 من م.ت لم تميز بين الدائنين فيما يخص مجال تطبيقها، فهي تنطبق على جميع الدائنين سواء كانت ديونهم مقرونة

⁴²⁷ - M'Hamed Motik: op.cit., p: 73.

⁴²⁸ - محمد القادري ومحمد ايت موح : مرجع سابق، ص: 192.

أم لا بامتيازات أو بضمانات، ويترتب عن ذلك أن كل الامتيازات المخولة لفائدة مؤسسة القرض والمحددة بموجب المرسوم الملكي أعلاه يتم تعطيلها بما في ذلك الحيازة المنصوص عليها في إطار الفصل 59 منه طالما أن الهدف منها استخلاص أقساط الديون الحالة المنتهي أجلها.

وتأييداً للموقف السابق ذهبت محكمة النقض في قرار صادر عنها⁴²⁹ حيث جاء فيه "إذا كانت الحيازة قررت للمطلوب بمقتضى مرسوم 68 من أجل استخلاص دينه من دخل العقار، فإن إقرار القرار بعدم أحقيته في استخلاص دينه بعد الحكم بالتسوية القضائية يتنافى وإبقاء الحيازة بيده..." ولئن كان هذا القرار صدر في إطار التسوية القضائية، فإنه يمكن الاستناد عليه حتى في حالة التصفية القضائية، على اعتبار أن المادة 653 من م.ت تدرج ضمن القواعد المشتركة لمسااطر المعالجة والتصفية القضائية.

ولم تخرج محاكم الموضوع هي الأخرى عن الاتجاه السابق، ففي قرار عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء حيث يستفاد منه بأن حيازة المدعي للمقاوله تتعارض مع غاية المشرع من حيث سن مسااطر معالجة صعوبات المقاوله التي تتمثل في حماية حقوق جميع الدائنين على السواء، استناداً إلى الوقف المنصوص عليه بموجب المادة 653 من م.ت، إذ يبقى مجرد دائن للمقاوله، ويحتفظ بحقه في التصريح بدينه بين يدي السنديك⁴³⁰.

حقاً، إنه لا يمكن لمؤسسة القرض المطالبة بتملك العقار في حالة تأخر المقاوله المدينة عن الأداء، وهذا واضح من خلال مقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة، وتبعاً لذلك لا يمكن لها المطالبة بالصوائر والأقساط السنوية المنتهي أجلها والسابقة عن صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية استناداً إلى المنع المنصوص عليه في إطار المادة 657 من م.ت بحيث يترتب عن صدور هذا الحكم منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره بقوة القانون.

لكن يمكن القول بأن القضاء المغربي قد جانب الصواب من حيث استرداد الحيازة من الدائن المرتهن (مؤسسة القرض)، على اعتبار أنه لا يوجد ضمن الكتاب الخامس ما يفيد استرداد أو استرجاع الحيازة التي بيد الدائن الحائز بمجرد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، بل على العكس من ذلك توجد مقتضيات قانونية

⁴²⁹ - قرار عدد: 746، المؤرخ في 2002/05/22، ملف تجاري عدد: 2000/843، أشار إليه محمد القادري ومحمد ايت موح، مرجع سابق، ص 192.

⁴³⁰ - قرار عدد: 11/99/1408 وقرار عدد: 10/99/1512، الصادران بتاريخ 1999/10/19 في الملفين عدد 99/4444 و99/5673 أشارت إليهما، حياة حجي، الضمانات وقانون صعوبات المقاوله، مرجع سابق، ص: 158.

تهدف بالأساس إلى تعزيز وضعية الحابس عند فتح مساطر صعوبات المقاول، ومنها مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 657 من م.ت التي تخول للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم لفك الرهن لاسترجاع شيء محبوس قانونياً، وهذا ينطبق على وضعية الدائن المرتهن المستفيد من مقتضيات الفصل 59 من المرسوم الملكي، لأن هذا الدائن يمتلك الشيء المحبوس مؤقتاً بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة.

ونجد أيضاً مقتضيات المادة 626 من م.ت التي تعطي للسنديك مكنة فك الأموال المرهونة أو الأشياء المحبوسة تحت شرط أداء الدين، وتقضي المادة ذاتها بإمكانية مطالبة الدائن المرتهن بالتسليم القضائي للرهن، وبما أن استرجاع العقار المرهون أو الشيء المحبوس يتوقف بالضرورة على أداء الديون ولو كانت سابقة عن صدور الحكم، فإن عدم سداد تلك الديون سيؤدي إلى بقاء الحيازة بيد الدائن الحائز⁴³¹.

وانطلاقاً مما سبق، يتضح بأن الحيازة المؤقتة التي بيد مؤسسة القرض العقاري والسياحي وفق الفصل 59 من المرسوم الملكي لا تتعارض مع مقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة، ولئن كانت هذه المادة تمنع كل دعوى قضائية غايتها المطالبة بأداء مبلغ من المال بما في ذلك الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الذي بمقتضاه تملك المؤسسة الدائنة العقار المرهون قصد أداء الصوائر والأقساط السنوية المنتهي أجلها، فإن صدور هذا الأمر قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة ليس من شأنه أن يؤثر على الحيازة المؤقتة التي بيد الدائن المرتهن.

الفقرة الثانية: أثر تطبيق المادة 653 من م.ت على مسطرة التوزيع

كما معلوم أن عملية تحقيق الرهن تتطلب بالضرورة إتباع العديد من المراحل قصد التنفيذ على العقار، والتي تنتهي ببيع الملك المرهون قصد توزيع الحصيلة على الدائنين حسب مراتبهم المحددة قانوناً، حيث يتم الشروع في البداية بمسطرة الإنذار العقاري حتى يتم وضع العقار على يد القضاء، وإذا لم يستجيب المدين الراهن لهذا الإنذار العقاري، فإنه يتم الشروع في إجراءات حجز التنفيذ ما لم يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره⁴³².

⁴³¹ - عبد الحق بوكبيش: مرجع سابق، ص 71.

⁴³² - انظر:

- الفقرة الأخيرة من المادة 276 من مدونة الحقوق العينية.

وبعد الانتهاء من هذا الإجراء يتم البدء في مراحل إعداد العقار للبيع، هذا الإجراء الأخير يتطلب بدوره القيام بعدة إجراءات لا غنى عنها، ثم بعد ذلك يتم بيع العقار بالمزاد العلني، ويترتب عن ذلك توزيع حصيلة البيع على الدائنين حسب مراتبهم.

غير أنه في حالة صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية، فإنه يترتب عن ذلك منع وإيقاف الإجراءات السابقة تلك المتعلقة بالحجز العقاري وذلك إعمالاً لمقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة، حماية لمبدأ المساواة بين دائني المقاول، وتكريساً أيضاً لمبدأ الطابع الجماعي الذي يطفئ على المساطر الجماعية.

حقاً، إن إجراءات الحجز العقاري تتأثر بالحكم القاضي بالتصفية القضائية سواء تلك المتعلقة بإجراءات الإنذار العقاري أو مرحلة إعداد العقار للبيع أو بيع هذا الأخير بالمزاد العلني، بحيث يحل السنديك محل الدائن الحاجز في حقوقه بالنسبة للإجراءات التي قام بها وذلك انطلاقاً من المرحلة التي تم توقيفه - أي الحجز العقاري - بفعل الحكم القاضي بالتصفية القضائية، لكن بالنظر إلى صعوبة تصنيف عملية التوزيع ضمن إجراءات الحجز العقاري من عدمها، يطرح التساؤل بخصوص مدى شمولية هذه العملية - أي التوزيع - بنطاق تطبيق مقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة؟

ويعود سبب هذه الإشكالية إلى كون مقتضيات المادة 653 من م.ت.ع. عالجت مبدأ إيقاف أو منع إجراءات التنفيذ بعد صدور الحكم دون تعيين المرحلة التي تصبح فيها إجراءات التنفيذ غير مشمولة بمقتضيات المادة أعلاه، وعليه يكون من المفيد استجلاء الأمر في التشريع المقارن.

فالتشريع المصري كان واضحاً في هذا الباب عندما نص صراحة عن المرحلة التي تصبح فيها إجراءات التنفيذ غير مشمولة بآثار الإفلاس، إذ نصت المادة 666 من قانون المرافعات المدنية والتجارية "لا يترتب على إفلاس المدين المحجوز عليه بعد مضي الميعاد المشار إليه وقف إجراءات التقسيم ولو حدد للتوقف عن الدفع تاريخ سابق على الشروع في التقسيم".

يظهر من خلال المادة أعلاه، أن آثار الحكم القاضي بإفلاس المدين لا يسري في أي حال من الأحوال على مسطرة التوزيع المعلن عنها في إطار الحجز التنفيذي، حيث كانت إرادة المشرع المصري تسير في اتجاه حماية الدائنين المستفيدين من مسطرة التوزيع، وإلا تم المس بحقوق هؤلاء الدائنين التي اكتسبت قبل الإعلان عن الإفلاس.

أما التشريع الفرنسي فقد اعتبر من خلال المادة 65.1 من المرسوم الصادر بتاريخ 21 أكتوبر 1994 أنه يمكن متابعة إجراءات التوزيع عند النطق بالتصفية القضائية من قبل أحد الدائنين بعد التصريح بالدين وإدخال المصفي في هذه العملية⁴³³.

ويرى بعض الفقه⁴³⁴ أن مقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة يشمل نطاق تطبيقها جميع إجراءات التنفيذ بما في ذلك مسطرة التوزيع ولقد استند في ذلك على المبررات التالية:

- غياب نص قانوني صريح يحصر إجراءات التنفيذ في الحجز والبيع دون عملية التوزيع.
- إن المشرع المغربي بمناسبة تنظيمه لمسطرة التوزيع في قانون المسطرة المدنية استعمل مصطلح "المحجوز عليه" وليس المدين، وهذا يؤشر على اعتبارها مرحلة من مراحل إجراءات التنفيذ.
- تنظيم إجراءات التوزيع بالمحاسبة ضمن الباب الثامن من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية في إطار طرق التنفيذ ليس إلا جزء من إجراءات التنفيذ.
- حقا، ولو افترضنا أن مسطرة التوزيع تعد مرحلة من مراحل التنفيذ الجبري بل هي الخاتمة الضرورية والهادفة من الإجراءات التنفيذية⁴³⁵، فإنه ينبغي البحث عن نية المشرع المغربي من وراء إقراره لمبدأ منع المتابعات الفردية المبنية على إيقاف إجراءات التنفيذ.

إن غاية المشرع المغربي من إقرار قاعدة منع المتابعات الفردية عند النطق بالتصفية القضائية تنحصر في ضمان تصفية عادلة بين دائني المقاوله من أجل تحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين، ومنعهم من التسابق نحو التنفيذ على عقارات المدين لأن من شأن ذلك أن يخل بميزان المساواة⁴³⁶، وتبعاً لذلك فإن نيته تتجه نحو منع هؤلاء الدائنين من القيام بإجراءات التنفيذ عند المراحل الأولى ونقصد مرحلة توجيه الإنذار العقاري وإعداد العقار للبيع بالمزاد العلني ومرحلة البيع، ولا تتجه نحو إيقاف عملية التوزيع التي لا تعدو أن تكون أثراً من آثار بيع العقار على يد القضاء.

⁴³³ - عبد العلي حفيظ: مرجع السابق، ص: 281.

⁴³⁴ - عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص: 283 وما يليها.

⁴³⁵ - الطيب برادة: التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، السنة 1988، ص: 397.

⁴³⁶ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 233.

و تأسيسا على ذلك، فإن مسطرة توزيع حصيلة التنفيذ غير مشمولة بمقتضيات المادة 653 من م.ت على أسس ما يلي:

- إذا كان المشرع المغربي صنف عملية التوزيع ضمن طرق التنفيذ، فإنها لا تعد طريقة في حد ذاتها، وإنما هي غاية من وراء إجراءات التنفيذ.

- إن عدم تأثر عملية التوزيع بمقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة يوفر الوقت والمصاريف والإجراءات خاصة لفائدة الدائنين المستفيدين من التوزيع، لا فائدة من إيقاف عملية التوزيع على الدائنين حسب مراتبهم خاصة في حالة عدم وجود الدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بالتصفية القضائية.

- إن نية المشرع المغربي تتجه نحو الإسراع بإجراءات التنفيذ، ويظهر ذلك من خلال المادة 628 من م.ت التي تفرض على السنديك تصفية الأموال المثقلة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم، وعدم تأثر عملية التوزيع السابقة لصدور الحكم لا يعدو أن يكون تكريسا لهذا المقتضى القانوني.

- إن عملية التوزيع باعتبارها أثرا ناجما عن البيع بالمزاد العلني يترتب عنها اكتساب حقوق لفائدة الدائنين، وعليه فإنه لا يمكن الرجوع عنها، ذلك أن إيقاف عملية التوزيع بفعل مقتضيات المادة 653 من م.ت من شأنها أن تحرم بعض الدائنين من الحصول عن حقوقهم، خاصة في حالة وجود دائنين لاحقين لصدور الحكم، بحيث يتم سداد الديون لهؤلاء بالأسبقية، ولا يبقى للدائنين العاديين أي شيء على الإطلاق، بل يتأثر حتى الدائنون أصحاب الضمانات العينية العقارية.

إذن، القول بسريان نطاق تطبيق المادة 653 من م.ت على مسطرة التوزيع السابقة لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة يشكل خطرا على مصالح الدائنين المستفيدين من حصيلة التنفيذ والذين قاموا بمجموعة من الإجراءات التي تتسم بالتعدد والتعقيد.

المطلب الثاني

غياب التنظيم التشريعي لترتيب الدائنين عند النطق بالتصفية القضائية

إن الغاية الأساسية من إتباع مسطرة التصفية القضائية إنجاز عمليات جرد أصول المقاول المديونة من عقارات ومنقولات بهدف بيعها بأحسن الطرق، والقيام بعملية تصفية الخصوم عن طريق توزيع الأموال الناتجة عن عمليات بيع الأصول على الدائنين حسب مراتبهم القانونية⁴³⁷.

ولقد أسند المشرع المغربي مهمة ترتيب الدائنين إلى السنديك تحت رقابة القاضي المنتدب مع مراعاة النزاعات المعروضة على المحكمة⁴³⁸، غير أن هذه المهمة ليست بالأمر الهين، على اعتبار أن المشرع أفرد العديد من المساطر الواجب إتباعها عند توزيع عائدات الأصول ضمن مدونة التجارة، بالإضافة إلى تداخل قواعد القانون المدني ومقتضيات مساطر صعوبات المقاول⁴³⁹، مع العلم أن السنديك يتم تعيينه في الغالب الأعم من الغير، مما يصعب عليه القيام بهذه المهمة على الوجه المطلوب، التي تتطلب بالضرورة التوفر على كفاءة عالية في المجال القانوني.

وإذا كان المشرع وضع العديد من المساطر الواجب تطبيقها عند توزيع عائدات الأصول والتي تدخل ضمن مستجدات مدونة التجارة، غير أنه أغفل وضع ترتيب لمختلف طوائف الدائنين الخاضعين لمسطرة التصفية القضائية، فضلا عن غموض وعدم دقة بعض المقتضيات القانونية قد يشكل خطرا على مصالح بعض الدائنين المستفيدين من امتياز خاص أو رهن رسمي، بحيث قد يتم تأخير بعضهم في استيفاء حقوقهم والذي كان من المفروض أن تكون لهم أولوية في استيفائها عند توزيع الأموال، مما قد لا يحصلون إلا على جزء من ديونهم أو لا شيء على الإطلاق.

و بناء عليه، فإذا كان المشرع المغربي قد أغفل وضع التنظيم القانوني لترتيب الدائنين (الفقرة الأولى)، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة (الفقرة الثانية).

⁴³⁷ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 90.

⁴³⁸ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 124.

⁴³⁹ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 124.

الفقرة الأولى: عدم وضع ترتيب للدائنين يؤثر على حق الأولوية

كما ذكرنا سابقا فإن المشرع المغربي قد وضع العديد من الأحكام خاصة عند توزيع عائدات البيع على الدائنين غير أنه أغفل وضع تحديد ترتيب هؤلاء الدائنين عند النطق بالتصفية القضائية⁴⁴⁰، وأسند هذه المهمة الصعبة إلى السنديك وذلك إعمالا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من مقتضيات المادة 622 من مدونة التجارة حيث جاء فيها "يقوم السنديك بتوزيع ناتج البيع ويحدد ترتيب الدائنين، مع مراعاة النزاعات المعروضة على أنظار المحكمة".

وعلى خلاف الوضع في القانون المغربي، فإن المشرع الفرنسي قد وضع ترتيبا لمختلف طوائف الدائنين تفاديا لعدم وضوح حق الأولوية الذي قد يشكل خطرا على مصالح الدائنين، غير أن هذا الترتيب يخص فقط الدائنين اللاحقين لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة⁴⁴¹.

حسب مقتضيات المادة 32-621 من مدونة التجارة، فإنه يتم في البداية أداء ديون الأجراء التي لم تتم تغطيتها عبر جمعية إدارة تأمينات ديون الأجراء (AGS)، ثم تأتي المصاريف القضائية في الرتبة الثانية، ثم تأتي بعد ذلك قروض المؤسسات المالية وديون المتعاقدين مع المقاول، في حين تحتل ديون الأجراء التي سيتم استخلاصها عبر (AGS) الرتبة الرابعة، ويأتي في المرتبة الأخيرة باقي الدائنين اللاحقين⁴⁴².

غير أن سكوت المشرع الفرنسي لم يمنع جانبا من الفقه من وضع ترتيب لمختلف طوائف الدائنين السابقين واللاحقين لصدور الحكم، وعليه فإن ترتيب هؤلاء الدائنين عند الفقيه ديلبيك وجرمان⁴⁴³ كان وفق الشكل التالي:

1- امتياز الامتيازات للمأجورين.

⁴⁴⁰ - LARBI Faris : op.cit., p: 72.

⁴⁴¹ - على خلاف المشرع المغربي ولئن خول للدائنين اللاحقين حق الامتياز في استيفاء ديونهم بمقتضى المادتين 575 و620 من م.ت فإنه لم يضع ترتيبا لهؤلاء الدائنين.

غير أنه تجب الإشارة إلى أن المشروع الجديد لمقتضيات الكتاب الخامس قد وضع ترتيبا للدائنين المستفيدين من المادتين المذكورتين.

⁴⁴² - حياة حجي: النزاعات الناشئة بين الدائنين وحلها عبر حق الأسبقية المقرر بالمادة 575 من مدونة التجارة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 9، شتبر 2005، ص: 54 وما يليها.

⁴⁴³ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، م.س، ص: 122.

2 - الدائنون أصحاب الرهون الرسمية والامتيازات الخاصة على العقار.

3- الدائن المرتهن المستفيد من حق الحبس.

4- الدائنون اللاحقون.

5 - أصحاب الامتيازات الخاصة على منقول.

6- أصحاب الامتيازات العامة على منقول.

7- الدائنون العاديون الذين نشأت ديونهم قبل الحكم⁴⁴⁴.

وعلى خلاف ذلك، فإن إيف شارتى⁴⁴⁵ وضع ترتيبا مغايرا عن الترتيب السابق وذلك وفق الشكل التالي:

1- الدائن المرتهن المستفيد من حق الحبس.

2- ديون الأجراء.

3- الدائنون اللاحقون.

4- الديون المثقلة بامتياز عام طبقا للمادة 2104 من القانون المدني.

5- الدائنون المستفيدون من ضمان خاص على المنقولات والعقارات.

6- أصحاب الديون المثقلة بامتياز عام على منقول طبقا للمادة 2101 من

القانون المدني.

7- الدائنون العاديون.

كما أن سكوت المشرع المغربي أيضا عن وضع ترتيب للدائنين بعد صدور الحكم القاضي بالتصفية القضائية لم يمنع الفقه المغربي⁴⁴⁶ من وضع ترتيب لمختلف أصناف الدائنين وهو كالتالي:

1- الدائنون اللاحقون لصدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية

القضائية أو التصفية القضائية.

⁴⁴⁴ - والواقع أن الترتيب الذي وضع ديبيك وجرمان لا يختلف عن الترتيب الذي وضعه الفقيه Yves Guyon

انظر بهذا الخصوص:

- Larbi Faris : op.cit ., p: 72 et 73.

⁴⁴⁵ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، م.س، ص 122.

⁴⁴⁶ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، م.س، ص: 121.

- 2- الدائن المرتهن رهنا حيازيا.
- 3- أصحاب الرهون الرسمية وحقوق الامتياز العقارية التي تم تسجيلها وشهرها قبل صدور الحكم.
- 4- أصحاب الامتيازات الخاصة على منقول.
- 5- أصحاب الامتيازات العامة على منقول.
- 6- الدائنون العاديون الناشئة ديونهم قبل فتح حكم مسطرة المعالجة.

في حين يرى البعض⁴⁴⁷ وهو عن حق أنه يجب التفرقة بين حالة التصفية القضائية المباشرة وغير المباشرة، ففي الحالة الأولى يحتفظ الدائنون الحاملون ل ضمانات عينية بحقوقهم كما تنظمهما القواعد العامة، وهذا يعيد الفعالية لهذه الضمانات بحيث سيتمكن أصحابها من الحصول على حقوقهم حسب مراتبهم، أما في الحالة الثانية فإن حق الأولوية المقرر لفائدة أصحاب الضمانات العينية العقارية الناشئة قبل صدور الحكم سيتأثر بفعل الدائنين اللاحقين المستفيدين من حق الامتياز المخول لهم وفق مقتضيات المادتين 575 و620 من مدونة التجارة⁴⁴⁸.

ونعتقد أن عدم وضع ترتيب لمختلف أصناف الدائنين بعد النطق بالتصفية القضائية قد ينعكس سلبا على مركز الدائنين المرتهنين وأصحاب الامتيازات العقارية، ذلك أن عدم وضوح الأولوية بين مختلف الدائنين من شأنه أن يؤدي إلى تأخير بعض الدائنين في الرتبة وتقديم البعض منهم، مما قد لا يحصل معه الدائن المتأخر في الرتبة إلا على جزء من ديونه مع العلم أنه كان من المفروض تجاوز ذلك.

أضف إلى ذلك، أن عدم وضوح حق الأولوية بفعل غياب نصوص قانونية تحدد مرتبة كل دائن في إطار مساطر صعوبات المقاول قد يؤدي إلى كثرة النزاعات المعروضة على المحكمة الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل إجراءات التصفية القضائية إلى حين صدور أحكام أو قرارات قضائية نهائية، وهذا بدوره يتنافى وإرادة المشرع المغربي التي تسعى إلى الإسراع في اتخاذ الإجراءات في أقرب وقت ممكن خاصة تصفية الأموال المثقلة برهون أو امتيازات (م628 من م.ت)، مما يتسبب في حدوث أضرار لا يمكن تفاديها لمختلف الدائنين من جراء هذا التأخير.

⁴⁴⁷ - محمد العلواني : مرجع سابق، ص: 126.

⁴⁴⁸ - محمد العلواني: مرجع سابق، ص: 126.

الفقرة الثانية: إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة قصد ترتيب الدائنين

الواقع أن غياب نصوص قانونية تحدد ترتيب مختلف الدائنين المتدخلين في مسطرة التصفية القضائية لا يمنعنا من الرجوع إلى القواعد العامة أو بعض النصوص الخاصة، وما يبرر الاحتكام إلى هذه القواعد كإيجاد حل للإشكال السابق عدم وجود أي مقتضى قانوني في مدونة التجارة يحول دون الرجوع إليها، غير أنه ينبغي احترام بعض المقتضيات المنصوص عليها في الكتاب الخامس منها التي خولت حق الأسبقية لبعض الدائنين تطبيقاً للقاعدة الفقهية والقضائية القائلة بتطبيق النص الخاص عند تعارضه مع النص العام.

و في هذا الإطار ينبغي عدم الخلط بين حالة التصفية القضائية المباشرة والتصفية القضائية غير المباشرة فيما يخص تحديد مراتب الدائنين الحاملين لضمانات عينية عقارية.

و ارتباطاً بذلك، فإنه عند النطق بالتصفية القضائية مباشرة دون سلوك مسطرة التسوية القضائية يتم الاعتماد على مدونة الحقوق العينية والظهير الشريف المكون لقانون الالتزامات والعقود، وكذا تطبيق بعض المبادئ المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري كما تم تتيمة وتغييره.

وهكذا، فإنه بالرجوع إلى مقتضيات مدونة الحقوق العينية نجد أن المصاريف القضائية تحظى بحق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتتهين إعمالاً لمقتضيات المادة 142 والتي جاء فيها "الامتياز حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتتهين"، وتدرج المصاريف القضائية ضمن حقوق الامتياز العقارية بمقتضى المادة 144 من مدونة الحقوق العينية.

غير أن أعمال المقتضيات السابقة من شأنها أن تتعارض مع بعض مقتضيات مدونة التجارة وخاصة المادة 626 والتي تعطي للسنديك إمكانية أداء الدين لفائدة الدائن المرتتهن رهناً حيازياً أو الحابس، بحيث يمكن لهذا الأخير التمسك بحق الحبس للعقار المرهون إلى حين الوفاء له بما هو مستحق له، بل حتى القواعد المنصوص عليها في الظهير الشريف المكون لقانون الالتزامات والعقود تبرر أحقية الدائن المرتتهن رهناً حيازياً في استيفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين وذلك حسب مقتضيات الفصل 1249 منه⁴⁴⁹، وبما أنه حق عيني يقع على ثمن الملك المرهون، فهو حق من طبيعة خاصة لا يمكن أن يتزاحم مع باقي الدائنين بما فيهم أصحاب الامتيازات⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ - في الواقع أن ظل-ع نظم أحكام الرهن الحيازي للمنقول وليس للعقار، إلا أن مقتضياته تبقى واجبة التطبيق حتى على الرهن الحيازي العقاري وذلك بمقتضى المادة 1 من مدونة الحقوق العينية التي تحيل على ظل-ع فيما ==

وتأييدا للموقف أعلاه، فإن بعض القرارات القضائية تسير في اتجاه إعطاء حق الأولوية للدائن المرتهن رهنا حيازيا على حساب باقي الامتيازات الخاصة، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض أن "المشرع أعطى في الفصل 1249 من ظ.ل.ع مكانا خاصا لامتياز الدائن المرتهن مبينا هكذا وبصفة واضحة نيته بمنح الامتياز رتبة ومنزلة تفوقان رتبة ومنزلة الامتيازات الخاصة"⁴⁵¹.

وتأسيسا على ذلك، فإن الدائن المرتهن رهنا حيازيا يأتي في المرتبة الأولى في استيفاء دينه، وتحتل بعد ذلك المصاريف القضائية المرتبة الثانية شريطة إنفاقها لبيع الملك المرهون قصد توزيع ثمنه، بحيث يجب أن تتفق أثناء إجراءات التنفيذ، وأن تخدم مصلحة جميع الدائنين⁴⁵².

وحتى يستفيد الدائن المرتهن رهنا حيازيا من حق الأسبقية يتوجب عليه تقييد حقه بالرسم العقاري⁴⁵³، أو إيداعه بمطلب التحفيظ وإلا فقد حق الأولوية المقرر له، على خلاف المصاريف القضائية التي تنتج أثرها ولو لم تقيّد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون (المادة 143 من مدونة الحقوق العينية).

ثم تأتي بعد ذلك حقوق أصحاب الرهون الرسمية (الاتفاقي والقضائي والقانوني) في المرتبة الثالثة، بمعنى أنه يستوفي حقه بعد خصم المصاريف القضائية

==لم يرد به نص، مع الإشارة إلى أن مدونة الحقوق العينية كرسّت بدورها حق الدائن المرتهن في استيفاء دينه بالأولوية من خلال المادة 155.

⁴⁵⁰ - **Pierre Schonseck**: Le privilège des impôts indirectes aux Maroc, Edition la porte, année 1961, p: 160.

أشار إليه مصطفى حيتي، حق الحبس وأثره على المراكز القانونية للدائنين، مرجع سابق، ص: 355.

⁴⁵¹ - قرار مؤرخ في 22 يونيو 1955، دون الإشارة إلى رقمه ورقم الملف، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف 1949 - 1951 - 1950 - 1951 - 1955 - 1956، ص 476.

- أشار إليه مصطفى حيتي: المرجع السابق، ص 356.

⁴⁵² - **يونس الزهري**: الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، الجزء الثاني، المطبعة والوراقة الوطنية، السنة 2007، ص 311.

⁴⁵³ - و الواقع أن المشرع المغربي قد أقر قاعدة السابق في التقييد سابق في التقدم من خلال الفصل 77 من ظ.ت.ع كما تم تغييره وتتميمه، وفي ظل هذه القاعدة لا مجال للفرقة بين الدائن المرتهن رهنا حيازيا ولا رهنا رسميا بحيث أنها تطبق على جميع الدائنين المرتهنين باستثناء حقوق الامتياز العقارية التي تنتج أثرها ولو لم تقيّد بالرسم العقاري.

للمزيد من الإيضاح بخصوص ذلك انظر:

- يوسف افريل: مرجع سابق، ص: 210 وما يليها.

وحقوق الدائن المرتهن رهنا حيازيا، فهو يستوفي دينه بعد خصم المصاريف القضائية لأنها تتمتع بحق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنيين، ويندرج ضمن باقي الدائنين أصحاب الرهون الرسمية (المادة 142 من م. ح.ع) ويستوفي دينه بعد الدائن في الرهن الحيازي، لأن هذا الأخير يستفيد من حق الحبس إلى حين الوفاء بدينه، وهذا ما يجعله في مركز متميز يستمد حقه من عنصر الحيازة للملك المرهون⁴⁵⁴، و حتى يستفيد من الرتبة السابقة يتعين عليه تقييد حقه بالرسم العقاري أو إيداعه بمطلب التحفيظ وإلا اعتبر مجرد دائن عادي في حالة ما إذا أغفل القيام بالإجراء السابق.

ويأتي في المرتبة الأخيرة الدائنون العاديون الذين قد يحصلون على ديونهم بالكامل أو يتم تطبيق مسطرة التوزيع بالمحاصة إذا كانت حصيلة التنفيذ أو باقي أموال المدين غير كافية للوفاء بحقوقهم جميعا، أو قد لا يحصلون على أي شيء على الإطلاق.

أما في حالة تبني التصفية القضائية غير المباشرة، فإن ترتيب الدائنين يختلف نسبيا عن الوضع السابق، وذلك بسبب حق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين لصدور الحكم إعمالا لمقتضيات المادتين 575 و 620 من م.ت، وعليه فإن الترتيب يكون وفق الشكل التالي:

1- الدائن المرتهن رهنا حيازيا سواء كان دينه ناشئا قبل أو بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة الذي يستفيد من مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 626 من مدونة التجارة.

2- الدائنون الذين نشأت ديونهم بعد صدور حكم فتح التسوية القضائية المادة 575 من م.ت، أو التصفية القضائية (المادة 620 من م.ت).

والذي يظهر من خلال المادتين أعلاه، أن المشرع المغربي - على خلاف المشرع الفرنسي كما رأينا سابقا - لم يضع ترتيبا للدائنين اللاحقين لصدور الحكم، الأمر الذي دفع البعض⁴⁵⁵ إلى إيجاد آليات لتسوية النزاعات الناشئة بين هؤلاء الدائنين من حيث الرتبة، ويتجلى ذلك أساسا في الاحتكام لتاريخ استحقاق الدين، وكذا الضمانات المقررون بها الدين.

⁴⁵⁴ - إدريس العمراني: مرجع سابق، ص: 210 وما يليها.

⁴⁵⁵ - حياة حجي: النزاعات الناشئة بين الدائنين وحلها عبر حق الأسبقية المقرر بالمادة 575 من مدونة التجارة، مرجع سابق، ص: 59 وما يليها.

حقاً، إذا كان الاحتكام إلى الضمانات المقرون بها الدين يعد معياراً أساسياً لتحديد رتبة كل دائن يندرج ضمن الدائنين اللاحقين، فإن الاحتكام لتاريخ استحقاق الدين لا يمكن الاعتماد عليه في بعض الحالات لتسوية النزاع بين الدائنين، وعليه فإذا كانت بعض الديون مقرونة بضمانات وحل أجلها جميعاً بمقتضى الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية، فإنه لا يمكن الاحتكام إلى تاريخ استحقاقها ما لم تكن مقيدة بالرسم العقاري، فمثلاً إذا تزامن دين مضمون برهن مع دين آخر مضمون برهن، فإن هذا الأخير قد يتم سداؤه بالأولوية إذا كان مقيداً بالرسم العقاري على حساب الدين الأول إذا كان غير مقيد بالرسم العقاري ولو كان تاريخ استحقاقه سابقاً عن تاريخ استحقاق الدين المقيد.

3- المصاريف القضائية الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، ويمكن تصور ذلك في حالة ما إذا تم إيقاف إجراءات حجز العقاري، بحيث تعتبر المصروفات المنفقة قبل صدور الحكم بمثابة مصاريف قضائية سابقة لصدور الحكم إذا تحققت شروطها.

4 - الدائن المرتهن رهناً رسمياً الناشئ دينه قبل صدور الحكم، وعند تعددهم فإن العبرة في تحديد الأسبقية بتاريخ التقييد في السجل العقاري.

5 - الدائنون العاديون الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

المبحث الثاني

مركز الضمانات العينية العقارية في حالة عدم كفاية حصيلة التنفيذ العقاري

مما لا شك فيه أن الغاية من مسطرة التصفية القضائية يروم بالأسلس بيع منقولات وعقارات المدين، وتوزيع عائداتهم على الدائنين حسب مراتبهم القانونية. وإذا كان في واقع الأمر أن الوفاء بديون الدائنين جميعا لا يثير أي إشكال⁴⁵⁶، فإنه على خلاف ذلك في حالة عدم كفاية حصيلة التنفيذ⁴⁵⁷ لتغطية جميع الديون المترتبة في ذمة المدين⁴⁵⁸، وهذا قد ينعكس سلبا على وضعية الدائنين الذين يوجدون في مراتب متأخرة.

وبما أنه "قد لا يستطيع من له الحق أخذ حقه كاملا، فشرعت المحاصة من أجل أن يأخذ من له الحق ما وجد من حقه حفاظا عليه من الضياع"⁴⁵⁹، وعليه فإن أغلب التشريعات قامت بتنظيم قواعد المحاصة، حيث بمقتضى ذلك يتم توزيع حصيلة التنفيذ على الدائنين بحسب نسبة كل دين إلى مجموع الديون⁴⁶⁰.

وهكذا فقد عالج المشرع المغربي مسطرة التوزيع بالمحاصة من خلال مقتضيات قانون المسطرة المدنية في إطار الفصول 504 إلى 510.

⁴⁵⁶ - قلما يحدث ذلك على اعتبار أن المحكمة تلجأ إلى مسطرة التصفية القضائية في الحالة التي تفوق فيها خصوم المقاوله مجموع أصولها.

⁴⁵⁷ - وهكذا يعرف بعض الفقه توزيع حصيلة التنفيذ بأنها " تقسيم المبالغ النقدية المتحصلة من البيع الجبري في مزاد علني أو تلك التي تحول الحجز إليها على من لهم الحق فيها، وهم الدائنون الحاجزون أو الذين صاروا طرفا في إجراءات الحجز والذي يتم تخصيص هذه المبالغ للوفاء بحقوقهم بقوة القانون بمجرد بيع الأموال المحجوزة، أي بإرساء المزداد على المشتري في بيع المنقول، وبصدور حكم إيقاع البيع في العقار..."

انظر بهذا الخصوص:

-عاشور مبروك: الوسيط في التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، السنة 2003، ص: 327.

⁴⁵⁸ - محمد العميري، التوزيع بالمحاصة وأولوية الاستيفاء، مقال منشور في مؤلف الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، مرجع سابق، ص: 431.

⁴⁵⁹ - سامي بن مسعود بن عطيان المطيري، أحكام المحاصة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني Fiqh.Islammessage.com

⁴⁶⁰ - محمد العميري: المرجع السابق، ص: 431.

غير أنه وضع أيضا مسطرة خاصة لتوزيع حصيلة التنفيذ في إطار مساطر صعوبات المقاول، ويظهر ذلك خصوصا من خلال المادتين 630 و632 من مدونة التجارة، بحيث أنه يمكن للدائنين الممتازين والمرتهنين إجراء مسطرة التوزيع بالمحاصة بينهم، إذا كانت الأموال المتحصلة من العقار غير كافية لسداد ديونهم خاصة في حالة تخصيص حصة من ثمن البيع لفائدة أصحاب حق الأفضلية، كما أنه قد يتحاص هؤلاء مع الدائنين العاديين بالنسبة لباقي مستحقاتهم.

وبناء عليه، فإن الدائنين الحاملين ل ضمانات عينية عقارية يتأثرون من جراء أعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة لأنهم لا يحصلون على ديونهم إلا جزئيا، ويكون التوزيع في هذه الحالة عن طريق قسمة الغرماء، أي تقسيم حصيلة التنفيذ على الدائنين بحيث يحصل كل دائن على جزء من دينه يعادل نسبة دينه إلى مجموع الديون⁴⁶¹.

إذن، فإذا كان عدم كفاية حصيلة التنفيذ تعد مبررا لتطبيق مسطرة التوزيع بالمحاصة التي قد تتعكس سلبا على مركز الضمانات العينية العقارية (المطلب الأول)، فإنه يحق لنا طرح التساؤل عن حقوق هؤلاء الدائنين بعد قفل مسطرة التصفية القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة

عند النطق بالتصفية القضائية

حسب مقتضيات الفصل 504 من قانون المسطرة المدنية يظهر أن المشرع المغربي قد أعطى للدائنين إمكانية الاتفاق مع المدين وذلك قصد توزيع حصيلة التنفيذ إذا كانت غير كافية للوفاء بحقوقهم جميعا بالمحاصة بينهم وذلك داخل أجل ثلاثين يوما من التبليغ الذي يوجه إليهم بناء على طلب رئيس المحكمة المختصة.

غير أنه في حال عدم التوصل إلى الاتفاق داخل الأجل المعين، فإن القضاء يتدخل لتوزيع حصيلة التنفيذ بالمحاصة بين الدائنين (الفصل 505 من قانون المسطرة المدنية)، واعتبارا لخصوصيات مسطرة التصفية القضائية فإنها تخضع للحالة الأخيرة، أي مسطرة التوزيع بالمحاصة عن طريق تدخل القضاء وليس عملية التوزيع بالتراضي، وذلك تطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 622 من مدونة التجارة التي جعلت عملية توزيع ناتج البيع من عمل السنديك الذي يعمل تحت إشراف القاضي المنتدب.

⁴⁶¹ - يونس الزهري: الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 296.

وإذا كان الدائنون العاديون يتأثرون بوجود الضمانات والامتيازات عند توزيع حصيلة التنفيذ بحيث لا يستفيدون إلا مما تبقى من الديون المثقلة بالامتياز أو الرهن⁴⁶²، فإن نفس الأمر ينطبق على الدائنين الحاملين لضمانات الذين تأتي ديونهم في مراتب متأخرة خاصة إذا كانت مبالغ الديون المتواجدة بالمراتب الأولى ضخمة بحيث لا يستفيدون من حقوقهم إلا جزئياً وهذا يعد مبرراً لإعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة.

ولما كان المتعارف عليه طبقاً للقواعد العامة أن الدائنين أصحاب الامتياز أو الرهن الرسمي يتحاصون مع الدائنين العاديين في حالة عدم كفاية الضمانات المستفيدين منها في سداد حقوقهم، فإنه طبقاً لمقتضيات المادة 630 من مدونة التجارة يمكن إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة بين الدائنين الحاملين للامتيازات والرهن الرسمية فيما بينهم.

إذن، حالات تطبيق عملية التوزيع بالمحاصة عند النطق بالتصفية القضائية يمكن حصرها في حالة التوزيع بالمحاصة بين أصحاب الضمانات العينية العقارية فيما بينهم (الفقرة الأولى)، وكذا حالة إجراء التوزيع بالمحاصة بين الدائنين الممتازين والدائنين المرتهنيين من جهة، والدائنين العاديين من جهة ثانية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التوزيع بالمحاصة بين الدائنين الحاملين لامتيازات والرهن

الرسمية

إذا كان الدائنون أصحاب الامتياز أو الرهن الرسمية أكثر حظوة من باقي دائني المقاوله وذلك بالنظر إلى وضعيتهم المتميزة التي تجعلهم يستوفون ديونهم من المبالغ الناتجة عن بيع العقارات بالأولوية دون أي مضايقة أو مزاحمة⁴⁶³، فإنه في بعض الحالات قد لا يحصلون على ديونهم إلا جزئياً وذلك بفعل حق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين و أصحاب الرهن الحيازية، وهذا ما فرض على المشرع المغربي التدخل قصد تنظيم قواعد التوزيع عن طريق إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة، بحيث يتم توزيع المستحقات بتناسب مع مجمل ديونهم.

⁴⁶² - لحسن زهران: مرجع سابق، ص: 359.

⁴⁶³ - امحمد لفروجي: مرجع سابق، ص: 289.

وهكذا، فإنه قد نص صراحة من خلال المادة 630 من مدونة التجارة على أنه "إذا سبق تقسيم العقارات توزيع واحد أو أكثر لمبالغ، تحاص الدائنون حاملو الامتياز والرهن الرسمية في توزيع المستحقات بتناسب مع مجمل ديونهم.

بعد بيع العقارات والحسم نهائيا في ترتيب الدائنين أصحاب الرهن الرسمية والامتيازات، فإن الحاصلين منهم على رتبة مناسبة لا يتقاضون مبلغ ترتيبهم الرهني في التوزيع، عن مجمل ديونهم من ثمن العقارات إلا بعد خصم المبالغ التي سبق لهم أن تقاضوها".

والذي يظهر من خلال النص أعلاه، أن المشرع المغربي جعل عملية التوزيع بالمحاصة تقتصر بين أصحاب حقوق الامتياز وأصحاب الرهن الرسمية، وبذلك يكون قد استثنى أصحاب الرهن الحيازية من طريقة التوزيع بالمحاصة، وهذا الاستثناء له ما يبرره من الناحية القانونية بحيث أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا يستوفي دينه بالأولوية ولو على حساب الدائنين اللاحقين بما فيهم أصحاب الامتيازات والرهن الرسمية، وعليه فإن حق الحبس الذي يخول للدائن المرتهن حيازة الشيء المرهون إلى حين الوفاء بدينه لا يصطدم بامتياز المادة 575 من م.ت، على خلاف ما يرى البعض⁴⁶⁴، وهذا بدوره يجعل هذا الدائن غير خاضع لطريقة التوزيع بالمحاصة والتي يترتب عنها بالضرورة حصول الدائن على جزء من ديونه يعادل نسبة دينه إلى مجموع الديون.

وعلى أي حال، فإذا سبق تقسيم ثمن العقار توزيع واحد أو أكثر، فإنه يتم إجراء عملية التوزيع بالمحاصة بين أصحاب الامتيازات والرهن الرسمية، ويظهر ذلك من خلال الفقرة الرابعة من المادة 623 من م.ت بحيث تخصص حصة من ثمن التفويت إلى كل واحد من الأملاك التي تم تفويتها وذلك لتوزيع الثمن وممارسة حق الأفضلية خاصة لفائدة الدائن الناشئ دينه بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، وعليه فإن تقسيم ثمن العقار المرهون قصد أداء الديون التي تحظى بحق الأولوية قد يجعل المبالغ المتبقية من ثمن هذا العقار غير كافية لسداد ديونهم جميعا، الأمر الذي يستدعي توزيع حصيلة التنفيذ فيما بينهم بالمحاصة.

و تتحقق أيضا حالة تقسيم ثمن العقار توزيع واحد أو أكثر في حالة تطبيق المادة 629 من م.ت بحيث يمكن للقاضي المنتدب، إما تلقائيا وإما بطلب السنديك أو أحد الدائنين، أن يأمر بأداء مسبق لقسط من الدين متى كان مقبولا⁴⁶⁵، ففي هذه

⁴⁶⁴ - نرجس الكرويطي: الحق في الحبس، مرجع سابق، ص: 80.

⁴⁶⁵ - ولقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " لكن اعتبرت المحكمة أن مقتضيات المادة 629 من م ت وإن أعطت للقاضي المنتدب إمكانية الأمر بأداء مسبق لقسط من الدين متى كان مقبولا ، فإنه لا بد من الأخذ بعين الاعتبار مصلحة باقي دائني المسطرة أثناء عملية التوزيع النهائي التي قد يظهر من خلالها دائنون لهم أولوية على ديون الطاعن "دون أن تبرز في قرارها نوعية الدائنين الذين لهم حق استيفاء ديونهم قبل الطالب بصفته دائنا==

الحالة قد يكون الدائن المرتهن رهنا رسميا في حاجة لهذا التسييق وذلك بحكم الارتباط المالي والتجاري الذي يربط بين التجار⁴⁶⁶، مما قد يتم اللجوء إلى تقسيم ثمن العقار المرهون الذي يستفيد منه الدائن السابق توزيع واحد أو أكثر لأداء دينه جزئيا متى كان مقبولا بشكل نهائي، فهذا الإجراء قد يجعل المبالغ المتبقية من ثمن العقار غير كافية لسداد حقوق أصحاب الامتيازات والرهن الرسمية مما يعتبر مبررا لإعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة.

وتجب الإشارة في هذا الإطار أن الديون المقرونة بالامتيازات أو الرهن الرسمية الخاضعة لمسطرة التوزيع بالمحاصة تنحصر فقط في الديون الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، على اعتبار أن الديون اللاحقة لصدور الحكم تحظى بامتياز الامتيازات، ويتم الوفاء بها بالكامل وفي تاريخ استحقاقها، مما يجعلها في منأى عن الآثار المترتبة عن مسطرة التوزيع بالمحاصة والتي لا يحصل فيها الدائن إلا على نسبة معينة من دينه، أضف إلى ذلك، أن الدائنين اللاحقين لا يجازفون في تمويل المقاوله إلا إذا كانوا على يقين بأنهم سيحصلون على ديونهم بالكامل، واعتبارا لذلك، فإن مسطرة التوزيع بالمحاصة تهم فقط أصحاب الامتيازات والرهن الرسمية السابقة ديونهم لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

ولما كان الأمر يتعلق بإعداد قائمة مشروع التوزيع بعد افتتاح مسطرة التوزيع بالمحاصة، فإنه يحق لنا التساؤل عن مدى إمكانية الاعتراض على مشروع التوزيع في إطار التصفية القضائية؟

في حقيقة الأمر لا يوجد أي مقتضى قانوني في إطار نظام صعوبات المقاوله ينظم هذا الإجراء خلال مرحلة التصفية القضائية، غير أن هناك إحالة صريحة على تطبيق مقتضيات قانون المسطرة المدنية وخاصة الطرق الواردة في باب الحجز العقاري وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 622 من م.ت.

ولما كانت مسطرة التوزيع بالمحاصة تعد بمثابة أثر مترتب عن إجراءات الحجز العقاري، فإنه لا مانع من تطبيقها في حالة النطق بالتصفية القضائية مع مراعاة الخصوصيات التي تتميز بها هذه المسطرة، وعليه فإن إمكانية الاعتراض على مشروع توزيع حصيلة التنفيذ تبقى واردة، بحيث يحق للدائنين الممتازين والمرتهنين رهنا رسميا والذين صرحوا بديونهم إلى السنديك عملا لمقتضيات الفصول 508 و509 و510 من

===مرتهنا ودون أن تبرز كذلك إمكانية ظهور دائنين آخرين في هذه المرحلة من مراحل صعوبات المقاوله، فاسم قرارها يعيب التعليل المعتبر بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض".

- قرار عدد: 162 | 1، المؤرخ في 2014.03.20، ملف تجاري عدد: 2013.1.3.1035 (غير منشور).

⁴⁶⁶ - لحسن زهران: مرجع سابق، ص: 352.

ق.م.م أن يعترضوا على مشروع التوزيع الذي ينجزه السنديك تحت إشراف القاضي المنتدب ويتحقق في حالة منازعة أحد الدائنين المرتهنين أو الممتازين في طبيعة دين آخر يندرج ضمن قائمة مشروع التوزيع بأنه مجرد دين عادي من شأنه أن يقوي حظوظ أصحاب الامتيازات والرهون الرسمية الخاضعين لمسطرة التوزيع بالمحاصة في حصولهم على نسبة أكبر من مجموع ديونهم.

غير أنه يثار التساؤل في هذا الإطار عن الجهة المختصة للنظر في دعوى الاعتراض على مشروع التوزيع في إطار التصفية القضائية.

لقد كان هذا التساؤل محل نقاش قضائي حول ما إذا كان الاختصاص يؤول إلى القاضي المنتدب أم إلى محكمة الموضوع، بحيث يستفاد من قرار لمحكمة النقض الذي جاء فيه ما يلي " لكن حيث إنه لما كان سنديك التصفية القضائية هو الذي قام بتوزيع منتج بيع أصله التجاري، فإن المشروع المنجز من طرفه ليس أمرا أو حكما أو مقررًا صادرًا في مادة صعوبات المقاول، إذ هو لا نفاذ له إلا بعد مصادقة القاضي المنتدب عليه، كما تخوله ذلك المادة 639 من مدونة التجارة الناصة على أنه " يبت القاضي المنتدب بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات والمطالب الداخلة في اختصاصه..."، وحينذاك يجوز الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر عن القاضي المنتدب بهذا الخصوص، وفي النازلة الماثلة تعرض الطالب على مشروع التوزيع الصادر عن سنديك التصفية القضائية المصادق عليه من طرف القاضي المنتدب، بمقال أمام المحكمة التجارية، بدل استئناف أمره عملاً بأحكام المادتين 729 و730 من نفس المدونة...⁴⁶⁷، وقد جاء أيضا ضمن مقرر صادر عن القاضي المنتدب⁴⁶⁸ على أن " المادة 638 من مدونة التجارة أسندت للقاضي المنتدب اختصاص السهر على سير

⁴⁶⁷. انظر:

- قرار محكمة النقض عدد: 79 | 1، المؤرخ في 2015.02.12، ملف تجاري عدد 957 | 3 | 1 | 2012، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 165، السنة 2015، ص: 230.

- وقد جاء أيضا في قرار لمحكمة النقض ما يلي: " حيث أن محكمة الاستئناف التجارية وهي تبت في استئناف الأمر المستأنف الصادر عن القاضي المنتدب...قضت بإلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد بعدم اختصاص القاضي المنتدب وإحالة الملف على تجارية فلس مستتدة في ذلك إلى أن اختصاص البت في الاعتراضات الموجهة ضد مشروع التوزيع المنجز من قبل السنديك من اختصاص المحكمة وأنه وفقا للفصل 16 من ق م ق م يتعين إحالة الملف على تجارية فلس للنظر في الاعتراض الموجه ضد قائمة التوزيع المنجزة من قبل السنديك ، في حين أنه وبصرف النظر عن أن القاضي المنتدب يختص بالبت في توزيع المبالغ المتحصل عليها في إطار تفويت أصول المقاوله المخولة له بمقتضى مدونة التجارة على اعتبار أن مسطرة توزيع المبالغ المحصل عليها في إطار المسطرة المذكورة لا تخضع للقواعد العامة للتوزيع الواردة في قانون المسطرة المدنية ..."

- قرار محكمة النقض عدد: 1032، المؤرخ في 2007.10.24، ملف تجاري عدد: 168.13.2006، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 155، السنة 2008، ص: 220.

⁴⁶⁸ - مقرر عدد: 182 مؤرخ في 15 يوليوز 2005، ملف رقم 1-2000-6.

أشار إليه عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص: 321.

المسطرة... ويترتب على ذلك أن القاضي المنتدب هو الجهة المختصة قانونا للنظر في التعرضات المقدمة بشأن توزيع ناتج التفويت في إطار مسطرة التصفية".

وعلى خلاف ذلك، ذهب المحكمة التجارية بفلس في قرار صادر عنها " يكون بذلك القانون حسب ما ذهب إليه قرار محكمة النقض أعلاه قد خول الاختصاص لجهة قضائية أخرى، وهي المحكمة التي لها حق النظر في الطعون ضد مشروع التوزيع..."⁴⁶⁹.

ولقد كان الفقه المغربي⁴⁷⁰ سباقا في تحديد الجهة التي يؤول إليها الاختصاص عند الاعتراض على مشروع التوزيع، بحيث اعتبر أن المشرع المغربي قد أعطى للسنديك عملية تحديد الدائنين وهي مهمة شاقة يتحمل ثقلها هذا الأخير وحده تحت رقابة القاضي المنتدب في حين يبقى لمحكمة الموضوع الاختصاص في حالة نشوب نزاعات متعلقة بذلك.

وتأييدا للموقف السابق يرى بعض الفقه⁴⁷¹ أيضا أن الاختصاص في دعوى الاعتراض على مشروع التوزيع يؤول إلى محكمة الموضوع، ولقد استند في ذلك على الفقرة الأخيرة من مقتضيات المادة 622 من م.ت التي جاء فيها على أنه "يقوم السنديك بتوزيع ناتج البيع ويحدد ترتيب الدائنين، مع مراعاة المنازعات المعروضة على أنظار المحكمة".

والملاحظ أن الاختصاص في دعوى الاعتراض على مشروع التوزيع يرجع بالأساس إلى محكمة الموضوع وليس للقاضي المنتدب، على اعتبار أنه ولئن كان هذا الأخير يسهر على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة، وببیت كذلك في الطلبات والمنازعات والمطالب الداخلة في اختصاصه (المادتان 638 و639 من م.ت)، فإن مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 622 من م.ت تعد بمثابة استثناء يؤول فيها الاختصاص إلى محكمة الموضوع.

⁴⁶⁹ - قرار عدد: 79 الصادر بتاريخ 7 دجنبر 2005، في الملف رقم 05/80، أشار إليه عبد العلي حفيظ، مرجع سابق، ص: 321 و322.

⁴⁷⁰ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 120.

⁴⁷¹ - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق، ص: 322.

الفقرة الثانية: التوزيع بالمحاصة بين صاحب الامتياز أو الرهن الرسمي

و الدائنين العاديين

طبقا للقواعد العامة فإن الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن يتقدم بالتنفيذ بحقه عند حلول أجله بصفتين أولا باعتباره دائنا عاديا كسائر الدائنين، وبهذه الصفة يكون له التنفيذ بحقه على جميع أموال المدين لما له من ضمان عام على مال مدينه طبقا للفصل 1241 من ظ.ل.ع، و ثانيا باعتباره دائنا مرتهنا وحق رهنه يتمركز في العقار⁴⁷² المرهون طبقا للمادة 192 من مدونة الحقوق العينية بالنسبة للدائن المرتهن رهنا رسميا، والمواد 142 و143 و144 بالنسبة للدائن الممتاز.

والملاحظ أن مدونة التجارة لم تخرج بدورها عن القواعد العامة، بحيث أن الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن رهنا رسميا يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون ببيع وفق الطرق الواردة في مسطرة التصفية القضائية، وإذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن الممتاز أو الدائن المرتهن أن يرجع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي، وهكذا فقد جاء ضمن مقتضيات المادة 632 من م.ت على أنه "يتحاص الدائنون أصحاب الامتياز أو الرهن الرسمي وغير المقيدين في ثمن العقارات مع الدائنين العاديين بالنسبة لباقي مستحقاتهم"

والذي يظهر من خلال المادة أعلاه، أن الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن رهنا رسميا يحق له الرجوع فيما بقي من دينه على باقي أموال المدين باعتباره دائنا عاديا، فإذا كانت باقي أموال المدين كافية للوفاء بحقوق الدائنين جميعا، فإنه في هذه الحالة يكون قد استوفى دينه بالكامل، أما في حالة عدم كفاية الأموال، فإنه يخضع لمسطرة المحاصة مع الدائنين العاديين بالنسبة لباقي مستحقاتهم.

غير أنه في هذا الإطار يُثار التساؤل بخصوص وضعية الدائن المرتهن رهنا حيازيا، أي مدى إمكانية رجوع هذا الدائن في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي رغم عدم التصييص على ذلك وفقا للمادة 632 من م.ت؟

والواقع أن المشرع المغربي لم يشر في المادة السابقة إلى وضعية الدائن المرتهن رهنا حيازيا، بحيث حصر نطاق تطبيق المادة السابقة على الدائنين أصحاب

⁴⁷² - انظر بهذا الشأن:

- قرار محكمة النقض عدد: 44، المؤرخ في 2007/01/16، ملف تجاري عدد: 2004/2/3/228، سبقت الإشارة إليه.

غير أن هذا القرار تضمن في حيثياته الدائن المرتهن رهنا رسميا، ومع ذلك فإن الدائن الممتاز يحق له أيضا التنفيذ على أموال المدين بصفته دائن عادي في حالة عدم كفاية ثمن العقار المرهون في سداد دينه.

الامتياز أو الرهن الرسمي، ويرجع السبب في ذلك إلى كون الدائن المرتهن رهنا حيازا يستوفي دينه بالأولوية ولو على حساب الدائنين اللاحقين المستفيدين من حق الامتياز المقرر بمقتضى المادتين 575 و 620 من م.ت، وكذا أصحاب الامتيازات العقارية والرهن الرسمية، غير أنه في بعض الحالات قد تكون حصيلة التنفيذ غير كافية لسداد ديونه ولو انفرد بها لوحده، أو في حالة الانهيار القيمي للضمانة الرهنية بتدخل المدين أو بفعل عوامل خارجية، حق لهذا الدائن الرجوع إلى الضمان العام⁴⁷³، ولو أن المشرع لم يتحدث عن صاحب الرهن الحيازي فإنه يمكن الرجوع إلى مدونة الحقوق العينية خاصة الفقرة الأخيرة من المادة 145 منها والتي جاء فيها على أنه "تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ"

و حقا، فإنه بالرجوع إلى المادة 193 من مدونة الحقوق العينية نجدها تنص على أنه "إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي".

والذي يتبين بكل وضوح من خلال المادة 630 من م.ت والمتعلقة بإجراء عملية التوزيع بالمحاصة بين الدائنين حاملي الامتياز و الرهن الرسمية دون الدائنين العاديين، وكذا من خلال المادة 632 من م.ت والمتعلقة بإجراء المحاصة بين هؤلاء الدائنين والدائنين العاديين أن المشرع وضع حدا للإشكال المطروح على مستوى الفصل 504 من ق.م.م⁴⁷⁴ والذي فسره بعض الفقه المغربي⁴⁷⁵ بأن يتم اللجوء إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة في حالة عدم كفاية حصيلة التنفيذ بصرف النظر عن المشاركين في التوزيع، أي سواء تعلق الأمر بأصحاب الامتياز والرهن الرسمية والدائنين العاديين، بحيث يصبح الدائنون أصحاب الامتياز والرهن الرسمية والدائنون العاديون متساوين و يحصل كل منهم على نسبة معينة تعادل نسبة دينه إلى مجموع الديون، ولقد استند في ذلك على العبارة المستعملة في المادة أعلاه، بحيث فسر مصطلح "جميعا" تفسيرا

⁴⁷³ - غير أن بعض القرارات القضائية تضع على عاتق الدائن المرتهن إثبات صدور تصرفات من قبل المدين من شأنها الإنقاص من الضمانات الممنوحة لفائدة الدائن حتى يتمكن هذا الأخير من الرجوع على باقي أموال المدين كدائن عادي.

انظر بهذا الشأن:

- قرار محكمة النقض عدد: 26، الصادر بتاريخ 2006/01/04، ملف تجاري عدد 2004/1/3/632، أشار إليه عمر أزوکار: مرجع سابق، ص 104 وما يليها.

⁴⁷⁴ - لقد نص على أنه "يتعين على الدائنين إذا كانت المبالغ المحجوزة لدى الغير أو ثمن بيع الأشياء المحجوزة لا يكفي لوفاء حقوقهم جميعا أن يتفقوا مع المحجوز عليه خلال ثلاثين يوما من التبليغ الذي يوجه إليه بناء على طلب رئيس المحكمة المختصة على التوزيع بالمحاصة".

⁴⁷⁵ - عبد العلي حفيظ: مرجع سابق، ص: 204 وما يليها.

واسعا يشمل جميع الدائنين دون استثناء، غير أنه ينبغي تفسير مصطلح "جميعا" تفسيراً ضيقاً، بحيث لا يمكن اللجوء إلى مسطرة التوزيع بالمحاصة إذا كانت ديون ذات الأفضلية تستغرق حصيلة التنفيذ، وهذا يعني أن حتى الدائن المرتهن التالي في الدرجة قد لا يبقى له أي شيء على الإطلاق، وإلا ما الهدف من اشتراط المؤسسات المالية وغيرهم من الدائنين تقديم ضمانات عقارية أو منقولة.

ولابد من الإشارة إلى أنه إذا كان المشرع قد نظم عملية التوزيع بالمحاصة بين أصحاب الامتياز والرهن الرسمية وفق الفقرة الأولى من المادة 630 من م.ت في حالة عدم كفاية ثمن العقار المرهون لسداد ديون هؤلاء جميعاً، فإنه لا مانع من استفادة هؤلاء الدائنين من مسطرة التوزيع بالمحاصة بالنسبة لباقي مستحقاتهم وذلك مع الدائنين العاديين وفق المادة 632 من م.ت، وهذا التوجه فيه حماية للدائنين الممتازين والمرتهنين والذين لم يتمكنوا من استرجاع ديونهم بالكامل من ثمن العقار المرهون، غير أنه في كلتا المسطرتين لا يحصلون إلا على نسبة معينة من الديون.

و يثار التساؤل أيضاً عن مدى إمكانية رجوع الدائن الممتاز أو المرتهن فيما بقي من دينه على أموال المسير أو مقابلة أخرى أو أكثر في حالة تمديد المسطرة؟

جواباً عن هذا السؤال يمكن القول بأنه يمكن للسنديك نيابة عن الدائن الممتاز أو المرتهن أن يبادر إلى التنفيذ على أموال المسير أو المقابلة الأخرى بشأن المنقولات أو العقارات في حالة تمديد المسطرة، إما بناء على المادة 570 من م.ت في حالة تداخل الذمم بين مقاولتين أو أكثر، وإما بمقتضى المادة 706 من م.ت في حالة ما إذا ثبت في حق كل مسؤول إحدى الوقائع المنصوص عليها في المادة المذكورة⁴⁷⁶، غير أن السنديك يحل محل الدائن الممتاز أو المرتهن بصفته دائناً عادياً وليس بصفته دائناً ممتازاً أو دائناً مرتهناً فيما بقي من دينه في حالة عدم استيفاء كافة ديونه من الضمان العام للمقابلة المدينة المفتوح في مواجهتها المسطرة الأصلية - التصفية القضائية - شريطة صدور حكم أو قرار قضائي يقضي بتمديد المسطرة إلى المقابلة الأخرى⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ - ولئن كان المشرع المغربي قد نص صراحة على مصطلح تمديد المسطرة إلى مقابلة أو عدة مقاولات، فإنه لم يستعمل مصطلح تمديد المسطرة إلى المسير، بحيث أعطى للمحكمة الحق في فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، ومن ثمة فإن مصطلح التمديد مصطلحاً فقهيّاً، كرسه القضاء من خلال الأحكام والقرارات الصادرة عنه.

انظر:

- محمد النشاط، الاتجاهات الحديثة للقضاء التجاري في مساطر معالجة صعوبات المقابلة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سطات - السنة الجامعية 2016.2017، ص:56.

⁴⁷⁷ - وقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي " ... إذ بالرجوع على المادة 570 من المدونة يتضح أن المشرع أوجب صراحة تمديد مسطرة التسوية القضائية إلى مقابلة أو عدة مقاولات أخرى إذا تبين أن هناك تداخلاً في ذممها المالية والمشرع اشترط في هذه الحالة شرطاً واحداً هو تداخل ذمم المقاولات ومن باب أولى وحدة ===

أو إلى المسير، ومن ثمة فإن الدائن الممتاز أو المرتهن إما قد يحصل على كافة ديونه وإلا خضع لمسطرة التوزيع بالمحاصة في حالة ما إذا كانت مبالغ ثمن بيع الأشياء لا يكفي لوفاء حقوق جميع الدائنين .

مما تجب الإشارة إليه، أن التنفيذ على أموال المسير أو المقاوله الأخرى وبيعها وفق الطرق المنصوص عليها ضمن التصفية القضائية في حالة تمديد المسطرة بناء على المادتين 570 و 706 من م.ت يعد من بين الاستثناءات الواردة عن مبدأ نسبية آثار العقد المنصوص عليه في إطار الفصل 228 من ظ.ل.ع ، بحيث أن آثار عقد السلف أو عقد القرض في هذه لا تنصرف إلى طرفيه الدائن والمدين فحسب ، بل تتعداه إلى كل مسير ثبت في حقه إحدى الوقائع المنصوص عليها قانوناً⁴⁷⁸ أو كل مقاوله أو أكثر بسبب تداخل الذمم، ومن ثمة فإن اتخاذ إجراءات التنفيذ على منقولات أو عقارات المسير أو المقاوله الأخرى وبيعها من طرف القاضي المنتدب لا يجد مصدره في العقد، وإنما يجد مصدره في القانون في حد ذاته .

وعند إعداد قائمة مشروع التوزيع يحق لأحد الدائنين المسجلين باللائحة والذين صرحوا بديونهم إلى السنديك الاعتراض على هذا المشروع، بحيث يمكن لأحدهم منازعة البعض الآخر خاصة في نسبة الدين المتضمن بالمشروع وتتحقق هذه الحالة مثلاً في حالة مشاركة أحد الدائنين في المشروع بمبلغ ترتبه الرهن في التوزيع عن مجمل دينه دون خصم المبالغ الذي سبق له أن تقاضاها عند إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 630 م.ت.

و تقدم الاعتراضات عند وجودها إلى جلسة المحكمة المختصة ويحكم فيها نهائياً أو ابتدائياً حسب القواعد العادية للاختصاص واعتبار مجموع المبالغ

====الأشخاص المكونين لهذه الشركات والمشرع إذا كان لم يعط أي تعريف أو تحديد للحالات التي تتداخل فيها الذمم المالية للمقاولات، فإنه ترك ذلك للعمل القضائي في إطار سلطته التقديرية ... وفعلاً فإن هناك تداخلاً لزمة الشركتين بروموكلينيك وشركة مصحة الحكيم المالية، وذلك ثابت من خلال الاستغلال المشترك لنفس المشروع الذي أنشأت عليه شركة بروموكلينيك أصلاً تجارياً كما أنشأت به مصحة الحكيم الأخرى أصلاً تجارياً.... و كل ما ذكر، يشكل أسباباً مبررة لتمديد المسطرة من شركة إلى أخرى...."

- قرار عدد: 1054، المؤرخ في 2008.07.23، ملف تجاري عدد: 907|3|2|2008، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com ، تاريخ المراجعة 2018.01.07.

⁴⁷⁸ - غير أن إلغاء الحكم بتمديد التصفية القضائية إلى مسير المقاوله فإنه يحق له المطالبة بإبطال البيع بالمزاد العلني المجري على أحد ممتلكاته العقارية تنفيذاً للحكم المذكور، على اعتبار أن الطعن بالبطلان لا ينصب على الإجراءات السابقة على البيع بالمزاد العلني تبعا لمقتضيات الفصل 484 من قانون المسطرة المدنية، وإنما الأمر يتعلق بالسند القانوني الذي تم بموجبه بيع العقار، إذ أن القاعدة المقررة أن ما بني على باطل فهو باطل.

- قرار لمحكمة النقض عدد: 180، الصادر بتاريخ 2011.02.03 ، في الملف عدد: 2007.3.3.513، منشور بمجلة ملفات عقارية، العدد 5، السنة 2015، ص: 282.

المتنازع فيها ويقدم الاستئناف عند الاقتضاء في أجل ثلاثين يوما من التبليغ (الفصل 509 من ق.م.م)، وإذا اكتسب التوزيع النهائي قوة الشيء المقضي به، فإن قوائم التوزيع تسلم للمعني بالأمر، يؤشر الرئيس على هذه القوائم ويتم الوفاء في صندوق كتابة الضبط بالمحكمة التي تمت فيها الإجراءات (الفقرة 1 و2 من المادة 510 من م.ت).⁴⁷⁹

المطلب الثاني

أثر قفل التصفية القضائية على مركز الضمانات العينية العقارية

إذا كان الهدف من وراء تبني التصفية القضائية يكمن بالأساس في بيع أصول المقاول من منقولات وعقارات وتوزيع عائداتها على مختلف طوائف الدائنين حسب ترتيبهم القانوني، فإنه في حالات كثيرة يصعب على المقاول رغم خضوعها للتصفية القضائية أداء الديون المستحقة عليها⁴⁸⁰، وهذا يعتبر مبررا لقفل هذه المسطرة ووضع حد لمختلف الآثار المترتبة عنها.

ولئن كان المشرع المغربي - إسوة بالمشرع الفرنسي⁴⁸¹ - قام بتنظيم بعض قواعد قفل مسطرة التصفية القضائية وذلك من خلال المادتين 635 و636 من مدونة التجارة، فإنه لم يعالج العديد من الإشكالات خصوصا تلك المرتبطة بمصير حقوق الأطراف والأغيار⁴⁸²، خاصة منهم الدائنين.

و هكذا، فقد حددت المادة 635 من م.ت حالات قفل مسطرة التصفية القضائية وذلك في الأحوال التالية:

- إذا لم يعد ثمة خصوم واجبة الأداء أو توفر السنديك على المبالغ الكافية لتغطية ديون الدائنين.

⁴⁷⁹ - للمزيد من الإيضاح فيما يخص طريقة التوزيع بالمحاسبة عمليا انظر:

- الطيب برادة: مرجع سابق، ص: 400 ما يليها.

⁴⁸⁰ - لحسن زهران: مرجع سابق، ص: 360.

⁴⁸¹ - للمزيد من الإيضاح انظر:

- Carinne Saint – Alary-Harin, op.cit., p : 788 et suiv.

- Yves Guyon, op.cit., p: 343 et suiv.

⁴⁸² - لحسن زهران: مرجع سابق، ص: 360.

- إذا استحال الاستمرار في القيام بعمليات التصفية القضائية لعدم كفاية الأصول.

وإذا كانت الحالة الأولى لا يمكن تصور تحقيقها في الغالب الأعم، فإن الحالة الثانية هي "أكثر الحالات شيوعا ووقوعا، وأكثر الحالات التي تبرر المطالبة بإعادة أو استئناف عمليات التصفية من جديد كإثبات قيام المدين بإخفاء بعض الأصول أو ظهور أموال أو أصول جديدة وغيرهما من العلل والأسباب".⁴⁸³

و في ضوء ذلك، يطرح التساؤل عن مدى إمكانية استرجاع الدائنين المتابعات الفردية في مواجهة المدين (الفقرة الأولى)، وكذا مدى إمكانية رجوع الدائنين على الكفيل فيما بقي من ديونهم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إمكانية استرجاع الدائنين المتابعات الفردية بعد قفل مسطرة التصفية القضائية

إذا كان المشرع المغربي قد نص صراحة في ظل القانون التجاري الملغى على إمكانية استرجاع الدائنين الحق في المتابعات الفردية بعد قفل أعمال التقلية من خلال الفصل 279 منه والذي جاء فيه "إذا وقفت التقلية لعدم وجود أموال للمفلس كافية لمتابعتها أيا كان الوقت الذي وقع فيه ذلك الوقوف على شرط أن يحدث قبل المصادقة على الصلح أو تكوين اتحاد الدائنين جاز للمحكمة بناء على تقرير القاضي المنتدب أن تحكم، ولو من تلقاء نفسها، بقفل أعمال التقلية. وبهذا الحكم يسترجع كل واحد من الدائنين الحق في إقامة الدعاوى الفردية ضد أموال المفلس وشخصه"⁴⁸⁴، فإنه في ظل مدونة التجارة التزام الصمت بخصوص مدى إمكانية استرجاع الدائنين الحق في المتابعة الفردية.

ولقد كان هذا الإشكال موضوع خلاف فقهي بين مؤيد لإمكانية استرجاع الدائنين الحق في إجراء المتابعات الفردية، ومؤيد لعدم ممارسة هذا الإجراء.

وعليه، فإنه يرى الفقه المغربي⁴⁸⁵ بأنه بإمكان الدائنين استرجاع الدعاوى الفردية في حال الحكم بقفل التصفية القضائية ولقد برر موقفه بما يلي:

⁴⁸³ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 130.

⁴⁸⁴ - لحسن زهران: مرجع سابق، ص: 364 و365.

⁴⁸⁵ - أحمد شكري السباعي: الجزء الثالث، م.س، ص: 133 وما يليها.

- غياب نص قانوني يمنع الدائنين من ممارسة الحق في المتابعات الفردية.

- إذا كان يترتب عن صدور حكم قاضي بقفل مسطرة التصفية القضائية رفع غل اليد والذي ينتج عنه استرجاع المدين إدارة أمواله، فإن منطق العدالة يقتضي باسترجاع الدائنين الحق في المتابعات الفردية.

- إن مبدأ المتابعات الفردية له مجالا ضيقا، بحيث ينطبق على الديون السابقة لصدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، أما الدعاوى الأخرى فتبقى في منأى عن الآثار المترتبة عن المبدأ السابق.

وتأييدا للموقف السابق يرى البعض⁴⁸⁶ أنه بإمكان الدائنين الحق في متابعة المدين قضائيا ولو بعد صدور الحكم القاضي بقفل مسطرة التصفية القضائية، فسكوت المشرع في هذه الحالة لا يمكن تفسيره إلا إقراراً بوجودها، بحيث كل ما ليس ممنوعا فهو مباح، وطالما أنه لا يوجد أي مقتضى قانوني، فإن الحق في إجراء المتابعات الفردية يبقى ممكنا بالنسبة للدائنين.

و على خلاف الموقف السابق، فإنه يرى جانب من الفقه⁴⁸⁷ بأن الحكم القاضي بقفل التصفية القضائية لا يترتب عنه بالضرورة استرجاع الدائنين الحق في المتابعات الفردية ما لم يتعلق الأمر بالحالات التالية:

- في حالة ما إذا كان الدين المتنازع بشأنه ناجما عن دعوى جنائية نتيجة ارتكاب أفعال خارج عن النشاط المهني.

- حقوق مرتبطة أساسا بشخص ذات المدين.

- حالة ثبوت غش تجاه الدائنين.

- حالة التفالس أو حالة المنع من تسيير أو مراقبة مقاوله فردية أو شركة تجارية.

⁴⁸⁶ - لحسن زهران؛ مرجع سابق، ص: 36.

⁴⁸⁷ - امحمد لفروجي؛ صعوبات المقاول والمساطر القضائية الكفيلة لمعالجتها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء فبراير 2000، ص: 422.

و هذا الرأي الأخير هو ذات الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي⁴⁸⁸ والذي لا يعطي للدائنين استعادة الحق في المتابعات الفردية بعد صدور الحكم القاضي بقفل مسطرة التصفية القضائية لعدم كفاية الأصول إلا في الحالات المشار إليها سابقا.

ونعتقد أن الموقف الأول القائل بإمكانية استرجاع الدائنين الحق في إجراء المتابعات الفردية كان صائبا، وذلك قصد توفير الحماية لهؤلاء الدائنين خاصة في مواجهة التصرفات غير المشروعة التي يلجأ إليها المدين من أجل تهريب أمواله والتي تبقى خارج الأموال التي من الواجب توزيعها على الدائنين حسب ترتيبهم.

إذن، نعتقد بأن ممارسة الحق في إجراء المتابعات الفردية بعد قفل مسطرة التصفية القضائية لعدم كفاية الأصول يقوم على أسس الاعتبارات التالية.

⁴⁸⁸ - En vertu de l'article 643-11 du code de commerce.

–I. – Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si la créance résulte :

« 1° D'une condamnation pénale du débiteur ;

« 2° De droits attachés à la personne du créancier.

« II. Toutefois, la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci.

« III. – Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle dans les cas suivants :

« 1° La faillite personnelle du débiteur a été prononcée ;

« 2° Le débiteur a été reconnu coupable de banqueroute ;

« 3° le débiteur ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ;

« 4° La procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil d 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

« IV. – En outre, en cas de fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers, le tribunal autorise la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur. Le tribunal statue lors de la clôture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé le= =débiteur, le liquidateur et les contrôleurs. Il peut statuer postérieurement à celle-ci, à la demande de tout intéressé, dans les mêmes conditions.

« V. – Les créanciers qui recouvrent l'exercice individuel de leurs actions en application du présent article peuvent, si leurs créances ont été admises obtenir un titre exécutoire par ordonnance du président du tribunal ou, si leurs créances n'ont pas été vérifiées, le mettre en œuvre dans les conditions de droit commun ».

- إذا كان الثابت في القواعد العامة المسطرية يجوز للدائنين بيع أموال المدين عند حلول أجل الدين، فإن إيقاف المتابعات الفردية استثناء في المساطر الجماعية، وتبعا للقاعدة الفقهية والقضائية فإن الاستثناء لا يجوز القيلس عليه أو التوسع في تفسيره.

- إن المستقر عليه فقها وقضاء أن الأصل في الأشياء الإباحة، وطالما أنه لا يوجد أي مقتضى قانوني يمنع ذلك، فإن استرجاع المتابعات الفردية يصبح حقا للدائنين بمجرد صدور الحكم القاضي بقفل المسطرة.

- إن سوء نية المدين في إخفاء أو تهريب أمواله التي تشكل ضمانا عاما للدائنين يبرر استرجاع الدائنين الحق في المتابعات الفردية قصد التنفيذ على هذه الأموال.

- إذا كانت الغاية من إقرار إيقاف المتابعات الفردية تفادي التنفيذ على منقولات أو عقارات المدين التي تعد ضرورية لاستمرارية نشاط المقاول بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، فإن المنطق يقتضي استرجاع المتابعات الفردية بعد قفل مسطرة التصفية القضائية.

الفقرة الثانية: رجوع الدائنين المرتهنين على الكفيل العيني بعد قفل مسطرة التصفية القضائية

في الواقع لم يعالج المشرع المغربي من خلال مدونة التجارة وضعية الدائنين في مواجهة الكفيل العيني العقاري بعد قفل مسطرة التصفية القضائية، غير أن ذلك لا يحول وإمكانية الرجوع إلى القواعد العامة.

وكما هو معلوم أن الدائن قد لا يستوفي دينه بالكامل خاصة إذا خضع لمسطرة التوزيع بالمحاصة بحيث يحصل على نسبة معينة من دينه بالنظر إلى مجموع الديون، وأمام هذه الوضعية يكون مضطرا للرجوع على الكفيل قصد مطالبته بما لم يؤد إليه المدين المفتوح في مواجهته مسطرة التصفية القضائية، هذا الكفيل الذي يمكنه أيضا الرجوع على المدين الأصلي في حدود مبلغ الدين الذي تقاضاه منه الدائن.

وإذا كان للكفيل العيني الحق في أن يتمسك في مواجهة الدائن بتجريد المدين من أمواله المنقولة والعقارية وفقا للفصل 1136 من ظ.ل.ع، فإنه لا مجال لإعمال هذا المقتضى القانوني في حالة إعسار أو إفلاس المدين الأصلي وذلك بناء على

مقتضيات الفصل 1137 من ظ. ل.ع والذي جاء فيه أنه "ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من أمواله...."

ثالثا: إذا كان المدين الأصلي في حالة إعسار أو إفلاس وقع إشهاره..."

وهذا الاستثناء كرسته المادة 196 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها "إذا كان الراهن كفيلًا عينيا فلا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون وليس للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين"، واعتبارا لذلك فإن المشرع يكون قد وضع حداً للإشكال الذي كان مطروحا بخصوص مدى تمسك الكفيل العيني بالدفع بالتجريد⁴⁸⁹.

حقا، إذا كان الدائن لا يحرم من مقاضاة كفيل المدين الأصلي خلال مسطرة التصفية القضائية⁴⁹⁰ أو بعد قفلها، مثلما لا يمكن مواجهته بالدفع بتجريد المدين، فإن حقه في الرجوع على الكفيل العيني يشترط فيه التصريح بالدين لدى السنديك في المسطرة المفتوحة في مواجهة المدين الأصلي، وإلا حق للكفيل أن يتمسك صراحة بالدفع بسقوط دين المدين الأصلي نتيجة عدم التصريح داخل الأجل المحدد قانونا.

وتبعًا لذلك، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي⁴⁹¹ "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي أثبتت في قرارها عند جوابها على استئناف البنك الشعبي كون الديون المطالب بها من طرف هذا الأخير قد نشأت قبل فتح مسطرة التسوية القضائية في حق المدينة الأصلية وأنه لا يمكن مقاضاة الكفيل إلا بعد التصريح بالدين بصفة قانونية في مواجهة المدين الأصلي..."، ولئن كان هذا القرار صدر في ظل مسطرة التسوية القضائية، فإنه لا مانع من تطبيقه أيضا حتى بعد قفل مسطرة التصفية القضائية، وعليه فإنه طبقا لمقتضيات الفصل 1140 من ظ.ل.ع

⁴⁸⁹ - لقد كان الإشكال مطروحا بخصوص حق الدفع بتجريد المدين ما إذا كان يتمسك به الكفيل الشخصي فقط، أم أنه يتمسك به أيضا الكفيل العيني.

انظر بهذا الخصوص:

-مصطفى أشيبان: الكفالة العينية العقارية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999.

⁴⁹⁰ - قرار عدد: 643، الصادر بتاريخ 2009/04/29، ملف تجاري عدد: 2004/1/3/911.

أشار إليه عمر أزوكار: مرجع سابق، ص: 500.

⁴⁹¹ - قرار عدد: 1099، الصادر بتاريخ 2007/07/11، ملف تجاري عدد: 2007/1/3/928، أشار إليه عمر أزوكار: مرجع سابق، ص: 144 وما يليها.

والذي ينص على أن "الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون..." و مادام المدين الأصلي من حقه أن يدفع بمقتضيات الفصل السابق بعد قفل مسطرة التصفية القضائية من حيث عدم التصريح بالدين داخل الأجل القانوني فإنه يحق للكفيل أن يستفيد منه أيضا بعد قفل مسطرة التصفية القضائية".

وفي ضوء ذلك، ولما كان يترتب عن عدم التصريح بالدين داخل الأجل القانوني أو عدم الحصول على رفع السقوط من قبل القاضي المنتدب انقضاء هذا الدين في مواجهة المدين الأصلي⁴⁹²، فإن ذلك يفضي إلى انقضاء الدين في مواجهة الكفيل العيني ولو بعد قفل مسطرة التصفية القضائية وذلك إعمالا لمقتضيات الفصل 1150 من ظ.ل.ع الذي جاء فيه أن "كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة"، وعليه فإنه بإمكان الكفيل العيني أن يواجه الدائن بعد قفل مسطرة التصفية القضائية بانقضاء الدين لعدم التصريح به داخل الأجل المحدد قانونا.

وبناء عليه، فإن الدائن الذي لم يحصل على دينه بالكامل أثناء عملية التصفية القضائية بإمكانه مقاضاة الكفيل العيني في حدود المبلغ الذي لم يحصل عليه أثناء عملية توزيع عائدات أصول المقاول، غير أنه لا يبقى للكفيل العيني في هذه الحالة سوى الرجوع على المدين الأصلي وذلك إما عن طريق الدعوى الشخصية وفق مقتضيات الفصل 1143 من ظ.ل.ع، أو إما عن طريق دعوى الحلول وفق مقتضيات الفصل 1147 من ظ.ل.ع.

⁴⁹² - لالة حفيظة الإدريسي مبدئياً : مرجع سابق، ص: 32.

خاتمة

حاولنا من خلال دراسة هذا الموضوع معالجة إشكالية حدود توفيق المشرع المغربي في تحقيق التوازن بين مصلحة المقابلة من خلال الحفاظ على عقاراتها من جهة ومصلحة أصحاب الضمانات العينية العقارية من خلال ممارسة حقوقهم المخولة لهم قانوناً، حيث تبين لنا أن المشرع المغربي فرض مجموعة من الإجراءات على الدائنين السابقين لصدور الحكم بما فيهم أصحاب الضمانات العينية العقارية، انطلاقاً من مرحلة الوقاية من الصعوبات إلى غاية خضوع المقابلة للتصفية القضائية، وهذا ما يؤشر تغليب مصلحة المقابلة على حساب مصلحة الدائنين، إضافة إلى تعدد وتنوع المقتضيات التشريعية التي تنظم الضمانات، بحيث نجدها متفرقة بين النصوص القانونية الخاصة والعامة، بل إنها غير منسجمة فيما بينها مما أدى إلى تعارض هذه القوانين في بعض الحالات، ولقد انعكس ذلك سلباً على مركز الدائنين المستفيدين من هذه الضمانات من خلال صعوبة ترتيبهم عند توزيع عائدات الأصول العقارية.

فقد استنتجنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع ما يلي:

* تأثر مركز الضمانات العينية العقارية بفعل صدور الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات في إطار مسطرة الوقاية الخارجية، حيث يترتب عنه منع وإيقاف إجراءات التنفيذ على عقارات المدين المرهونة، مثلما لم يتم التنصيص على إمكانية الطعن من طرف الدائنين ضد هذا الأمر.

* تعطيل أحقية أصحاب الضمانات العينية العقارية في رفع دعوى قضائية رامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ مالي باعتبارهم دائنين عاديين في حالة عدم كفاية الأموال المرهونة في سداد ديونهم.

* ولئن كان الاتفاق الودي عقداً ويخضع للقواعد العامة كمبدأ سلطان الإرادة، فإنه قد ينعكس سلباً على مركز الدائنين المرتهنيين المشاركين فيه، ويظهر ذلك من خلال تعطيل حقوقهم كمنع وإيقاف إجراءات التنفيذ على عقارات المدين المرهونة والمشمولة بمقتضيات الاتفاق الودي.

* إمكانية تأثر مركز الدائنين المرتهنيين من خلال تخفيض حجم الديون ومنح آجال إضافية لفائدة المدين بمقتضى الاتفاق الودي، ولئن كان هذا الاتفاق يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن الدافع الأساسي وراء مشاركة هؤلاء

الدائنين في هذا الاتفاق يتجلى في إنقاذ المقاوله من الصعوبات وإعادة توازنها وحصولهم على نسبة أكبر من ديونهم.

* عدم التنصيص صراحة على استرجاع الدائنين المرتهنين مبالغ التخفيضات الممنوحة لفائدة المدين في حالة تجاوز المقاوله الصعوبات التي تعاني منها.

* عدم منح حق الامتياز لفائدة الدائنين المرتهنين المشاركين في الاتفاق الودي في حالة فتح مساطر صعوبات المقاوله، بحيث يتم اعتبارهم مجرد دائنين سابقين لصدور الحكم، ويتأثرون بفعل حق الامتياز المقرر لفائدة الدائنين اللاحقين.

* تأثر الدائنين المرتهنين بالبطلان الجوازي في إطار فترة الرية، يترتب عنه بطلان الالتزام التبعي (الرهن الرسمي أو الحيازي) من قبل المحكمة و اعتبار هؤلاء الدائنين مجرد دائنين عاديين ويجري عليهم ما يجري على هؤلاء الدائنين.

* فرض مجموعة من الإجراءات على الدائنين المرتهنين حفاظا على المبدأ الجماعي لمساطر صعوبات المقاوله، ولقد ظهر ذلك على وجه الخصوص في منع وإيقاف إجراءات التنفيذ على عقارات المدين، ومنع أداء الديون السابقة لصدور الحكم، منع تقييد الرهون الرسمية والحيازية بعد الحكم بفتح المسطرة، و مبدأ إيقاف سريان الفوائد.

* تعطيل حق الأفضلية المقرر للدائنين الممتازين والمرتهنين وفق القواعد العامة بفعل حق الامتياز المخول للدائنين اللاحقين لصدور الحكم إعمالا لمقتضيات المادة 575 من م.ت.

* تدهور مركز الدائنين المرتهنين بمقتضيات مخطط الاستمرارية الذي قد يتضمن منح آجال جديدة للوفاء بالديون وتخفيض حجم الديون، علما أنه لم يتم التنصيص على إمكانية استرجاع مبالغ التخفيضات في حالة نجاح هذا المخطط.

* عدم النص صراحة على شرط الاحتفاظ بالملكية في البيوعات العقارية مما أدى إلى نقاش فقهي وقضائي بخصوص مركز البائع الدائن عند فتح مسطرة المعالجة.

* تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية عند تبني مسطرة التصفية القضائية غير المباشرة وذلك بفعل حق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين.

* تعدد المقتضيات التشريعية التي تحكم الضمانات العينية العقارية، أدى إلى تعارض واضح في بعض الحالات خاصة من حيث حق الامتياز، فقد يترتب عن ذلك

تقديم رتبة بعض الدائنين على غيرهم في استيفاء حقوقهم مع العلم أنهم يوجدون في درجة متأخرة، أو تأخير رتبة بعض الدائنين في استيفاء حقوقهم علما بأنهم يوجدون في المرتبة الأولى.

و بناء على ذلك، فإن تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية بفعل نظام مساطر صعوبات المقاوله يرجع بالأسلس إلى خضوعها لمقتضيات خاصة جاءت بها مدونة التجارة في إطار الكتاب الخامس، وهذا يقتضي إعادة النظر في هذه المقتضيات وذلك وفق الاقتراحات التالية:

- النص على إمكانية ممارسة طرق الطعن ضد الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات في إطار مسطرة الوقاية الخارجية نظرا للآثار السلبية المترتبة عنه والتي تمس مركز الدائنين المرتهنين ومن ذلك بالأسلس إيقاف ومنع إجراءات التنفيذ على عقارات المدين.

- النص على إمكانية استرجاع مبالغ التخفيضات المتضمنة بالاتفاق الودي في حالة تجاوز الصعوبات التي تعاني منها المقاوله في مسطرة الوقاية الخارجية، وهذا من شأنه أن يسهم في تشجيع الدائنين على المشاركة في الاتفاق الودي، مثلما يرمي إلى تحقيق التوازن بين مصلحة المقاوله ومصلحة الدائنين على حد سواء.

- تمديد نطاق تطبيق مقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة والمتعلقة بمنح حق الامتياز لفائدة الدائنين اللاحقين حتى تشمل الدائنين المرتهنين المشاركين في الاتفاق الودي خاصة في حالة فسخ هذا الأخير وفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المقاوله المدينة.

- إعادة النظر في مقتضيات المادة 575 من م.ت عن طريق احتفاظ الدائنين الممتازين والمرتهنين بحق الأفضلية على حساب الدائنين اللاحقين لصدور الحكم، وهذا من شأنه أن يسهم في تشجيع مؤسسات الائتمان وأصحاب رؤوس الأموال على منح قروض لفائدة المقاولات الفردية والجماعية.

- النص على إمكانية مباشرة إجراءات التنفيذ على عقارات المدين كاستثناء من مقتضيات المادة 653 من م.ت، ولو بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة بشرط إذا تبين أن الدائن الممتاز أو الدائن المرتهن سيتوقف عن دفع ديونه ويخضع لمساطر المعالجة إذا لم يحصل على ديونه في أقرب الآجال، على اعتبار أن منطق العدالة لا يقتضي تسوية الوضعية المالية لمقاوله ما مقابل خضوع مقاوله أخرى لمساطر المعالجة، وقد يترتب عن ذلك فتح مسطرة التصفية القضائية في مواجهتها إذا أصبحت وضعيتها مختلفة بشكل لا رجعة فيه.

- النص صراحة على إمكانية استرجاع مبالغ التخفيضات المتضمنة بمخطط الاستمرارية في حالة نجاح هذا الأخير وإعادة المقولة المدينة توازنها المالي.

- العمل على توضيح مركز الدائن المرتهن رهنا حيازيا خاصة فيما يخص حق أفضليته في استيفاء دينه بالأولوية على حساب باقي الدائنين الآخرين والدائنين اللاحقين الذين يتمتعون بحق الامتياز حسب مقتضيات المادتين 575 و 620 من م.ت، ذلك أن غموض بعض المواد 626 و 657 من مدونة التجارة أدى إلى تضارب في الآراء على المستوى الفقهي والقضائي مما انعكس سلبا على حق الامتياز المخول للدائن الحائز في ظل المساطر الجماعية.

- النص صراحة على شرط الاحتفاظ بالملكية في البيوعات العقارية وبيان مركز البائع الدائن في حالة فتح مساطر صعوبات والمقولة.

- العمل على توضيح حق الأولوية بالنسبة للدائنين اللاحقين لصدور الحكم فيما بينهم وذلك لتجاوز تباين الآراء الفقهية والمواقف القضائية بخصوص ترتيبهم عند استيفاء ديونهم.

- العمل على وضع مدونة شاملة تحكم جميع الضمانات العينية من أجل وضع حد لتعدد هذه الضمانات وتشتتها في نصوص قانونية متفرقة، وكذا لتحقيق الانسجام بين القواعد العامة والخاصة سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وبالتالي سهولة الرجوع إليها ومعرفة رتبة كل واحد من الدائنين الحاملين لهذه الضمانات.

المراجع المعتمدة في الموضوع

أولاً: المراجع باللغة العربية

المراجع العامة

- ادريوش أحمد: أصول نظام التحفيظ العقاري، بحث في مصادره المادية والرسمية وفي توجيه الفقهاء لنظر الشرع الإسلامي عليه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية الرباط، السنة 2003.
- ادريوش أحمد: تأملات نظرية حول مدونة الحقوق العينية، إشكالية التوفيق بين استقرار المعاملات وبين حماية الملكية العقارية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط ، السنة 2014-2015.
- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، الطبعة الثانية، منشورات عكاظ ، السنة 1987.
- أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الإفلاس، الجزء الرابع، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط، دون الإشارة إلى السنة.
- ادريس الفاخوري، قضايا المنازعات العقارية، قضاء محكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة 2014.
- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد - مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، السنة 1996.
- افريل يوسف: الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2012.

- **برادة الطيب:** التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، السنة 1988.
- **بلعكيد عبد الرحمن:** تصفية التركة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2012.
- **حفيظ عبد العلي:** العمل القضائي في الحجز التنفيذي العقاري، دار القلم، الرباط، السنة 2010.
- **حاميدي عادل:** القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015.
- **خليل أحمد:** قانون التنفيذ الجبري، مكتبة ومطبعة الإشعار الفنية، مصر، السنة 1998.
- **خير محمد:** العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة 2014.
- **الزروالي سعاد:** مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع العقاري المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط، السنة 2009.
- **الزهري يونس:** الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، السنة 2007.
- **الزهري يونس:** الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، الجزء الثاني، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، السنة 2007.
- **سلام محمد:** تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2002.

- الفصائلي الطيب: الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، مؤسسة ايزيس للنشر الجامعي، الدار البيضاء، السنة 1989.

- الكزيري مأمون: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر السنة 1987.

- الكزيري مأمون - ادريس العلوي العبدلاوي: قانون المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، مطبعة بيروت ، السنة 1975.

- الكزيري مأمون: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، دون الإشارة إلى دار النشر، السنة 1980.

- العرعاري عبد القادر، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثانية، مطبعة الكرامة، الرباط، السنة 2009.

- هداية الله عبد اللطيف: القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 1998.

- عاشور مبروك: الوسيط في التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 2003.

- الطالب عبد الكريم: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة الوراقة الوطنية مراكش، السنة 2012.

- محمد بن الحاج السلمي: التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، المطبعة الرئيسية أكادير، السنة 1984.

المراجع المتخصصة

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض
المقابلة، ومساطر معالجتها، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة،
الرباط، السنة 2000.

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض
المقابلة، ومساطر معالجتها، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة،
الرباط، السنة 2000.

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض
المقابلة، ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة،
الرباط، 2000.

- أزوكار عمر: قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية،
مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2014.

- البلعيدي زكرياء: الوضعية القانونية للعقار خلال مسطرة التسوية القضائية
للمقابلة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، السنة 2014.

- الذهبي جواد: شرط الاحتفاظ بالملكية في مساطر معالجة صعوبات المقابلة، مطبعة
النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2014.

- لفروجي امحمد: صعوبة المقابلة والمساطر القضائية الكفيلة لمعالجتها، مطبعة
النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2000.

- شميعة عبد الرحيم: إجراءات الوقاية والمعالجة من صعوبات المقابلة طبقا للقانون
81.14، الطبعة الأولى، مطبعة وراقعة سجلماسة، الزيتون - مكناس، السنة 2015.

- العلواني محمد : توظيف الملكية كضمان في عمليات الائتمان، دار الأمان، الرباط،
الطبعة الأولى، السنة 1433/هـ 2012.

الأطروحات

- **حتيتي مصطفى:** حق الحبس وأثره على المراكز القانونية للدائنين، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2000-2001 .
- **حجي حياة:** نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2009-2010 .
- **حفيظ عبد العلي:** الحجز التنفيذي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2008-2009 .
- **الحمشي العربي :** المركز القانوني للدائن العادي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 2002-2003 .
- **زهران لحسن:** التصفية القضائية وفق التشريع والقضاء، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2004-2005.
- **شبو المهدي:** مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004
- **مختاري يوسف:** حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال ، السنة الجامعية 2013-2014 .

- هشام عليوي : الشرط الفاسخ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال - السنة الجامعية 2014-2015 .

- **النشاط محمد :**الاتجاهات الحديثة للقضاء التجاري في مساطر معالجة صعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سطات - السنة الجامعية 2016-2017.

الرسائل

- أشيبان مصطفى : الكفالة العينية العقارية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء ، السنة الجامعية 1998-1999.

- بزوت نورة: مخطط التفويت في إطار مساطر صعوبات المقاول، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2010-2011.

- تيوك سميرة : رهن العقار في طور التحفيظ رهنا رسميا، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2010-2011.

- الحروف فاطمة: حجية القيد في السجل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1993-1994.

- **الادريسي مبتسم** لالة حفيظة: مركز الكفيل في إطار مسطرة التسوية القضائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2010-2011.

-الكرويطي نرجس: الحق في الحبس، بحث تأهيلي في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2006/2007.

- العمراني ادريس: حقوق الامتياز الواردة على العقار في التشريع المغربي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2006/2007.

- الصحراوي فاطمة الزهراء: حقوق الامتياز في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2001-2002.

-عومري زكية: آثار التسوية القضائية على الدائنين الناشئة ديونهم قبل فتح المسطرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004.

- العماري زكرياء: التسوية الودية كآلية للوقاية من صعوبات المقاول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2007-2008.

- وعركوب جمال: التفويت القضائي للمقاول المتوقفة عن الدفع، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء بالمغرب، الرباط، السنة القضائية 2008-2010.

- لفروجي امحمد: كتلة الدائنين في الإفلاس في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1993-1994.

- **الفرتاني مراد:** القانون المغربي والصلح الواقي من الإفلاس، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1990-1991.

- **لكحل عبد الرحيم:** وضعية الضمانات في إطار صعوبات المقاولات - الرهن الرسمي نموذجاً-، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2011-2012.

- **الناعمي أمينة :** الرهن الرسمي الإجباري، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1999-2000.

المقالات

- **أحمد شكري السباعي:** تسجيل حقوق الرهن العقاري والامتياز وغيرهما من الحقوق في السجل العقاري أو في غيره من السجلات الخاصة خلال فترة الريبة والتفليس، مقال منشور في مؤلف الندوة المشتركة حول نظام التحفيظ العقاري بالمغرب منظمة من طرف جمعية المحافظين والمراقبين بتشارك مع جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 4-5- ماي 1990.

- **البختي أحمد:** الآثار التطهيرية لبيع العقار في إطار مساطر صعوبات المقاولات، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 14-15 ماي - شتبر، السنة 2008.

- **البشيري المختار:** أحكام فترة الريبة لغاية صدور حكم فتح مسطرة الصعوبة، مقال منشور في مؤلف الندوة الجهوية الثامنة تحت موضوع صعوبات المقاولات وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى نظمت بقاعة عمالة الفحص أنجرة، طنجة 21-22 يونيو 2007.

- بوكبيش عبد الحق : هشاشة حق الأولوية في الوفاء المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 12، السنة 2007.

- بنزهره محمد: تأثير مساطر صعوبات المقاولات على حق أولوية الدائن المرتتهن، مقال منشور في مؤلف الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، مكتبة دار السلام، السنة 2004.

- حجي حياة: النزاعات الناشئة بين الدائنين وحلها عبر حق الأسبقية المقرر بالمادة 575 من مدونة التجارة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 9، شتبر 2005.

- تيزاوي اعمار: إشكالية وضعية الديون العمالية في إطار نظام صعوبات المقاولات، مقال منشور في مؤلف الندوة الجهوية الثامنة تحت موضوع صعوبات المقاولات وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى نظمت بقاعة عمالة الفحص أنجرة، طنجة 21-22 يونيو 2007.

- الزهري يونس: بعض الإشكالات العملية لمسطرة تحقيق الرهن الرسمي، مجلة المناهج، عدد مزدوج 7 و 8، السنة 2005.

- سامي بن مسعد بن عطيان المطيري: أحكام المحاسبة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني، Fiqh.islammessage.com، تاريخ المراجعة 2015/02/02.

- شنان محمد: عبثية الإبقاء على الأثر المطلق لقرار التحفيظ بعد الاستقلال، مقال منشور في مؤلف الندوة المشتركة حول نظام التحفيظ العقاري بالمغرب منظمة من طرف جمعية المحافظين والمراقبين بتشارك مع جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 4 - 5 ماي 1990.

- العميري محمد: التوزيع بالمحاسبة وأولوية الاستيفاء، مقال منشور في مؤلف الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، مكتبة دار السلام، السنة 2004.

-القادري محمد وايت موح محمد : إشكالات وقف المتابعات الفردية في نظام صعوبات المقاول، مقال منشور في مؤلف الندوة الجهوية الثامنة تحت موضوع صعوبات المقاول وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى نظمت بقاعة عمالة الفحص أنجرة، طنجة 21-22 يونيو 2007.

- قدري الترجمان زيد: الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التتمية، العدد 7، السنة 1984.

- الوزاني التهامي حسن: صعوبات إعداد الحل في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاول، مقال منشور في مؤلف الندوة الجهوية الثامنة تحت موضوع صعوبات المقاول وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى نظمت بقاعة عمالة الفحص أنجرة، طنجة 21-22 يونيو 2007.

المواقع الالكترونية

-Fiqh.islammessage.com

-www.djelfa.info

www.justice.gov.ma

www.jurisprudencemaroc.com

www.driotetentreprise.com

- www.alkanounia.com

الندوات

- الندوة المشتركة حول نظام التحفيظ العقاري بالمغرب منظمة من طرف جمعية المحافطين والمراقبين بتشارك مع جامعة محمد الخامس - أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 4-5- ماي 1990.
- الندوة الجهوية الثامنة تحت موضوع صعوبات المقاولات وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى " نظمت بقاعة عمالة الفحص أنجرة، طنجة 21-22 يونيو 2007.
- الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، مكتبة دار السلام،الرباط، السنة 2004.

ثانيا : المراجعة باللغة الفرنسية

OUVRAGE

- 1- **Le Galou Cécile** : droit des suretés et droit des procédures collectives, éditions larcier, Bruxelles , année 2012.
- 2- **Gabrillac Michel et Mouly Christian** : Droit des sûretés, 5^{ème} éditions, éditions Litec, année 1999.
- 3- **Corinne Saint –Alary-Houin** : Droit des entreprises en difficultés, 6^{ème} édition, éditions Montchrestien, paris, année 2009.
- 4- **EL Hammoumi Abdeljalil** : droit des difficultés de l'entreprise, 3^{ème} édition, librairie Dar Assalam, Rabat, année 2008.
- 5- **Coquelet Marie-Laure** : entreprises en difficulté, instrument de paiement et de crédit, Dalloz, année 2006.
- 5- **Le Corre Pierre Michel** : Droit des entreprises en difficulté, 2^{ème} édition, Dalloz, année 2006 .
- 6- **Derrida Fernand et Godé Pierre et sortais Jean-Pierre** : redressement et liquidation judiciaires des entreprise, 3^{ème} édition, éditions Dalloz, année 1991.
- 7- **Souweine Carole** : Droit des entreprises en difficulté, Presses Universitaires de Grenoble, année 2004.
- 8- **Jeantin Michel** : Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, entreprise en difficulté, 4^{ème} édition, Dalloz, année 1995.
- 9- **Pailluseau jean et Lazarski henry et caussain Jean –jacques et Peyramoure Phillippe**: cession d'entreprises, 4^{ème} édition, éditions Dalloz, année 1999.
- 10- **Guyon yves** :Droit des affaires, tome2, Entreprises en difficultés redressement judiciaire-faillite, 9 édition, éditions DELTA, Beyroute, année 2003.

11 – **Decroux Paul**:droit foncier marocain, Editions la porte, année 2002.

12- **Marcel Planiol et Georges Ribert** : Droit civil français, suretés réelles, Tome XII, 2 édition ,L.G.D.J, année 1953.

1. Thèses et mémoire

2. **Amrani Hassani Lamiae** : La prévention des difficulté de l'entreprise, mémoire pour l'obtention du DESA en droit des affaires, université Hassan II, Ain Chock, Faculté des Sciences juridique et économique et sociale, Casa, Année Universitaires 2001-2002.

3. **Faris larbi** : La situation des créanciers dans le nouveau droit des procédures collectives, mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures approfondies droit des affaires, université hassan 2 ain chock, faculté des sciences juridiques et économiques et sociales, casablanca, année académiques 2003 2004 .

4. **Motik M'Hamed** : le crédit immobilier et Hôtelier du Maroc, mémoire de l'Obtention du Diplôme études supérieures de droit privé, université Mohamed V, faculté des Sciences juridique et économique et sociale, rabat, Année 1978.

5. - **Lyazidi Khalid** :Le syndic de faillite, thèse pour l'obtention du doctorat d'état en droit, université mohamed 5, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, rabat, année 1984 .

6. **Traiki Mohamed Amine** : La cession de l'entreprise en difficulté, mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieures approfondies en droit des affaires, Université Hassan II, Faculté des Sciences juridique et économique et sociales, Casa, 2002.

7. **Zerad nazha**, Le sort de la caution dans le cadre des procédures collectives, mémoire élaboré en vue de l'obtention du diplôme des études supérieures de l'université, option droit des affaires, Université Mohamed V-Souissi, faculté des Sciences juridique et économique et sociales, Rabat, année Universitaire 2008-2009 .

الفهرس

2.....	مقدمة.....
	الباب الأول :حدود تأثر الضمانات العينية العقارية بنظام
	صعوبات المقاومة قبل صدور الحكم القاضي
17.....	باختيار الحل.....
20.....	الفصل الأول: نسبية تأثر الضمانات العينية العقارية بمسطرة الوقاية الخارجية.....
	الفرع الأول: آثار الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات على مركز الضمانات
22.....	العينية العقارية.....
	المبحث الأول: مظاهر الانعكاس السلبي للأمر القضائي على الضمانات العينية
24	العقارية.....
	المطلب الأول: تعطيل أحقية أصحاب الضمانات العينية العقارية في رفع دعوى
25	قضائية.....
	الأولى الفقرة: الدعاوى الرامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ
25.....	مالي.....
	الفقرة الثانية: الدعاوى الرامية إلى فسخ عقد لعدم سداد مبلغ
29.....	مالي.....
	المطلب الثاني: عدم أحقية أصحاب الضمانات العينية العقارية مباشرة
33	إجراءات التنفيذ.....
	الفقرة الأولى: مدى إمكانية لجوء الدائن المرتهن إلى مسطرة الحجز التحفظي
33.....	أو الإنذار العقاري
38	الفقرة الثانية: منع وإيقاف باقي إجراءات الحجز التنفيذي العقاري.....

- المبحث الثاني: مظاهر الانعكاس الايجابي للأمر القاضي بالوقف المؤقت
- 42.....للإجراءات
- المطلب الأول: تجليات تقوية مركز الدائن المرتهن بمناسبة صدور الأمر
- 43.....القضائي
- الفقرة الأولى: إمكانية الاستماع إلى الدائنين الرئيسيين قبل اتخاذ الأمر
- 43القضائي
- الفقرة الثانية: إمكانية الطعن ضد الأمر القاضي بالوقف المؤقت
- 45.....للإجراءات
- المطلب الثاني: استعادة الدائنين المرتهنين لحقوقهم عند انتهاء مدة الأمر
- 49.....القضائي
- الفقرة الأولى: أحقية الدائنين المرتهنين في ممارسة حق التتبع.....49
- الفقرة الثانية: استفادة الدائنين المرتهنين من حق الأفضلية.....50
- الفرع الثاني: مركز الدائنين المرتهنين في ظل الاتفاق الودي.....54
- المبحث الأول: تجليات تأثير الاتفاق الودي على مركز أصحاب الضمانات
- 56.....العينية العقارية
- المطلب الأول: عدم أحقية الدائنين المرتهنين في مقاضاة المدين.....57
- الفقرة الأولى: إيقاف ومنع الدعاوى القضائية قصد المطالبة بالديون المشمولة
- 57.....بالاتفاق الودي
- الفقرة الثانية: عدم أحقية الدائنين المرتهنين في اتخاذ إجراءات الحجز
- 60.....التفذي
- المطلب الثاني: إمكانية تأجيل ميعاد استحقاق الديون وتخفيض حجمها.....64

- 65.....الفقرة الأولى: إمكانية تأجيل ميعاد استحقاق الديون
- 67.....الفقرة الثانية: تخفيض حجم الديون
- 69.....المبحث الثاني: أثر فسخ الاتفاق الودي على مركز الضمانات العينية العقارية
- المطلب الأول: انعكاس فسخ الاتفاق الودي على الآجال والتخفيضات الممنوحة
- 70 للمدين
- 71.....الفقرة الأولى: سقوط آجال الأداء الممنوحة من طرف الدائن المرتهن
- 73.....الفقرة الثانية : مدى إمكانية سقوط التخفيضات في حالة فسخ الاتفاق الودي
- المطلب الثاني: تأثير الضمانات العينية العقارية في حالة فتح مساطر المعالجة نتيجة
- 76.....فسخ الاتفاق الودي
- الفقرة الأولى: اعتبار الدائنين المرتهنين في الاتفاق الودي بمثابة دائنين سابقين
- 77 عن الحكم
- الفقرة الثانية: حدود تأثير الدائنين المرتهنين في الاتفاق الودي بحق الامتياز المقرر
- 79.....للدائنين اللاحقين.
- الفصل الثاني: تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية خلال فترتي الرتبة
- 83.....و إعداد الحل
- 85.....الفرع الأول: حدود تأثير الضمانات العينية العقارية خلال فترة الرتبة
- 87.....المبحث الأول: أثر البطلان الجوازي على الرهون الرسمية والحيازية
- المطلب الأول: تجليات تأثير الرهن الاتفاقي بالبطلان الجوازي
- 88.....
- 89الفقرة الأولى: حالة أسبقية تاريخ نشأة الدين عن تاريخ إبرام الرهن الاتفاقي ..
- 92.....الفقرة الثانية: بطلان الرهن الاتفاقي تبعا لبطلان الالتزام الأصلي
- المطلب الثاني: مدى إمكانية تأثير الرهن الجبري بالبطلان الجوازي
- 96

97	الفقرة الأولى: مدى تأثير الرهن القضائي بالبطلان الجوازي
100	الفقرة الثانية: استبعاد تأثير الرهن القانوني بالبطلان الجوازي
	المبحث الثاني: إمكانية تعارض مبدأ حجية القيد في السجل العقاري
104	مع البطلان الجوازي
105	المطلب الأول: استبعاد حقوق الامتياز والرهن الإجباري من إشكالية التعارض
	المطلب الثاني : مدى تعارض حجية القيد مع البطلان الجوازي
107	للرهن الاتفاقي
	الفقرة الأولى: حدود تعارض مبدأ التطهير مع البطلان الجوازي
108	للرهن الاتفاقي
	الفقرة الثانية: حدود تعارض مبدأ حجية القيد بالرسم العقاري مع البطلان الجوازي
110	للرهن الاتفاقي
115	الفرع الثاني: تأثير الضمانات العينية العقارية خلال فترة إعداد الحل
	المبحث الأول: ضعف مركز الضمانات العقارية نتيجة وقف المتابعات الفردية
117	وحق امتياز الدائنين اللاحقين
	المطلب الأول: أثر إيقاف ومنع المتابعات الفردية على الدائنين المرتهنيين
118	المرتتهنين
	الفقرة الأولى: أثر إيقاف ومنع الدعاوى القضائية على أصحاب الضمانات العينية العقارية
119	العقارية
	الفقرة الثانية: إيقاف ومنع مباشرة إجراءات التنفيذ يمس بالدائنين المرتهنيين
123	المرتتهنين

المطلب الثاني: امتياز الدائنين اللاحقين على حساب الدائنين السابقين الحاملين	
لضمانات عينية عقارية.....	127
الفقرة الأولى: امتياز الدائنين اللاحقين على حساب أصحاب الامتيازات	
العقارية.....	129
الفقرة الثانية: امتياز الدائنين اللاحقين على حساب الدائنين المرتهنين	
السابقين.....	132
المبحث الثاني: تراجع مركز الدائنين بفعل منع أداء الديون السابقة وتقييد	
الرهن.....	137
المطلب الأول: أثر منع أداء الديون السابقة على الضمانات العينية	
العقارية.....	138
الفقرة الأولى: الأصل منع أداء الديون السابقة لصدور الحكم.....	138
الفقرة الثانية : الاستثناء في قاعدة منع أداء الديون السابقة لصدور الحكم.....	140
المطلب الثاني: مبدأ منع تقييد الرهن وأثره على الدائن المرتهن.....	144
الفقرة الأولى: الأصل عدم تقييد الرهن بعد صدور القاضي بفتح المسطرة.....	144
الفقرة الثانية: الاستثناء في قاعدة منع تقييد الرهن.....	147

الباب الثاني : تأثير الضمانات العينية العقارية بنظام صعوبات المقاولة بعد صدور الحكم القاضي باختيار

- الحل.....150
- الفصل الأول: قصور التنظيم القانوني للتسوية القضائية في تدعيم أصحاب
- الضمانات العينية العقارية.....152
- الفرع الأول: تراجع فعاليات الضمانات العينية العقارية في حالة تبني مخطط
- الاستمرارية.....154
- المبحث الأول: تجليات تراجع فعالية الضمانات العينية العقارية في ظل مخطط
- الاستمرارية.....156
- المطلب الأول: منح آجال جديدة وتخفيض حجم الديون لفائدة المقاولة.....157
- الفقرة الأولى: منح آجال جديدة لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية.....157
- الفقرة الثانية: تخفيض حجم الديون قصد ضمان مخطط الاستمراري.....162
- المطلب الثاني: تراجع مركز أصحاب الضمانات العينية العقارية
- في حالة التصرف في الملك المرهون.....165
- الفقرة الأولى: تأثير حق أولوية الدائن الممتاز والدائن المرتهن عند بيع الملك
- المرهون.....166
- الفقرة الثانية: أثر استبدال الضمانة على أصحاب الامتيازات والرهن
- الرسمية.....170
- المبحث الثاني : مدى إمكانية تجاوز الآثار السلبية لمخطط الاستمرارية174
- المطلب الأول: رجوع الدائن المرتهن على الكفيل العيني العقاري.....175

الفقرة الأولى: عدم أحقية الكفيل العيني في التمسك بمبدأ إيقاف المتابعات	
الفردية.....	176
الفقرة الثانية: عدم استفادة الكفيل من الآجال والتخفيضات المضمنة	
بمخطط الاستمرارية.....	179
المطلب الثاني: حدود فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في تجاوز الآثار السلبية	
لمخطط الاستمرارية.....	182
الفقرة الأولى: عدم تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية في البيوعات العقارية.....	182
الفقرة الثانية: وضعية مؤسسة الائتمان في إطار عقد الائتمان الإيجاري	
العقاري.....	186
الفرع الثاني: أثر مخطط التفويت على مركز الضمانات العينية العقارية.....	189
المبحث الأول: الانعكاس السلبي لمخطط التفويت على أصحاب الضمانات	
العينية العقارية.....	191
المطلب الأول: أثر مخطط التفويت على حقي التتبع و الحبس	192
الفقرة الأولى: تعطيل ممارسة حق التتبع عند تبني مخطط التفويت.....	193
الفقرة الثانية: أثر مخطط التفويت على حق الحبس المقرر لفائدة صاحب الرهن	
الحيازي.....	196
المطلب الثاني: تأثير حق الأفضلية عند توزيع ثمن التفويت.....	199
الفقرة الأولى: حدود تأثير حق الامتياز المقرر للدائنين اللاحقين على حق	
أولوية الدائن المرتهن.....	200
الفقرة الثانية: مصير الدائن الممتاز و الدائن المرتهن في حالة عدم	
كفاية ثمن الملك المرهون.....	203

المبحث الثاني: مظاهر الانعكاس الايجابي لمخطط التفويت على أصحاب	
الضمانات العينية العقارية.....	208
المطلب الأول: سقوط آجال الديون وتقييد حق تصرف المفوت إليه	
في الأموال المفوتة.....	209
الفقرة الأولى: سقوط آجال الديون كأثر عن الحكم القاضي بالتفويت.....	210
الفقرة الثانية: تعطيل حق تصرف المفوت إليه في الأموال المفوتة.....	212
المطلب الثاني: استرجاع الدائنين المرتهنين لحق التتبع.....	215
الفقرة الأولى: استرجاع الدائنين لحق التتبع في حالة التصرف	
في الأموال المفوتة.....	215
الفقرة الثانية: استرجاع الدائنين الحق في متابعة إجراءات التنفيذ تبعا لاسترجاع	
حق التتبع.....	218
الفصل الثاني: نسبية تأثر أصحاب الضمانات العينية العقارية بمسطرة التصفية	
القضائية.....	222
الفرع الأول: مظاهر تقوية مركز أصحاب الضمانات العينية العقارية.....	225
المبحث الأول: حدود مساهمة إجراءات بيع العقار في تعزيز مركز أصحاب	
الضمانات العقارية.....	227
المطلب الأول: دور طرق بيع العقار وفق المادة 622 من م.ت في ضمان	
سداد الديون.....	228
الفقرة الأولى: أثر مسطرة بيع العقار وفق قانون المسطرة المدنية	
على مركز الدائنين الحاملين للضمانات.....	229

الفقرة الثانية: بيع العقار المرهون عن طريق مزايمة ودية بالثمن الافتتاحي	
أو بالتراضي.....	232
المطلب الثاني: استرجاع الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار أو	
إتمامها.....	235
الفقرة الأولى: : متابعة إجراءات حجز التنفيذ العقاري من طرف السنديك.....	235
الفقرة الثانية: استرجاع الحق في إجراء المتابعات الفردية من طرف الدائنين	
المرتتهين	238
المبحث الثاني: حدود تأثير حق الأفضلية المقرر للدائنين عند النطق بالتصفية	
القضائية المباشرة.....	243
المطلب الأول: تعزيز وضعية الدائن المرتتهن رهنا حيازيا عند النطق بالتصفية	
القضائية.....	244
الفقرة الأولى: تمتيع الدائن المرتتهن حيازيا بحق الأولوية عند فك الأموال	
المرهون.....	245
الفقرة الثانية: المطالبة بالتسليم القضائي للرهن.....	247
المطلب الثاني: امتياز أصحاب الامتيازات العقارية والرهون الرسمية	
في حالة التصفية القضائية المباشرة.....	251
الفقرة الأولى: تمتيع ديون المصاريف القضائية بحق الأولوية.....	252
الفقرة الثانية: مركز الدائن المرتتهن رهنا رسميا عند النطق بالتصفية	
القضائية المباشرة.....	255
الفرع الثاني: تجليات ضعف مركز الضمانات العينية العقارية عند تصفية	
الخصوم.....	258

المبحث الأول: القصور التشريعي في حماية أصحاب الضمانات العينية	
العقارية.....	260
المطلب الأول: مدى تعارض تطبيق المادة 653 من م.ت مع مرسوم 17 دجنبر	
1968.....	261
الفقرة الأولى: أثر تطبيق المادة 653 من م.ت على الضمانات المخولة	
للدائن المرتهن.....	262
الفقرة الثانية: أثر تطبيق المادة 653 من م.ت على مسطرة التوزيع.....	264
المطلب الثاني: غياب التنظيم التشريعي لترتيب الدائنين عند النطق بالتصفية	
القضائية.....	268
الفقرة الأولى: عدم وضع ترتيب للدائنين يؤثر على حق الأولوية.....	269
الفقرة الثانية: إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة قصد ترتيب الدائنين.....	272
المبحث الثاني: مركز الضمانات العينية العقارية في حالة عدم كفاية	
حصيلة التنفيذ العقاري.....	276
المطلب الأول: إعمال مسطرة التوزيع بالمحاصة عند النطق بالتصفية	
القضائية.....	277
الفقرة الأولى: التوزيع بالمحاصة بين الدائنين الحاملين للامتيازات	
والرهون الرسمية.....	278
الفقرة الثانية: التوزيع بالمحاصة بين صاحب الامتياز أو الرهن الرسمي	
والدائنين العاديين.....	283
المطلب الثاني: أثر قفل التصفية القضائية على مركز الضمانات العينية	
العقارية.....	287

الفقرة الأولى: إمكانية استرجاع الدائنين المتابعات الفردية بعد قفل

288.....مسطرة التصفية القضائية

الفقرة الثانية: رجوع الدائنين المرتهنين على الكفيل العيني بعد قفل التصفية

291.....القضائية

294.....خاتمة

298.....لائحة المراجع

312.....الفهرس

