الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المعهد الأعلى للقضاء

الدوائـــر التجاريـــة

دورة دراسية

الخميس 4 ديسمبر 2003

البرنامـــج

***

9.00 – كلمة الإفتتاح	– السيـد حســن بــن فــلاح المدير العام للمعهد الأعلى للقضاء
9.10 – التقرير التمهيدي	– السيـــــدة جويدة قيقة رئيس دائرة لدى محكمة التعقيب
9.40- تنظيم واختصاص الدوائر التجارية	– السيدة ماجدة بن جعفر مدعي عام لدى محكمة التعقيب

10.00- استـــــــراحـــة

10.15- الدوائر التجارية وقواعد العدل والإنصاف	– الأستاذ عز الدين بن عمر محامي
10.45- الاشكالات التطبيقية للدوائرالتجارية	- السيـــــد عادل بن اسماعيل وكيل رئيس بالمحكمة الإبتدائية بتونس

11. 15– نقـــاش

13.00- نهاية الاشغـــال

الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المعهد الأعلى للقضاء

دورة دراسية حول

*** الدوائر التجارية ***

الخميس 4 ديسمبر 2003

بمقر المعهد الأعلى للقضاء

كـلـمـة الإفتـتـاح

بسم الله الرحمان الرحيم

السيد المدير العام للمعهد الأعلى للقضاء
السادة المحاضرين الأفاضل
السادة الضيوف الكرام
زملائي زميلاتي

يسعدني أن أرحب بكم باسمي وباسم كامل أسرة المعهد الأعلى للقضاء لحضوركم أعمال هذه الدورة الدراسية في نطاق برنامج التكوين المستمر للسادة القضاة المباشرين والمنتمين للدرجات الثلاثة الأول من الرتبة الأولى .

لقد اخترنا أن يكون موضوع هذه الدورة تحت عنوان :

***الـدوائـر التجـاريـة ***

اعتبارا لما لهذا الموضوع من أهمية خاصة على الصعيد العملي التطبيقي وما أفرزه من اشكالات منذ احداث الدوائر التجارية بالمحاكم التونسية بموجب القانون عدد 43 لسنة 95 المؤرخ في 2 ماي 1995 ، والذي سعى المشرع التونسي من خلاله لإدخال أسلوب جديد لفض النزاعات التجارية بعد أن كانت موكولة للمحاكم المدنية التي تختص بالنظر في الدعاوى المدنية والتجارية على حد السواء .

وللإحاطة بالموضوع من كامل جوانبه لا بد من تناوله صلب تقرير تمهيدي أعدته لنا الرئيسة السيدة جويدة قيقة والتي يشهد لها الجميع بتضلعها في ميدان القانون التجاري بمفهومه الواسع . وما من شك بكونها ستقدم لنا الإضافة في هذا الموضوع .

ثم تتناول السيدة ماجدة بن جعفر المدعي العام لدى محكمة التعقيب تقديم مداخلتها التي أعدتها حول :

" تنظيم واختصاص الدوائر التجارية "

لتبين لنا تركيبتها وطريقة تعيين القضاة التجار ومرجع نظر الدوائر التجارية . واثر ذلك يقوم الأستاذ عزالدين بن عمر المحامي بسوسة بطرح مسألة على غاية من الأهمية في فصل الخصومة التجارية ألا وهي قواعد العدل والإنصاف صلب المداخلة التي أعدها لنا تحت عنوان :

" الدوائر التجارية وقواعد العدل والإنصاف "

لينتهي بعد ذلك السيد عادل بن اسماعيل وكيل الرئيس بالمحكمة الإبتدائية بتونس للتعرض للإشكالات التطبيقية للدوائر التجارية وما أفرزه القانون عدد 43 لسنة 1995 من صعوبات منذ دخوله حيز التنفيذ إلى الآن وهي فترة كافية يمكن أن تعكس لنا بصورة واضحة :

" الإشكالات التطبيقية التي اعترضت قضاة الدوائر التجارية "

وفي الختام أجدد لكم شكري على الحضور والمشاركة وأتمنى أن تحصل الفائدة للجميع من خلال ما سيقع طرحه حول هذا الموضوع الهام ونخرج منه بتساؤلات وتوصيات مثرية لزادنا المعرفي والعملي في المادة التجارية التي يتعين

مزيد العناية بها وايلائها الأهمية الازمة من طرف قضاتنا والتعمق فيها لحسن فصل القضايا المطروحة عليهم في هذا الميدان أمام تشعب العلاقات التجارية الحديثة وتماشيا مع التطور التشريعي الكبير الذي عرفته بلادنا في هذا الخصوص .

وشكرا ، والسلام عليكم

مديرة التكوين المستمر

جميلة الخذيري

دورة دراسية حول الدوائر التجارية

التقرير التمهيدي

السيدة جويدة قيقة
رئيس دائرة بمحكمة التعقيب

إن إهتمام المشرع سواء الفرنسي أم التونسي بالأعمال التجارية وبالمنازعات التي تنشأ بين التجار لم يكن بحديث العهد.

لقد عرف التشريع الفرنسي نظام المحاكم التجارية بشكل مكتمل وواضح قبل القرن الثامن عشر فكانت تتركب من قضاة وتجار يسمون بالمستشارين وهذه المحاكم لم يلغ العمل بها إلى يومنا هذا وهي تعتمد طريقة الإنتخاب لأعضائها.

أما المشرع التونسي فقد سعى في بداية الامر نظرا لبساطة الأعمال التجارية إلى الحفاظ على التوازن بين الملكية العقارية والملكية التجارية فسن القانون عدد37 لسنة 1977 المؤرخ في 27 ماي 1977 الذي هو ترسيخ للأمر العلي المؤرخ في 27 ديسمبر 1954.

هنا أفتح قوسين للحديث بكل إيجاز عن محتوى هذا القانون وعن الإختصاص الحكمي لدائرة الملك التجاري المحدثة بمقتضى القانون السالف الذكر نظرا لعدم برمجة محور له في نطاق هذا اليوم الدراسي.

إن القانون السالف الذكر عدد37 لسنة 1977 المتعلق بضبط العلاقة بين المسوغين والمتسوغين للمحلات المستعملة للتجارة والصناعة أو المستعملة للحرف يقيد إكتساب المكتري لحقوقه التجارية بشروط ثلاثة لا بد من توفرها :

1- أن يكون بين المالك والمكتوي عقد كراء صحيح

2- أن يتأكد من إستغلال موضوع العقد مهما كانت صفته عقارا أو أرض بيضاء أو محلا في أصل تجاري.

3- أن يتأكد من تواصل وتتابع إستغلال الأصل التجاري بصورة منتظمة طيلة مدة لا تقل عن عامين إثنين دون إنقطاع.

ومتى إكتسب المكتري التاجر الحق التجاري يستطيع المالك أن يقوم بدعوى لدى دائرة الملك التجاري لمواجهة هذه الحقوق كما يستطيع المكتري من جهته أن يقوم بدعوى لدى دائرة الملك التجاري للتمسك بهذه الحقوق.

سوف لن نتطرق في هذا التقرير التمهيدي للدورة الدراسية إلى إجراءات القيام لدى دائرة الملك التجاري ولا إلى الطبيعة القانونية لعقد إيجار المحلات التجارية بل سنكتفي بإبراز الإختصاص الحكمي لهذه الدائرة الموجودة داخل المحاكم الإبتدائية حتى نبرز الحد الفاصل بين إختصاصها وإختصاص الدوائر التجارية ونؤكد على إن إحداث الدوائر التجارية لم يلغ تواجد دائرة الملك التجاري داخل المحاكم الإبتدائية.

لقد أنشئت دائرة الملك التجاري بمقتضى القانون عدد37 لسنة 1977 الفصل 28 منه وتتألف هذه الدائرة من رئيس المحكمة الإبتدائية أو من ينوبه من القضاة وتختص بالنظر في دعاوى معينة. وبالتأمل من هذا القانون نرى أن إختصاص دائرة الملك التجاري الحكمي ينحصر في ستة أنواع من الدعاوي :

1- دعوى تعيين الشروط الجديدة لعقد التسويغ التجاري

2- دعوى تعديل معين الكراء تبعا لشرط السلم المتغير أو عند تغيير الحالة الإقتصادية.

3- دعوى معين كراء وقتي للمحل التجاري.

4- دعوى تعيين غرامة حرمان وقتية.

5- دعوى تعديل الكراء عند إحالة الأصل التجاري

6- دعوى تسوية الأجرة مع أجرة كراء ثاني.

والجدير بالملاحظة أن الأحكام الصادرة في قضايا الملك التجاري تكون قابلة للطعن بأوجه الطعن المقررة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية.

لكن مع نمو الإقتصاد التونسي وخروجه من التجارة الفردية إلى التجارة الجماعية وظهور على الساحة الوطنية شركات عائلية ثم شركات جماعية، وإيمانا من المشرع التونسي من أن نمو الإقتصاد له علاقة متينة بتواجد علاقة بينه وبين القضاء ثم دخول تونس إلى ساحة التجارة العالمية وإبرامها لعقد الشراكة مع البلدان الأوروبية كان لا بد من وضع تشاريع تتماشى مع هذا النظام الإقتصادي الجديد، فصدر العديد من القوانين أخص بالذكر القانون عدد64 لسنة 1991 المتعلقة بالمنافسة والأسعار الذي تم تنقيحه مؤخرا بمقتضى القانون عدد74 لسنة 2003 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003 الذي أحدث محكمة إقتصادية تسمى بمجلس المنافسة والذي يتمحور إختصاصها الحكمي في الممارسات المخلة بالمنافسة التي ترتكبها المؤسسات في حين أن المنلفسة الغير مشروعة هي من إختصاص الدائرة التجارية.

كما صدر العديد من القوانين نقحت عدة فصول من مجلة الإلتزامات والعقود وعدة فصول من المجلة التجارية.

وفي هذا الخضم التشريعي تم إحداث دوائر تجارية بالمحاكم الإبتدائية بمقتضى القانون عدد42 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 المتعلق بتنقيح مجلة المرافعات المدنية

والتجارية وتتركب هذه الدوائر التجارية من قاض محترف أو أكثر إلى جانب مستشارين من صنف التجار ثم صدر الأمر عدد88 لسنة 1996 المؤرخ في 24 جانفي 1996 المتعلق بضبط شروط وتراتيب تعيين الأعضاء التجار بالدوائر التجارية بالمحاكم الإبتدائية ثم صدر الامر عدد 427 لسنة 1996 المؤرخ في 11 مارس 1996 الذي احدث ثماني دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية التالية: تونس، سوسة، صفاقس، الكاف، المنستير، قابس، قفصة، مدنين ثم تلاه الأمر عدد2969 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/12/24 المحدث لدائرة تجارية بكل من المحكمة الإبتدائية بقرمبالية والمحكمة الإبتدائية ببنزرت.

ترى ما هي هذه الدوائر التجارية؟ ما هي إجراءات التقاضي لديها؟ ما هي تركيبتها؟ ما هو اختصاصها؟ كيفية انتداب قضاة الدائرة التجارية؟ ما هي طرق عملها؟ متى يستعمل مبدأ الأنصاف والعدل لديها؟

كل هذه المحاور سيقع تناولها بالدرس من طرف الزملاء الأفاضل وهم:

1- الزميلة ماجدة بن جعفر مدعي عام لدى محكمة التعقيب والمعروفة بكفاءتها العلمية وبطلباتها الثرية والموضوع الذي ستطرحه على مسامعنا يتعلق بتنظيم واختصاص الدوائر التجارية.

2- الأستاذ عز الدين بن عمر الغني عن التعريف المحامي والذي سيتطرق إلى محور الدوائر التجارية وقواعد العدل والإنصاف وهي قاعدة سنت لثاني مرة مقتضى قانون بعد القانون المتعلق بمجلة التحكيم.

3- الزميل عادل بن إسماعيل وكيل رئيس المحكمة الابتدائية بتونس المعروف بكفاءته العلمية على الساحة القضائية وسيطرح على مسامعنا الإشكاليات التطبيقية للدوائر التجارية.

لكن كل هذه المحاور الثرية لا تمنعني من إبداء بعض الملحوظات حول الفصل 40 جديد من م م م ت المحدث للدوائر التجارية واختصاصها الحكمي.

1- مبدئيا ما يجب ملاحظته هو أن المشرع التونسي أراد بتنقيحه للفصل 40 من م.م.م.ت حصر الدعاوي التجارية في حدود معينة. إذا فالاختصاص الحكمي للدائر التجارية هو اختصاص محدود، وبالتالي فان الدائرة التجارية هي محكمة خاصة داخل المحكمة الابتدائية ولا تنظر إلا في الدعاوى التي حددها لها المشرع إذا فهي شبيهة بالدوائر الخاصة الموجودة من قبل داخل المحكمة الابتدائية مثال ذلك : دائرة الشغل دائرة، الملك التجاري

2- إذا كان القضاء التونسي قبل تنقيح الفصل 40 من م م م ت بمقتضى القانون عدد42 لسنة 1995 لا يعرف اختصاصا حكميا في المادة التجارية في نطاق المحكمة الابتدائية بل كان ذلك مجرد تقسيما داخليا، والجدير بالملاحظة إن هذا التقسيم الداخلي مازال معمول به إلى يومنا هذا بمحكمة التعقيب إذ لا وجود لنص يتعلق بتخصيص دائرة معينة

للنظر في النزعات التجارية عموما بمحكمة التعقيب لكن عمليا هناك دائرة مختصة بالنظر في القضايا التجارية وهو أمر جار به العمل منذ زمن وربما سيأتي اليوم الذي يكرس فيه هذا الاختصاص بنص خاص.

لكن بعد التنقيح السالف الذكر اصبح هناك اختصاص حكمي في المادة التجارية الذي اصبح من أنظار الدائرة التجارية إن صدر أمر بأحداثها، وهذا ما أكدته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها بقولها "أن مقصد المشرع من إصداره لقانون 2 ماي 1995 هو تخصيص الدوائر التجارية بإختصاص حكمي جديد يخرجها عن النظام الإداري الداخلي للمحكمة الإبتدائية. ولكن السؤال المطروح والذي مازال محل جدال بين محكمة الموضوع ومحكمة القانون هو التالي : هل يجوز التحدث عن عدم الإختصاص الحكمي للدوائر المدنية في المناطق والولايات والمحاكم الإبتدائية التي ترجع لها بالنظر والتي لم يحدث الأمر عدد427 لسنة 1996 بها دوائر تجارية.

3) هل رتب المشرع التونسي جزاء في صورة تخلف التاجر عن الحضور بالدائرة التجارية وصدور حكم في مغيبة؟ وهل تتوقف جلسات الدائرة التجارية؟ هنا لابد من التأكيد أن جلسات الدائرة التجاري من الضروري أن تستمر حتى لا يتعطل سير القضاء خاصة وان الامر يتعلق بمسائل تجارية تتطلب الحل السريع وحاجة التاجر الأكيدة لفض النزاع الذي رفعه للمحكمة، وهذا ما أكدته محكمة التعقيب في قرار لها صادر بتاريخ 1999/12/22 عدد73411 بقولها: "حيث اقتضى الفصل 40 جديد من م.م.م.ت إن عدم حضور التاجرين لا يتوقف عليه عمل الدائرة التجارية. وحيث لم ينص القانون على وجوب التعرض إلى عدم حضور التاجر أو بيان أسباب مغيبه ولم يرتب على مخالفة ذلك بطلان الحكم مما يبقى معه هذا الطعن مجرد على كل سند قانوني فتعين رده".

4- **مفهوم الدعوى التجارية**: ماذا يقصد المشرع من الدعوى التجارية؟ هل هو كل نزاع بين تاجرين أم يتعلق بكل عمل تجاري فقط؟ ما المقصود بالعمل تجاري؟ هل هو العمل التجاري بطبيعته؟ أم العمل التجاري بالشكل أم العمل التجاري بالتبعية؟ ما هو الفرق بين الدعوى التجارية العادية والدعوى التجارية التي جاء بها قانون 02 ماي 1995 المنقح للفصل 40 من م م م ت. كل هذه الإشكاليات التي تثير جدالا واختلافا بين محكمة الموضوع ومحكمة القانون سنتناولها بالمناقشة خلال هذا اليوم الدراسي في هذا السياق نشير إلى القرار التعقيبي عدد 27798 الصادر بتاريخ 2003/10/01 والقرار التعقيبي عدد 25368 الصادر بتاريخ 2003/10/29.

5) **صفة التاجر** : لقد أثارت صفة التاجر بدورها جدلا على مستوى قضاء الموضوع وقضاء القانون. هل للشريك في إطار شركة المحاصة صفة التاجر؟ أو لا؟ نحن نعرف إن

جل الشركات التونسية على الساحة الاقتصادية هي شركات محاصـــة. وهـل أن الأعمـال التجارية المختلطة هي من أنظار الدائرة التجارية؟ ترى هل أراد المشرع التونسي أن يعطـي مفهوم ضيق للدعوى التجارية لان هناك بعض المنازاعات تجارية ومع ذلك فـان المشـرع استبعد تصنيفها ضمن الدعاوى التجارية مثل الدعاوى المتعلقة بالاكرية التجارية هنا اطـرح على مسامعكم نقاط الاختلاف التاليـة:

* **التعليل الأول:** في إطار شركة المحاصة لا يكتسب صفة التاجر إلا من كان يمـارس التجارة أمام العموم في حين إن الشريك الخفي في شركة المحاصة لا يكتسب تلـك الصفـة (تعليل محكمة صفاقس الاستئنافية).

* **التعليل الثاني:** إن النزاع القائم بين الأطراف في إطار شركة المحاصة ليـس مـن اختصاص الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية ذلك لان المدعي ليس له صفة التاجر إضافـة إلى أن النزاع لا يتعلق بتكوين شركة أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها مثلما ينص على ذلـك الفصل 40 الفقرة 7 من م.م.م.ت (تعليل النيابة العموميـة فـي إطـار القضيـة التعقيبيـة عدد28290).

* **التعليل الثالث:** الفصل 40 من م م م ت نص صراحة علـى اختصـاص الدوائـر التجارية بالنظر في النزاعات الناشئة بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري طبق الفقـرة 5 منه من ناحية ونص بالفقرة السابعة على إن اختصاص الدائرة التجارية فيما يتعلق بالنزاعـات المتعلقة بالشركاء والشركات من ناحية أخرى. إذا فان محكمة القرار التي حددت اختصـاص الدائرة التجارية في النزاعات المتعقلة بالتجار أهملت ما تضمنته الفقرة السابعة من الفصل 40 من م م م ت في خصوص اختصاص الدائرة التجارية فـي النزاعـات المعلقـة بالشـركاء والشركات وشركة المحاصة علاوة على كونها شركة فهي تتركب من شركاء مما يجعل مـن القرار المنتقد خارقا للفصل 40 من م م م ت (تعليل لسان الدفاع في القضية التعقيبيـة عـدد 28290).

* أما تعليل محكمة القانون الأخير في إطار قرارها عـدد 28290 الصـادر بتـاريخ 2003/11/19 سيقع الإعلان عنه بعد الحوار والنقاش.

وبهذه الملاحظات اختم هذا التقرير التمهيدي متمنية النجاح لهذه الدورة الدراسية وشكرا جزيلا على حسن انتباهكم.

فقه قضاء محكمة التحقيب

بخصوص تطبيق الفصل 40 جديد

من م.م.م.ت

هـ/ع

الجمهوريـــــة التونسيـــــة

وزارة العـــدل وحقوق الإنسان الحمـــد للّـــه،

محكمـــــة التعقيـــــب

* عـــدد القـــرار 25368.2003

تاريخـــــــه :29-10 9 -CB

اصـــــدرت محكمة التعقيـــب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت العدد 25368 والمقـــدم مـــن الاستاذ صالح التريكي بتاريخ 24 مارس 2003

في حق رضا ومختار ابني عبودة بن علي المرعوي

ضـــد المولدي سلام

محاميه الاستاذ البشير الصيد.

طعنا في الحكم المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحـــت العـــدد 2282 بتاريخ 13-11-2002 والقاضي بقبول الاستئناف شكلا ورفضه اصلا واقـــرار الحكم الابتدائي واجراء العمل بمقتضاه وتخطئة المستانفين بالمـــال المؤمـــن وحمـــل المصاريف القانونية عليهما وتغريمهما بالتضامن لفائدة المستانف ضده بمائتي دينـــار (200.000د) لقاء الاتعاب وتكاليف المحاماة.

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضده بتاريخ 26 مارس 2003

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 م م م ت تقديمـــها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة اوراق الملف والمداولـــة طبـــق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل (المعقب ضده) لدى محكمة البداية عارضا انه بموجب عقد شركة اتفق مع المطلوبين على توفير وان مال مبلغ 100 الف دينار في حين يساهم الاخوان بالعمل والجهد وذلك في نشاط التجارة في الاغطية الصوفية كما اتفق ثلاثتهم على ان مرابيح المدعى تحدد بمبلغ 50 الف دينار تدفع له على 3 اقساط يحل اجل اولها في 15 نوفمبر 2000 كما تعهد المطلوبان بارجاع راس المال لصاحبه على كرتين تكون الاولى في 2001/01/30 ولضمان الخلاص ابرم المدعي مع المطلوب الاو لعقد بيع بتاريخ 2000/10/18 موضوعه العقار الراجع لهذا الاخير والكائن بسيدي سالم مساحته 4898 م م بما في ذلك البناء (فيلة) كل ذلك بشرط عدم ايصال المدني بالمائة الف دينار وقد تقاعس نعى المدعى عليهما في تمكين الطالب من المبالغ المتفق عليها رغم التنبيه عليهما المحضرين عدد 169 و328 لذا وعملا بما ذكر وبالفصول 248 و313 من م ا ع يطلب المدعي الحكم بتحذيره بمشتراه والزام المطلوب بتسليمه له شاغر مع الف دينار غرامة اتعاب واجرة محاماة.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 30118 بتاريخ 2001/07/14 لصالح الدعوى وذلك بتحويز المدعي بعقار النزاع موضوع عقد البيع المؤرخ في 18 اكتوبر 2000 وتسليمه له شاغرا وتاريخ المحكوم عليهما بمائتين وخمسين دينار 250.000د لقاء اتعاب التقاضي والمحاماة.

فاستانفه المحكوم ضدهما استنادا الى بطلان عريضة الدعوى لمخالفة الفصلين 301 و67 من م ا ع والفصل 87 من مجلة التسجيل والطابع الجبائي ان لم يحترم عدل التنفيذ اجل 21 يوما و لم يبلغ المطلوبين نسخا من المؤيدات اضافة الى عدم تسجيل عقد البيع سند القيام طالبين النقض ورفض الدعوى.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الدرجة الثانيـــة حكمـــها عدد 2282 باقرار الحكم الابتدائي كيفما يتضح من نصه المضمن اعلاه اســـتنادا الى ثبوت تحقق الشرط المعلق عليه البيع بتقاعس الطاعنين في ايصال خصمهما بارباحـــه في مواعيدها رغم التنبيه عليهما طبق القانون.

فتعقب الطاعن ناسبا له ما يلي:

اولا: مخالفة القانون:

أ/ خرق الفصلين 40 و17 من م م م ت:

قولا بانه ثابت من الاوراق ان النزاع قائم بين تاجرين وبمناسبة عقد شـــركة كوناها بينهما وبالتالي فان الدعوى من اختصاص الدائرة التجارية ولكنها عرضـــت على دائرة مدنية غير مختصة ولذلك يتجه نقض الحكم المنتقد.

ب/ مخالفة الفصول 14 و70 و71 من م م م ت:

قولا بان المعقب سبق له التمسك امام محكمة الاساس بعد احترام اجـــراءات الفصل 70 من م م م ت وما يقتضيه من اجال حضور وتبليغ للمؤيـــدات ولكـــن المحكمة ردت هذا الدفع بانها هي التي غيرت موعد الجلســـة فلـــم يتمكـــن معيـــد الاستدعاء من احترام اجل الحضور ولكن هذا التحليل في غير طريقه لكون الاجـــراء يهم الاطراف ولا يخص المحكمة علما وان اخذ المطلوبين لم يحضر اطـــوار القضيـــة فاصحت كل الاجراءات باطلة عملا بمقتضيات الفصل 14 مـــن م م م ت والحـــم بخلاف ذلك يستشف النقض.

ج/ مخالفة الفصول 1301 و1308 و67 من م ا ع:

قولا ان الطاعنة اثارا امام قاضي الموضوع العلاقة القائمة بين عقد الشـــركة وعقد البيع كما تمسكا ببطلان الاول لمخالفته الفصلـــين 1301 و1308 مـــن م ا ع وذلك بتخصيص احد الشركاء بالارباح مسبقا واعفائه من الخسارة مترتبا على ذلك فان عقد البيع هو الاخر باطل لانبنائه على عقد باطل ولكن محكمة الحكم المنتقـــد لم

تتعرض مطلقا لهذه الدفوع فهضمت حقوق الدفاع وخرقت القـــانون وعرضـــت قضاءها للنقض.

ثانيا: ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع:

قولا بان المعقبين تمسكا امام محكمة الموضوع بان العلاقة ما بين طرفي الـنزاع الحالي انما هو قرض بربوي فاحش وقع اخفاؤه بعقد شركة ولتاييد هذا الدفع ادليـــا بالحكم الجناحي عدد 27667 الصادر بتاريخ 2001/7/5 بمناسبة احالتهما على القضاء من اجل التحيل فقضي بعدم سماع الدعوى وعللت المحكمة الجناحية قضاءها يكـــون العلاقة هي في الواقع قرض منثل بربى فاحش وقع تزويقه واضفاؤه بعقدي شـــركة وبيع مشروط وقد تقرر الحكم المذكور استئنافيا تحت العـــدد 59712 ومـــا دفـــع الطاعنين الى تقديم شكوى ضد المعقب ضده من اجل القرض بربى فاحش ســـجلت تحت العدد 23787 وقدما شهادة في نشرها طالبين اخذ كل بعين الاعتبار او انتظـــار مال الشكاية ورغم اهمية هذه الدفوع فان محكمة الاساس لم تلتفت لهـــا و لم تجـــب عليها فلم تحاول تكليف العلاقة القائمة بين الطرفين لمعرفة ان كانت العقود حقيقيـــة ام تخفي علاقة اخرى وهو مسالة جوهرية وهامة لمالها من تاثير على وجه الفصـــــل فهضمت حقوق الدفاع وجاء قضاؤها مشوبا بضعف التعليل الموجب للنقض.

المحكمـــــــــــــة

عن الفرع الاول من المطعن الاول:

حيث يتعلق اختصاص الدوائر التجارية كيفما يقتضيه الفصل 40 مـــن م م م ت بالدعاوى والالتزامات ما بين التجار وفيما يخص نشاطهم التجاري.

وحيث ان قضية الحالي انما ترمي الى تحويز المدعي في الاصل بالعقار الـــذي اشتراه مستندا في ذلك الى عقد بيع وهو موضوع لا يخص النشاط التجاري للطرفين مما يصبح معه التمسك بعدم الاختصاص في غير طريقه ومخالفا للقانون فاتجه رد هـــذا الفرع من المطعن.

عن الفرع الثاني من المطعن الاول:

حيث ان ما تمسك به المعقبان من اجراءات واجـــال انمـا هـي المتعلقـة بالاستدعاء لاول جلسة كيفما ينص على ذلك الفصل 70 من م م م ت.

وحيث وبعد تخطي تلك الجلسة تصبح المحكمة حرة وغير مقيدة بـــاجل في تاخير القضية من جلسة لاخرى حتى تتهيأ للفصل ولا وجوب لاحترام اجل الفصـل 70 في كل عملية تاخير وطالما اتضح من مراجعة الاوراق ان الاجراءات والاجال قد تم احترامها في اول جلسة التي كانت محددة ليوم 7 ماي 2001 فان ما تضمنه هـــذا الفرع من المطعن يصبح مجردا عن كل سند ويستحق الرد.

عن الفرع الثالث من المطعن الاول وعن المطعن الثاني:

حيث ان تعليل الاحكام شرط لصحتها.

وحيث تمسك الطاعنان امام محكمة الاساس كيفما يتضح مـــن مســتندات الاستئناف المضمنة بالحكم المنتقد نفسه بترابط عقدي الشركة والبيع كمـــا اثـار الطاعنان بطلان عقد الشركة عملا بمقتضيات الفصلـــين 1301 و1308 مـــن م ا ع الذين يمنعان اشتراط نسبة زائدة عما هو مستحق من الربح ويوجبان توزيـع تلـك الارباح بعد انتهاء العمل المقصود من عقد الشركة وترتيبا على بطلان ذلك العقـــد يصبح عقد البيع المرتبط به والمتوقف عليه باطلا هو الاخر عملا باحكام الفصـل 67 من م ا ع الذي ينص على بطلان الالتزام المبنى على سبب غـــير جـائز ومخـالف للقانون.

وحيث اضاف الطاعنان ان العلاقة في الواقع هي في قرض بربى فاحش وهـــو ما حدى بالمعقبين الى التشكي جزائيا من اجل ما ذكر وادليـــا بشـــهادة نشـــر في الموضوع.

وحيث ان كل هذه الدفوع اعلاه جوهرية ولها من الاهمية ما يجعلها جديـرة بالنقاش والرد عليها.

وحيث لم تتعرض محكمة الاساس لهذه المسائل المؤسسة على بطلان العقديـــن ومخالفة القانون و لم ترد عليها باي وجه فكان قضاؤها مشوبا بقصور التعليل الـــذي هو بمثابة فقدانه الامر الذي يعرض الحكم المنتقد للنقض جزئيا.

ولهـــذه الاسبـــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيـه وارجاع القضية لمحكمة الاستئناف بصفاقـــس لاعادة النظر فيها بهيئة اخرى وذلـــك في حدود ما تسلط عليه النقض واعفاء الطاعنين من الخطية وارجـــاع مالها المؤمـــن لمن امنه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 2003/10/29 من طـــرف الدائـــرة المدنيـــة الخامسة المتالفة من رئيسها السيدة جويدة قيقة وعضوية المستشـــارين الســـيدين فريـــد الحديدي وخالد العياري وبمحضر المدعي العام السيدة ماجدة بن جعفر ومساعدة كـلتب الجلسة السيد محمد الحبيب التلمودي.

وحـــرر في تاريخـــه

س*البيـــ

الجمهوريـــــة التونسيـــــة

وزارة العـــدل وحقوق الإنسان

محكمـــــة التعقيـــــب

الحمـــــد لله،

*عـــدد القضيـــــــة 27798.2003

تاريخـــــــه :1-10-2003

اصـــــدرت محكمة التعقيـــب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت العدد 27798 والمقدم مـــن الاستاذ عبد الوهاب الداودي بتاريخ 19 جوان 2003 .

في حق : الشركة العقارية مثلث 2 في شخص ممثلها لاقانوني .

ضـــــد:

شركة سمركو في شخص ممثلها القانوني محاميها الاستاذ عبد اللطيف بحر.

طعنا في الحكم المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت العـــــدد 91940 بتاريخ 26 فيفري 2003 والقاضي بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي فيما قضى به بخصـــوص قيمةالبضاعـــة التالفـــة والقضاء من جديد برفض الدعوى في شانها واقرار الحكم الابتدائي فيما زاد علـــــى ذلك.

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقـــــب ضدها بتاريخ 23 جوان 2003.

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق الـــتي يوجـــب الفصـــل 185 م م م ت تقديمها وعلى ملحوظات النيابةالعمومية والاستماع الى شرح ممثلها بالجلســـة الـــتي طلبت قبول التعقيب شكلا ورفضه أصلا .

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة اوراق الملف والمداولة طبق القانون صرحت المحكمة بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه القانونية فهو حري بالقبول.

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما تضمنها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل (المعقب ضدها)عارضة لدى محكمة لابدية انه على ملكها الاصل التجاري المستغل بالمغازة عدد 207 الكائنة بالمركز التجاري بفضاء مقني بالمتره 9 لبيع الملابس الجاهزة انجر لها بالشراء بموجب الكتب المحرر في 10 أفريل 1997 مبنة انه في 8 ماي 1999 شب حريق اثر على بعض المغازات ومنها المغازة الراجعة للمدعية حسب محضر المعاينة المدلى به وطلبت لذاك الحكم بالزام المدعى عليها (المعقبة) بان تؤدي لها مبلغ (10062.466د) قيمة البضاعة التالفة مع (22500.000د) قيمة ما فاتها من ربح مع المصاريف المترتبة عن ذاك .

وبعد استيفاء الاجراءات اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 8163بتاريخ 6 نوفمبر 2001 لصالح الدعوى فاستانفته المحكوم ضدها استنادا على ان عقد التسويغ نص على التزام المتسوغة بتامين بضاعتها ضد الحريق وهو ما يعفي الطاعنة من مسؤولية التعويض في هذا المجال عند الاقتضاء وطلبت لذاك النقض والحكم برفض الدعوى .

وبعد استيفاء الاجراءات اصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 91940 بنقض الحكم الابتدائي والقضاء برفض الدعوى في خصصو قيمة البضاعة التالفة باعتبار ان صاحبة الاصل التجاري مطالبة بتامين بضاعتها في هذا المجال ضد الحريق واقراره فيما زاد على ذاك استنادا الى ان المستانفة تعد مسؤولية عن * الحريق الذي اندلع بالفضاء التجاري بسبب الخلل في الاجهزة الكهربائية الناتج عن

تعيب الشيكة الكهربائية للمركب وعدم مطابقتها للمواصفات الفنية حسب تـــاكيد الخبير المنتدب السيد هشام سعيد.

فتعقبته الطاعنة ناعية عليه ما يلي :

مخالفة وسوء تطبيق وتاويل الفصول 40 و14 و17 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية :

بمقولة ان النزاع بين الطرفين يكتسي صبغة مدنية لتعلقه بطلب تعويض عن مضرة غير انه بالرغم من ذلك فان الدائرة التجارية هي التي تعـــهدت بـــالموضوع فقضت فيه شريكتها الخاصة والحال ان الدائرة المدنية هي المختصة دون سواها للنظر فيه وباتلالي فان مخالفة هذه الاجراءات الاساسية التي لها مساس بالنظام العـــام ادت الى خرق مرجع النظر الحكمي واحكام الفصول 40 و14 و17 من م م م ت .

سوء تطبيق وتاويل الفصـــول 123 مـــن م م م ت و83 و96 و107 و241 و242 و246 و763 من مجلة الالتزامات والعقود وانعدام التعليل والافراط في الســـلطة وهضم حقوق الدفاع :

بمقولة ان محكمة الاستئناف اعتبرت لقيام مسؤوليـــة الطاعنـــة في طلـــب التعويض تقرير الاختبار ورات فيه جزما قاطعا بان سبب الحريف كان منحصـــرا في عيوب واخلالات بالشبكة الكهربائية للمركب التجاري في حين ان الخبير المنتـــدب السيد هشام سعيد افاد ان سبب الحريق يفي احتماليا وافتراضيا أي مجهولا .

كما ان المحكمة صادقت على نتيجة الاختبار المنجز من الخبير المنتبد السيد محمد الطاهر الفخفاخ الذي عين المرابيه اليومية للمغازة موضوع التداعي بمبلـــغ 45 دينار عن مدة 500 يوم وقضت على هذا الاساس بما فات المستانف ضدهـــا مـــن مرابيح في حين ان الخبير لم يبين المصادر التي اعتمدها في اعماله .

وان المتسوغة قد اخلت بواجب ابرام عقد تامين ضدا لحريق وهـــو مـــا يجلعها غير محقة في القيام ضدا لطاعنة وهي مالكة الحيطان لمطالبتها بمانتج عن واقعـــة الحريق فضلا على انه اذا هلكت الغير الماجورة او تعيبت بلا فعل احد من المتعـــلقدين فليس لاحد من الطرفين القيام بالخسارة على الاخر وفقا لما نص عليه الفصـــل 763

من مجلة الالتزامات والعقود وطلبت لذلك قبول التعقيب شكلا واصـــلا والنقـــض والاحالة .

المحكمـــــة

عن المطعن الاول بشان مخالفة وسوء تطبيق وتاويل الفصـــول 40 و14 و17 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية :

حيث ان المطعن بخروج قضية الحال عن نظر الدائرة التجاريـــة بالمحكمـــة الابتدائية يفتقر لوجاهة الجدية ضرورة ان النزاع بين تاجرين وان الدعـــوى تجاريـــة الذي هي في طلب التعويض للمدعية عن تلف بضاعتها و ما فاتها من ربح بســـبب تعطيل نشاطها التجاري من جراء الحريق المستهدف له المحل المستغل بـــه الاصـــل التجاري الراجع لها المسوغ لها من قبل المدعي عليها وقد اقتضى الفصل 40 مـــن م م م ت ان الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية مختصة للنظر في الدعاوي التجاري وانـــه تعتبر دعاوي تجارية على معنى هذا الفصل الدعاوي المتعلقة بالنزاعات في التجار فيمـــا يخص بعض نشاطهم التجاري .

عن جملة المطاعن المتعلقة بسوء تطبيق وتاويل الفصول 123 مـــن م م م ت و83 و96 و107 و241 و242 و246 و763 من مجلة الالتزامات والعقود وانعدام التعليل والافراط في السلطة وهضم حقوق الدفاع لوحدة القول فيها :

حيث ان تمحيص مؤيدات الدعوى وتقدير الادلة واستخلاص النتائج منها من مشمولات محكمة الاساس ولا رقابة عليها في هذا المجال كلما كان ذلك غـــير مجاف لما يأمر به القانون في اتجاه معين ولا مؤد لاستنتاج نتائج غير صحيحة .

وبهذا المنظور فلا مغمز ولا تثريب فيما انتهت اليه محكمة الحكم المعقـــب بشان اعتبارالمستانفة وفقا لاحكام الفصل 747 من مجلة الالتزامات والعقود مســـؤولة عن الاضرار الحاصلة بالمحل موضوع التداعي بسبب استهدافه للحريق الناجم عـــن تعيب الشبكة الكهربائية للمبنى الموجود به المكرى حسب تاكيد الخبـــير المنتـــدب وبالتالي تخويل المستانف ضدها حق المطالبة بما فاتها من ربح خـــلال فـــترة تعطـــل نشاطها بالمكرى على ضوء تقديرات الاختبار الماذون باجرائـــه في هـــذا الغـــرض

فاضحى على هذا الاساس الطعن في الحكم المنتقد مفتقرا لما يشهد له بالاعتبار فتعين رده .

ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية .

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى في 1 أكتوبر 2003 عن الدائرة الخامسة برئاسة السيدة جويدة قيقة وعضوية المستشارين السيدين فريد الحديدي وخالد العياري وبحضور المدعي العام السيدة ماجدة بن جعفر ومساعدة كاتب الجلسة السيد حبيب التلمودي .

وحرر في تاريخه –

ش/ف

الجمهورية التونسية

وزارة العدل وحقوق الإنسان

محكمة التعقيب

الحمد لله

ع 28290.2003 عدد القضية

تاريخ : 2003/11/19

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت العدد 28290 والمقدم من الاستاذ التوفيق شبشوب بتاريخ 5 جويلية 2003

في حق مصطفى البحري

ضد : عاشور زعتور محاميه الاستاذ فرحات شعور

طعنا في الحكم التجاري الصادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحتالعدد 4541 بتاريخ 27 مارس 2003 والقاضي بقبول بقبول الاستئنافين الاصل والعري شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطئة المستانف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه وتغريمه لفائدة المستانف ضده بمائتين وخمسين دينارا لقاء الاتعاب واجرة المحاماة

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضده بتاريخ 2003/7/18

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 م م م ت تقديمها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة اوراق الملف والمداولة طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الاصل (المعقب ضده) لدى محكمة البداية عارضا انه في اواخر سنة 1994 اتفق مع المطلوب (المعقب) على تكوين شركة محاصة موضوعها التجارة في المنتوجات الفلاحية يساهم فيها الطالب بالعمل فيما يوفر خصمه راس المال على ان تقسم المرابيح انصافا بينهما وتمادي نشاط الشركة حتى سنة 1999 الا ان المدعى عليه استاثر بكافة المرابيح رافضا تمكين شريكه من منابه الذي بلغ 7210.000 دينارا طالبا استنادا للفصل 1300 من م ا ع الزام المطلوب باداء المبالغ المذكور مع الفوائض والف دينار لقاء اتعاب التقاضي والمحاماة واحتياطيا اجراء بحث مكتبي والاختبارات اللازمة

ورد المطلوب على ذلك بان الدعوى مرفوضة لعدم ارفاق عريضتها بالمؤيدات

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 29519 بتاريخ 13 ماي 2002 لصالح الدعوى وذلك بالزام المطلوب بان يؤدي للمدعي 7210.000 دينارا نصيبه من الارباح مع الفوائض و 250.000د لقاء اتعاب التقاضي والمحاماة وحمل المصاريف على المحكوم عليه

فاستانفه المحكوم ضده استنادا الى خرق محكمة البداية للفصل 40 من م م م ت اذ ان النزاع من اختصاص الدائرة التجارية كما تجاوزت ما طلب منها لما وجهت اليمين دون سماع البينة وخالفت حكم نهائي قضى باعتبار المدعي في الاصل عامل لدى خديجة البحري وحكم له بغرامة طرده تعسفيا اضافة الى سقوط حق المطالبة بالمرابيح عملا بالفصل 408 من م ا ع لذا يطلب الطاعن النقض ورفض الدعوى واحتياطيا عدم سماعها

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة ثاني درجة حكمها عدد 4541 باقرار الحكم الابتدائي كيفما يتضح من نصه المضمن اعلاه استنادا الى الشريك داخل شركة المحاصة لا يمارس التجارة امام العموم واما اليمين فقد تم توجيهها اثناء البحث لمكتبي واما العمل كاجير لدى الغير لا يفي عن المستانف

ضده صفة الشريك للمتسانف وفي خصوص سقوط الحق في الفصل المنطبق هـــو 402 من م ا ع ولا 408

فتعقبه الطاعن ناسبا له ما يلي :

اولا خرق القانون:

1) خرق الفصل 40 من م م م ت :

قولا بان محكمة الموضوع اعتبرت ان النزاع مدنيا والحـــال ان المعقـــب ضده مطالب بمرابيح حققتها شركة تكونت بين الطرفين وقد اقتضى الفصـــل 40 من م م م ت جعل النزاعات المتعلقة " بتكوين الشركات او تسييرها او حلـــها او تسييرها " من اختصاص الدائرة التجارية وهو اهملته محكمة الاساس فخرقـــــت القانون وعرضت قضاءها للنقض

2) خرق الفصل 42 و 7 و 9 من م ت و 500 من م ا ع :

قولا بان شركة المحاصة تتميز بانه ليس لها وجود الا فيما بين المتعـــاقدين (الفصل 42 من م ت) وقد سايرت محكمة الموضع المعقب ضده فيما ادعاه مـــن وجود شركة بين الطرفين معتمدة يمينا حاسمة اداها المدعي في الاصل وهو امـــــر مخالف للقانون وخاصة ما نص عليه الفصلان 7 و 8 من م ت من وجوب مسـك حسابيه ودفتر محاسبة من طرف كل تاجر طبق صيغ حددها الفصل 9 من نفـــس المجلة وفيه خرق للفصل 500 من م ا ع الذي يمنع توجيه اليمين لاثبات معاملـــة يوجب القانون ان يكون ثبوتها بحجة رسمية او بالتسجيل كما يمنع نفس الفصـــل توجيه المين لاثبات امر قد الغي بحكم لا رجوع فيه وبما انه المعقب ضده كـــان يعمل اجير لدى الغير وثبت ذلك باحكام نهائية ولا يمكنه ان يكـــون في نفـــس الوقت ان يكون شريكا في شركة محاصة وتوجيه اليمين رغم كل ذلك فيه خـرق للقانون

3) خرق الفصل 408 من م ا ع :

قولا بان الفصل 408 من م ا ع يقتضي ان دعوى الشريك على شـــريكه تسقط بمضي خمس سنوات وبما ان المعقب ضده يطالب بمرابيح حققتها الشـــركة

منذ سنة 1996 فقط سقط حقه على فرض مسايرته في وجود الشـــركة ولكـــن محكمة الموضوع لم تطبق النص القانوني المذكور معرضة قضاءها للنقض

ثانيا : تحريف الوقائع :

قولا بان محكمة الموضع عللت حكمها بان عمل المعقب ضده لـــدى الغير في بيع المواد الغذائية لا يمنعه من تكوين شركة مع المعقـــب وهـــو امـــر لا يستقيم واقعا وقانونا اذ لا يمكن للمدعي اصالة القيام والتوفيق والتفرغ لعملـــين واستنتاج غير ذلك مخالف للواقع ومجر عن كل ما يؤيده بالمف مما يعرض الحكـــم المنتقد للنقض

المحكمـــــــــــــــــــــــــــة

عن الفر ع الاول من المطعن الاول :

حيث لا خلاف في ان الموضوع يخص شركة محاصة لا تتمتـــع قانونـــا الشخصية المعنوية ولا تخضع للتسجيل ولا لاي شكل من اشكال الاشـــهار ولا تكون معلومة من الغير وكان القيام بقضية الحال للمالبة بنصيب المدعـــي مـــن الارباح

وحيث لا تعد دعوى الحال دعوى تجارية اذ لا شيء بالملف يضفي علـى طرفها صفة التاجر كما لا يتعلق موضوعها بتكوين الشركة او تسييرها او حلـها او تصفيتها كيفما تنص على ذلك الفقرة 7 من الفصل 40 حتى يقال انهـــا مـــن انظار الدائرة التجارية خلافا لما تمسك به الطاعن صلب هذا الدفع المتعين رده

عن بقية فروع المطعن الاول :

حيث تعلقت هذه الدفوع باليمين الحاسمة التي يتمسك الطاعن بانهـــا لا تجوز فيما يوجب القانون اثباته بحجة رسمية

وحيث ان هذا القول لا ينطبق على شركة المحاصة التي من خصائصـــها انها لا تخضع للتسجيل ولا للاشهار كما اقتضى الفصل 78 من م ت على امكانية اثباتها بجميع الوسائل ومنها المين الحاسمة التي هي ملك للخصم لا للقاضي

وحيث رات محكمة الموضوع ان اليمين منتجة في النزاع وغير مبنية عـــل التعسف فوجهتها على المعقب الذي قلبها على خصمه كل ذلك بعد ان تحققـــت من توافر شروطها وانها للخصومة

وحيث لا يجوز لمن وجه اليمين او قلبها ان يرجع في ذلك مما يجعل نعـــي الطاعن بعدم شرعية اليمين في غير طريقها وتعين رد هذه الدفوع

عن المطعن الثاني :

حيث ان تمسك الطاعن بعمل خصمه لدى الغير وبالتـــالي لا يمكـــن ان يعمل بالشركة في نس الوقت هي مسالة موضوعية تخرج عن رقابة هذه المحكمة

وحيث ان الفصل 408 من م ا ع المستند اليه للقول بسقوط الدعـــوى لا ينطبق على قضية الحال مما يعرض هذا المطعن ايضا للرد

ولهـــــــــــــــــه الاسبـــــــــــــــاب

قررت المحكمة بول مطل بالتعقيب شكلا ورفضه اصلا وحجز معلـــــوم الخطية المؤمن

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 2003/11/19 من طرف الدائـــــرة المدنية الخامسة المتالفة من رئيسها السيدة جويدة قيقـــة وعضويـــة المستشـــارين السيدين فريد الحديدي وخالد العياري وبمحضر المدعي العام السيدة ماجدة بـــن جعفر ومساعدة كاتب الجلسة السيد محمد الحبيب التلمودي

وحـــــــــــــرر في تاريخـــــــــــــه

س/ب

الجمهوريـــــة التونسيـــــة

وزارة العـــدل

محكمـــــة التعقيـــــب

عـــ*73411.99ـــدد القضيـــــــة

تاريخـــــــه :99/12/22

الحمـــــد لله،

اصـــــدرت محكمة التعقيـــب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت العـــ73411ـــدد والمقدم مـــن الأستاذ رضا بن عثمان بتاريخ 29 ماي 1999

في حـــــــق: الشركة العامة للصناعة الغذائية بالساحل محاميها ايضا الأستاذ علي الطويلي .

ضـــــــد : بنك الجنوب 2) الصندوق للضمان الإجتمـــاعي محاميـــه الاستاذ المنصف الفضيلي 3) البنك التونسي محاميه الأستاذ عبد الرزاق الكيـــلاني 4) القباضة المالية بنهج الإستقلال بسوسة 5) القباضة المالية بنهج فيكتور هيقو بسوسـة 6) بنك التنمية للإقتصاد التونسي 7) شركة باكولاست 8) نابلبياست 9) خليل ونـــاس 10) شمس الدين الصويح 11) هشام المناعي 12) محمود العياري بوصفه أمين الفلسة .

طعنا في الحكم التجاري الصادر عـــن محكمـــة الإبتدائيـــة بسوســـة تحـــت العـــ386ـــدد بتاريخ 11 ماي 1999 بتفليس الطالبة الشركة العامة للصناعـــة الغذائيـــة بالساحل في شخص ممثلها القانوني وتعيين يوم 1 جانفي 1982 بتاريخ توقفها عن الدفـــع وتعين القاضي السيد بلقاسم بن ابراهيم قاضيا منتدبا للفلسة والسيد محمود العياري أمينـــا لها وتوظيف رهن عقاري لفائدة جماعة الدائنين على العقارات الراجعة بالملكية للمفلـــس والإذن بوضع الأختام على مخازنه وصناديقه وملفاته وبدفاتره وأوراقه ومنقولاته وأمتعـــة بعد مباشرة عملية الإحصاء والإذن بتعليق مضمون هذا الحكم ببهو المحكمة الإبتدائيـــة بسوسة وبباب المركز التجاري للمفلس وبحمل المصاريف القانونية على الطالبة .

وبعد الإطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدهم بتاريخ 2 و 4 جوان 1999 .

وبعد الإطلاع على جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 م م م ت تقديمها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والإستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة .

وبعد الإطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا .

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل (المعقبة)لدى المحكمة الإبتدائية بسوسة بتاريخ 22 جويلية 1997 بطلب الإذن باستنتاج إجراءات التسوية القضائية وتعين قاض مراقب يعهدإليه بالملف وخبير في المحاسبة لتقص حقيقة الوضع كل ذلك تطبيقا لأحكام الفصل 18 من قانون إنقاذ المؤسسات القضائية المؤرخ في 17 أفريل 1995 ولاحظت الطالبة أنها سبق أن تقدمت بمطلب في تسوية رضائية بتاريخ 26 مارس 1996 تقرر بتاريخ10 جويلية 1997 رفضه بعد تعذر التوفيق بين الطالبة وإدانتها لذا تقمت هذا المطلب قصد الإنتفاع بإجراءات التسوية القضائية كيفما يخوله لها الفصل 19 من يكون 17 أفريل 1995 ملاحظة أنها شركة أنها شركة خفية الإسم تكونت بمقتضى قانونها الأساسي المؤرخ في 1980/9/9 ثم تقرر تغيير شكلها لتصبح شركة محدودة المسؤولية بمقتضى القانون الأساسي الجديد المؤرخ في 1991/2/16 ويتمثل نشاطه الشركة في صنع المثلجات وخاصة الكريمة المثلجة وهي تشغل 29 عاملا قارا و 40 عاملا موسميا ونظرا لطبيعة نشاطها الموسمي فقد عرفت الشركة صعوبات مالية ناجمة عن تكاليف التسيير العادية التي تنقل كاهلها طوال الفترة الممتدة بين كل صيفين وأدى ذلك إلى الإقتراض من البنوك في شك تسهيلات وقروض عادية كما عجزت عن أداء مستحقات إدارة الأداءات وصندوق الضمان الإجتماعي وبتاريخ 6 سبتمبر 1997 أصدرت السيد رئيس المحكمة الإبتدائية بسوسة قرار انطلاق إجراءات التسوية القضائية وأصالة المكلف على السيد قاضي المؤسسة ليتولى إتمام ما تقتضيه الفصول 22 و 23 و 24 من قانون انقاذ المؤسسات

كما كلف الخبير فرج الشيخ بمقتضى حقيقة الوضع الإقتصادي والمالي للمؤسسة والتأكد من توقفها عن الدفع وتحديد تاريخه وبيان إمكانيات مساعدتها .

وبتاريخ 8 جويلية 1998 أنهى الخبير أعماله وضمها بتقرير الذي انتهى خلاصه إلى أن وضع المؤسسة متدهور للغاية إذ تقدر خسائرها بمبلغ (2.187.471.592) ففقدت رأس مالها والأرباح التي حققتها سابقا كما بلغت ديونها مبلغ 2558903.583 وبين أسباب ذلك المتمثلة في نقض المال الذاتي ونقص وسائل التوزيع والترويج وموسمية النشاط وعدم وجود متصرف مالي مختص .

وكذلك الطابع العائلي للمؤسسة واقترح في الأخير برنامج انقاذ يمتد على 15 سنة بشرط موافقة الدائنين وحقق الشركة بمال له الشركاء وقدره250.000.000 وإيقاف الفرائض طيلة تلك المدة وتعيين متصرف مالي مختص .

وبتاريخ 1998/11/2 وافقت الطالبة على البرنامج المقترح طالبة المصادقة عليه كما اقترح قاضي المؤسسة تنفيذ نفس البرنامج .

وفي 9 نوفمبر 1998 قدمت لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية تقريراضمنتها رايها إمكانية إنقاذ المؤسسة الطالبة .

وتنفيذا لذلك المشروع وشروعا فيه مكنت المحكمة الطالبة من مهلة لتقديم ما يفيد حقن الشركة مبلغ 250.000.000 وأخرتها على ذلك ولكنها لم تفعل فقررت المحكمة انعدام واستحالة التسوية لعدم ضروع الشركاء مشروع الإنقاذ بصفة جدية وتطبيقا لأحكام الفصل 27 من قانون إنقاذ المؤسسات قضت بتفليس الطالبة وتعين يوم 1982/1/1بتاريخ وقفها عن الدفع كيفما يتضح من نصه المضمن أعلاه .

فتعقبته الطاعنة ناسبة له ما يلي :

أولا : خرق القانون

أ ـ خرق أحكام الفصل 40 جديد من م م م ت

قولا بأن بالإطلاع على الحكم المنتقد يتبين أنه صدر عن رئيس وقاضيين دون حضور التاجرين كيفما يقتضي الفصل 40 من م م م ت الذي اقتضى أنه في صورة تعذر حضور هذين الأخيرين فإن نظر الدائرة لا يتوقف ولكن الحكم المطعون فيه لم يتعرض إلى

ذلك و لم يشر إلى تعذر حضور التاجرين أو حضورهما أو حضور أحدهما فخرق بذلك القانون .

ب- خرق الفصل 26 من قانون 1995/4/17

قولا بأن الفصل 26 أوجب أن ثبت المحكمة بحجرة الشورى في مطلب التسوية القضائية بعدم سماع المدين وممثل الدائنين وبمحضر النيابة العمومية ولكن نسخة الحكم تضمنت تركيبة الهيئة التي أصدرته و لم تتعرض إلى حضوره ممثل النيابة العمومية الذي أوجب المشرع حضوره إضافة إلى عرض الملف عليهما إبداء رأيها وهما أمران مختلفان ومخالفة هذا الإجراء الاساسي موجب للنقض (انظر تحت عدد 60042) الصادر في 1997/9/14 .

3) خرق الفصل 27 من نفس القانون :

قولا بأن المحكمة لا يمكنها بتفليس الطالبة إلا إذا تبين لها انعدام إمكانية التسوية وهو ما يقتضيه الفصل 27 من قانون 17 أفريل 1995 الذي خرقته محكمة الحكم المنتقد باعتبار أن لجنة متابعة المؤسسات والخبير المنتدب والقاضي المراقب أجمعوا على وجود إمكانية التسوية ولكن المحكمة صرحت رغم ذلك التفليس وكان عليها فتح فترة مراقبة ليقع الشروع تنفيذ البرنامج المقترح .

ثانيا : ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع الدفاع والإفراط في السلطة .

قولا بأن الحكم المنتقد لم يتعرض بتاتا إلى تقرير لجنة مراقبة المؤسسات الإقتصادية وغضت عنه الطرف رغم أن تلك اللجنة هي المؤهلة أكثر من غيرها لمعرفة الحالة الصحية لكل مؤسسة باعتبارها المرصد المتوفر لديه جميع المعطيات المتعلقة باقتصاد البلاد إضافة إلى عدم مناقشة المحكمة تقرير القاضي المراقب و لم تشر إليه إطلاقا ونتيجة لكل ذلك جاء لحكمها ضعيف التعليل فاستحق النقض .

المحكمة

عن المطعن الأول :

حيث اقتضى الفصل 40 جديد من م م م ت أن عدم حضور التاجرين لا يتوقف عليه عمل الدائرة التجارية .

وحيث لم ينص القانون على وجوب التعرض إلى عدم حضور التاجر أو بيان أسباب مغيبها و لم يرتب على مخالفة ذلك بطلان الحكم مما يبقى هذا المطعن مجرد عن كل سند قانوني فتعين رده.

عن بقية المطاعن لتداخلها ووحدة القول فيها :

حيث تنعى المعقبة على محكمة الموضوع عدم تضمينها لرأي لجنة مراقبة المؤسسات الإقتصادية ولرأي القاضي المراقب حكمها وإصدارها لحكمها دون حضور ممثل النيابة العمومية .

وحيث قضت محكمة الأساس بتفليس الطاعنة لعدم الإداء بما يثبت شروع الشركاء بطريقة جدية في تنفيذ البرنامج المعتمد من قبل الخبير مما يجعل إمكانية التسوية مستحملة .

وحيث أن تسبيب الأحكام هي مهمة أساسية تقع على عاتق قاضي الموضوع حتى يوصل الفهم الذي توصل إليه في النزاع إلى أذهان الأخرين ليقنعهم به .

وحيث أن غرض المشرع من فرض التسبيب صلب الفصل 123 من م م م ت هو تمكين كل من سيطلع على الحكم من الوقوف على أن ما انتهت إليه المحكمة يمثل قدرا من الصواب والمعقولية وأنه أقرب ما يكون إلى الحق مطابقة الواقع كما أن تسبيب الأحكام يمكن محكمة التعقيب من معرفة ما إذا كان قاضي الموضوع قد فصل في جميع المسائل وفي الحدود التي عرضت فيها من دون أي تشويه أو تحريف .

وحيث يتعين في هذا السياق على القاضي أن يشير بصفة خاصة إلى مختلف الأعمال الإجرائية التي مرت بها وخلاصة ما انتهت إليه قبل أن يتخذ موقفا منها .

وحيث ينبغي أن يشمل كل حكم على العناصر التي تدل على سلامته وصحته ومكتفيا بذاته في وقائعه بحيث لا يضطر القارئ إلى الإستعانة بأية وثيقة أجنبية عنه لمعرفة النزاع و إلا لوجب أن يكون الحكم مصحوبا بتلك الوثيقة وهذا يعيب الحكم .

وحيث لم يتضح بمراجعة الحكم المنتقد أن المحكمة لم تضمن به المراحل التي مرت بها القضية والفترات الوجوبية التي قررها المشرع .

وحيث تتعرض محكمة الأساس إلى تقارير القاضي المراقب ولا إلى تقرير لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية و لم تضمن بمستنداتها مضامين تلك التقارير وهو ما يمنع محكمة التعقيب من مراقبة مدى سلامة الحكم المنتقد وصحته وهو ما يورثه ضعف التعليل الموجب للنقض .

وحيث قضت محكمة الموضوع بتفليس الطاعنة باعتبار استحالة إمكانية التسوية دون أن تمكنها من فترة مراقبته كيفما يقتضيه الفصل 27 من قانون 17 أفريل 1995 تحاول أثناءها تنفيذ البرنامج الذي اقترحه الخبير وصادق عليه القاضي المراقب ولجنة متابعة المؤسسات مكتفية بتأخير القضية لجلسة ثانية ومطالبة المعقب بالشروع في تنفيذ البرنامج وإحضار مبلغ د 250000.000 في حين أن الإطار الإجرائي الذي حدده المشرع لاختبار برامج الأنقاذ هو فتح فترة المراقبة .

وحيث اقتضى الفصل 26 من قانون 17 أفريل 1995 أن المحكمة تبت في مطلب التسوية بحجرة الشورى وبمحضر ممثل النيابة العمومية .

وحيث لا شيء الحكم المنتقد يدل على صدوره بحضور ممثل النيابة العمومية وهو إجراء وجوبي لا يغني عنه عرض الملف على النيابة العمومية لتقديم طلباتها .

وحيث إن عدم حضور ممثل النيابة العمومية بحجرة الشورى عند البت في المطلب فيه مخالفة صريحة لأحكام الفصل 26 مما يوجب نقضه لهذا السبب أيضا

ولهذه الاسباب وعملا بما تقدم

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية عى المحكمة الإبتدائية بسوسة لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 22 ديسمبر 1999 من طرف الدائرة المدنية الخامسة المتألفة من رئيسها السيدة جويدة قيقة وعضوية المستشارين السيدين فريد الحديدي والبشير زيتون بمحضر المدعي العام السيد مختار الفقيه ومساعدة كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي .

وحرر في تاريخه

ش/ف

الجمهوريـــــة التونسيـــــة

وزارة العـــدل

محكمـــــة التعقيـــــب

*عـــدد القضيـــــــة 9700.2001

تاريخـــــــه :2001/12/26

الحمـــــد لله،

اصـــــدرت محكمة التعقيـــب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت العدد 9700 والمقـــدم مـــن الاستاذ جمال الدهموني بتاريخ 27 افريل 2001

في حق : حسين بطيخ

ضـــــــــد : شركة بايل سردورف أ – ج

محاميها محمد التوفيق المورالي

طعنا في الحكم التجاري الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت العـــدد 69291 بتاريخ 10 جانفي 2001 والقاضي بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شـــكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي وتغريم المستانف لفائدة المستانف ضدها بثلاثمائة دينـار عن الاتعاب واجرة المحاماة وتخطته بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نســخة منـــها للمعقـــب ضدهما بتاريخ 17 ماي 2001

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 م م م ت تقديمـــها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة اوراق الملف والمداولـــة طبـــق القانون صرح بما يلي :

مـــــــن حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونيـــة فـــهو مقبول شكلا

مـــــــــن حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل (المعقب ضدها) لدى محكمة البداية عارضة انها مختصة ومعروضة عالميا في صنع وتجارة العطورات والصابون والزيوت النباتية ومواد التجميل ولها علامة مشهورة عاليما وهي "نيفيا" المسجلة بتونس بتاريخ 1986/11/17 تحت العدد 86334 EE

وبتاريخ 1988/11/25 تحت العدد EE 88727

وبتاريخ 26 ماي 1994 تحت العدد EE 940551

ولكنها اكتشفت ان المطلوب (المعقب) استعمل علامتها وتولى تسجيلها بمعهد المواصفات والملكية الصناعية وذلك بتاريخ 1995/6/15 تحت العدد EE 95361 فاضر بها واساء الى سمعتها لذا فهي تطلب الاذن لمعهد المواصفات بالتشطيب على علامة المطلوب "تيفيا " وتغريمه باداء خمسة الاف دينار مع 500د اتعاب تقاضي ومحاماة

ورد المطلوب على ذلك بان الدائرة المتعهدة بالقضية غير مختصة واحتياطيا فان الشركات الاجنبية لا تتمتع بالحماية التي داءت بها احكام امر 3 جوان 1989 طالبا رفض

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 5077 بتاريخ 11 مارس 1999 لصالح الدعوى وذلك بالاذن للمعهد القومي للمواصفات والملكية الصناعية بالتشطيب على علامة المطلوب نيفيا السمجلة تحت العدد ET 95361 وتغريمه للمدعية بثلاثة الاف دينار

فاستانفه المحكوم ضده استنادا الى ان الدائرة التي اصدرت حكم البداية غير مختصة طالبا النقض والقضاء ببطلان العريضة واحتياطيا رفض الدعوى

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 69291 باقرار الحكم الابتدائي كيفما يتضح من نصه المضمن اعلاه استنادا الى ان احداث الدوائر التجارية ببعض المحاكم لا يمنع غيرها من الدوائر من نظر القضايا التجارية ولا مخالفة في ذلك للفصل 40 من م م م ت

فتعقبه الطاعن ناسبا له ما يلي :

خرق القانون عدد 43 لسنة 1995 والفصلين 13 و 14 من م م م ت

بمقولة انه وخلافا لما عللت به محكمة الموضوع قضاءها فان تنقيح 2 ماي 1995 للفصل 40 من م م م ت احدث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية تختص حكميا في جميع النزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجارية فاقر المشرع بذلك قاعدة جديدة تجعل القيام بقضية الحال امام الدائرة المدنية فيه خرق صريح للقانون موجب للنقض ولا مجال في هذا الصدد للتمسك بالتنظيم الداخلي للقديم لكل محكمة ابتدائية وما يؤكد هذه الصبغة الوجوبية لاختصاص الدوائر التجارية هو ما جاء بالفصل 2 من نفس القانون مت تحديد لمرحلة انتقالية بالنسبة للقضايا التجارية المنشورة امام الدوائر المدنية وعليه فكل دعوى تجارية تنشر بعد صدور القانون امام الدائرة المدنية تكون مخلة بقاعدة الاختصاص الحكمي خاصة بعد احداث هاته الدوائر باغلب المحاكم الابتدائية وكان من الوجيه ان تنظر الدائرة التجارية في قضية الحال لتعلق موضوعا بالنشاط التجاري ما بين تاجرين ومواصلة الدائرة المدنية النظر في الدعوى رغم اثارة هذه الدفوعات امامها يجعلها حائدة عن الصواب ويجعل حكمها خارقا للفصلين 13 و 14 من م م م ت الامر الذي يعرضه للنقض .

المحكمة

عن هذا المطعن الوحيد :

حيث تركز هذا المطعن الوحيد على القول بعدم اختصاص الدائرة المدنية التي بنت في النزاع لكون موضوعه تجاريا واطرافه تجار كما انه في عدم احالة القضية على الدائرة التجارية المختصة خرق للفصل 40 من م م م ت المنقح بموجب القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي ي 1995

وحيث جاء بالفصل 40 انه يمكن بمقتضى امر احداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية تكون مختصة بالنظر في الدعاوي التجارية وتسند رئاستها لرئيس المحكمة او لوكيله وتعتبر دعاوي تجارية على معنى احكام هذا الفصل الدعاوي المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري

وحيث بين المشرع تركيبه الدائرة التجارية وشروط وتراتيب تعين اعفاءها

وحيث صدر حكم البداية عن احدى الدوائر المدنية بالمحكمة الابتدائية بتونس العاصمة وهي من بين المحاكم المحدثة بها دوائر تجارية بموجب امر

وحيث يتعين للوقوف على مقصد المشرع من اصداره لقانون 2 مـــاي 1995 ومدى وجوبية اختصاص الدوائر التجارية الاشارة الى ان الفصل الاول مـــن القـــانون المذكور الغى الفصل 40 قديم من م م م ت وخص الدوائر التجارية باختصاص حكمـــي جديد يخرجها عن التنظيم الاداري الداخلي أي ان التخلي لفائدتها عن القضايا التجاريـــة يحكمه الاختصاص الجديد ولا ما يقرره رئيس المحكمة من تنظيم داخلي

وحيث ان ما يؤكد هذا التفسير لمقصد المشرع من اصداره لقانون 2 مـــــاي 1995 هو ما جاء بفصله الثاني من كون القضايا المنشورة قبل بدء العمل بهـــذا القـــانون تبقى خاضعة للاجراءات المعمول بها في تاريخ نشرها الى ان يتم فصلها من طرف المحكمة المتعهدة بالنظر وبالتالي فان القضايا المنشورة في ظل القانون الجديد تخضـــع لاجراءاتـــه الجديدة من حيث اختصاص الدوائر التجارية المحدثة بالنزاعات التجارية في بين التجـــار وخروجها الى انظار غير تلك الدوائر

وحيث يخلص من كل ما سلف انه لقانون 2 ماي 1995 المنقح للفصل 40 من م م م ت صبغة وجوبية يتعين على المتقاضين والمحاكم احترام وتطبيق قاعدة الاختصـــاص الحكمي التي اقرها والقول بخلاف ذلك يعرض الحكم المنتقد للنقض

ولهـــــــــــذه الاسبـــــــــــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيـــه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لاعادة النظر فيها بهيئـــة اخـــرى واعفـــاء الطاعن من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 2001/12/26 من طرف الدائرة المدنيـــة الخامسة المتالفة من رئيسها السيد محمد مشرية وعضوية المستشـــارين الســـيدين فريـــد الحديدي ومنجية الجبالي وبمحضر المدعي العام السيد عبد الرزاق بن منا ومساعدة كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي

وحـــــــــــرر في تاريخـــــــــــه

دورة دراسية

الخميس 4 ديسمبر2003

المعهد الأعلى للقضاء

تنظيم وإختصاص الدوائر التجارية

بقلم السيدة ماجدة بن جعفر

مدع عام لدى محكمة التعقيب

إستنتاجات عدة يمكن أن يخرج بها القارئ من جديد الفصل 40 م م م ت ، هذا الجديد القديم الذي جاء به القانون عـــ43ـــدد لســـ1995ـــنة المؤرخ في 02 ماي 1995 ومن أهمها :

1/ إن هذا القانون هو إجرائي وقد جاء معدلا لإختصاص المحكمة الإبتدائية بالتمييز بين تركيبتها واختصاصها كمحكمة تنظر في النزاعات المدنية وبين تركيبتها واختصاصها بوصفها محكمة تنظر في النزاعات التجارية وأجاز بذلك إحداث الدوائر التجارية .

2/ إن هذا القانون قد أوكل مهمة تقدير الحاجة إلى إحداث هذه الهيئة القضائية لدى المحاكم الإبتدائية إلى السلطة التنفيذية وهو أمر طبيعي بإعتبار المسألة من قبيل التنظيم القضائي الذي يعود إلى السلطة التنفيذية بمقتضى القانون الأساسي للقضاة لســـ1967ـــنة الفصل الثاني منه وتخرج عن مجال القانون المحدد بالصل 34 من الدستور التونسي . وقد تم فعلا إحداث بعض الدوائر التجارية بمقتضى الأمر عـــ427ـــدد لســـــ1996نة المؤرخ في 1996/03/11[1] .

3/ أن هذه الهيئة القضائية ولئن كانت من دوائر المحكمة الإبتدائية المحدثة بها ، فقد أفردها المشرع بإختصاص مسند وإقصائي : يحدد ولاية نظرها ويعدم إختصاص غيرها من الهيآت القضائية لدى المحاكم الإبتدائية التي أحدثت بها وذلك فيما أوكل لها من إختصاص .

4 / خص هذا القانون الدوائر التجارية بتركيبة مزدوجة إذ أنها تجمع بين قضاة وبين أعضاء تجار دورهم إستشاري بحت . تقـــع تسميتـــهم بقرار من وزير العـــدل لمدة ثلاث سنوات من ضمن

---

[1] الأستاذ ناجي البكوش يخالف هذا الرأي انظر مقالته الدوائر التجارية " الإشكاليات الدستورية والقانونية " دراسات قانونية سنة 1997 عدد 5 ص من 14 إلى 17 .

قائمة تقرها المنظمة المهنية الأكثر تمثيلا. مع الملاحظة أن تخلف العضو التاجر عن الحضور للجلسات لا يوقف نظر الدائرة .

5/ ميز المشـــــرع ضمن هذا القانون الدائرة التجارية بتركيبة ثنائية : فهي إما ثلاثية أو خماسية . حيث تتألف هيئتها الثلاثية من قاض رئيس وتاجرين . أما هيئتها الخماسية فتتألف من ثلاثة قضاة وتاجرين مستشارين .

ويحدد إنتصاب هذه أو تلك من الهيئتين الإختصاص المسند إلى كل واحدة منهما .

6/ إن ولاية نظر الدوائر التجارية خلافا لما رآه عديد رجال القانون يشمل تقريبا أغلب مجال العمل التجاري إلا أنه موزع بين هيئتي الدائرة التجارية .

7/ جعل المشرع بمقتضى هذا القانون الدوائر التجارية من أوسع الدوائر صلاحيات حيث إضافة إلى دورها القضائي العادي اعطاها دور المصالح والمحكم .

ولعلكم تشاطروني الرأي أن أهم موضوعين تضمنهما هذا التنقيح للفصل 40 م م م ت يتعلقان : أولا بمرجع النظر للدوائر التجارية (I) إذ لا يخفى عليكم ما يمكن أن يطرحه هذا الموضوع من إشكالات فيما يتعلق بتحديد مجال إختصاص الدوائر التجارية بإعتبارها خاص العام الذي هو المحكمة الإبتدائية .

أما الموضوع الثاني فيتعلق بصلوحيات هذه الدائرة (II) التي تميزها عن بقية المحاكم . وذلك لطبيعة النزاعات التي تنظرها هذه الدائرة وأهميتها وانعكاساتها على الصعيدين الإقتصادي والإجتماعي .

I - مرجع نظر الدوائـــر التجـــــــارية

لا يطرح مرجع النظر الترابي للدائرة التجارية إشكالا بإعتبارها ذات المرجع الترابي للمحكمة الإبتدائية الموجودة بها . وذلك خلافا لمرجع نظرها الحكمي الذي على بساطة ظاهرة يمكن أن يثير عديد الإشكالات القانونية والعملية سواء فيما يتعلق بضوابط إختصاص هيئة الدائرة الثلاثية (أ) أو فيما يتعلق بمجال نظر هيئتها الخماسية (ب) سيما وان مرجع النظر الحكمي من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة التعقيب . ويترتب عن الإخلال به رفض الدعوى لعدم الإختصاص لا إحالة القضية على الدائرة المختصة بنفس المحكمة الإبتدائية .

أ – إختصاص الهيئة الثلاثية للدائرة التجارية

إن صيغة العموم التي وردت عليها الفقرة الرابعة من الفصل 40 م .م .م .ت في تحديد مرجع نظر الدائرة التجارية وبعدها عن الفقرة الخامسة الضابطة لتركيبتها الثلاثية والتفريق الضيق الوارد في الدعوى التجارية مباشرة إثر الفقرة الرابعة من الفصل 40 م .م .م .ت المحددة لمرجع النظر الدائرة ككل يوحي بأمرين .

1/ أن الدعوى التجارية المعرفة بأنها : المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري تخص الدائرة بهيئتيها .

2 / أن مرجع نظر الدائرة المحدد على النحو المذكور هو مرجع نظر موضوعي شامل لمعيار تعهدها ومن ثمة فهو مسند وإقصائي .

وهذه الصياغة الغامضة للنص قد طرحت إشكالا قانونيا في بعض المحاكم رغم إستقرار الرأي عند أغلب محلليه على أن المعيار المحدد للدعوى التجارية المضمن بالفصل 40 م .م .م .ت بفقرته الخامسة لا يخص إلا مرجع نظر الهيئة الثلاثية للدائرة التجارية . وأن هذا التحديد الموضوعي ظاهريا مرتبط بآخر قيمي يفهم ضمنيا من سياق بقية النص . ذلك أن المشرع قد عهد الدائرة التجارية لهيئتها الخماسية النظر إستئنافيا في الدعاوى الداخلة في إختصاصها واعتبارا للمنطق القانوني فإن الدعاوى التي تنظر فيها إستئنافيا هي تلك الصادرة عن حاكم الناحية في المجال التجاري فيما كانت قيمته دون السبعة آلاف دينارا إذ أنه من غير المقبول أن تكون الدائرة بهيئتها الخماسية درجة تقاضي ثانية للأحكام الصادرة عنها بتركيبتها الثلاثية سيما وأن القاضي رئيس الهيئة الثلاثية هو نفسه الذي يترأس الدائرة بهيئتها الخماسية وهذا يتعارض وفلسفة الإستئناف [2] .

وما يدعم هذا الرأي أن المشرع لم ينقح أحكام الفصل 39 م م م ت التي أعطت صلاحيات النظر في الدعاوى المتعلقة بالديون التجارية التي مقدارها دون سبعة آلاف دينار إلى حاكم الناحية لا صراحة ولا ضمنيا بل أن الفقرة السابعة من الفصل 40 م. م. م .ت تؤكد وتقرر الإبقاء على صلاحيات قاضي الناحية في المادة التجارية وترتيبا عليه فإن مرجع نظر الدائرة التجارية بهيئتها الثلاثية

---

[2] الأستاذ نورالدين الغزواني – التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ص 339 .

يكون ثنائي التحديد : من حيث مقدار الطلب ومن حيث طبيعة النزاع ومن ذلك نقول أن الدائرة التجارية بهيئتها الثلاثية تختص بالنظر في الدعاوى التجارية التي يفوق مقدار الطلب فيها سبعة آلاف دينار.

ويعرف المشرع الدعوى التجارية ضمن الفقرة 5 من الفصل 40 م .م .م. ت بأنها " تلك المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري " ومن هذا التعريف يمكن القول أن الضابط الأساسي لتحديد مرجع نظر الدائرة هو صفة التاجر ، لا كما توجه إليه بعض رجال القانون من مقولة أن ولاية نظر الدائرة التجارية ترتبط بالعمل التجاري [3] .

فالنزاعات المتعلقة بمعاملة تجارية ما لا تدخل تحت ولاية نظر هذه الدائرة الا اذا كان من تولاها تاجر وبمناسبة نشاطه التجاري وكان النزاع بين تاجرين وهي شروط متلازمة لتحديد مرجع نظر الدائرة .

ولعل الصعوبة تكمن بالنسبة لهذه الشروط في تحديد صفة التاجر . إذ منها مبدئيا يسهل الإشكال ويرفع الغموض ذلك أنه بالنسبة لشرط تعلق العمل بنشاط التاجر فهو مفترض بقوة القرينة التي وضعها المشرع بالفصل الرابع من المجلة التجارية والقاضية بأن كل ما يقوم به التاجر يحمل على أنه لفائدة نشاطه إلى أن يثبت ما يخالف ذلك .

إذا بقى أن نعرف ما هو التاجر ؟

نعتقد أن الأمر يكون أيسر بالنسبة للمحكمة في تحديد التاجر إذا كان الشخص الطبيعي مرسم بالسجل التجاري باعتبار أن هذا الإجراء هو قرينة على ثبوت هذه الصفة " صفة التاجر ".

وذلك عملا بالفصل 60 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/5/2 المتعلق بالسجل التجاري إلا أن هذه القرينة تبقى بسيطة وتقبل الدحض بكل ما يثبت أن هذا الشخص الطبيعي لا يدخل بحال تحت طائلة الفصل 2 من المجلة التجارية .

ومن ثمة يعود النظر من جديد للمحكمة للتحقق من معطيات القضية ومؤيداتها إن كان هذا الشخص يتعاطى بوجه الإحتراف والتعود لعمل من أعمال الإنتاج والتداول والمخاربة والتوسط . وان لم يكم عمله من قبل الإنتاج الفلاحي المقتصر على تحويل منتوج أرضه وبيعه . أو من قبيل الإنتاج الأدبي أو الفني . أو من قبيـــل اسداء الخدمات (مهن حرة . عامل ...) .

---

[3] أصول المرافعات المدنية والتجارية للقاضيين أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة ص 49 .

أما الذوات المعنوية فإن ما يحدد مبدئيا طبيعتها التجارية هو موضوع نشاطها .إلا شركات المقارضة بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الإسم التي اعتبرها المشرع تجارية بحكم شكلها مهما كان موضوع نشاطها مدنيا [4] .

إذا فالنزاعات البينية بين الذوات المعنوية التاجرة وبين الذوات المعنوية التاجرة والذات الطبيعية التاجرة .فيما يتعلق بأنشطتها التجارية تكون من ولاية نظر الهيئة الثلاثية للدائرة التجارية . أما إذا تعلق الأمر بالنزاعات فيما يخص تأسيس الذوات المعنوية أوتسييرها أوحلها أوتصفيتها أو انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية فهي من اختصاص الهيئة الخماسية للدائرة التي هي ذات مجال اختصاص أوسع.

ب – مرجع نظر الهيئة الخماسية للدائرة التجارية

يختلف معيار اختصاص الدائرة التجارية بتركيبتها الخماسية عن معيار اختصاص هيئتها الثلاثية الذي هو شخصي بما أنه يرتبط بصفة التاجر في حين أن مرجع نظر الهيئة الخماسية سواء عند نظرها النزاع ابتدائيا أواستئنافيا هوموضوعي أكثر منه شخصي .

فبوصفها محكمة درجة أولى تختص الدائرة التجارية بهيئتها الخماسية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أوتسييرها أو حلها أوتصفيتها أوفي قضايا انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها ومن المعلوم أنه من الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو خفية الإسم التي يمكن أن يكون المساهم فيها غير تاجر .

وبالتالي فإن ما قد ينشأ من نزاعات بين الشركة وبين شريكها غير التاجر بشأن التأسيس أو التسيير ... ، يكون من اختصاص الدائـــرة التجارية مهما لم يكن النزاع بين تجار .

ومن جهة أخرى فإن الفقرة السابعة من الفصل 40 م .م .م .ت أخضعت أيضا لنظر الدائرة التجارية القضايا المتعلقة بانقاذ المؤسسات . والقانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية قد أقر الإنتفاع بهذا النظام لكل شخص طبيعي أومعنوي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا وهو ما يجرنا إلى القول أيضا أن الدائرة التجارية في هذه الحالة ستكون مدعوة للنظر في نزاعات أو في دعاوى يمكن أن يكون أطرافها غير تجار (حرفيين ، صناعيين) .

---

[4] الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية

وانسلاخ المشرع عن المعيار الشخصي يمكن أن يلمس أيضا عند انتصاب الهيئة كمحكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي .

فتجارية النزاع تحدده طبيعة العمل موجبه وأطرافه ومدى خضوعهم للقانون التجاري وأصوله العرفية . ومن ثمة فإن اختصاص قاضي الناحية بالنظر في أداء الديون التجارية [5] ومنها الدين موضوع كمبيالة باعتبارها عملا تجاريا على معنى الفصل 269 م .ت وكل عمل مترتب عنها يعتبر تجاريا يكون من نظر الدائرة التجارية استئنافيا . وكذلك الشأن بالنسبة للأعمال المختلطة التي تقع بين التجار وغير التجار من القروض البنكية لغير التاجر وأعمال البورصة ...

وان ما يمكن أن يدفع به في هذا المستوى من أن المشرع قد حدد الدعوى التجارية واعتبرها تلك التي تتعلق بالتجار بمناسبة نشاطهم التجاري يمكن رده إذ أن الفصل 40 م م م ت بفقرته الخامسة قد ربط هذا التعريف بمجاله وهو اختصاص الدائرة التجارية بهيئتها الثلاثية لا غير وذلك بقوله " وتعتبر دعاوى تجارية على" معنى هذا الفصل " الدعاوى المتعلقة ... .

أي أن ما تجاوز مجال هذا الفصل فلا يشمله هذا التعريف الضيق ومن جهة أخرى لا نرى سببا من حرمان التاجر في اطار عمله التجاري من الإنتفاع بمزايا التخصص القضائي وما يوفره له من ضمانات على استيفاء دينه في ظل معرفة ضافية للمسائل التجارية وسرعة تقتضيها طبيعة المعاملة التجارية ذاتها .وهما الدافعان الأساسيان لبعث مثل هذا الهيكل القضائي .

كما أن الإعتبارات التي اعتبرها القانون المقارن لتبرير عدم الزام غير التاجر على التقاضي أمام المحاكم المختصة كما هو الشأن بفرنسا ليس لها مبرر في بلادنا إذ أن تركيبة الدائرة التجارية في تونس لا تختلف في جوهرها عن دوائر المحاكم العادية فالقرار يعود فيها إلى قضاة وفي هيئة ثلاثية خلافا للنظام القضائي الفرنسي الذي تتركب دوائره التجارية من تجار منتخبين .

وفي معتقدنا أن هذا التوجه يمكن أن يرفع اشكالا عمليا جديا يمكن أن يهدر به حق المتقاضي كما إذا تم رفع استئناف في مثل هذه الدعاوى الصادرة عن حاكم الناحية أمام الدائرة التجارية وتقضي الدائرة التجـــارية بـــرفض الإستئناف لعدم الإختصاص سيمـــا وأن المشـــرع ضمن الفصل 40 م. م. م .ت لم يخص الدوائر التجارية بتنظيم اداري مستقل يسهل على المتقاضى التوجه المباشر إلى كتابة الدائرة والفصل 72 م م م ت ينص على أن عريضة الدعوى يقدمها المحامي إلى كتابة المحكمة

---

[5] الفصل 39 م م م ت : ط ينظر قاضى الناحية ابتدائيا إلى نهاية سبعة آلاف دينار في الدعاوى المدنية الشخصية والدعاوى المتعلقة بالمنقول ومطالب أداء الديون التجارية .

ويتولى كاتب المحكمة تقييد القضية بالدفتر المخصص لها وان الفصل 70 م. م. م .ت لم يورد صلب التنصيصات الوجوبية التي تتضمنها عريضة الدعوى تحديد الدائرة المعروض على أنظارها النزاع بما أن النزاع يعرض على المحكمة الإبتدائية التي تتوفر بها كتابة موحدة [6] .

اضافة إلى أنه يمكن في عدم اعتماد هذا التوجه حرمان التاجر وكذلك الطرف المدين في النزاع من محاولة صلحية ثانية يمكن أن تأتي أكلها أومن الإنتفاع من صلوحيات الدائرة التجارية التي تخولها الحكم طبق قواعد العدل والانصاف .

II – صلوحيات الدائرة التجارية

إذا كانت خصوصيات المعاملة التجارية من سرعة وائتمان قد أملت احداث جهاز خاص ينظر في النزاعات موضوعها ويتعامل معها بما يستجيب لمقوماتها فإنه من البديهي أيضا وتحقيقا للجدوى والمرونة التي تتطلبها هذه المعاملات واسهاما في دفع عجلة الإقتصاد أن يقرر لفصل هذه النزاعات موجبات اجرائية وموضوعية تتلاءم وطبيعة هذه المعاملات .

وتلبية لهذا المقتضى منح المشرع الدائرة التجارية نفوذا واسعا في طريقة فض النزاعات يتمثل من جهة في اعتماد القانون عند اصدار الأحكام في النزاعات التجارية ومن اخرى خولها فصل النزاعات على أساس اتفاق الأطراف على الصلح ، وعلى أساس قواعد العدل والإنصاف التي يمكن أن يتفق الأطراف إلى الإحتكام إليها وتطبقها الدائرة بما يمنحها صلاحيات المحكم المصالح .

أ – النفوذ القضائي العادي

تقتضى هذه الصلوحيات مثلما أسلفنا اصدار الأحكام طبق التشريع التجاري . وهو تشريع استثنائي للقانون المدني و لم يتواجد إلا لأن مقتضيات التجارة ومطالبها استلزمت تخصيص البيئة التجارية بقواعد تنظيمية تتفق وحاجياتها . وهو قانون خاص باعتباره ينطبق على فئة معينة من المعاملات هي الأعمال التجارية وعلى طائفة معينة من الأفراد هم التجار.

ويقصد بالتشريع التجاري مجموع القواعد المقننة : الوطنية أوالأجنبية والقواعد الدولية المبنية على المعاهدات والإتفاقيات وكذلك القواعد غير المقننة وهي الأصول العرفية .

---

[6] الأستاذ ناجي البكوش : الدوائر التجارية " الإشكاليات الدستورية والقانونية ص 32 دراسات قانونية 1997 عدد 5 .

وتتميز القوانين التجارية باجراءاتها وقواعدها المبسطة التي تستجيب لخصوصية السرعة في المعاملة التجارية حيث أقرت مبدأ حرية الإثبات (الفصل 578 م ا ع) وامكانية تداول الحقوق الموثقة في صكوك بسهولة (الإحالة بموجب التسليم أو التظهير) واقرار مدة مخفضة لسقوط الزمن في المعاملة التجارية .

كما أن هذه القواعد تدعم خصوصية الثقة والإئتمان قوام العمل التجاري وذلك عن طريق الزيادة في الضمانات بالنسبة للدائن التجاري ومن مظاهرها ما أحدث من قاعدة التضامن بين المدنين التجار ، ونظام انقاذ المؤسسات وأحكام الفلسة .

ولا يقتصر التشريع التجاري على القوانين التجارية الأصلية والتي تجد أساسها في المجلة التجارية الصادرة في 1959/10/5 والأحكام المنقحة لها وغيرها من القوانين والمجلات العانية بالمجال التجاري التي تمثل زحزا تشريعيا بل يشمل أيضا المبادئ العامة التي تضمنتها المجلة المدنية باعتبارها الشريعة العامة للقانون الخاص والتي تنطبق في النزاعات التجارية بقدر ما يتناسب ومقتضيات التجارة وفي صورة غياب نص تجاري بحكم المسألة .

أما بالنسبة للأصول العرفية فإنها مصدر هام وأساسي من مصادر التشريع التجاري وصبغته إلزامية ولعل من بين أهم المسائل التي دفعت المشرع إلى تطعيم الدوائر التجارية بأعضاء تجار هو مساعدتهم للقضاة المهنيين على تطبيق هذا المصدر الإلزامي بحكم معرفتهم له باعتباره قاعدة من قواعد القانون التجاري ويحمل القاضي من ذلك على معرفته وله الإلتجاء عند الإقتضاء إلى الخبراء لتحديد كنهه مثال ذلك ما درج العرف على اعتباره موجب اعفاء من الضمان المحمول على الناقل البحرى بالنسبة للنقص الحاصل للبضاعة أثناء السفر [7] .

ب – الصلوحيات الموسعة للدائرة التجارية

تتمثل هذه الصلوحيات في محاولة التحصيل على الصلح بين الطرفين بمبادرة من رئيس الدائرة الذي يعود إليه تقدير امكانية فض النزاع على أساس الصلح من عدمها .

---

[7] الفصل 145 § 6 من مجلة التجارة البحرية : " على الناقل ضمان جميع ما يلحق البضاعة من تلف أوتعيب أو أضرار لعدم بذله عناية معقولة إلا إذا أثبت أن هذا التلف أو هذا التعيب أوهذه الأضرار ناتجة ... " .
عن النقص الحاصل أثناء السفر في حجم البضاعة أو في وزنها حسب طبيعتها وطول السفرة وتقلبات الجو وما يجيزه العرف

ومزية الصلح أنه يفض النزاع بصورة اتفاقية ويضمن سرعة فصل القضية استجابة لطبيعة المعاملة التجارية .

وهوكما عرفه المشرع ضمن المجلة المدنية تنازل كل طرف على جانب من حقوقه للوصول لإتفاق ما .

كما تتمثل هذه الصلوحيات في اعطاء الدائرة التجارية امكانية التحكيم بين الأطراف بناء على طلب أطراف النزاع الخضوع لقواعد العدل والإنصاف عوض الخضوع لقواعد القانون التجاري وذلك في أي طور من أطوار القضية . ولعل في ذلك منهم سعي للحصول على الحقيقة الواقعية دونها الحقيقة القانونية التي لا يحد منها المبدأ القانوني العام القائل أنه" لا يعذر الجاهل بجهله للقانون "خاصة فيما يتعلق بحماية مصالح شخص لم يسع إلى تحصين معاملته طبق ما يقتضيه الإجراء القانوني . وكذلك إذا كان أحد طرفي النزاع أجنبي .

وخلافا للرأي السائد القائل أن امكانية الطعن بالتعقيب لا يجوز إلا بالنسبة للأحكام الصادرة على اساس قواعد العدل والإنصاف والذي انبنى على طبيعة الحكم الصادر بالصلح الذي هو عقد قضائي ولا يقبل إلاالطعن بالبطلان وعلى التركيبة اللغوية للنص بمقولة أن المشرع أورد صورتين لفصل النزاع هما الصلح والتحكيم في حين أن نص الفصل 40 م. م. م .ت § 7 لم يتحدث إلا على امكانية الطعن بالتعقيب بالنسبة لصورة واحدة [8] فإننا نلاحظ أنه اعتبارا لوضع اللغة وطريقة صياغة النص عملا بقاعدة تأويل النص القانوني الوارد بها الفصل 532 م .ا. ع فإن المشرع قد قصد وصف الحكم بكونه نهائيا بالنسبة لما هو صادر عن الدائرة على أساس الصلح والتحكيم باعتبارهما صورة واحدة تتعلق بفصل النزاعات على خلاف الصلوحيات القضائية العادية . وذلك لورود وصف الحكم بالنهائية بعد متعاطفين " بكما " .

والمعتقد أن المشرع قدوقع في خطأ قانوني يتجه تقويمه لما اعتبر قابلية الطعن بالتعقيب في الأحكام الصادرة بالصلح أو حتى إذا اصدرت على أساس قاعدة العدل والإنصاف إذ أنه لا هذا ولا ذاك من الحكمين يقبل لطبيعته أولطريقة فصل النزاع فيه برقابة محكمة التعقيب التي لا تمارس على الأحكام إلا رقابة قانونية .

---

[8] الأستاذ الغزواني التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية ص 332 (مرجع سابق) .

وخلاصة لما أسلفنا من قول فإننا واذ نشيد بهذا الإنجاز التشريعي الهام الذي أحدثت بمقتضاه الدوائر التجارية والذي ينصهر في اطار سياسة تشريعية شاملة تهدف إلى تطوير الإطار التشريعي لنشاط المؤسسات الإقتصادية والإحاطة بها وتيسير معاملاتها نلاحظ ان هذا القانون لا يخلو من نقائص طرحت عديد الإشكالات القانونية والعملية مثل الصيغة الإزدواجية التي باتت لنفس النزاعات إذ أنه من الناحية القانونية يعد من الدعاوى التجارية على معنى الفقرة الرابعة من الفصل 40 م. م. م. ت فإنه يكون عمليا نزاع مدني ان كان نظره للمحاكم الإبتدائية التي لم تحدث بها دوائر تجارية وهو ما يفرز اخلالا لمبدأ المساواة بين المتقاضين إذ ينتفع متقاضي جهة دون أخرى بالميزات الإجرائية المقررة لهذه الدوائر مثل الصلح والاحتكام الى قواعد العدل والانصاف [9].

ومن جانب آخر فإن عدم تخصيص الدوائر التجارية بتنظيم اداري محكم ومستقل على غرار الدوائر الشغلية ودوائر الضمان الإجتماعي من شأنه أن يدخل بعض الإرباك العملي على اجراءات التقاضي لديها خاصة بالنسبة لمن هم لنظرها من المتقاضين [10].

اضافة الى صياغة الفصل 40 م. م. م .ت التي وردت في تركيبه بها من الغموض ما يحمل على اللبس والتردد في بعض أحكام النص ومن ذلك ما يتعلق بتعريف الدعوى التجارية إذ أن موقع هذا التعريف من النص وطريقة تركيبة النص ذاته يمكن أن تحمله معنيين أو لهما وهو الظاهر أن هذا التعريف هو عام واحد لإختصاص الدائرة بـــهيئتها وثانيهما الذي لا يستخلص إلا بأعمال المنطق القانوني أن هذا التعريف هو محدد لمرجع نظر الدائرة بـــهيئتها الثلاثية لا غير كما أن هذا النص حسبما نعتقد يحوي خطأ قانوني من حيث فسحه امكانية الطعن بالتعقيب في أحكام لا يجوز الطعن فيها قانونا لطبيعتها أولطبيعة القواعد المحكوم على أساسها . وأملنا أن يعاد النظر في هذا القانون بما يرفع هذه المساوي حتى تتحقق النجاعة العملية والقانونية منه ولكم ولى التوفيق وفي حفظ الله دمتم .

---

[9] الأستاذ ناجي البكوش " الدوائر التجارية الإشكاليات الدستورية والقانونية دراسات قانونية لسنة 1997 عدد 5 ص 21 .

[10] الاستاذ ناجي البكوش مرجع سابق ص 32.

الدوائر التجارية وقواعد العدل والإنصاف
دراسة تحليلية

الدورة الدراسية *الدوائر التجارية*
للمعهد الأعلى للقضاء

الخميس 4 ديسمبر 2003

الأستاذ عزالدين بن عمر
المحامي لدى التعقيب بسوسة

المقدمة

أن المشرع لم يبين مفهوم قواعد العدل والإنصاف ولا هو وضح المقصد الذي يرمي إليه من وراء اللجوء إلى هذه القاعدة.

ولقائل أن يقول بأن المرمى واضح بما يغني عن البيان والتفسير، إلا أن ذلك لا يحول دون الملاحظة بأن القاعدة القانونية أنما تسن أساسا لتحقيق غاية العدل والإنصاف فكيف للمشرع حينئذ أن لا يعتبر ذلك ويجعل من قواعد العدل والإنصاف صنفا مستقلا بذاته.

ثم أن الدارس يجد بأن حسم النزاعات طبقا لقواعد العدل والإنصاف تم تنظيمه في صورتين إثنتين وهما:

أولا، صورة الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الفقرة الأخيرة منه، التي تقتضي "كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادىء العدل والإنصاف".

وثانيا، صورة التحكيم، سواء كان داخليا[1] أم دوليا[2]، عندما تتم مباشرته من طرف المحكمين المصالحين.

وهو ما يحمل على الإعتقاد بأن الدائرة التجارية عندما يطلب منها الأطراف "النظر في النزاع طبق مبادىء العدل والإنصاف" فهي إنما تضفي على حكمها صبغة حكم المحكم

---

[1] الفصل 14 من مجلة التحكيم الصادر بها القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 "يجب على المحكمين أن يطبقوا القانون موضوعا. ما لم يفوض لهم الأطراف صفة المحكمين المصالحين في إتفاقية التحكيم. وفي هذه الصورة لا يتقيد المحكمون بتطبيق القواعد القانونية ويتبعون قواعد العدل والإنصاف".

[2] الفصل 73 من مجلة التحكيم ... 3 - "يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع طبق قواعد العدل والإنصاف إذا اباح لها الأطراف ذلك صراحة".

المصالح، أي أنها تصير في هذه الحالة شبيهة بالهيئة التحكيمية المصالحة وبهذا العنوان فهي تقضي طبقا لقواعد العدل والإنصاف.

ولبيان المفهوم ولتوضيح المقاصد والأسباب سوف ننتهج منهج التأصيل ثم نبحث عن التطبيق في مستوى قاعدة القانون ونختم دراستنا بإبداء الرأي عما صارت عليه الحال في ظل التشريع الجديد.

الجزء الأول: التأصيل

إن الأصول التي نشأ عنها تطبيق قواعد العدل والإنصاف في فصل النزاعات التجارية لا يمكن حصرها في القانون التجاري الذي هو حديث العهد نسبيا وإنما تجد منبعها في القانون المدني بصفة أعم وأشمل، إلا أن الإحاطة بذلك تستوجب الوقوف عند مصدرين أساسيين وهما الفقه الإسلامي والقانون الإنقليزي.

وإذا كان من المفيد التوضيح مبدئيا بأن القانون الروماني مبني على مبدأ الإعتراف الكامل لصاحب الحق في الإستبداد بالتصرف في حقه، ومن ذلك ما كان له من سلطة مطلقة على مدينه الذي كان له أن يبيعه قصد إستيفاء دينه، وهو ما لم يكن يترك أي مجال لتطبيق قواعد العدل والإنصاف، فأنه وعلى عكس ذلك فقد وفر الفقه الإسلامي ثم من بعده قانون الإنصاف الإنقليزي Equity المتفرع عن القواعد العرفية Common Law لقواعد العدل والإنصاف أصولا ثابتة وجعلا منها، كل في منطقة نفوذه، طريقة راقية في فصل النزاعات.

أولا: الفقه الإسلامي

أن ما يمكن إعتباره من الأصول الأولى زمنيا في إرساء مبدأ فصل النزاعات طبقا لقواعد العدل والإنصاف هو ما رآه الإمام أبو حنيفة النعمان من إعتماد القياس والإستحسان والعرف عندما لا يوجد بالكتاب أو السنة الثابتة ما يحول دون ذلك. وقد كان يستنبط

من المقاصد الشرعية عللا عامة للأحكام ويفرع عليها حلولا كانت تتسم باللين وبمراعاة قواعد العدل والإنصاف، إضافة إلى أن أسلوبه الفقهي ساعده في إستنباط الأحكام لفصل ما صار يطرأ من نزاعات جديدة غير مألوفة بسبب التقدم الحضاري الذي صارت تشهده بغداد منذ أواسط القرن الأول للهجرة.

وفي سبيل الوصول إلى ذلك كان أبو حنيفة يلجأ إلى الحيل وهو ما يسمى في المذهب الحنفي "المخارج من المضايق" وذلك قصد تفادي تنفيذ حكم شرعي، أو إحلال حكم آخر محله[3].

إلا أن بقية المذاهب لم تكن على نفس درجة التحرر التي كان عليها أبو حنيفة، إذ ردت الحيل و لم تقبل العمل بها، غير أن الإمام مالك أخذ وإن بدرجة أقل من أبي حنيفة بالقياس والإستحسان، بيد أنه تميز بالأخذ بالإستصحاب بمعنى أن الحالة القائمة تستمر على الوجود بنفس المواصفات إلى أن يقوم دليل على خلاف ذلك، وبالمصلحة المرسلة وهي تلك التي تجلب نفعا أو تدفع ضررا، وكذلك سد الذرائع بمعنى منع الوسائل أي أن ما يؤدي إلى مفسدة يكون ممنوعا، وأخيرا بالعرف والعادة ومن مثال ذلك مراعاة ما سار عليه الناس من تسامح في أكل أو إلتقاط ثمر الغصن الخارج عن حدود المنازل والبساتين بدون توقف على الإذن الصريح من صاحبه.

ويعتبر الإمام الشافعي وبالأخص الإمام إبن حنبل من أقل أئمة السنة أخذا بالقياس وبالإستحسان وبالعرف والعادة مما جعل العمل بقواعد العدل والإنصاف في كلا الفقهين محدودا.

وفي القرن الرابع عشر، وبعد قرون من نشأة المذاهب الفقهية الإسلامية، تفرع عن قانون الأعراف الإنقليزي (Common Law) نظام قواعد الإنصاف (Equity).

---

[3] وقد وجد الإمام أبو حنيفة سندا لذلك في قوله تعالى لنبيه أيوب عليه السلام "وخذ بيدك ضغثا فأضرب به ولا تحنث" (صورة ص الآية 44) إذ وفي حالة غضب حلف أن يضرب زوجته مائة سوط، غير أنه ندم على ذلك فأمره أن يجمع مائة مما يشبه العصي النحيفة، ويجعلها ضغثا، ويضرب بها مرة واحدة، فكأنه ضربها مائة سوط، وبذلك لا يحنث في يمينه.

ثانيا: نظام قواعد الإنصاف (Equity) في القانون الأنقليزي

يتميز نظام قواعد الإنصاف في القانون الإنقليزي بأنه يمثل الملجأ لكل من عجز عن إثبات حقه بسبب عدم تمكنه من تلبية الشروط الشكلية الدقيقة التي يستوجبها القيام أمام المحاكم، وكانت السبيل الوحيدة للحصول على ذلك الحق هي الإلتجاء إلى الملك الذي كان يكلف وزيره بحسم النزاع بمراعاة النوايا والمقاصد دون إعتبار الشكل وذلك طبقا لقواعد العدل والإنصاف وبدون التقيد بحرفية النص القانوني المطبق أمام المحاكم (Common Law Courts)، إلا أن الشرط المستوجب توفره عند كل من يلجأ إلى طلب إنصافه طبقا لقواعد العدل والإنصاف هو نظافة اليد بمعنى أن يثبت بأنه قام بكل ما يحمله به العقد[4].

غير أنه وإن كان من غير الجائز القول بأن القانون التونسي تأثر بقانون الإنصاف الإنقليزي مثل تأثره بالفقه الإسلامي أو القانون الفرنسي (ومن ورائه القانون الروماني) إلا أن المقاصد التي رمى إليها قانون الإنصاف الإنقليزي (Equity Law) هي نفسها التي سعى القانون التونسي إلى تحقيقها عند حسم ما قد ينشأ بين التجار من نزاعات إن هم رغبوا في فصلها طبقا لقواعد العدل والإنصاف.

ثالثا: الإنصاف في القانون التونسي

إن القاعدة الأساسية التي لا تغيب عن الدارس عند تبين موقف القانون التونسي من قواعد العدل والإنصاف هي تلك الواردة بالفصل 243 من مجلة الإلتزامات والعقود إذ يقتضي "يجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته" وهي وإن كانت

[4] He who comes to Equity must come with clean hands: In order for a person to take advantage of the equitable jurisdiction he must himself show that he has done all that is required of him in carrying out his part of the obligation. Thus to claim the equitable remedy of specific performance to comply B to carry out a contract. A must show that he has fulfilled his obligations under the contract or at least is ready and willing to do so (Connaissance du droit anglais par P. Kinder et S. McCracken - L.G.D.J Paris 1980 - page 36).

على درجة كبيرة من الأهمية وتعبر عن إرادة واضحة لدى المشرع في عدم التقيد المفرط بالنص وبالشكل بصفة عامة وبالبحث عكس ذلك عما تمليه الأمانة ـــ وهي من أنبل الأوصاف ـــ وعما يستوجبه العدل والإنصاف، فأنها وخلافا لذلك لم تجد، حسب علمنا، الحضوة الكافية في التطبيق، إذ قلما يؤخذ بها حال أنها تكرس رغبة واضحة لدى المشرع في جعل الأمانة والعدل والإنصاف من الخصائص الأساسية التي تتصف بها العلاقات التعاقدية.

إلا أن المشرع وإن أشار إلى العرف صلب هذا الفصل بإعتبار العمل به من وسائل تحقيق العدل والإنصاف فأن ما أورده من قواعد تتعلق به يفيد تقييده من نطاق العمل به، إذ يقتضي الفصل 543 من مجلة الإلتزامات والعقود بأن "العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح" كما نص الفصل 544 الذي بعده "من إستند على عرف كان عليه ثبوته ولا يحتج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العمومي والاخلاق الحميدة".

غير أن مكانة العرف في المادة التجارية ـــ ودائما بصفة أن المشرع يعتبره ضامنا لتحقيق العدل والإنصاف في النزاعات التي تنشأ بين التجار ـــ تكاد تكون في مرتبة القانون إذ يقتضي الفصل الثالث من المجلة التجارية "يكون خاضعا للقوانين وأصول العرف المنظمة للتجارة كل من باشر بحكم العادة العمليات المنصوص عليها بالفصل الثاني المتقدم شرحه للتحصيل منها على ربح" مما يجعله مصدرا من مصادر التشريع في المادة التجارية.

كما يقتضي الفصل 597 من نفس المجلة بأن "جميع العقود التجارية خاضعة لأحكام هذه المجلة وإذا لم يوجد بها نص فتكون خاضعة لمجلة الإلتزامات والعقود وإلا كانت متماشية مع أصول العرف التجارية".

وإقتضى الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية "وكل شركة تجارية أيا كان موضوعها تخضع لقوانين التجارة وأصولها العرفية ".

ومن البين حينئذ بأن القانون التونسي أعطى لقواعد العدل والإنصاف مكانة مرموقة من حيث جعله لها أداة لحسم النزاعات وبالأخص تلك التي تنشب بين التجار ووضع لذلك ـــ ومن باب الذكر لا الحصر ـــ وسائل لتطبيقها كالعمل بالعرف وإعتبار مستوجبات الأمانة، وهو ما يقترب بكثير من مفهوم الأيدي النظيفة (Clean hands) الذي يشترطه قانون الإنصاف (Equity) الأنقليزي.

إلا أنه وإن لم يعط تعريفا واضحا لمفهوم قواعد العدل والإنصاف فقد تلافى آثار ذلك بأن سن مبادئ تنبع منها.

الجزء الثاني: التطبيق

أن التطبيق الذي وجدته قواعد العدل والإنصاف ينظر إليه في المراحل الثلاثة التي يمر بها الإلتزام وهي نشأته ثم تنفيذه وأخيرا إنقضاؤه.

أولا: نشأة الإلتزامات

أنه وإن كان من الغريب أن يجد إلتزام منشأ له في قواعد العدل والإنصاف إلا أن ذلك حاصل فعلا في قاعدة الفصل 554 من مجلة الإلتزامات والعقود الواردة تحت عنوان "في بعض قواعد عامة تتعلق بالقانون" التي تقتضي بأن "الخراج بالضمان أي من له النما فعليه التوا" وهي من أبهى صور العدل والقسطاس، ففي غياب مخالفة نص قانوني صريح أو خرق إلتزام تعاقدي أو إرتكاب جنحة مدنية لا يمكن التظلم لإنعدام سبب معمر للذمة[5] إلا أن المشرع لم يرض بذلك ووضع هذه القاعدة جاعلا بذلك متطلبات العدل والإنصاف سببا لنشأة الحق في جبر الضرر.

[5] الفصل الأول من مجلة الإلتزامات والعقود "تعمير الذمة يترتب على إتفاقات وغيرها من التصريحات الإختيارية وعن شبه العقود والجنح وشبهها" إضافة للقانون الذي سهى المشرع عن ذكره.

وكذلك صورة الفصل 556 "الأصل إرتكاب أخف الضررين" أو الفصل 557 "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة و لم يمكن التوفيق بينها قدمت العامة" أو الفصل 558 "الأصل في كل إنسان الإستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك" من نفس المجلة.

ثانيا: تنفيذ الإلتزامات

ويلاحظ نفس التمسك بتطبيق قواعد العدل والإنصاف عندما يتعلق الشأن بتنفيذ الإلتزامات، إذ يقتضي الفصل 246 من مجلة الإلتزامات والعقود بأن "ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج من الإلتزام ما لم يثبت أنه قد وفى من جهته أو عرض أن يوفي بما أوجبه عليه ذلك الإلتزام بمقتضى شروطه أو بمقتضى القانون والعرف".

وكذلك ما إقتضاه الفصل 247 الذي يليه من أنه "إذا كان الإلتزام من الطرفين فلأحدهما أن يمتنع من إتمام ما عليه حتى يتمم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا إقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه...".

إلا أن مادة الإثبات هي التي توفر واقعا مظهرا من أهم مظاهر تحبيذ تطبيق قواعد العدل والإنصاف عندما يتعلق النزاع بتقديم الحجة على تنفيذ الإلتزام بدون التقيد بالشكل وما قد يترتب عنه من صعوبات، وفعلا فأن الإثبات وإن كان حرا في المادة التجارية، إلا أن التيسير فيه إنطلاقا من هاجس العدل والإنصاف يؤصل فيما خوله المشرع من إبرام إتفاقيات الإثبات حسبما هو مقرر بالفصل 441 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي ينص بالفقرة الأخيرة منه على حق الفريقين في إشتراط صورة مخصوصة للإثبات.

ثالثا: إنقضاء الإلتزامات

أن إنقضاء الإلتزامات من منظور قواعد العدل والإنصاف لا يثير مسائل خاصة مستقلة عما سبقت الإشارة إليه في بابي الحديث عن نشأة الإلتزام وتنفيذه، فهو لا يخرج عن واجب الأمانة الذي يفرضه الفصل 243 من مجلة الإلتزامات والعقود وعن الحق في

إشتراط حرية الإثبات بدون التقيد بقواعد الإثبات الصارمة، إلا أنه تتعين الإشارة مع ذلك إلى أن العرف كمظهر من مظاهر تنفيذ متطلبات العدل والإنصاف يعمل به أيضا في إثبات إنقضاء الإلتزام ومن ذلك ما إقتضاه الفصل 680 من نفس المجلة من أنه "إذا اشترط فسخ العقد بمجرد عدم أداء الثمن أو كان العرف كذلك فالعقد مفسوخ بمجرد عدم دفع الثمن في الأجل المعين".

الجزأ الثالث: نظرة نقدية
إزدواجية مع التحكيم وإنعدام الصلة مع واقع النزاعات التجارية

أن تأصيل حسم النزاعات في المادة التجارية بإعتماد قواعد العدل والإنصاف وبيان أوجه تطبيق هذا المبدأ في القانون التونسي يثبت أنه ليس بالكائن الغريب عن تقاليدنا التشريعية وعن المصادر التي نبع منها، وبسبب ذلك فأنه يحق لنا القول بأن المشرع عندما إقتضى بالفقرة الأخيرة من الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية "كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادىء العدل والإنصاف" فهو إنما راعى الموروث التشريعي لبلادنا حتى وأن كان ذلك مؤديا لخلق إزدواجية مع التحكيم عندما يتم طبقا لنفس قواعد العدل والإنصاف من طرف محكمين مصالحين.

إلا أن واقع النزاعات التجارية أثبت خلاف ذلك، إذ وإعتمادا على ما تيسر لنا القيام به من أبحاث فقد تبين بأنه ـــ وعلى حد علمنا ـــ لم تطلب الأطراف المتنازعة من الدوائر التجارية النظر في نزاعاتها طبق مبادىء العدل والإنصاف و لم تصدر لذلك أحكام نهائية طبقا للمبادئ المذكورة، ولعل مرد ذلك عدم وجود مراجع واضحة تعرف بها إلى جانب عدم حرص المنظمات التي تمثل التجار على تدوين قواعد العرف التجاري بما ييسر الرجوع إليها عند الحاجة.

الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الانسان
المعهد الأعلى للقضاء

محـــــــــاضرة حول الاشكاليات التطبيقية للدوائر التجـــــــارية

السيد محمـــــد العـــــــــادل بن اسمـــــــــاعيل
وكيل الرئيس بالمحكمة الابتدائية بتونس

الدورة الدراسية الخميس 4 ديسمبر 2003

الاشكـــــالات التطبيقية للدوائر التجارية

المخطط

المقدمة

I- الاشكالات التى تثيرها تركيبة الدوائر التجارية::

أ- بخصوص رئاسة الدائرة التجارية.

ب- بخصوص أعضاء الدائرة التجارية.

II- الاشكالات التي يثيرها :

أ- بخصوص اختصاص الدوائر التجارية.

ب- بخصوص رفع الدعوى أمام الدوائر التجارية.

المقـــــــدمـــــــــة

لـــئن كانت التشريعات المنظمة للعلاقات التجارية على تفرقها تعود إلى ما قبل صدور المجلة التجارية إلا أنه كان على المشرع أن ينتظر إلى سنة 1995 حتى يفكر فـــي إحداث دوائر تجارية مختصة بعد تنقيح الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 والذي نص عـــلى إمكانيـــة إحـــداث دوائـــر تجارية بالمحاكم الابتدائية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية، وتسند رئاستها لرئيس المحكمة أو لوكيله.

ولســـائل أن يسأل عن السبب الذي جعل المشرع التونسي ينتظر إلى سنة 1995 حتى يفكر في إرساء قضاء مختص بالنزاعات التي تكتسي صبغة تجارية والحال أن فكرة

تكريس قضاء مختص بالنزاعات التجارية تعود إلى ما قبل الحماية ويكفي للتدليل على ذلك من الوقوف على ما تضمنه عهد الأمان الصادر سنة 1857 من تنصيص على إنشاء مجلس قضائي يختص بالنظر في "نوازل التجارات".

قد تتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن مادعى المشرع إلى التدخل بإقرار إمكانية إحداث دوائر تجارية مختصة يعود إلى التطور الاقتصادي وما أفرزه من تنوّع النزاعات التجارية وتشعبها وما اقتضته الضرورة من إرساء آليات كفيلة بحسمها بأكثر مرونة ونجاعة وسرعة.

غير أن ما أثاره تنقيح الفصل 40 من م م م ت من جدل ونقاش منذ صدوره كان تعبيرا افتراضيا لما أفرزه الواقع في ما بعد من إشكالات تطبيقه برزت على صعيد تركيبة الدوائر التجارية وعلى صعيد عملها.

I- الاشكالات التي تثيرها تركيبة الدوائر التجارية:

هذه الاشكالات تتعلق برئاسة الدوائرالتجارية من جهة وبالأعضاء المكونين لها ودورهم فيها.

أ – بخصوص رئاسة الدوائر التجارية:

لقد تضمن الفصل 40 جديد م م م ت أنه يمكن بمقتضى أمر احداث دوائرة تجارية بالمحاكم الابتدائية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية.

قد نفهم من عبارة " امكانية احداث " أن المشرع جعل من احداث دوائر تجارية مختصة مسألة اختيارية موكولة لارادة السلطة التنفيذية وكان لا بد من انتظار صدور الأمر عدد 427 لسنة 1996 المؤرخ في 1996/08/11 حتى يتم احداث دائرة تجارية مختصة بالمحاكم الابتدائية الراجعة بالنظر للدوائر الاستئنافية بتونس وصفاقس وسوسة والكاف والمنستير ومدنين وقفصة وقابس والذي تلاه الأمر عدد 2969 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/12/24 المحدث لدائرة تجارية بكل من المحكمة الابتدائية بقرمبالية والمحكمة الابتدائية ببنزرت ولقد أثار هذا التدرج في احداث الدوائر التجارية جدلا كبيرا بين شراح القانون تمحور بالخصوص حول مخالفة هذا الاحداث للفصل

34 مـــن الدســـتور الـــذي يجعل النصوص المتعلقة بالاجراءات أمام مختلف الهيئات القضـــائية من مشمولات القانون، وحول خرق مبدأ المساواة بين المتقاضين من جراء بعـــث دوائر تجارية في بعض المحاكم دون غيرها مع ما يترتب عن ذلك من امكانية عـــرض الـــنزاع بـــإحدى المحاكم الابتدائية على دائرة تجارية مختصة حسبما أوردة الفصل 40 والتي قد تؤول إلى القضاء الفردي بينما يعرض النزاع على دائرة تجارية في ظل ما قبل تنقيح 2 ماي 1995 يجعل البت فيه من قبل هيئة ثلاثية.

وهـــنا تطـــرح مســـألة الضمانات المنشودة سواء تعلق الأمر بقضاء فردي أو بقضاء جمـــاعي وهـــي مســـألة أثيـــرت ســـابقا بمناسبة التنقيحات المحدثة تباعا على مجلة المـــرافعات المدنية والتجارية والتي شهدت تأرجحا لدى المشرع التونسي بين الاتجاه نحو تكريس الاختصاص الفردي والاتجاه نحو تكريس الاختصاص الجماعي.

لقـــد أســـند المشرع صلب الفصل 40 جديد م م م ت رئاسة الدائرة التجارية لرئيس المحكمـــة الابتدائية أو لوكيله بخلاف ما كان عليه الأمر قبل سنة 1995 حيث كانت رئاسة الدائرة مسندة لوكيل الرئيس وعند التعذر لأحد الاعضاء.

هذا التجنيد يطرح إشكالا في صورة تعذر رئاسة الدائرة من قبل وكيل رئيس المحكمة الابـــتدائية فهل يقع الرجوع لرئيس المحكمة لترأس الدائرة التجارية؟ أم يقع الرجوع إلى أي مـــن وكلاء الرئيس المعينين لنفس المحكمة الابتدائية؟ أم يكتفي بإسناد رئاسة الدائرة إلى أقدم عضو بها على غرار ما هو منصوص عليه بالفقرة الثالثة من الفصل 40 الذي ينص على أنه " عند التعذر يعوض الرئس بقاض "؟

بالـــرجوع إلى قواعـــد تـــأويل النصوص نلاحظ أننا حيال نص اجرائي لا يحتمل إلا الـــتأويل الضـــيق، والصعوبة التطبيقية التي تطرح علينا تتمثل في معرفة ما إذا من الممكـــن أن يتـــبادر إلى أي كـــان الطعن في تركيبة المحكمة في صورة ما إذا تولى رئاســـة الدائـــرة التجارية أحد الأعضاء المعنيين بها عند تعذر ترأسها من قبل رئيس المحكمة أو وكيله.

ولسائل أن يسأل هذا السبب الذي دعى المشرع إلى حصر رئاسة الدوائر التجارية من رئيس المحكمة أو وكيله دون سواهما.

قـد يفسر ذلك بالأهمية التي أولاها المشرع للنزاعات التجارية وما يتطلبه الأمر من أقدمية وحرفة صناعية في فض النزاعات التي يعود إليها النظر.

لكـن هـذا التفسير قد يدحضه فكرة المجازفة التي أقدم عليها المشرع بإقرار تاجرين بالدائرة التجارية بدلا عن القاضيين العضوين.

هذه المجازفة التي نلمسها من خلال الحذر الذي طال المشرع عند سن هذا التنقيح.

ب- بخصوص أعضاء الدائرة التجارية:

لقد قضت الفقرة السادسة من الفصل 40 جديد على ما يلي:

" يعـوض فـي تركيـبة الدائـرة التجارية القاضيان العضوان بتاجرين يكون رأيهما إستشاريا" ثم يضيف الفصل المذكور بالفقرة الثامنة منه ما يلي:

" لا يتوقف نظر الدائرة في صورة تعذر حضور العضوين التاجرين أو أحدهما "

بقراءة الفقرة السادسة نرى أن المشرع أولى للتاجرين المعينين بالدائرة التجارية دورا محـدودا جدا لا يرتقي إلى مستوى التأثير في حسم النزاع وما يؤكد ذلك هو ما جاء بالفقـرة الثامنة من إمكانية مواصلة الدائرة النظر في صورة تعذر حضور العضوين التاجرين أو أحدهما.

ولـنا أن نتساءل هنا عن مدى تحقيق غاية المشرع الرامية إلى جعل النزاع التجاري يكتسـي صـبغة مـرنة ناجعة وسريعة مستمدة من خبرة التاجر بشؤون المعاملات التجارية وبأيسر الطرق المتاحة لحلها.

طالما أن المشرع فرض للدائرة عدم وقف النظر عند تعذر حضورهما وقصر رأيهما عـند الحضـور على الصبغة الإستشارية لا جدال في كون المشرع لا يزال يتحسس السبل الكفيلة بإرساء هذا القضاء الجديد لاسيما إذا إعتبرنا ما تحسب إليه المشرع لما نص بالفقرة السادسة على تعيين تاجرين نائبين أو عدة نواب يرجع لهم عند الغياب أو التعذر لكن ذلك لا يحول دون التمشي نحو القضاء الفردي ضمنيا.

إن الاشكاليات التطبيقية التي أثارها تطبيق الفصل 40 جديد م م م ت المتعلق باحداث الدوائـــر التجارية لا تقف عند التركيبة فقط بل تطرح أيضا عندما يتعلق الأمر بعمل هذه الدوائر.

II- الاشكاليات التي يثيرها عمل الدوائر التجارية:

إن الاشـــكاليات التطـــبيقية الـــتي يطرحها سير الدوائر التجارية تتمحور خاصة في الاختصاص من جهة وفي رفع الدعوى من جهة أخرى.

أ- <u>بخصوص اختصاص الدوائر التجارية:</u>

لقـــد ورد بالفقرة 4 من الفصل 40 جديد م م م ت أن الدوائر التجارية تكون مختصة بالـــنظر في الدعاوى التجارية، ثم أتت الفقرة الخامسة منه لتعرف الدعاوى التجارية بالنزاعات بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري.

ان مـــا نلاحظه من خلال الفقرة الرابعة من الفصل 40 جديد هو أن المشرع قد أسند للدوائر التجارية اختصاصا مطلقا، هذا الاطلاق يعززه ما تضمنته الفقرة الخامسة من تعريف للدعاوى التجارية وحصره في النزاعات التي تنشأ أولا بين التجار وثانيا فيما يخص نشاطهم التجاري.

نفهم من ذلك أن المشرع لا يعتبر أن الدعوى تكتسي صبغة تجارية إذا نشأ نزاع بين التاجر وغير التاجر بمناسبة معاملة تجارية .

وهـــذا يختـــلف الأمر عما هو معمول به في المحاكم التجارية الفردية التي تنظر في الـــنزاعات المتعـــلقة بالاعمال التجارية بين التجار وغير التجار والتي تكون بذلك قد كرست الصبغة المزدوجة للنزاع التجاري.

والســـؤال الـــذي يطرح يتمثل في مدى إعتبار الأمر يتعلق بإسناد إختصاص حكمي للدوائر التجارية من عدمه؟

إذا سلمنا بأن الأمر يتعلق باختصاص حكمي فانه يكون على المحكمة أن تتمسك بعدم الاختصـــاص من تلقاء نفسها متى عرض عليها نزاع لا يكتسي صبغة تجارية وكذلك الشأن بالنسبة للدوائر المدنية لما يعرض عليها نزاع يكتسي صبغة تجارية، لأن الأمر

يكون من متعلقات أحكام الاجراءات وعلى المحكمة إثارة هذه المسألة الأولية من تلقاء نفسها عملا بالفصل 14 من م م م ت.

لكن ما نلاحظه من خلال جريان العمل أن تتخلى عن الدعاوى التي تنشر أمامها والتي تخرج عن إختصاصها أحيانا وأحيانا أخرى فإننا نجدها تقضي برفض الدعوى لعدم الاختصاص.

هناك إشكال آخر تثيره مسألة الاختصاص فبالرغم عن كون المشرع التونسي أقر مبدأ الاختصاص المطلق للدوائر التجارية بخصوص النزاعات التي تكتسي صبغة تجارية واستبعد الصبغة المزدوجة للنزاع التجاري المعمول به أمام المحاكم التجارية الفرنسية فاننا نلاحظ أن المشرع التونسي استثنى من أنظار الدوائر التجارية النزاعات التي تكتسي صبغة تجارية والتي تعرض على أنظار حاكم الناحية وكأننا به يتدارك ذلك الاستثناء لما أورد بالفقرة السابعة من الفصل 40 جديد بصفة محتشمة امكانية نظر الدائرة التجارية بتركيبتها الخماسية "استئنافيا فيما يدخل في اختصاصها".

وكذلك الشأن لما يتعلق الموضوع بالقضاء الاستعجالي فان استكمال الآليات المؤسسة لقضاء تجاري يتطلب ارجاع النظر في القضايا الاستعجالية التي تنشر بين التجار بمناسبة نشاطهم التجاري إلى قاضي تجاري مختص على غرار ما أوردته مجلة الشغل لما جعلت رئيس الدائرة الشغلية ينظر في الدعاوى الاستعجالية ذات الصبغة الشغلية وهو الاجراء المنصوص عليه بالفصول 119 و 220 من م ش.

وإن شرح هذه المسألة من الأهمية بمكان إذا ما اعتبرنا أن حالات تدخل القاضي الاستعجالي وردت في أكثر من مناسبة صلب مجلة الشركات التجارية من ذلك الفصول 195 و 261 و 264و 284 و 321 .

ب- <u>بخصوص رفع الدعاوى أمام الدوائر التجارية:</u>

لقد تزامن صدور القانون المحدث للدوائر التجارية المختصة مع صدور القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 المتعلق بالسجل التجاري وإن هذا التزامن جاء استجابة لرغبة المشرع في استكمال منظومة خاصة بالنزاعات التجارية الأمر الذي دفع المشرع إلى تنقيح الفصل 6 م م م ت المتعلق بمحاضر عدول التنفيذ وذلك

بوجب التنصيص فيها على عدد ترسيم الأطراف بالسجل التجاري وهو ما طرح اشكالا تطبيقيا جديدا أمام الدوائر التجارية، وكان من المفروض أن يرتب المشرع جزاءا على عدم التنصيص على عدد الترسيم وبالسجل التجاري بعريضة الدعوى إلا أنه وبالرجوع إلى الفصل 6 جديد من م م م ت نجد أنه ينص على وجوب أن يتضمن محضر الاستدعاء من جملة التنصيصات الوجوبية على عدد الترسيم بالسجل التجاري المتعلق بالطالب والمطلوب إلا أننا نلاحظ أن المشرع لم يرتب بالفصل المذكور جزاءا لعدم ذكر عدد الترسيم بالسجل التجاري بخلاف ما تضمنه الفصل 332 جديد م م م ت في مادة العقل التوقيفية، وقد أوكل لذلك اجتهاد المحكمة في التصريح بالبطلان وتمسكها بذلك من تلقاء نفسها.

والاشكال الذي يعترض المحكمة في تأويل الفصل 6 يتمثل في مدى اعتبار أن هذا النص يهم مصلحة الخصوم أو يهم النظام العام أو يمس بأحكام الاجراءات الأساسية، فان كان ذلك الاجراء يهم مصلحة الخصوم فانه لا يقضي ببطلان عريضة الدعوى إلا بناء على تمسك من تضرر من ذلك بشرط إثارته قبل الخوض في الأصل ولا يمكن إثارة البطلان فحسب بل لا بد من اثبات الضرر.

هذا ولا يمكن بأي حال اعتماد صيغة الوجوب الواردة بالفصل 6 فحسب للتصريح ببطلان عريضة الدعوى طالما أن الفصل 14 ينص على أنه لا بطلان بدون نص.

ويبقى الاشكال الأخير المتعلق بالتصريح ببطلان عريضة الدعوى لعدم التنصيص على عدد السجل التجاري ومدى مساس هذا التنصيص بالنظام العام أو الأحكام الأساسية.

الجمهورية التونسية

وزارة العدل وحقوق الإنسان

المعهد الاعلى للقضاء

تقرير ختامي في أعمال الدورة الدراسية حول :

الـــدوائـــر الـتـجـاريـــة

ليوم 4 ديسمبر 2003

تتواصل الدورات الدراسية بالمعهد الأعلى للقضاء تنفيذا للبرنامج البيداغوجي الخاص بإستكمال الخبرة للقضاة المباشرين المنتمين إلى الدرجات الثلاث الأولى من الرتبة الاولى وذلك طبقا للبرنامج المعد لذلك بالنسبة للسنة القضائية 2003-2004.

وقد كانت هذه الدورة الدراسية تحت عنوان " الدوائر التجارية" الواقع إرساؤها بموجب القانون عدد 43 لسنة 95 المؤرخ في 2 ماي 1995 والمتعلق بتنقيح وإتمام الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

في مستهلها قدمت مديرة التكوين المستمر بالمعهد كلمة الإفتتاح رحبت من خلالها بالمحاضرين والحاضرين. وأعطت لمحة عن الموضوع والمحاور التي سيقع التطرق إليها. وأكدت على أهمية الموضوع خاصة على الصعيد العملي داعية السادة القضاة إلى مزيد العناية والإهتمام بهذه المادة اخذا بعين الإعتبار تشعب العلاقات التجارية الحديثة على الصعيدين الوطني والعالمي.ثم اعطت الكلمة الى السيدة جويدة قيقة لتقديم التقرير التمهيدي والذي تناولت من خلاله بيان وإهتمام المشرع التونسي وكذلك الفرنسي بالأعمال التجارية وأشارت الى الفرق بين القانون عدد 37 لسنة 1977

المؤرخ في 27 ماي 1977 والقانون عدد 43 لسنة95 المؤرخ في 02 ماي 1995 المحدث للدوائر التجارية متعرضة بالخصوص إلى خصوصية قانون الملك التجاري المنظم للعلاقة بين المسوغين والمتسوغين للمحلات المعدة للتجارة والصناعة او المستعملة للحرف. وشروط إكتساب حق الملك التجاري والمحكمة المختصة حكميا. واكدت على ان احداث الدوائر التجارية لم يلغ تواجد دائرة الملك التجاري داخل المحاكم الإبتدائية وتعرضت الى التطور التشريعي التونسي المتماشي مع النظام الإقتصادي الجديد والذي بموجبه تم إحداث الدوائر التجارية بموجب تنقيح الفصل 40 من م .م. م. ت بأنها عبارة عن محكمة خاصة داخل المحكمة الإبتدائية وتشبيهها بالدوائر الخاصة الموجودة من قبل بالمحاكم الإبتدائية مثل دائرة الشغل ودائرة الملك التجاري بناء على الإختصاص الحكمي في المادة التجارية. ثم تساءلت عن النتيجة التي تترتب عن تخلف التاجر عن الحضور بالدائرة التجارية .والتي اكدت على أن النظر يتواصل من طرف رئيس الدائرة دون تأثر بذلك التخلف وهو ما ذهبت اليه محكمة التعقيب بقرارها عدد 73411 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1999. ثم تساءلت عن مفهوم الدعوى التجارية وعن المقصود بالعمل التجاري والفرق بين الدعوى التجارية العادية والدعوى التجارية التي جاء بها القانون المؤرخ في 02 ماي 1995 المنقح للفصل 40 م. م. م. ت وتركت تلك التساؤلات مفتوحة لباب النقاش. وأشارت الى قرارين تعقيبين الأول تحت عدد 27798 الصادر بتاريخ 2003/10/01 والثاني تحت عدد 25368 الصادر بتاريخ 2003/10/29 ثم تطرقت الى صفة التاجر التي أثارت جدلا على مستوى قضاء الموضوع وقضاء القانون خاصة فيما يتعلق بصفة الشرك في شركة المحاصة وكذلك بالنسبة للأعمال التجارية المختلطة وهل هي من أنظار الدائرة التجارية.

ثم إثر ذلك أعطيت الكلمة الى السيدة ماجدة بن جعفر لتقديم مداخلتها حول تنظيم وأختصاص الدوائر التجارية مبينة وأن القانون المحدث للدوائر التجارية هو قانون اجرائي عدل اختصاص المحكمة الإبتدائية من حيث تركيبتها واختصاصها . وقد أوكل للسلطة التنفيذية مهمة احداث هذه الدوائر بموجب أمر وبالتالي فإن هذه الهيئة القضائية أفردها المشرع باختصاص مسند واقصائي ومن حيث التركيبة فهي تركيبة مزدوجة تجمع بين قضاة وأعضاء تجار رأيهم استشاري بحت وتخلفهم عن الحضور لا يعطل ولا يوقف نظر الدائرة .

كما أنها اما تكون هيئة ثلاثية متركبة من قاضي رئيس وتاجرين وأما أن تكون هيئة خماسية متركبة من ثلاثة قضاة وتاجرين مستشارين . يحدد انتصاب الهيئة حسب تركيبتها الإختصاص المسند إلى كل واحد منهما . كما أن هذه الدوائر لها صلاحيات واسعة باعتبارها لها بالإضافة إلى دورها القضائي العادي دور المصالح والمحكم .

ثم تطرقت في جزء أول إلى مرجع نظر الدوائر التجارية خاصة فيما يتعلق بمرجع النظر الحكمي بالنسبة للهيئة الثلاثية أو الخماسية موضحة وأن الهيئة الخماسية تنظر كمحكمة استئناف في الأحكام التجارية الصادرة عن حاكم الناحية في خصوص الديون التجارية التي مقدارها دون السبعة آلاف دينار تمشيا مع عدم تنقيح الفصل 39 من م.م.م.ت وكذلك في قضايا انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية بموجب القانون عدد 43 لسنة 95 المؤرخ في 17 أفريل 1995 ونتيجة لذلك تكون الدائرة التجارية بتركيبتها الثلاثية تختص بالنظر في الدعاوى التجارية التي يفوق مقدار الطلب فيها سبعة آلاف دينار . ولا بد أن تكون النزاعات متعلقة بمعاملة تجارية ، أي من

أن تولاها له صفة التاجر وبمناسبة نشاطه التجاري وكان النزاع بين تاجرين . وتناولت بعد ذلك تعريف التاجر سواء كان ذات طبيعية أو ذات معنوية .

وفي جزء ثاني تناولت صلاحيات الدائرة التجارية ، إذ منحت هذه الدائرة التجارية صلاحيات واسعة

أولا باعتمادها على القانون لفصل النزاعات المطروحة عليها باعتبار التشريع التجاري يمتاز باجراءاته وقواعده المبسطة التي تستجيب للسرعة في المعاملات التجارية مثل اعتماد مبدأ حرية الإثبات وغير ذلك من القواعد . وكذلك بالإعتماد على الأصول العرفية باعتبارها مصدرها من مصادر التشريع .

وثانيا بامكانية اجراء صلح بين الطرفين بمبادرة من رئيس الدائرة التجارية وكذلك باحتكام الأطراف إلى فض الخلاف طبقا لقواعد العدل والإنصاف وهو عبارة على تحكيم قضائي .

ثم تطرقت إلى قابلية الحكم طبقا لقواعد العدل والإنصاف إلى الطعن بالتعقيب على خلاف الحكم المبني على صلح الذي هو عبارة عن عقد قضائي لا يمكن الطعن فيه إلا بالبطلان .

وفي الختام تعرضت إلى بعض النقائص التي طرحت عدة اشكالات على صعيد التطبيق لهذا القانون منها الصيغة الإزدواجية التي أصبحت لنفس النزاعات بالنسبة للمحاكم الإبتدائية التي لم تركز بها دوائر تجارية.

كذلك عدم تخصيص هذه الدوائر بتنظيم اداري محكم على غرار دوائر الشغل والضمان الإجتماعي بالإضافة إلى صيغة الفصل 40 م.م.م.ت التي جاءت غامضة كذلك تضمنه خطأ قانوني في خصوص فسحه امكانية الطعن بالتعقيب في أحكام لا يجوز الطعن فيها لطبيعتها أو لصيغة القواعد المحكوم على أساسها .

ثم وبعد الإستراحة تولى الأستاذ عز الدين بن عمر تقديم مداخلة حول الدوائر التجارية وقواعد العدل والإنصاف والتي اعطى من خلالها تفسيرا لمفهوم قواعد العدل والإنصاف إنطلاقا من الفقه الإسلامي ثم القانون الإنقليزي. وبالنسبة للقانون التونسي لاحظ ان تلك القاعدة متجذرة بالتشريع التونسي إنطلاقا من الفصل 243 من م .أ. ع والذي كرس الأمانة والعدل والإنصاف من الخصائص الأساسية التي تتصف بها العلاقات التعاقدية وكذلك الفصلين 543 و544 من مجلة الإلتزامات والعقود والفصل 597 من نفس المجلة وكذلك الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية مؤكدا على أن المشرع التونسي أعطى لقواعد العدل والإنصاف مكانة مرموقة من حيث جعلها أداة لحسم النزاعات الناتجة بين التجار. ثم أشار بعد ذلك في الجزء الثاني من مداخلته الى تطبيق قواعد العدل والإنصاف من منطلق نشأة الإلتزام ثم تنفيذ الإلتزام وصولا إلى إنقضاء الإلتزام. وانتهى في الأخير الى أنه ومنذ صدور القانون عدد 43 لم تطلب الأطراف المتنازعة من الدوائر التجارية النظر في نزاعاتها طبق مبادىء العدل والإنصاف ولم تصدر في ذلك السياق أحكام نهائيةطبقا لذلك المبدأ وأرجع ذلك إلى عدم وجود مراجع واضحة في ذلك وكذلك الى عدم حرص المنظمات التي تمثل التجار لتدوين قواعد العرف التجاري.

أما السيد عادل بن إسماعيل وكيل رئيس بالمحكمة الإبتدائية بتونس فقد تناول في المداخلة الأخيرة لهذه الدورة الدراسية طرح الإشكالات التطبيقية للدوائر التجارية أولا من حيث تركيبة الدوائر التجارية وثانيا من حيث إختصاصها ورفع الدعوى امامها. فأشار الى ان المشرع جعل من أحداث الدوائر التجارية مسألة إختيارية موكولة لإرادة السلطة التنفيذية والى صدور الأمرين عدد 427 لسنة 1996 بتاريخ 11 أوت 1996 وعدد 2969 لسنة

2001 المؤرخ في 24 ديسمبر 2001 المحدثين لدوائر تجارية بالمحاكم الإبتدائية الراجعة بالنظر للدوائر الإستئنافية.وهو ما أثار جدلا بين شراح القانون حول خرق مبدأ المساواة بين المتقاضين من جراء بعث دوائر تجارية في بعض المحاكم دون غيرها والتي تؤول الى قضاء فردي حسب الفصل 40 م .م. م. ت وإلى قضاء ثلاثي للمحاكم الأخرى والتي لم يقع إحداث دوائر تجارية بها ثم تعرض الى الإشكال المثار حول رئاسة الدائرة وهل أنه في صورة التعذر على وكيل الرئيس رئاسة الدائرة فهل يترأسها رئيس المحكمة ؟ أم إلى أي من وكلاء الرئيس يقع الرجوع. أما بالنسبة لأعضاء الدائرة التجارية فقد نظمتها الفقرة السادسة من الفصل 40 جديد بتعويض القاضين العضوين بتاجرين يكون رأيهما إستشاريا وأن دورهما يعتبر محدودا ولا تأثير له في حسم النزاع ذلك ان الدائرة يمكنها مواصلة النظر في صورة تعذر حضور العضوين التاجرين أو أحدهما وهو ما يعتبر تمشي نحو القضاء الفردي أما الإشكاليات بخصوص إختصاص الدوائر التجارية فأشار الى أن المشرع أسند للدوائر التجارية إختصاصا مطلقا (الفقرة الرابعة من الفصل 40 م. م. م. ت) وقد وقع تعزيز هذا المبدأ بالفقرة 5 من الفصل 40 م .م. م. ت بإعتباره عرف الدعاوى التجارية وحصرها في النزاعات الناشئة بين التجار أولا وفيما يخص نشاطهم التجاري ثانيا. وهو أمر يختلف بالنسبة للمحاكم التجارية الفردية التي تنظر في النزاعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين التجار وغير التجار والتي تكون بذلك قد كرست الصيغة المزدوجة للنزاع التجاري.

كما أن المشرع التونسي قد استثنى من نظر الدوائر التجارية النزاعات التي تكتسي صبغة تجارية والتي تعرض على حاكم الناحية ثم بالنسبة للقضايا الإستعجالية إقترح إرجاع النظر فيها الى قاضي تجاري مختص على غرار ما جاء بمجلة الشغل عملا بأحكام الفصليين 219 و220 من م.ش وهي مسألة

هامة لتعدد حالات تدخل القاضي الإستعجالي صلب ما جاء بمجلة الشركات التجارية طبقا للفصول 195 و 261 و264 و284 و321 م.ش.

وأما بخصوص رفع الدعوى أمام الدوائر التجارية فإن تنقيح الفصل 6 من م. م. م. ت أثار إشكالا في صورة عدم التنصيص بالعريضة على عدد الترسيم بالسجل التجاري وكان على المشرع أن يرتب جزاءا على عدم التنصيص على ذلك بإعتباره جاء بصيغة الوجوب وكانت بذلك الإشكالات التي تعترض المحكمة في تأويل الفصل 6 م .م. م. ت في إعتبار هل أن هذا النفي يهم مصلحة الخصوم أو يهم النظام العام أو يمس بأحكام الإجراءات الأساسية .

ثم إثر الإنتهاء من تقديم المداخلات فتح باب النقاش حول الموضوع والذي تضمن تساؤلات المتدخلين السيد سعيد صفر الملحق القضائي بمحكمة اريانة والسيدة مفيدة محجوب قاضي ناحية بسوسة و التاجر المستشار بالدائرة التجارية بالمحكمة الإبتدائية بسوسة .

وقد تركزت معظم التساؤلات حول بيان الفرق بين قواعد العدل والإنصاف والعرف وحول سبب عدم تطبيق قواعد العدل والإنصاف من طرف المحاكم التونسية بالرغم من مرور مدة على صدور القانون المحدث للدوائرالتجارية .

وقد بينت السيدة جويدة قيقة كيفية تطبيق قواعد العدل والإنصاف من طرف محكمة الموضوع ومحكمة القانون خاصة من ناحيتها وبموجب تجربتها المتعلقة بالسعي لتقريب وجهة نظر الطرفين . وبأن العرف هو مصدر من مصادر القانون وليس هو قواعد العدل والإنصاف . أما ممثل التجار بالمحكمة الإبتدائية بتونس فقد رأى أن دور التجار المستشارين كبير في تطبيق هذه القاعدة لفصل الخصومة التجارية وهي بالسعي من طرفهم بتحسيس الأطراف

التجار بتلك الطريقة في فصل الخصومة خاصة وأنه ينجر منها امتيازات لصالح التجار تتمثل في اعفاءهم من خلاص معاليم التسجيل . واقترح تعميم الدوائر التجارية بكافة المحاكم الإبتدائية وكذلك احداث زي موحد للتجار المستشارين أو شارة حتى يكون حضورهم بالجلسة لا يمثل نشازا .

وبذلك اختتمت أعمال الدورة وشكر المحاضرين والحاضرين على الحضور والإنتباه .

مديرة التكوين المستمر

جميلة الخديري