المكتبة القانونية
محاضرات-بحوث-مذكرات-قوانين-كتب قانونية
WWW.LAW-DZ.NET

الطبيعة القانونية لأوامر الآداء .. قراءة من منظور دستوري

قضت المحكمة الدستورية العليا مؤخراً بعدم دستورية نص المادة (206) من قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما تضمنه من قصر الحق في التظلم من أمر الآداء أو استئنافه على المدين وحده دون الدائن طالب الأمر.[1]

وأسست المحكمة قضاءها على أن هذا النص خول المدين ولوج طريقي التظلم والاستئناف طعناً على هذا الأمر، وحرم الدائن – طالب الأمر – من مكنة التظلم أو الاستئناف حال عدم إجابته لكامل طلباته. فإنه يكون قد مايز – في مجال ممارسة حق التقاضي – بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية تقتضيه، بما يمثل إخلالاً بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وانتقاصاً لحق التقاضي مخالفاً بذلك أحكام المادتين (40 و 68) من الدستور. ولا يقيل ذلك ا لنص من عثرته التذرع بالطبيعة الخاصة لنظام أوامر الآداء وما تهدف إليه من تيسير الإجراءات وتحقيق السرعة في حسم الأنزعة،

ذلك أن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية التي يتناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على حقوق يطلبونها، فإذا أرهقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها، كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق.

رأينا في مدة صحة هذا القضاء

والحقيقة أن البحث في صحة هذا الحكم من عدمه يشدنا إلى البحث –أولاً – في الطبيعة القانونية لنظام أوامر الآداء.

وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن القاضي المختص بإصدار أمر الآداء إنما يباشر وظيفة ولائية بحتة، وأنه وإن لم يكن هو قاضي الأمور الوقتية، إلا أنه يعد كذلك عند مباشرة هذه الوظيفة. ويبرر هذا بأنه ليس بغريب على المشرع أن يمنح القاضي المختص (وليس قاضي الأمور الوقتية) في بعض الأحوال سلطة إصدار أوامر ولائية (م 432 مرافعات). ويذهب هذا الرأي إلى أن المشرع قصد من وجوب استصدار أمر الآداء بدلاً من عرض النزاع على المحكمة ابتداء، التيسير على المحاكم وتوفير الوقت والجهد بمباشرة وظيفة ولائية ميسرة. كما أنه يستخلص من هذا أن المشرع منع القاضي من موالاة وظيفته القضائية عند إصدار الأمر، أو موالاة السلطات التي كان يباشرها بما له من سلطة قضائية كالإحالة إلى التحقيق والإثبات بشهادة الشهود مثلاً. يضاف إلى هذا أن إجراءات استصدار الأمر تتم بغير مرافعة، وفي غفلة من الخصم الآخر.[2]

الاتجاه الثاني: تتجه غالبة الشراح إلى أن أمر الآداء عمل قضائي، إذ هو يتضمن قضاءً فاصلاً في خصومة، وأنه يصدر من القاضي في موضوع دعوى رفعت بالإجراءات التي رسمها القانون لهذه الدعوى. فالقانون قد جعل نظام أوامر الآداء وجوبياً واعتبره طريقاً لرفع الدعوى استثناء من القواعد العامة في حالة المطالبة بالحقوق الثابتة بالكتابة. وعلى ذلك يعد طلب استصدار أمر الآداء مطالبة قضائية لأن فيه معنى المطالبة بالحق أمام القضاء مطالبة جازمة بعد تكليف المدين بالوفاء demande en

والقاضي المختص بإصدار الأمر يفصل في مطالبة قضائية بحق، وفي خصومة حول أصل الحق فأمر الآداء هو عمل قضائي له كل مقومات العمل القضائي ويرتب نفس آثاره. فهو يحوز حجية الأمر المقضي ويحوز القوة التنفيذية تماماً كالحكم القضائي الذي يصدر في دعوى إلزام ولكنه يختلف عن الحكم في أنه يفصل في دعوى ذات طبيعة خاصة. [3]

وقد أخذت بهذا الاتجاه كثير من أحكام المحاكم، فقضت محكمة ا لنقض "بأن المشرع أنزل أوامر الآداء منزلة الأحكام، فنص في المادة853 مرافعات على أن يعتبر أمر الآداء بمثابة حكم غيابي كما صرحت المذكرة الإيضاحية لكل من القانونيين 263 لسنة 1953 و485 لسنة 1953 على نفي الرأي القائل باعتبار أمر الآداء بمثابة أمر على عريضة. وقد أكد المشرع ذلك بمعاملة أوامر الآداء معاملة الأحكام في مواطن كثيرة، منها ما نصت عليه المواد 855، 856، 857 مكرر مرافعات مما يتأدى معه أن أوامر الآداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وتشتبه بطريقة استصدار الأوامر على العرائض، إلا أنها تصدر بموجب السلطة القضائية لا الولائية ولها ما للأحكام من قوة. [4]

وقررت محكمة النقض أيضا أن "أوامر الآداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وتشتبه بطريقة استصدار الأوامر على العرائض إلا أنها تصدر بموجب السلطة القضائية لا الولائية ولها ما للأحكام من قوة".[5]

وقررت محكمة القاهرة الابتدائية "..... إذ أن استصدار أوامر الآداء ليس من قبيل السلطة الولائية للمحاكم وإنما هو عمل تباشره في حدود وظيفتها القضائية وإن كانت إجراءاته تشبه في بعض النواحي إجراءات الأوامر على العرائض....." [6]

ويذهب رأي فقهي إلى التأكيد على أن أمر الآداء هو عمل قضائي استناداً إلى الأسباب الآتية:

1- كان المشرع صريحاً وواضحاً في بيان اشتمال أمر الآداء على قضاء قطعي ملزم في المذكرة التفسيرية للقانون رقم 100 لسنة 1962.

2- نص المشرع في المادة (201) مرافعات بعبارة صريحة على أنه "استثناء من القواعد العامة في رفع الدعوى ابتداء .. "وهذا يبين بوضوح، ويؤكد أن طلب أمر الآداء بالطريق الذي حدده المشرع هو وسيلة خاصة للالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحق كان المفروض أن تتم بطريق الدعوى – وهي الطريق العادي للمطالبات القضائية – لولا نص المشرع على هذه الإجراءات الاستثنائية.

يؤكد هذا أن المذكرة التفسيرية للقانون رقم 100 لسنة 1962 ذكرت "أما بالنسبة لأوامر الآداء فقد أوضح المشرع أن استصدار الآمر بأداء الدين الثابت بالكتابة لا يكون طريقاً إلزامياً إلا عندما يقصد رفع الدعوى ابتداء، أما عند المطالبة به أثناء دعوى قائمة، فمن الجائز أن يكون ذلك في صورة طلب عارض، وطبيعي أن المطالبة بالدين الثابت بالكتابة لا تختلف طبيعتها سواء قدمت في صورة طلب عارض أو في مطالبة أصلية وإن اختلفت وسيلة مباشرتها.

3- كان المشرع ينص في المادة 857 معدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1962 على أنه

".. ويترتب على تقديم العريضة قطع التقادم .. "وأكد هذا في المذكرة التفسيرية للقانون المتقدم بقوله "كما ينص المشرع في المادة 857 على أنه "يترتب على تقديم عريضة طلب الآداء مصحوبة بما يدل على آداء الرسم قطع التقادم .." ولما كان انقطاع التقادم لا يترتب كقاعدة وفقاً لنص المادة 383 مدني إلا من وقت المطالبة القضائية. فإن تقرير هذا الأثر يفيد في الدلالة على إرادة المشرع اعتبار تقديم عريضة الآداء بديلاً لرفع الدعوى، كما ذهبت إلى هذا أحكام المحاكم فاعتبرت أمر الآداء بديلاً لورقة التكليف

البوابة الجزائرية للقانون
http://www.sci-dz.com

بالحضور أو اعتبرها الشراح بمثابة استعمال للدعوى. وقد كانت هذه الفقرة قد حذفت من المادة (208) من القانون الجديد، فلم يكن ذلك عدولاً من المشرع عن الاتجاه المتقدم، وانما لأن هذا الأثر أصبح يترتب عملاً بالقواعد العامة. وقد برر المشرع هذا الحذف في المذكرة الإيضاحية للقانون بقوله، إذا كان ثمة ما يبرر وجود هذا الحكم في القانون القائم، فإن هذا المبرر ينتفي بعد أن اتجه المشرع إلى جعل رفع الدعوى يتم بتقديم صحيفتها إلى قلم الكتاب. ولا شك بعد ذلك أن عريضة أمر الآداء يترتب عليها كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى.

4- تمشى المشرع مع اعتبار أمر الآداء مطالبة قضائية يفصل فيها القاضي المختص بقضاء قطعي ملزم، فاستلزم آداء الرسم كاملاً، واشترط لقبول عريضة الأمر بالآداء أن يرفق بها الدائن ما يدل على آداء هذا الرسم (مادة 1/208).

5- تطلب المشرع توقيع محام على عريضة الأمر بالآداء إذا كانت مقدمة للمحاكم الابتدائية وأن يكون من المقررين أمامها. وكذلك الحال إذا كانت مقدمة إلى المحاكم الجزئية متى بلغت أو جاوزت قيمة أمر الآداء خمسين جنيهاً. وهذا التوقيع يتطلبه القانون عادة في صحف الدعاوي والطعون، مما يؤكد أن طلب الأمر بالآداء طريق خاص من طرق رفع الدعوى والالتجاء إلى القضاء.

6- يشترط لإمكان تنفيذ أمر الآداء أن يذكر القاضي صراحة جواز تنفيذ الأمر معجلاً، أو أن يكون صادراً في مسألة يكون النفاذ المعجل فيها واجباً بقوة القانون أو أن يكون الأمر جائز التنفيذ بحسب القواعد العامة. فقد نص المشرع في المادة (209) على سريان الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال نظراً للتشابه القائم بين مضمون أوامر الآداء والأحكام فكل منهما يقرر حقاً لأحد الخصوم في مواجهة الآخر مما يقتضي تقييد تنفيذ السند وهذا الحكم يخالف القاعدة المقررة في الأوامر على العرائض التي لا تتضمن إلا إجراءً وقتياً أو تحفظياً .

رأينا في تحديد الطبيعة القانونية لأوامر الآداء

والحقيقة أن البحث في الطبيعة القانونية لأوامر الآداء لتحديد هل هي أعمال قضائية أم أعمال ولائية يشدنا –أولاً – إلى البحث في الطبيعة القانونية للعمل الولائي، وبالتالي معيار تمييز العمل الولائي عن العمل القضائي.

طبيعة العمل الولائي: وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة العمل الولائي، فذهب البعض إلى أن العمل الولائي هو في حقيقته نشاط إداري يقوم به قضاة، ويرى آخرون أن العمل الولائي هو في حقيقته عمل قضائي، فهو صورة من صور الحماية القضائية إلى جانب قضاء التحقيق وقضاء التنفيذ.

معيار تمييز العمل الولائي عن العمل القضائي

أولاً : المعيار الشكلي: يتميز العمل الولائي بأنه يصدر بناء على عريضة تقدم مباشرة إلى القاضي ولا تعلن إلى الطرف الآخر، ويصدره القاضي في غرفة المشورة وليس في جلسة علنية، ويتخذ العمل شكل أمر وليس شكل حكم.

ثانياً : معيار سلطة القاضي: في المسائل الولائية يتمتع القاضي بسلطان أوسع من تلك التي يتمتع بها في المسائل القضائية، فدوره في الأولى مثل الموظف الإداري يتمتع بسلطة كبيرة.ويظهر هذا في أن القاضي عندما يصدر عملاً ولائياً، فإنه لا يلتزم بإجراء تحقيق أو بمبدأ سيادة الخصوم على عناصر الدعوى، وعلى العكس، يتقيد القاضي بذلك عندما يصدر قراراً قضائياً .

البوابة الجزائرية للقانون
قوانين ومواد كتب محاضرات
http://www.sci-dz.com

ثالثاً : معيار انعدام النزاع: يتميز العمل الولائي عن العمل القضائي بأن الأول لا يفصل في نزاع.

رابعاً: العمل الولائي عمل منشئ:

1- العمل الولائي يرمي دائماً إلى إنشاء مركز قانوني جديد فهو دائماً ذو أثر منشئ، في حين أن العمل القضائي محله رابطة قانونية سابقة. وبيان هذا أنه عادة ما يشترط القانون لإنتاج الأثر القانوني لإعلان إرادة الأفراد بعض الشروط. وقد يكون من هذه الشروط تدخل موظف من الدولة يقوم بتوثيق هذا الإعلان، أو بالتحقق من توافر عناصر موضوعية أو شكلية معينة أو مجرد تلقي هذا الإعلان.

وفي جميع هذه الصور تقوم الدولة بالتدخل لتكوين مراكز قانونية خاصة أو لتكملة نشاط الأفراد الذين يريدون – من أجل تحقيق مصالحهم – إنشاء روابط قانونية، ولكن إرادتهم لا تستطيع وحدها تحقيق هذا الأثر القانوني. فالدولة إذن تشارك في هذه الحالات بنشاطها في تكوين مركز قانوني جديد إلى جانب نشاط الأفراد ذوي المصلحة. وعمل الدولة هنا هو العمل الولائي.

2- أن العمل القضائي يفترض دائماً وجود خصمين، فهو يصدر دائماً ضد أو في مواجهة خصم آخر. أما العمل الولائي، فلأنه لا يفترض رابطة قانونية سابقة وإنما يرمي إلى معاونة الفرد على تحقيق إرادته، فإنه
لا يفترض خصمين. قد يؤدي العمل الولائي إلى الإضرار بمصلحة شخص، ولكن هذا الشخص الآخر ليس خصماً، لأنه لا توجد رابطة قانونية سابقة بين الشخصين تخول أحدهما حقاً يقوم القضاء بحمايته.*

وإذا كانت الثلاثة معايير الأولى (المعيار الشكلي ومعيار سلطة القاضي ومعيار انعدام النزاع) قد قامت كتب الفقه بتفنيدها والرد عليها، فإننا نكتفي – هنا – بالتعليق على المعيار الأخير، ولذا فقد ذكرناه بمزيد من التفصيل.

رأينا في القول بأن العمل الولائي عمل منشئ

نحن من جانبنا نرى عدم صحة هذا المعيار لسببين:

أولاً : هذا المعيار يخلط بين الطبيعة القانونية للعمل والأثر المترتب عليه. فالأثر المنشئ للعمل الولائي ليس إلا نتيجة له لا تدخل في عناصر تكوينه، ولذا لا يصح الأخذ بالنتيجة واعتبارها معياراً للتعرف على طبيعة العمل ذاته.

ثانياً : القول بأن العمل القضائي يفترض دائماً وجود خصمين، فهو يصدر دائماً ضد أو في مواجهة خصم آخر، هذا القول غير صحيح، ففي بعض الحالات لا يوجد خصمان ونكون بصدد عمل قضائي، مثل بعض أعمال التنفيذ الجبري، وأيضاً في حالة قيام القاضي بإزالة عقبة مادية من عقبات التقاضي. وكذلك القول بأن العمل الولائي لا يفترض وجود خصمين لأنه لا توجد رابطة قانونية سابقة بين الشخصين، هذا القول أيضاً قول غير صحيح لأنه إذا كان ينطبق على بعض حالات العمل الولائي، فإنه لا ينطبق على العديد من الحالات الأخرى، وعلى سبيل المثال المادة (169) إجراءات جنائية والمادة (29/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا. وسوف نورد ذكرهما فيما يلي.

ويظل التساؤل قائما: ما هي الطبيعة القانونية للعمل الولائي؟

والجواب – عندنا – أن العمل الولائي هو عمل اكتسب بعض خصائص العمل القضائي وتجرد من

البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات
http://www.sci-dz.com

بعضها الآخر.

وهنا يثور تساؤل آخر: ما هي خصائص العمل القضائي؟

والسؤال بعبارة أخرى:متى يمكننا القول إننا بصدد نص تشريعي يخول القاضي اختصاصاً قضائياً؟

والجواب – عندنا – أنه يمكننا القول بذلك، إذا كان النص التشريعي يحقق للمتقاضى ضمانات التقاضي كاملة، أي يحقق المبادئ الدستورية لحق التقاضي والتي يترتب عليه تخلف أي منها احتمالية سقوط النص في حرمة المخالفة الدستورية.

ويظل التساؤل قائماً : ما هي هذه المبادئ الدستورية ؟

والجواب – عندنا –

1- مبدأ الفصل بين السلطات
2- مبدأ حياد القاضي
3- مبدأ صيانة حق الدفاع للخصوم
4- مبدأ القاضي الطبيعي للعمل القضائي
5- مبدأ التزام القاضي بمباشرة العمل القضائي وعدم النكول عن العدالة.
6- مبدأ علانية الجلسات.

وغيرها من المبادئ الدستورية.

فإذا تجرد النص التشريعي من واحد أو أكثر من المبادئ الدستورية لحق التقاضي التي يجب أن يحققها للمتقاضين، أصبحنا بصدد احتمالين.

الاحتمال الأول : مخالفة دستورية، أي نص تشريعي غير دستوري.

الاحتمال الثاني : نص تشريعي يخول للقاضي اختصاصاً ولائياً.

ومن ثم يمكننا التعرف على النص التشريعي الذي يخول القاضي اختصاصاً ولائياً وتعريفه بأنه "نص تشريعي يخول القاضي القيام بعمل له بعض خصائص العمل القضائي دون بعضها الآخر وظل النص محتفظاً بشرعيته الدستورية طبقاً لقواعد التفسير المنطقي"

وإذا استعرضنا جميع حالات العمل الولائي، فإننا سنجد أنها ستخضع لهذا التعريف الدقيق وسوف نسوق الأمثلة.

1 المادة (29/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا: عمل اشتمل على كل خصائص العمل القضائي ولكن افتقد لمبدأ حياد القاضي، فلا يوجد في النص مطالبة قضائية، لذا فهو عمل ولائي يقوم فيه القاضي بتنبيه الخصم إلى أن رفع دعوى دستورية ربما يسهم في تحقيق الحماية القضائية.

2 المادة (169) إجراءات جنائية: عمل اشتمل على كل خصائص العمل القضائي ولكن تجرد من مبدأ الفصل بين السلطات،

البوابة الجزائرية للقانون
http://www.sci-dz.com

لأن القضاء يصدر من قضاء التحقيق لا من قضاء الحكم كما تجرد أيضاً من مبدأ التزام القاضي بمباشرة العمل القضائي.

3 الأوامر الجنائية: عمل اشتمل على خصائص العمل القضائي، لكنه يصدر من قضاء التحقيق لا من قضاء الحكم ومن عضو نيابة عامة لا من قاضي، ومن ثم فقد تجرد من مبدأ القاضي الطبيعي للعمل القضائي من مبدأ الفصل بين السلطات.

4 قرارات النيابة العامة في منازعات الحيازة: عمل اشتمل على خصائص العمل القضائي، لكنه تجرد من مبدأ القاضي الطبيعي للعمل القضائي.

5 تحقيق الوراثة وضبط الإشهاد: عمل اشتمل على خصائص العمل القضائي، لكنه تجرد من مبدأ القاضي الطبيعي للعمل القضائي.

6 المادة (211) إجراءات جنائية: عمل اشتمل على خصائص العمل القضائي، لكنه تجرد من ضمانة الدفاع للمتهم ومن مبدأ حياد القاضي ومن مبدأ التزام القاضي بمباشرة العمل القضائي.

7 الأوامر على العرائض: عمل يشتمل على خصائص العمل القضائي، لكنه تجرد من مبدأ المواجهة أي ضمانة الدفاع للخصوم وضرورة تسبيب القرار القضائي القطعي.

وبتطبيق تعريف العمل الولائي على أمر الآداء لوجدنا أنه: عمل تجرد من العديد من خصائص العمل القضائي.

1 مبدأ صيانة حق الدفاع من خلال مبدأ المواجهة بين الخصوم.

2 مبدأ القاضي الطبيعي للعمل القضائي: فالقاضي الذي يفصل في أمر الأداء ليس هو المحكمة المختصة.

3 مبدأ التزام القاضي بالفصل في المطالبة القضائية، فالقاضي إذا رأى ألا يجيب الطالب إلى طلبه لا يقتضى برفض الطلب موضحاً أسباب الرفض، وإنما يمتنع فقط عن إصدار أمر الآداء.

وما ذهب إليه اتجاه فقهي من القول بان أمر الآداء هو عمل قضائي استناداً إلى الأسباب سالفة الذكر ما ذهب إليه هذه الاتجاه.

في أولاً : مردود عليه: بأن المذكرة التفسيرية هي من اجتهاد الفقه وليست من صنع المشرع.

وما ذهب إليه في ثانياً : مردود عليه: بأن نص المشرع في المادة (201) على استثناء أوامر الآداء من القواعد العامة في رفع الدعاوي ابتداء، لا يؤدي بطريق اللزوم الحتمي إلى ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي من أن أوامر الآداء عمل قضائي وإنما يحتمل معان أخرى. كذلك فإن القول بأن المطالبة بالدين الثابت بالكتابة لا تختلف طبيعتها، سواء قدمت في صورة طلب عارض أو في مطالبة أصلية وإن اختلفت وسيلة مباشرتها. هذا القول مردود عليه: بأن طلبات الأوامر على العرائض – والتي أجمع الفقه والقضاء على أنها عمل ولائي – إذا قدمت إلى المحكمة كطلب عارض أصبحت مطالبة قضائية وليست مطالبة بعمل ولائي. وهذا يدل على أن المطالبة بالدين الثابت بالكتابة قد تختلف طبيعتها إذا قدمت في صورة طلب عارض عن طبيعتها إذا قدمت كمطالبة أصلية.

وما ذهب إليه في ثالثاً : مردود عليه: بأن تقديم عريضة طلب الأداء يقطع التقادم، ولكن ليس لأن تقديمها يعتبر بديلاً لرفع الدعوى كما ذكر هذا الرأي، ولكن تقديمها يقطع التقادم إعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة (383) مدني التي تقرر أن التقادم ينقطع بأي

البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات
http://www.sci-dz.com

عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى.

ولا ينال من هذا النظر، ما قد يعترض به البعض من أنه ليس ثمة دعوى قد رفعت بعد عند تقديم عريضة طلب الآداء، إذ أن هذا الاعتراض مردود عليه بأن المشرع يقصد بعبارة "أثناء السير في إحدى الدعاوي" أي السير في إجراءاتها، وذلك طبقاً لقواعد التفسير المنطقي ولا سيما وأن المشرع – هنا –يقرر حكماً إجرائياً. وآية ذلك، أن اللجوء إلى مرفق القضاء بالقيام بإجراء أوجبه القانون على الدائن للحصول على الحماية القضائية يعني إبداء الرغبة في الحصول على هذه الحماية، تماماً كقيام المدعي برفع دعواه إلى محكمة غير مختصة.

يؤكد صحة ما نذهب إليه ما قررته المادة (61) إجراءات جنائية من أنه "إذا رأت النيابة العامة أن لا محل للسير في الدعوى تأمر بحفظ الأوراق". وهذا النص ورد في بداية الفصل الخامس من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجنائية الخاص بتصرفات النيابة العامة في التهمة بعد جمع الاستدلالات، أي في مرحلة لم تكن الدعوى الجنائية قد نشأت بعد، وهذا يعني أن عبارة "لا محل للسير في الدعوى" الواردة في هذه المادة، إنما تعني السير في إجراءات الدعوى.

ومن ناحية أخرى، فإن تقديم تظلم من قرار إداري إلى الجهة الإدارية يقطع التقادم بالنسبة لرافع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري وذلك طبقاً لقانون مجلس الدولة، بالرغم من أن المتظلم لم يتصل بعد بمرفق القضاء بناء على هذا التظلم، فمن باب أولى أن تقديم عريضة أمر الآداء إلى المحكمة يقطع التقادم بالنسبة للدعوى التي تحمي الحق المطالب به في هذه العريضة، دون أن يعني ذلك أن عريضة أمر الآداء تمثل مطالبة قضائية.

وما ذهب إليه في رابعاً : مردود عليه: بأن اشتراط المشرع أداء الرسم كاملاً لقبول عريضة أمر الآداء ليس معياراً على الإطلاق للقول بأن هذه العريضة تمثل مطالبة قضائية من عدمه، بدليل أن دعوة إلغاء القرارات التأديبية ترفع أمام المحاكم التأديبية بمجلس الدولة بغير رسوم.

وفضلاً عن ذلك، فإن المضرور من جريمة ما قد يكتسب صفة المدعي المدني أمام قضاء التحقيق دون سداد الرسوم، وعند صدور أمر بألا وجه لإقامة الدعوى يمكنه الطعن عليه أمام غرفة المشورة كدرجة ثانية لقضاء التحقيق وأيضاً دون سداد الرسوم، ولا يتصور القول بأن طعنه هذا ليس مطالبة قضائية.

وعلى عكس ما تقدم، فقد يشترط القانون أداء الرسم كاملاً، كما هو الحال في تحقيق الوراثة وضبط الإشهاد، ومع ذلك لم يذهب أحد إلى القول أن هذا العمل عمل قضائي، بل إن الفقه والقضاء مستقر على أنه عمل ولائي.

وما ذهب إليه في خامساً : مردود عليه: بأن اشتراط المشرع توقيع محام على عريضة الأمر بالآداء
لا يفيد بالضرورة أن هذه العريضة هي عريضة دعوى قضائية، فاشتراط المشرع توقيع محام على عريضة ما ليس معياراً لكون هذه العريضة تمثل مطالبة قضائية من عدمه، فالقانون لم يشترط توقيع محام على صحيفة دعاوي إلغاء القرارات التأديبية أمام المحاكم التأديبية بمجلس الدولة، بل إن الدعاوي الدستورية، في بعض الدول، لم يشترط القانون توقيع محام على صحتها، ومع ذلك لا يتصور القول إن هذه الدعاوي ليست مطالبات قضائية.

ونحن، من جانبنا نرى أن اشتراط المشرع توقيع محام على عريضة الأمر بالآداء رغم كونها – من منظورنا –تعد أعمالاً ولائية، نرى أن السبب هو شيوع المطالبات بأوامر الآداء وكثرتها في الحياة العملية، فرأي المشرع اشتراط توقيع محام على عريضة الأمر بالآداء وذلك لضمان جدية المدعي ومنع المطالبات الكيدية.

البوابة الجزائرية للقانون
http://www.sci-dz.com

ما ذهب إليه في سادساً : من أن نص القانون على سريان الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل بالنسبة لأوامر الآداء بحسب الأحوال نظراً للتشابه القائم بين مضمون أوامر الآداء والأحكام.

مردود عليه: بأن قرارات النيابة العامة في منازعات الحيازة تكون نافذة نفاذاً معجلاً وتذيل بالصيغة ا لتنفيذية بالرغم من أنها عمل ولائي. وفضلاً عن ذلك، فإن ا لقرارات الإدارية تكون نافذة بمجرد صدورها. وهذا يعني أن صفة النفاذ المعجل من عدمه ليست صفة تلحق بالقرار القضائي وحده، بل يشاركها فيها القرار الإداري وبعض القرارات الولائية.

وأخيراً فإن القول بأن أوامر الآداء تحوز حجية الأمر المقضي كالأحكام القضائية مردود عليه بأن القاضي الذي يفصل بين خصمين في مطالبة أمر الآداء لا يعود لينظر في مطالبة أخرى بين نفس الخصمين إذا تعلقت بذات الحق محلاً وسبباً. وذلك ليس سببه كما يعتقد البعض أن أوامر الآداء تحوز حجية الأمر المقضى ولكن سببه أن أمر الآداء إذا لم يقبله المدين تكون بصدد احتمالين.

الاحتمال الأول : أن يتظلم منه إلى المحكمة المختصة طبقاً للمادة (206/أ) مرافعات وللمحكمة أن تؤيد الأمر بالآداء أو تلغيه، وبهذا يتحول العمل الولائي إلى عمل قضائي وتثبت له الحجية بين الخصوم.

الاحتمال الثاني: أن يطعن المدين مباشرة في أمر الآداء بالاستئناف طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة (206)، وهنا أيضاً يصدر قرار قضائي يحوز قوة الأمر المقضي. ومن باب أولى حجية الأمر المقضي.

وفي كلا الحالتين لا يتصور أن يقوم الدائن بعد ذلك بتقديم عريضة أمر الآداء ضد نفس المدين عن ذات الحق محلاً وسبباً.

خلاصة القول : أن أوامر الأداء هي عمل ولائي وليس عملاً قضائياً، ونحن من جانبنا نعترض بشدة على الاتجاه القائل بأنها عمل قضائي. وربما يكون الذي دفع بالبعض إلى هذا الاعتقاد هو ورود أوامر الآداء في قانون المرافعات في باب مغاير للأوامر على العرائض. الأمر الذي قد يجعل البعض يعتقد أن المغايرة بينهما في التبويب مرده إلى اختلاف الطبيعة القانونية لهذه عن تلك. ولكننا نرى أن المغايرة في التبويب مردها إلى أن الأوامر على العرائض تبقى على المراكز القانونية للخصوم كما هي عند نظر التظلم فيها أمام المحكمة المختصة، أي أنها لا تمنح خصماً مركزاً إجرائياً أفضل من الآخر، ولكن أوامر الآداء وإن كانت لا تمنح الدائن حماية موضوعية إلا أنها تمنحه حماية إجرائية وذلك بتغيير المراكز الإجرائية لكل من الدائن والمدين عند نظر التظلم من أمر الآداء، فيعتبر المتظلم أي المدين في حكم المدعي، ويصبح الدائن هو المدعي عليه، وذلك طبقاً للمادة (207) مرافعات، فهي بذلك تقلب عبء الإثبات بين الدائن والمدين، ومن ثم تيسر للدائن اقتضاء حقه عند نظر الدعوى المتعلقة بالحق الموضوعي.

خلاصة القول : أن أمر الآداء هو قرار ولائي صادر لصالح الدائن في غير خصومة قضائية منعقدة وله إن لم يرتضيه أن يرفع دعوى بالإجراءات المعتادة للحصول على الترضية القضائية التي يبتغيها، ولذا فإن الدائن والمدين ليسا في مركز قانوني متماثل بالنسبة لحق التقاضي المتعلق بالتظلم من أمر الآداء أو استئنافه،
الذي هو في حقيقته وجوهره قرار ولائي وليس قراراً قضائياً صادراً في خصومة قضائية.

وبناء على ما تقدم، فإننا نرى عدم صحة قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة (206) من قانون المرافعات فيما تضمنته من قصر الحق في التظلم من أمر الآداء أو استئنافه على المدين وحده دون الدائن طالب الأمر، ونؤكد من جانبنا على دستورية هذا النص.

طارق محمود محمد جعفر

باحث قانوني

([1]) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة 6 ديسمبر سنة 2009 في القضية رقم 99 لسنة 26 قضائية "دستورية".

([2]) د. أبو الوفا – (التنفيذ صـ166، صـ169) نقلاً عن (د. أمينة النمر – أوامر الأداء 1970)

([3]) د. أمينة النمر د. فتحي والي أ. محمد كمال عبد العزيز.

([4]) الطعن رقم 264 لسنة 27ق جلسة 1963/4/4

الطعن رقم 463 لسنة 54ق جلسة 1987/12/24

([5]) الطعن رقم 888 لسنة 52ق جلسة 1983/11/10

([6]) محكمة القاهرة الابتدائية – جلسة 12 أكتوبر 1964 – القضية 35 – مجلة إدارة قضايا الحكومية – السنة 10 – العدد 3 صـ242 .

طبيعة امر الاداء

الطعن رقم 0330 لسنة 40 مكتب فنى 26 صفحة رقم 706

بتاريخ 30-03-1975

البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات
http://www.sci-dz.com

الموضوع : امر اداء

الموضوع الفرعي : طبيعة امر الاداء

فقرة رقم : 1

لئن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن قانون المرافعات السابق – قبل تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1962 – و هو الواجب التطبيق قد أنزل أوامر الأداء منزلة الأحكام فقد إستقر بقضاء الهيئتين مجتمعتين على أنه لا يعتبر من بيانات الحكم إثبات صدوره بإسم الأمة إذ أن ما نص عليه الدستور " السابق "من صدور الأحكام بهذه المثابة ليس إلا إفصاحاً عن أصل دستورى أصيل و أمر مسبق مقضى مفترض بقوة الدستور نفسه من أن الأحكام تصدر بإسم السلطة العليا صاحبة السيادة وحدها و مصدر السلطات جميعاً ، الأمة ، لكون ذلك الأصل واحداً من المقومات التى ينهض عليها نظام الدولة و ذلك الأمر يصاحب الحكم و يسبغ عليه شرعيته منذ بدء إصداره ، دون ما مقتضى لأن يعلن القاضى عنه عند النطق به أو يفصح عنه فى ورقة الحكم عند تحريره ، و بالتالى فإن إيراد البيان سالف الذكر بورقة الحكم أثناء تحريره ، و من بعد صدوره بالنطق به ليس إلا عملاً مادياً لاحقاً و كاشفاً عن ذلك الأمر المفترض ، و من ثم فإن خلو الحكم مما يفيد صدوره بإسم الأمة لا ينال من شرعيته أو يمس ذاتيته . لما كان ذلك ، و كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى نتيجة صحيحة هى رفض دعوى بطلان أمر الأداء رغم خلوه من بيان صدوره بإسم الأمة ، فإن النعى على ما ورد به من تقرير قانونى خاطىء من أن أمر الأداء محل المنازعة ليس حكماً يكون غير منتج.

الطعن رقم 330 لسنة 40 ق ، جلسة 30/3/1975

الطعن رقم 0415 لسنة 46 مكتب فنى 31 صفحة رقم 508

بتاريخ 13-02-1980

الموضوع : امر اداء

الموضوع الفرعي : طبيعة امر الاداء

فقرة رقم : 1

التعديل الذى أدخله القانون رقم 100 لسنة 1962 على قانون المرافعات السابق بالنسبة لأوامر الأداء بحذفه من المادة 857 الحكم القاضى بإعتبار الأمر بمثابة حكم غيابى و إبرازه صفة الأمر بإعتباره أمراً و ليس حكماً و أن يكون الطعن فيه فى صورة تظلم و ليس فى صورة معارضة فى حكم غيابى إنما كان تمشياً مع ما إستحدثه القانون المشار إليه من إلغاء طريق الطعن بالمعارضة فى الأحكام الغيابية كقاعدة عامة كما إستهدف – و على ما أفصحت عنه المذكرة التفسيرية – تفادى الصعوبات التى تترتب على إعتبار التظلم من الأمر معارضة كجواز إبداء الطلبات العارضة فى المعارضة أو كإبداء الدفع بعدم الإختصاص النوعى أو المحلى أو بالإحالة . و من ثم فليس من شأن هذا التعديل تغيير طبيعة أمر الأداء كعمل قضائى يصدر من القاضى سلطته القضائية لا سلطته الولائية و كطريق إستثنائى لرفع الدعوى فرتب القانون على تقديم عريضته كافة ما يرتبه على رفع الدعوى من آثار يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة 857 المعدلة بالقانون 100 لسنة 1962 من أنه يترتب على تقديم العريضة قطع التقادم ، و ما أشارات إليه المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى بقولها : أسقط المشروع فى المادة 208 من الفقرة الثانية من المادة 857 من القانون القائم التى تقضى بأن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه قطع التقادم لأنه إذا كان ثمة ما يبرر وجود هذا الحكم فى القانون القائم ، فإن هذا المبرر ينتفى بعد أن إتجه المشروع إلى جعل رفع الدعوى بتقديم صحيفتها لقلم الكتاب و لا شك بعد ذلك أن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى . و

http://www.sci-dz.com
البوابة الجزائرية للقانون
قوانين، دروس و كتب محاضرات

مفاد ذلك أن العريضة التى تقدم لإستصدار أمر الأداء تزال و تحل ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بديلة صحيفة الدعوى بها تتصل الدعوى بالقضاء .

أوجب المشرع استثناء من القواعد العامة في رفع الدعوي الالتجاء الي نظام استصداراوامر الاداء عند المطالبة بدين من ..... (ومعين المقدار .... سواء اكان الدين صغير ام كبير (م 851 مرافعات النقود إذا كان ثابتاً بالكتابة وحال الاداء

ولسنا نبغي من هذا البحث بسط احكام نظام اوامر الاداء وانما نهدف الي بيان طبيعة امر الاداء التي ثار حولها الخلاف في الفقه والقضاء لما لها من اهمية عملية سواء من حيث الاثار القانونية المترتبه علي امر الاداء او من حيث طرق الطعن فيه خصوصا بعد ان اصبح الدائن ملزما بأن يسلك طريق استصدار امر الاداء في مطالبته بدينة الثابت بالكتابة الحال الاداء والمعين المقدار دون ان يسلك الطريق العادي فيرفع الدعاويولكنا نري قبل تناول ما نهدف اليه من هذا البحث أن نبين إجمالاً اجراءات استصدار امر الاداء التي أوجبها القانون والتي تبدأ بأن يكلف الدائن مدينة بالوفاء بميعاد ثلاثة ايام علي الاقل ثم يتقدم للقاضي المختص بعريضة مشتملة علي وقائع طلبه واسانيده واسم المدين كاملا ومحل اقامته مع المستندات المؤيدة لاستصدار امر الاداء -

ثم يصدر القاضي الامر مبيناً به المبلغ الواجب الاداء من أصل وفوائد ومصاريف إذا رأى أن يجيب الدائن إلى كل طلباته -

أما اذا رأى ألا يجيبه اليها أو إلي بعضها كان عليه ان يمتنع عن اصدار الامر وأن يحدد جلسة لنظرالدعوي أمام المحكمة بالطريق العادي مع تكليف الدائن خصمه بالحضور إليها (م 852و853 و854 مرافعات (

وإذا اصدر القاضي الاداء كان للمدين المعارضة فيه خلال خمسةعشر يوما من تاريخ اعلانه.

البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات
http://www.sci-dz.com

والذي نراه في طبيعة أمر الأداء أنه ليس أمراًعلى عريضة لاختلافها من حيث إجراءات الصدور والآثار التي رتبها القانون لكل منهارغم انهما يتفقان في انهما يصدروا من قاض علي عريضة في غيبة الخصوم وبدون سماع مرافعة وذلك للامور الاتية -:

أولا :- أن الأمر علي عريضة يصدر بإتخاذ اجراءات وقتية أو تحفظية أو إدارية لتنظيم سير الخصومة التي لم تبدأ بعد فهي لاتفضل في خصومة بين طرفين متنازعين أما أمر الأداء فهو يفصل في مطالبة بحق وخصومة قائمة حول الحق لا حول اجراءات وقتية ولذلك فعمل القاضي في اصداره الامر علي عريضة ولائي بعكس عمله في اصدار الامر بالاداء فهو عمل قضائي ثانيا :- ان القانون قد جعل استصدار أوامر الاداء وجويا واعتبره طريقا لرفع الدعوي استثاء من القواعدالعامة وذلك في حالات المطالبة بالديون الثابتة بالكتابة .... وعلي ذلك فإن طلب استصدار امر الاداء يعد مطالبة قضائية dema de en justiceلأن فيه معني المطالبة امام القضاء بالحق مطالبة جازمة بعد تكليف المدين بالوفاء ، ولا ينال من ذلك انالقاضي يفضل في طلب امر الاداء في غيبة المدين ودون تكليف بالحضور ما دام ان المشرع قد اراد رفع الدعوي بهذا الطريق وجعل سلوك هذا الطريق حتميا في حالة الديون الثابتة بالكتابة فضلا عن انه في تكليف المدين بالوفاء قبل طلب استصدا الامر علي عريضة فلا يشترط فيه إعلان الخصم قبل طلب استصدار الامر علي عريضة.

ثانيا :- أن المادتين 853 و 857 مرافعات قد قضتا صراحة بأن الامر بالاداء يعتبر بمثابة حكم غيابي كما ان الحكم في المعارضة يعتبر يمثابة حكم حضوري مما تتنفي معه فكرة ان الامر بالاداء يأخذ حكم الامر علي عريضة بمعني ان يكون واجب النفاذ وبقوة بالقانون وقضاء حكم المادة 1/466 مرافعات .
ولذلك قضت المادة 857 مكرر مرافعات علي انه يسري علي الامر بالاداء والحكم الصادر في المعارضة فيه الاحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الاحوال التي يبينها القانون شأنها في ذلك شأن باقي الأحكام مما يستدل منه علي ان امر الاداء ليس امرا علي عريضة بل هو حكم قضائي كغيرة من الاحكام
)المذكرةالايضاحية للقانون 485 سنة 1953 المعدل لقانون المرافعات. (

أن أمر الاداء يعتبر كأن لم يكن إذا لم يعلن للمدين خلال سته شهور من تاريخ صدوره (م 856 مرافعات (وهو ذات الحكم اذا لم يعلن الحكم الغيابي خلال ستة اشهر من تاريخ صدوره وفقا للمادة 393 مرافعات فإنه يعتبر كذلك لم يكن ... أما الامر علي عريضة فإنه يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ صدوره أمر الاداء حكم قضائي -:

وينبني علي ما تقدم ان امر الاداء غيابي فاصل في خصومة بحيث اذا لم يعارض فيه يصبح بعد فوات مواعيد المعارضة بمثابة حكم حضوري – كما انه اذا كانت قيمةالدعوي الصادر فيها الامر بالاداء لا تجاوز الخمسين جنيها فان امر الاداء بعد فوات مواعيد المعارضة يعتبر حكما نهائيا غير قابل للطعن
)راجع مستعجل مصر 12 ديسمبر سنة 1954 محاماة س 36 ص 1107. (

ولا ينال من كون أمر الأداء بمثابة حكم قضائي أنه لا تحرر له أسباب لأن المشرع هو الذي رسم طريق استصدار امر الاداء تبسيطا للاجراءات ولم يتطلب تحرير اسباب له علي اساس ان موضوعه من الوضوح فهو لا يصدر إلا في حالة الديون الثابتة بالكتابة والحالة الاداء والمعينة المقدار – بحيث لا ضرورة أأو أهمية من تحرير أسباب له .
وعلي ذلك فلا نري صحيحا القول بان امر الاداء قضاء قطعي ملزم في مطالبة بحق وان كان معلقا علي شرط عدم التظلم فيه ،

البوابة الجزائرية للقانون
http://www.sci-dz.com

فإذا تحقق شرط عدمالتظلم اصبح لامر الاداء كل حجيته الحكم واثاره ، وذلك لا نا رأينا ان امر الاداء قبل المعارضة فيه بمثابة حكم غيابي فله حجة الحكم الغيابي واثاره ما لم يسقط بمضي ستة شهور من تاريخ صدوره دون إعلانه للخصم المدين . ولأنه بفوات مواعيد المعارضة يصح حكما حضوريا له آثاره كذلك وعلي ذلك فالأمر بالاداء قوة الحكم مشمولا بالنفاذ، كما انه تسري عليه احكام النفاذ المعجل المتعلقة بالاحكام الغيابية كما انه ينبني علي صدور امر الاداء قطع مدة التقادم وسريان الفوائد اذ يجوز للقاضي ان يأمر بالفوائد مع مبلغ الدين في امر الاداء بدليل ما نصت عليه المادة 853 فقرة اخيرة من انه يجب ان يبين بامر الاداء المبلغ الواجب الاداء من اصل وفائدة ومصاريف وتستند اثار امر الاداء الي تاريخ طلب الامر لا الي تاريخ صدورقضاء الاستئناف:

ومع وضوح القواعد المتقدمة وما جاء بالمذكرة الايضاحية سالفة الذكر رأت محكمة استئناف الاسكندرية ان امر الاداء لا يخرج في الواقع عن كونه امر صادرا عل يعريضة ولا يرفع عنه هذا الوصف ان المشرع اعتبره بمثابة حكم غيابي اجاز فيه المعارضة وبمثابة حكم حضوري اذا لم ترفع المعارضة في الميعاد المحدد . اذا انه اذا اعتبره كذلك لم يقصد غير الاثار التي تترتب علي هذا الامر دون اعتباره حكما بمعناه المحدد كسائر الاحكام وان المعارضة في امر الاداء لا تعدو ان تكون تظلما كما هو الشان في الاوامر الصادرة علي عرائض وان معني اعتباره أمر الاداء بمثابة حكم غيابي او حضوري هو ان يكون كذلك من حيث شموله بالنفاذ من عدم اما فيما ، عدا ذلك فلا يعتبر حكما كسائر الاحكام وذلك علي اساس انه لا يفصل في خصومة ولم يبن علي اسباب يمكن مناقشتها لدي استئنافه وان الخصومة لا تنعقد في الامر بالاداء الا عند الطعن عليه بطريق المعارضة)استئناف اسكندرية 6 ديسمبر سنة 1955 مجلة المحامة ص 1358. (

وبنت محكمة استئناف الاسكندرية علي ذلك في حكمها ان استئناف امر الاداء ذاته غير جائز سواء فوت المستانف ميعاد المعارضة فيه او لم يفوتها ويكون الحكم الصادر في المعارضة في امر الاداء هو الذي يقبل الطعن فيه بالاستئناف علي ان هذا الراي مردود في نظرنا بما وردنا بالبند الثالث من هذا البحث وبين الشارع قد ساوي بين امر الاداء والحكم الغيابي من حيث احكام النفاذ وصرح في مذكرته الايضاحية بانه ليس من قبل الاوامر علي العرائض كما ساوي بينهما من حيث السقوط اذا لم يعلن اي منهما خلال ستة شهور من تاريخ صدوره ثم ساوى بينهما من حيث السقوط اذا لم يعلن ايمنهما لكل منهما خمسة عشر يوما من تاريخ اعلان الحكم العيابي او امر الاداء (م 288 855 – مرافعات. (

وقد كان للراي القابل بأن امر الاداء هو امر علي عريضة من نصوص قانون المرافعات الخاصة باستيفاء الديون الثابتة بالكتابة (م 851 مرافعات ومابعدها) قبل تعديلها بالقانون 265 و 485 سنة 1953 اذا كانت المادة 855 مرافعات تنص قبل التعديل علي ان التظلم من الامر يكون خلال ثمانية ايام من تاريخ اعلانه ، وكانت المادة 857 قبل تعديلها تنص علي ان امر الدفع يعتبر كان لم يكن اذا لم يعلن للمدين في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ صدوره وذلك اسوه بالاوامر علي العرائض.

ولكن بتعديل المواد سالفة الذكر اتجه الشرع الي الوضع السليم للامر بالاداء من حيث انه فصل في خصومة حول حق بدون مرافعة فاعتبر امر الاداء بمثابة حكم غيابي واعتبر التظلم منه معارضة شان المعارضة في الحكم الغيابي مما حدا بالمشرع الي ان يستعمل لفظ المعارضة في امر الاداء بدلا من لفظ التظلم وان يجعل ميعاد المعرضة في الامر متفقا مع ميعاد المعارضة في الاحكام الغيابية وكذلك نص في المادة 856 علي ان يعتبر كان لميكن اذا لم يعلن للمدين خلال ستة اشهر من تاريخ صدوره كما هو الحال في الاحكام الغيابية تماما علي ما تقدم

http://www.sci-dz.com
البوابة الجزائرية للقانون

)راجع المذكرة التفسيرية للقانون 265 و 485 سنة 1953 المعدلين لقانون المرافعات

-1وينبني علي كون امر الاداء حكما لا امرا علي عريضة فضلا عن الاثار التي للاحكام الغيابية كما يينا -:

اولا :- انه يخضع للاحكام التي وضعها القانون لقواعد في الاحكام فلا يجوز للطعن فيه الا ممن صدر ضده الامر كما لا يجوز الطعن في الامر ممن قبله او ممن قضي له بكل طلباته كما ان مواعيد الطعن فيه لا تبدا الامن تاريخ اعلان الامر الي نفس المدين او في موطنه الاصلي كما ان المعارضة في امر الاداء ترفع بتكليف بالحضور امام المحكمة التي اصدرت الامرالمعارض فيه سواء اكانت محكمة المواد الجزئية او المحكمة االبتدائية حسب الاحوال علي ان يراعي في صحيفة المعارضة ان تشتمل علي بيان الامر المعارض فيه واسباب والا كانت باطلة (389 و 855 مرافعات (

ثانيا :- ان امر الاداء يجوز استئنافه قبل المعارضة فيه لانه بمثابة حكم غيابي والاحكام الغيابية يجوز استئنافها قبل الطعن فيها بالمعارضة علي ان يعتبر الطعن في الحكم الغيابي بطريق الاستئناف نزولا عن حق المعارضة (387 مرافعات (وكذلك يجوز الطعن في الحكم الصادر في المعارضة في امرالاداء بالاستئناف سواء اكان قد صدر بتاييد امر الاداء ام بالغائه ويبدأ ميعاد استئناف امر الاداء اذا لم يطعن فيه بالمعارضة من اليوم التالي لانقضاء ميعاد المعارضة اما ميعاد استئناف الاحكام الصادرة في المعارضة فيبدا من تاريخ اعلانه اللمحكوم عليه.

شكل استئناف امر الاداء -:

وليست التفرقة بين استئناف امر الاداء دون الطعن فيه بالمعارضة وبين استئناف الحكم الصادر في المعارضه المرفوعة عن امر الاداء قاصرة علي بدء ميعاد الاستئناف وانما ثار الخلاف بصددها عند البحث في شكل الاستئناف المرفوع في الحالين اذ نصت المادة 405 مرافعات علي طريقي لرفع الاستئناف
اولهما بان يرفع الاستئناف بعريضة تقدم الي قلم كتاب المحكمة المختصة وهذا الطريق هو طريق استئناف كافة الدعاوي فيما عدا المنصوص عليه في المادة 118 مرافعات
والطريق التاني ان يرفع الاستئناف بتكليف بالحضور تراعي فيه الاوضاع المقررة بصحيفة افتتاح الدعوي وذلك طريق استئناف الاحكام الصادرة في الدعاوي المنصوص عليها في المادة 118 مرافعات المعدلة بق 264 سنة 1953 وهي -:

(1)الدعاوي المستعجلة

(2)دعاوي شهر الافلاس والدعاوي البحرية متي كانت السفينة في الميناء

(3)دعاوي السندات الاذنية والكمبيالات

(4)كل الدعاوي التي ينص علي وجوب الفصل فيها علي وجه السرعة

(5)دعاوي التماس اعادة النظر .
وقد رتب القانون علي عدم مراعاة الطريق القانوني لرفع الاستئناف بطلانه الذي تملك المحكمة من تلقاء نفسها القضاء به (م 405 مرافعات (

وقد انقسم الرائ في طريقة استئناف امر الاداء وطريقة استئناف الحكم الصادر في المعارضة الي ثلاثة اراء-.

الرأي الاول :- ذهب الي ان العبرة في استئناف الاحكام الصادرة في المعارضة في امر الاداء هو بموضوع الدعوي التي صدر فيها الاداء فان كانتضمن الدعاوي المنصوص عليها في المادة 118 مرافعات كان الاستئناف بتكليف بالحضوروالا كان الاستئناف بطريق عريضة الي قلم الكتاب واتخاذ اجراءات الاستئناف المنصوص عليها قانونا في هذه الحالة وكذلك تكون العبرة في استئناف امر الاداء دون المعارضة فيه موضوع الدعوي التي صدر فيها
والرأي الثاني :- ذهب الي التسوية كذلك بين استئناف امر الاداء دون المعارضة في دين استئناف الحكم الصادر في معارضة من حيث شكلالاستئناف فاشترط ان يكون الاستئناف في الحالين بتكليف بالحضور استنادا الي انالمعارضة في امر الاداء يفصل فيها علي وجه السرعه عملا بنص المادة 855 مرافعات وعلي ذلك فتدخل ضمن الدعاوي التي تضمنها نص المادة 118 مرافعات سالف الذكر وان امر الاداء الذي لم يعارض فيه يصدر كذلك باجراءات رسمها القانون علي وجه السرعة اذ تطلب صدوره خلال ثلاثة ايام علي الاكثر من تقديم عريضة امر الاداء (م 853 مرافعات. (

ويعيب الرأي الأول : انه لم يعتد بما نصت عليه المادة 2/855 مرافعات من ان " قلم المحضرين يقيد دعوي المعارضة (في امر الاداء) من تلقاء نفسه ويحكم فيها علي وجه السرعه ...." مما يجعل المعارضة في امر الاداء من الدعاوي التي يحكم فيها علي وجه السرعة والتي يشملها نص المادة 118 مرافعات ، وبالتالي يكون استئنافها بطريق التكليف بالحضور.

كما يعيب الرأي الثاني : انه اعتبر امر الاداء صادرا في دعوي علي وجه السرعه مع ان القانون لم ينص صراحة علي ذلك ومن ثم فلا يمكن اعتبارهامر صادرا في دعوي يحكم فيها علي وجه السرعه للماده 118 مرافعات التي اشترطت في الدعاوي التي يحكم فيها علي وجه السرعه دون ان ينص القانون علي وجوب ذلك ولا يمكن اعتبار دعوي انها من الدعاوي التي يحكم فيها علي وجه السرعة ما لم يصرح بذلك القانون.

الرأي الثالث :- وهو الذي نراه – يفرق بين استئناف امر الاداء دون المعارضة فيه وبين دين استئناف الحكم االصادر في امر الاداء.

امااستئناف أمر الاداء دون المعارضة فيه فالعبرة في طريقة رفعه بموضوع الدعوي التي صدرفيها فان كانت ضمن دعاوي المادة 118 مرافعات كدعاوي السندات والكمبيالات كان استئناف الحكم الصادر فيها بطريق التكليف بالحضور لان امر الاداء الذي لم يعارض فيه بمثابة حكم حضوري فيرجع في تعريف طريقه استئنافه الي موضوع الدعوي
فاذا خرج موضوعها عن الدعاوي المنصوص عليها في المادة 118 مرافعات كان استئناف الحكم فيها بعريضة الي قلم كتاب المحكمة المختصة بالاستئناف اما الاستئناف الحكم الصادر في المعارضة في امر الاداء فاننا نري دائما انه ينبغي رفعه بتكليف بالحضور
دون اعتداد بموضوع الدعوي سواء كانت تدخل ضمن دعاوي المادة 118 مرافعات ام لا ذلك لان القانون قد افصح عن ان المعارضة في امر الاداء يفصل فيها علي وجه السرعة (1 (ومن ثم فتعد من الدعاوي التي يتضمنها نص المادة 118 مرافعات وبالتالي يكون استئناف الاحكام الصادر فيها بتكليف بالحضور.

البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات
http://www.sci-dz.com

أهمية التفرقة-:

واهميةالتفرقة بين طريقي الاستئناف بالنسبة الامر الاداء او للحكم الصادر في المعارضة فيه تظهر في امرين -:

أولا :- مواعيد الطعن بالاستئناف.

ثانيا :- مدي انطباق قاعدة انه لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا علي من رفع عليه المنصوص عليها في المادة 384 مرافعات.

أما من حيث مواعيد الطعن بالاستئناف فهي في حالة الاستئناف بطريق التكليف بالحضور عشرين يوما لاحكام محاكم الموادالجزئية واربعين يوما لاحكام المحاكم الابتدائية وينقض هذان الميعادان الي النصف في مواد الأوراق التجارية ويكون الميعاد عشرة ايام في المواد التي يوجب القانون فيهاالفصل علي وجه السرعه (م 402 مرافعات)
وفي حالة رفع الاستئناف بعريضة الي قلم الكتاب ينبغي ان تقدم العريضة الي قلم الكتاب خلال المواعيد سالفة الذكر وهي عشرين يوما لاحكام المحاكم الجزئية واربعين يوما لاحكام المحاكم الابتدائية ثم يعلن المستانف عليها خلال الثلاثين يوما التالية لتقديم عريضة الاستئناف بالاستئنافالمرفوع (م 405 و 406 مرافعات.)

ويعتبر الاستئناف مرفوعا في الحالة الاولي باعلان صحيفة الاستئناف ورقة تكليف بالحضور
وفي الحالة الثانية بمجرد تقديم عريضة الاستئناف الي قلم كتاب المختصة وقبل اعلانها الي الخصوم
وتفريعا علي ما تقدم يكون ميعاد استئناف امر الاداء دون المعارضة فيه اذا كان صادر في دعوي يوجب القانون الفصل فيها علي وجه السرعة او كان صادرا في مواد الاوراق التجارية كدعاوي السندات الاذنية او الكمبيالات عشرة ايام بالنسبة للأوامر الصادر من المحاكم الجزئية وعشرين يوما بالنسبة للاوامر الصادرة من المحاكم الابتدائية.

أما اذا كان أمرالاداء قد صدر في غير دعاوي المادة 118 مرافعات وكان استئنافه بطريق تقديم عريضة الي قلم الكتاب فان مواعيد الاستئناف تكون هي المبنية بالمادة 402 سالفة الذكر مع وجوب اعلان استئناف للخصوم بعد ذلك خلال الثلاثين يوما التالية لتقديم عريضة الاستئناف.

أما مواعيد الاستئناف في حالة استئناف الحكم الصدر في المعارضة في امر الاداء فهي عشرة ايام دائما من تاريخ الاعلان فينبغي اعلان ورقة التكليف بالحضور (صحيفة الاستئناف) الي المستانف عليه خلال هذا الميعاد مهما كان موضوع الدعوي الصادر فيها امر الاداء المعرض فيه وذلك لما قدمنا من ان المعارضة في امرالاداء من الدعاوي التي اوجب القانون الفصل فيها علي وجه السرعة

مسطرة الأمر بالأداء بين المحاكم العادية و المحاكم التجارية

المبحث الثاني : طبيعة الأمر الصادر بالأداء

إن مهمة القضاء تكمن في الفصل في المنازعات و الخصومات المثارة أمامه بحكم أو قرار يحقق العدالة القانونية و يحقق التطابق بين القانون والواقع إلا أن المحاكم تصدر في سبيل تحقيق هذا الغرض قرارات تتخذ صورا و أشكالا متعددة حسب الوظيفة التي تصدر هذه القرارات بناء عليها .

فإذا فصلت في منازعات بين الخصوم، رفعت إليها باتباع طريق الدعوى فإنها تصدر أحكاما ، و إذا اقتصرت على مجرد إجراءات وقتية تحفظية فإنها تصدر أوامر . وقد طرأ خلاف بين الفقه بخصوص عمل رئيس المحكمة بشأن

http://www.sci-dz.com
البوابة الجزائرية للقانون

الأمر بالأداء هل يعتبر عملا قضائيا أم عملا ولائيا (المطلب الأول) . و لسبب نفس الخلاف حول ما إذا كان الأمر بالأداء حكما قضائيا أو امرا بناء على طلب (المطلب الثاني)

" المطلب الأول : طبيعة عمل رئيس المحكمة بخصوص الأمر بالداء .

اختلفت الآراء بخصوص طبيعة عمل رئيس المحكمة أثناء إصداره للأمر بالأداء حيث ذهب الإتجاه الأول إلى القول بأن الرئيس بإصداره الأمر إنما يقوم بوظيفة ولائية بحثة بدعوى أن المشرع قصد بهذا النظام تفادي تراكم القضايا بحيث فرض إصدار الأمر بالأداء بدلا من عرض النزاع على المحكمة ، كما فرض إصدار أمر وليس حكما بهدف تبسيط الإجراءات و تسييرها و تفادي حالات البطلان ، ثم إن إجراءات استصدار الأمر يتم بغير مرافعة و في غفلة من الخصم الآخر، إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى وصف عمل الرئيس أثناء إصداره للأمر بالأداء بالعمل القضائي بحكم أنه يصدر أوامر مستندا إلى سلطته القضائية لأنها تقرر إجراءا وقتيا و إنما تضمن إثبات الحق لأحد الخصمين، و إلزام الاخر بأدائه فهي إذن تحسم الخصومة و تتناول موضوع الحق و تشمل على عنصري الحكم القضائي ، و هما التقرير و الإلزام فضلا عن كون الأمر بالأداء يحوز حجية الأمر المقضي و يحوز القوة التنفيذية تماما كالحكم القضائي، و يختلف عنه في أنه يصدر في دعوى ذات طبيعة خاصة .

ولا يسعنا إلا أن نؤيد اتجاه الذي يصبغ وصف العمل القضائي على الأمر بالأداء ، و ذلك نظرا لصراحة القانون المغربي في هذا الصدد، إذ نص في الفصل 156 من قانون المسطرة المدنية " على أنه ترفع الدعوى إلى المحكمة الإبتدائية طبقا للشروط المشار إليها في القسم الثالث أعلاه " و هو ما يعني أن أوامر الأداء تخضع لنفس الإجراءات التي تخضع لها الدعاوى بصفة عامة وذلك من حيث تقديم المقال و أداء الرسوم القضائية كما أن تنفيد الأمر بالأداء تتم بكل الطرق القانونية خاصة بطرق حجز أموال المدين المنقولة .

" المطلب الثاني : طبيعة الأمر الصادر بالأداء .

انقسم الرأي بخصوص طبيعة الأمر بالأداء بين من يقول باعتباره أمرا صادرا عن رئيس المحكمة و من يقول باعتباره حكما قضائيا على الرغم من صدوره ضمن الإجراءات الخاصة للأوامر المبنية على طلب ، و الرأي الغالب في الفقه المغربي ذلك الذي يصبغ على الأمر بالأداء طبيعة الحكم القضائي لكونه يتضمن حكما قطعيا بإلزام المدين بالدين، فالأمر بالأداء هو قرار يصدر من القاضي في موضوع دعوى رفعت بالإجراءات التي رسمها القانون، و هو حكم قطعي في موضوع هذه الدعوى ، ووصف الحكم يلحق الأمر بالأداء بمجرد صدوره و ذلك لورود النص عليه عاما مطلقا من أي قيد أو شرط ، و يترتب على ذلك اكتساب الأمر بالأداء قوة الحكم الغيابي .

الباب الأول : شروط مسطرة الأمر بالأداء والجهة القضائية المختصة به .

إن مسطرة الأمر بالأداء هي مسطرة خاصة لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا توفرت الشروط التي يستلزمها القانون لذلك، و هذه الشروط على نوعين : شروط شكلية و شروط موضوعية : (الفصل الأول).

و تستمد مسطرة الأمر بالأداء خصوصيتها كذلك من الجهة القضائية المتخصصة بإصدارها خصوصا المغربي الذي عرف مؤخرا تجربة القضاء التجاري و ما يترتب على ذلك من تنازع للإختصاص بين رئيس المحكمة الابتدائية المدنية و رئيس المحكمة التجارية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

شروط مسطرة الأمر بالأداء

http://www.sci-dz.com
البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - محاضرات

إن إصدار الأمر بالأداء يتوقف على شروط موضوعية تتعلق أساسا بالدين محل المطالبة ، و أخرى بشخص المدين، و شروط شكلية تخضع في المبدأ للقواعد العامة في التقاضي .

المبحث الأول : الشروط الموضوعية .

يتضح من الفصل 155 و 157 من قانون المسطرة المدنية، و من المادة 22 من القانون المحدث للمحاكم التجارية، أن الشروط الموضوعية المتعلقة بإصدار الأمر بالأداء تتفرع إلى نوعين : شروط تتصل بالمدين و شروط تتصل بالدين محل المطالبة .

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بشخص الدين

لا يحق للدائن طلب إصدار الأمر بأداء الدين المستحق له إلا إذا توافر في المدين شرطين و هما : أن يكون للمدين موطن معروف بالمغرب و ألا يكون في حالة تصفية قضائية .

الفقرة الأولى : ان يكون للمدين موطن معروف بالمغرب

ينص الفصل 157 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي : " لا يقبل الطلب إذا كان من الواجب تبليغه بالخارج أو إذا لم يكن للمدين موطن معروف بتراب المملكة ". فواضح من هذا الفصل أن سلوك طريق مسطرة لأمر بالأداء لا يأتى للدائن إلا إذا كان للمدين موطن معروف بالمملكة أو إذ أمكن تبليغه داخل دائرة ترابها بحيث أنه إذا اقتضى الأمر تبليغه بالخارج فإن الرئيس لا يقبل الطلب . فطبيعة المسطرة التي تتصف بالسرعة و البساطة هي التي فرضت على المشرع النص على هذا الشرط و ذلك تلافيا لضياع الوقت في البحث و التقصي على المدين أو موطنه ، ثم إن كل تبليغ إلى الخارج فضلا عن غموضه و تعقيده فإنه سيرتب بالضرورة مصاريف باهضة و ضياع الوقت .

و علاوة على ذلك فإن المدين المستوطن بالخارج سيتحمل كلفة كبيرة عند الطعن فيه، و ستعترضه الصعوبات التي تعترض تبليغ المقررات القضائية بالخارج في مثل هذه الحالة . و يرى بعض الفقه المغربي أن المقصود بعدم قبول الوارد في الفصل 157 ق . م . م هو عدم قبول الأمر الصادر في هذا الطلب و سنده في ذلك هو نص الفصل 157 في صيغته الفرنسية الأصلية الذي يوحي بهذا المعنى، إلا أننا نرى خلاف ذلك إذ المقصود في اعتقادنا بعدم القبول المنصوص عليه في الفصل 157 هو عدم قبول الطلب و ذلك لاعتبارين ، أولهما صراحة النص نفسه و ثانيهما لكون الأمر يتعلق بشكلية من شكليات الطلب، يتعين على الرئيس التأكد من توفرها قبل الخوض في جوهر الطلب، و ذلك تحت طائلة عدم القبول .

و قد كان شرط الموطن المعروف منصوصا عليه بصفة صريحة في القوانين الفرنسية السابقة (قانون 1957 و مرسوم 1972) ، إلا أنه اختفى من مرسوم 1981 و هو ما تأسف له الفقه هناك، و مع ذلك فقد استنتجه و استنبطه من قواعد الاختصاص المحلي التي تعقد الاختصاص للمحكمة التي يقيم في دائرة نفوذها ، إذ أن تطبيق هذه القاعدة و التي تتصل بصميم النظام العام و لا يتأتى إلا إذا كان المدين يتوفر على موطن أو محل إقامة في فرنسا ، و إلا فإن مصير دعوى الأمر بالإدلاء هو عدم القبول .

بيد أن التساؤل المطروح في هذا الصدد يتعلق بمفهوم الموطن الوارد في الفصل 157 من قانون المسطرة المدنية ، نعتقد أن للموطن في إطار هذا الفصل ****** و الموطن القانوني، بل إنه يشمل حتى محل الإقامة خصوصا في الحالات التي يكون فيها للمدين موطن معروف بالمغرب . و قد كان من الأفضل في رأينا لو اقتصر المشرع المغربي على محل الإقامة ضمانا للدائنين لمواجهة مدينهم السيئ النية، و ذلك لأن محل الإقامة سوف يضع حدا لكل التفسيرات و التأويلات التي يطرحها مصطلح الموطن . و هكذا مثلا فالمدين الذي يكون موطنه أو مقره الاجتماعي بالخارج يمكن أن

البوابة الجزائرية للقانون
http://www.sci-dz.com

يكون محل مسطرة الأمر بالأداء إذا كان له بالمغرب محل إقامة أو مختار تجاري أو وكالة تسمح بتحديد الإختصاص القضائي بالمغرب و ذلك لكون الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية يجعل كمعيار للاختصاص المحلي الموطن و محل الإقامة على حد سواء .

الفقرة الثانية : ألا يكون المدين في حالة تصفية قضائية

طبقا للمادة 653 من مدونة التجارة فإن حكم فتح مسطرة التصفية القضائية يؤدي إلى توقيف أو منع كل دعوى قضائية من جانب الدائنين تهدف إلى المطالبة بإصدار حكم ضد المدين من اجل أداء مبلغ من النقود ، فبالإستناد إلى الفصل و بما أن تقديم مقال الأمر بالأداء يعتبر دعوى قضائية، فإنه لا يجوز للدائن أن يطلب من رئيس المحكمة إصدار أمر بأداء الدين الدائن به للمدين الذي يوجد في حالة تصفية قضائية و فقا لمقتضيات مدونة التجارة ، كل ما يمكنه القيام به هو التصريح بدينه قصد فحصه و قبوله .

غير أن تقديم مقال الأمر بالأداء قبل صدور الحكم الذي تفتح بموجبه مسطرة التصفية القضائية، لا يمكن الاحتجاج ضده بمقتضيات المادة 653 من مدونة التجارة ، على اعتبار أن الوقت الذي تتوقف أو تمنع فيه المتابعات القضائية ضد المدين الموجود في حالة تصفية هو تاريخ صدور حكم التصفية القضائية .

المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالدين محل المطالبة .

لا يحق للدائن المطالبة بدينه عن طريق مسطرة الأمر بالأداء إلا إذا توفرت في هذا الدين مجموعة من الشروط عمل على تحديدها قانون المسطرة المدنية، نجملها في ضرورة كون الدين عبارة عن مبلغ من النقود و معين المقدار و مستحق الأداء (الفقرة لأملى) و أن يكون ثابتا بالكتابة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ضرورة كون الدين مبلغا من النقود و معين المقدار و مستحق الأداء .

ينص الفصل 155 من قانون المسطرة المدنية على أنه " يمكن إجراء مسطرة الأمر بالأداء في كل طلب تأدية مبلغ مالي يتجاوز ألف درهم مستحق بموجب سند أو اعتراف بدين ..." وواضح من هذا الفصل أن الدين الذي يكون محل مسطرة الأمر بالأداء لا بد أن يكون نقديا و معين المقدار .

و من تم إذا كان مطلوب الدائن شيئا آخر غير مبلغ من النقود فلا يصح عند المطالبة به سلوك مسطرة الأمر بالأداء – إنما يكون اقتضاؤه من المدين عن طريق الدعوى العادية وفقا للقواعد العامة – ذلك أنه إذا كانت الحكمة التي بني عليها النظام الإستثنائي ، هي افتراض خلو دين النقود من المنازعة الجدية متى كان ثابتا بالكتابة و معين المقدار و مستحق الأداء، فإن هذا الافتراض لا يصح أن يقوم فيما يتعلق بالديون الأخرى التي كثيرا ما يثير منازعات بين الخصوم تتطلب في غالب الأحيان إجراء تحقيق لإثباتها ثم الفصل فيها من القضاء في مواجهتهم بعد سماع دفوعاتهم، و هذا لا يأتي في النظام الإستثنائي الذي تسير إجراءاته في غيبة المدين و بدون علمه بها علما قانونيا ، و ليس من بينها مرافعة الخصوم أمام القاضي المختص بإصدار الأمر بالأداء

و تأسيسا على ذلك فالدين الذي يكون عبارة عن التزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل لا يمكن أن تجري بشأنه مسطرة الأمر بالأداء

إلا أن شرط نقدية الدين يثير صعوبة في الحالة التي يكون فيها بعض ما يطلبه الدائن مبلغا من النقود و البعض

البوابة الجزائرية للقانون
http://www.sci-dz.com

الآخر طلبا آخر لا يسري عليه نظام الأوامر ، إذ يثور التساؤل حول ما إذا كان على الدائن سلوك الأوامر بالنسبة للطلب الأول ، و سبيل الدعوى بالنسبة للطلب الآخر ، أو يسلك الدعوى بالنسبة للطلبين إذا كان بينهما ارتباط يجيز المطالبة بهما بدعوى واحدة .

يجيب بعض الفقه المغربي على ذلك، بأنه يجوز للدائن سلوك مسطرة الأمر بالأداء فيما يخص الدين النقدي ، إذا كان مستقلا بذاته، و يراجع محكمة الموضوع عن طريق دعوى عادية في غيره من الالتزامات الأخرى غير النقدية . أما إذا كان الدين النقدي مرتبطا بالتزامات أخرى ، فليس أمام الدائن إلا المسطرة العادية للمطالبة بحقوقه النقدية و غيرها ، سواء كان هذا الارتباط قابلا للتجزئة أو غير قابل لها لاحتمال المنازعة في وجوب الأداء .

إلا أننا نعتقد أن السماح للدائن برفع دعوى أمام رئيس المحكمة قصد الأمر بأداء المبلغ النقدي ، و دعوى أمام القضاء العادي بغية أداء الإلتزام غير النقدي ، من شأنه أن يؤدي إلى تشتيت قضية واحدة أمام جهات قضائية متعددة، كما انه سيضر بحسن سير العدالة ، بحكم تشتت وثائقها بين مختلف هذه الجهات ، و هو ما يدفعنا في مثل هذه الأحوال إلى اقتراح اللجوء إلى القضاء بالطرق العادية بالنسبة لكل الطلب .

و تثور الصعوبة أيضا إذا كان الإلتزام التزاما تخييريا محله مبلغ من النقود و شيئا آخر ، أو كان التزاما بدليا محله مبلغ من النقود و إنما للمدين الوفاء بشيء آخر بدلا من محل الإلتزام الأصلي، أو كان محله شيئا آخر غير النقود و إنما تبرأ ذمة المدين بدفع مبلغ من النقود . و مرد الصعوبة في الإلتزام التخييري و الإلتزام البدلي أنه في كليهما لا ينحصر التزام المدين بشيء من أشياء متعددة، و يكون أحدهما التزاما لا يسري عليه أوامر الأداء .

ففي حالة الإلتزام البدلي فمن المقرر هو أن طبيعتها تحدد بمحله الأصلي لا بالشيء البديل، كما أن الدائن ليس له إذا أراد المطالبة إلا المطالبة بالمحل الأصلي ، مما قد يحمل على القول بأن طريق اقتضاء الإلتزام البدلي يتحدد بالمحل الأصلي ، فإن كان مبلغا من النقود فسبيل اقتضائه استصدار أمر بالأداء، و إلا فسبيل اقتضائه رفع الدعوى العادية .

و يرى بعض الفقه عن حق أنه إذا كان أحد محلي الإلتزام الأصلي أو البديل مبلغا من النقود و المحل الآخر شيئا آخر فلا سبيل أما الدائن إلا أن يرفع دعوى مدنية، لأن المقرر أنه في الإلتزام البديلي يكون الخيار بين المحل الأصلي و بين البديل دائما للمدين، فليس للدائن إن يلزمه بدفع مبلغ من النقود . فقد يختار الوفاء بالمحل الآخر و هو ما يستلزم إجراءات المواجهة بين الدائن و المدين، الأمر الذي يناقض مسطرة الأمر بالأداء التي تتم في غيبة المدين .

أما في الالتزام التخييري و الحال فيه أن محل الالتزام متعدد، فالخيار بين محل الإلتزام المتعددة قد يكون للمدين أو لغيره ، فإذا كان الخيار للدائن، و اختار الوفاء بمبلغ من النقود فإن عليه أن يقضيه بطريق استصدار أمر بالأداء أما إذا لم يكن الخيار للدائن فلا سبيل لاقتضاء دينه إلا برفع دعوى

و نشير في هذا الصدد أن الدين إذا كان دينا تجاريا، على الدائن أن يراجع المحكمة التجارية بشأن اقتضائه في شخص رئيسها أما إذا كان مدينا فعليه أن يراجع المحكمة الإبتدائية في شخص رئيسها كذلك

كما يشرط أن يكون الدين معين المقدار ، كما تؤكد على ذلك المادة 158 من قانون المسطرة المدنية و كما يستفاد من العبارة " البيان الدقيق للمبلغ المطلوب " الوارد في الفصل 156 من قانون المسطرة المدنية و تعيين المقدار لا بد منه لمعرفة ما إذا كان الدين قد بلغ الحد المشروط لإمكان إجراء مسطرة الأمر بالأداء ، الذي هو ألف درهم، علاوة على انه ينفى احتمال قيام منازعة في المبلغ المطلوب ، و لذلك فالمفروض أن يكون قائما على أساس ثابث تضيق معه سلطة القاضي في التقدير . فالدين الناشئ مثلا عن حساب جاري لا يمكن أن تجري بشأنه مسطرة الأمر بالأداء لكونه غير معين المقدار يحتاج إلى تدقيق كامل من طرف القضاء ، و هو ما يتنافى مع بساطة و سرعة هذه المسطرة

البوابة الجزائرية للقانون
http://www.sci-dz.com

و غني عن البيان أن أصل الدين هو المقدم وحدد تحديد الاختصاص القانوني . أما المصاريف و غيرها فغير مؤثرة في تعيين هذا الاختصاص القانوني أما المصاريف و غيرها فغير مؤثرة في تعيين هذا الاختصاص، و ذلك تطبيقا للفصل 11 من قانون المسطرة المدنية . ففي ظل ظهيري 1951 و 1970 اللذين كانا ينظمان مسطرة الأمر بالأداء لم يقرر المشرع المغربي أي حد أدنى لمبلغ الدين، لأن مؤسسة محاكم الجماعات و المقاطعات لم تكن معروفة في التنظيم القضائي المغربي أما بعد إحداث هذه المؤسسة في سنة 1974 ، و التي صودق فيها على قانون المسطرة المدنية ، فقد تنبه المشرع إلى اختصاص حكام الجماعات و المقاطعات الذي لا يتجاوز ألف درهم كحد أقصى للإختصاص القيمي .

و تأسيسا على ذلك فكل الطلبات الرامية إلى الحصول على مبلغ مالي يقل عن الف درهم ، يعود الاختصاص بها لحكام الجماعات و المقاطعات ، و لا يمكن لأن تجري بشأنها مسطرة الأمر بالأداء .

و علاوة على ما ذكر أعلاه يشترط أن يكون الدين المطلوب مستحقا أي أن يكون معلقا على شرط واقف ، أو مضافا إلى اجل واقف ذلك أن الدائن في هذه الحالات لا يستطيع إجبار مدينه على الأداء ، الا إذا تحقق الشرط أو حل الأجل ، أو سقط أو وقع التنازل عنه . أما إذا كان معلقا على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ ففي استطاعة الدائن الإلتجاء إلى مسطرة الأمر بالأداء في اقتضاء حقه لكون الدين في هذه الحالات وواجب الأداء .

الجـــزء الثالـث : أوامـــر الأداء

1 ـ تعريف أمر الأداء :

هو أمر يصـــدر على عريضة من قاضى الأداء لما له من سلطـــه قضائية بناءا على طلب مقدم من صاحب الشأن لأداء دين محقق الوجود وحالاً للأداء وثابت بالكتابة .

2 ـ شكل عريضة أمر الأداء :

أن تكون نسختين متطابقتين تشتمل على البيانات الآتية:ـ

إســـــم المحكمة المقـــدم إليها الطلب .

إســـــم العارض وعنوانه ومحله المختار .

إســـــم المعروض ضـــده وعنوانه .

http://www.sci-dz.com
البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات

وقائـــع الطلـب وأسانيـــده .

توقيع المحامى على الطلب

تاريخ تقديـم الطلب.

3 ـ الشروط الشكلية لقبول إستصدار الأمر

1ـ وجوب تكليف المدين بالوفاء سواء التكليف بكتاب مسجل مع علم الوصول أو بروتستو عدم دفع

2ـ أن يصدر الأمر من قاضى مختص نوعياً وقيمياً ومحلياً

3ـ أن يقدم الطلب فى صورة عريضة تشتمل الوقائع وأسانيده مع بيان إسم المدين ومحل إقامته وإرفاقه مستندات المؤيدة وتكون موقعه من محامى .

4ـ أن يصدر الأمر من القاضى على العريضة وعليها توقيعه وتاريخ إصداره له وإلا كان الأمر باطلاً .

5ـ لا يقبل طلب إستصدار الأمر إلا بعد أداء الرسم كاملاً .

4 ـ إعلان العريضة بالأمر الصادر للأداء

إذا لم يتم الإعلان خلال 90 يوم من تاريخ صدور الأمر أعتبر الأمر كأن لم يكن

5 ـ طريقة التظلم فى أمر الأداء الإستئناف

التظلم خلال 10 أيام من تاريخ إعلان العريضة والأمر للمدين وأن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً طبقاً لنص المادة 206 مرافعات)

مادة (206) : يجوز للمدين التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه إليه ويحصل التظلم أمام محكمة المواد الجزئية أو أمام المحكمة الابتدائية حسب الأحوال وتراعي فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى .

ويجب أن يكون التظلم مسببا وإلا كان باطلا .ويبدأ ميعاد استئناف الأمر إن كان قابلا له من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه أو من تاريخ اعتبار التظلم كان لم يكن .

ويسقط الحق في التظلم من الأمر إذا طعن فيه مباشرة بالاستئناف

6 ـ سقوط الحق فى التظلم

إذا طعن عليه مباشرة بالإستئناف , وإستئناف الأمر يبدأ من تاريخ فوات ميعاد التظلم أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن (م/206 مرافعات) ولا يكون التظلم أو الإستئناف إلا من المدين الصادر ضده أمر الأداء .

مادة (206) :

يجوز للمدين التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه إليه ويحصل التظلم أمام محكمة المواد الجزئية أو أمام المحكمة الابتدائية حسب الأحوال وتراعي فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى .

ويجب أن يكون التظلم مسببا وإلا كان باطلا .

ويبدأ ميعاد استئناف الأمر إن كان قابلا له من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه أو من تاريخ اعتبار التظلم كان لم يكن .

ويسقط الحق في التظلم من الأمر إذا طعن فيه مباشرة بالاستئناف .

7 ـ تنفيذ أمر الأداء

أمر الأداء التجارى يكون نافذا نفاذاً معجل بشرط تقديم كفاله .

8 ـ إختصاص قاضى أمر الأداء بإصدار أمر الحجز التحفظى إستثناء من قواعد إختصاص قاضى التنفيذ

أجازت المادة 210 مرافعات للقاضى المختص بإصدار أمر الأداء بأن يأمر بالحجز التحفظى على المنقول لدى المدين أو لدى الغير مع منحه السلطة المقررة لقاضى التنفيذ فى المادتين 319 ، 327 مرافعات ، والتى تتعلق الأولى منها بالحجز التحفظى على المنقول لدى المدين متى كان الحق محقق الوجود وحال الأداء ولم يكن بيد الدائن سند تنفيذى أو حكم واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار . وكذلك الأمر بالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير وفقاً للمادة 327 على أن يتولى قاضى أمر الأداء الإذن بتوقيع الحجز مع تقدير الدين دين مؤقت

محمد عبدالله الصفتى

المحامى بالنقض

0112560460

محمد عبدالله الصفتى المحامى بالنقض ـ الرحمانية ـ بحيرة ت / 0112560460

قرار رقم: 345144 بتاريخ: 2005/04/04

"أمر أداء –إجراءات.

المرجع: المادة 174 من قانون الإجراءات المدنية.

المبدأ: طلب أمر أداء دين من النقود، ثابت بالكتابة، حال الأداء معين المقدار، استثناء من القواعد العامة لرفع الدعاوى."

البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات

امر على ذيل عريضة لتثبيت امر اداء طبقا للمواد من 306إلى 309 ق.إ.م.إ الجزائري من أجل آداء مبلغ الدين في ذمة الطالب

مجلس قضاء.....

محكمة.....

مكتب السيد رئيس المحكمة

الموضوع: امر على ذيل عريضة لتثبيت امر اداء

(المواد من 306إلى309 ق.ا.م.إ)

لفائدة: السيد..... الساكن..... مهنته.....

القائم في حقه الاستاذ.....

ضد: السيد..... الساكن ب.....

ليطيب للرئيس المحترم

- يتشرف العارض ان يتقدم الى جنابكم بطلبه هذا.

- حيث انه استصدر السيد..... بتاريخ ..... امر اداء رقم ..... بتاريخ .... صادر عن رئيس محكمة.....

http://www.sci-dz.com
البوابة الجزائرية للقانون
قوانين - دروس - كتب - محاضرات

.....وثيقة مرفقة1

- و يقضي هذا الامر بالزام السيد..... بادائه للطالب مبلغ ..... دينار جزائري .
- حيث تم اعلانه بهذا الامر بتاريخ.....(وثيقة مرفقة)
- حيث انه لم يتم تقديم معارضة ضد امر الاداء المذكور و لا حتى استئناف مما يجعله نهائيا.
- و استنادا الى نص المواد 306 إلى 309 من ق.ا.م.إ فانه يصبح نهائيا و يوضع عليه الصيغة التنفيذية.

لهذه الاسباب ومن اجلها

- يلتمس المدعي تثبيت امر الاداء الصار بتاريخ..... تحت رقم..... وتذيله بالصيغة التنفيذية.

تحت جميع التحفظات

عن العارض/ محاميه

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء.....

محكمة.....

امر

مكتب الرئيس

نحن .....رئيس محكمة.....

بعد الاطلاع على العريضة و الوثائق المرفقة من العارض.

بعد الاطلاع على المواد 175 و176 من ق.ا.م.ج.

نامر السيد..... الساكن..... بادائه للطالب مبلغ الدين الذي في ذمته و المقدر ..... خلال خمسة عشرة يوما بعد اشعاره قانونا بهذا الامر.

.....في.....

توقيع السيد الرئيس والختم