

الجمهورية التونسية
وزارة العدل
المعهد الأعلى للقضاء

القاضي و الشركات
رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء

بتأطير من الرئيس:
جريدة قيفة

إعداد الملحق القضائي:
سعيدة الشابي

السنة القضائية : 2001-2002

المقدمة

إن ما يشهده العالم اليوم من تطورات اقتصادية في جميع المجالات جعل الشركات تكتسي أهمية كبرى نظرا للدور الاقتصادي الهام الذي يضطلع به فالتطورات و التجارب الاقتصادية المختلفة أثبتت عجز الشخص الطبيعي عن تحقيقي غاياته المنشودة و التي من أهمها التحصيل على الغنم الوفير واكتساب الثروات الطائلة و تحقيق أقصى ما يمكن من الأهداف التي يبتغيها لذلك تواجدت فكر العمل داخل مؤسسات جماعية تتكامل فيها الجهود و المهارات العلمية و الفنية إلى جانب الطاقات العملية والمالية.

لذلك فإن تنامي عدد الأشخاص المعنوية في السنوات الأخيرة أصبح يشكل ظاهرة محقق لا يناعز فيها أحدا خاصة في الميدان الاقتصادي ، فالشركة أصبحت أساس الحياة الاقتصادية سواء على الصعيد الوطني أو العالمي نظرا للحجم الذي اتخذته و لما وظفته من أموال و ما تؤديه من خدمات ضرورية تشكل في حقيقة الأمر النواة الأساسية لنمو الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و جعلها بذلك في نمو مستمر فلا مجال إذا لتحقيق تنمية شاملة دون الاعتناء بأهم مورد للنهوض بحيث يصعب الحديث عن سياسة التفتح و الاقتصاد الحر دون تكريسها من خلال شركات متنوعة، و بالتالي فإن رقي أي مجتمع و تقدمه و تحقيقه لقسط من طموحاتها لا يكون في غياب شركات يفرض من خلالها أهم منتوجاته و خدماته و يحتل من خلالها مكانة محترمة على الصعيد الدولي ، كما أنه لا مجال للحديث عن تنمية اقتصادية ومحاولة الالتحاق بمصاف الدول المتقدمة في غياب تنمية مؤسساتنا، فالشركات هي العمود الفقري للنسيج الاقتصادي لكل دولة وهو المجال الفسيح لتجميع الجهود و الأعمال و الأموال.



ووعي من المشرع التونسي بالأهمية البالغة التي تكتسيها الشركات عموما و الشركات التجارية بصفة خاصة، أرسى نظاما تشريعيا دقيقا بعد تدخله في عدة مناسبات في محاولة منه لإيجاد نظام متكامل يحافظ على هذه القيمة الاقتصادية التي تعتبر إحدى ركائز البلاد.

فتدخل المشرع التونسي في مرحلة أولى في بداية القرن العشرين من خلال مجلة الالتزامات والعقود الصادرة بمقتضى الأمر المؤرخ في 1906/12/15 و ذلك ضمن المقال التاسع من الكتاب الثاني : الفصول من 1249 إلى 1350 حيث تضمنت جملة من الأحكام المتعلقة بالشركات فقسمتها إلى شركة الملك "L'indivision" و شركة العقد " Société contractuelle" و تولى المشرع من خلال الفصل 1249 من المجلة تعريف الشركات بكونها هي "تعاهد اثنين أو أكثر على خلط أموالهم و أعمالهم أو أحدهما فقط بقصد الاشتراك فيما يتحصل من ربحها"

و لو عدنا إلى القانون المدني المصري لوجدنا أن التعريف المعطى للشركات جاء أصقل من التعريف الوارد صلب القانون التونسي لأنه أبرز الأركان و العناصر المكونة لها ذلك أن المادة 505 تنص على ما يلي " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة و مهما كان التعريف الذي نعتمده فإنه من الثابت أن قيام الشركة يتطلب توافر الأركان العامة في العقد من رضا و أهلية و موضوع و سبب و أن يكون عقد الشركة جاريا بين شخصين أو أكثر يشتركون في تقديم الحصة المستوجبة على كل منهم من مال أو عمل كما يشتركون في الربح أو الخسارة الناتجة عن الشركة و هو أمر تستشفه ضمنا من الفصل 1249 من م إ ع و هو واضح تمام الوضوح في القانون المصري.



غير أن عقد الشركة إضافة إلى هذه الشروط فإنه يعد مصدرا لشركة التي يكون لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء و لها ذمة مالية منفصلة و تباشر نشاطها في الغرض الذي أقيمت من أجله مع الإشارة إلى أن أراد الأفراد ليست كاملة الحرية في إنشاء بعض أنواع الشركات حيث تكون مفيدة ببعض القواعد الآمرة التي يجب الامتثال لها.

و تدخل المشرع التونسي في مرحلة ثانية لإرساء نظام خاص بالشركات التجارية بمقتضى المجلة التجارية الصادرة بالقانون المؤرخ في 1959/10/05 و ذلك ضمن العنوان الثالث من الكتاب الأول: الفصول من 14 إلى 188 و التي تضمنت تصنيفا للشركات التجارية حيث نصت على صنفين من الشركات التجارية.

شركات الأشخاص: تنشأ هذه الشركات بين أفراد يعرفون بعضهم بعضا و تقوم بينهم ثقة شخصية متبادلة و بذلك يكون الشخص الشريك و ليس المال هو موضع اعتبار في قيام هذه الشركات و ذلك يرتب قاعدة عامة بأن يكون من غير المسموح به حلول شريك جديد محل شريك قديم إلا إذا حاز على ثقة سائر الشركاء و رضاهم و في إطار هذا الصنف من الشركات يكون الشركاء ملزمين بالتضامن بديون الشركة. و يندرج تحت طائفة شركات الأشخاص 3 أنواع من الشركات التي نصت عليها المجلة التجارية وهي :

- شركات المفاوضة
- شركات المقارضة البسيطة
- شركات المحاصة

شركات الأموال : لئن كانت شركات الأشخاص تأخذ بعين الاعتبار من أجل قيامها شخصية الشريك ويتأثر بالتالي وضعها القانوني بما يطرأ على هذه الشخصية من تغييرات، فإن الاعتبار



في شركات الأموال هو مبدئياً للمال الذي يقدمه الشريك و ليس لشخصه ذلك أنّ ، الحصة التي يقدمها الشريك في شركات الأموال و التي تسمى بصورة عامة سهما قابلة للتداول بطريقة أكثر سهولة و سرعة عما هو عليه الحال في حوالة الحق المقرر في القانون المدني.¹ و تتدرج تحت طائلة شركات الأموال، الشركة خفية الاسم من جهة و شركة المقارضة بالأسهم من جهة أخرى. هذا مع الإشارة إلى أنه في إطار الشركة خفية الاسم وقع التمييز بين شركة خفية الاسم ذات مساهمة عامة، و شركة خفية الاسم ذات مساهمة خصوصية، و ذلك بمقتضى القانون عدد 17 المؤرخ في 14-11-1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية، الذي استعمل لأول مرة مصطلح طلب العموم للإدخار" ثم توضحت التفرقة أكثر مع مجلة الشركات التجارية الصادرة بالقانون عدد 93 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000.

أما فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة فهي تتمتع بخاصية مزدوجة ذلك انها تحمل في ذات الوقت جملة من خصائص شركات الأموال وجملة من خصائص شركات الأشخاص إلا أنه وفق تقسيم آخر يمكن اعتماده، يمكن إدراج الشركة ذات المسؤولية المحدودة ضمن الشركات التجارية حسب الشكل، ذلك أنه يوجد صنفين من الشركات التجارية وفق هذا التقسيم: الشركات التجارية حسب الشكل و الشركات التجارية حسب الموضوع. و بالنسبة للشركات التجارية حسب الشكل فإنها تعد ذات صبغة تجارية مهما كانت طبيعة النشاط الذي تتعاطاه، أي سواء كان نشاطها مدنيا أو تجاريا. أما الشركات التجارية حسب الموضوع فإنها لا تكون تجارية إلا متى تعاطت نشاطا تجاريا على معنى المجلة التجارية.

و تجدر ملاحظته بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة ،أن المشرع بعث للوجود بمقتضى انشائه لمجلة الشركات التجارية صنفا جديدا من الشركات التجارية الا و هو شركة

¹ - الدكتور فوزي عطوي



الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة و المشرع التونسي" إذ جوز تكوين شركة الشخص الواحد لم يأت بدعوة في القانون فقد سبقه إلى ذلك المشرع الألماني و تلاه المشرع الفرنسي بعد طول تردد و غيره كثيرا²

و تتمتع شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة بجميع مقومات الشركات، سواء من حيث الأصل او الشكل، غير أنها شركة شخص واحد وهو ما يجعلها لا تشكل عقد بل تصرف قانوني أحادي على معنى الفصل 22 م. إ. ع.

و من خصوصيات هذه الشركة أنها تقوم على مبدأ تخصيص الذمة المالية للشخص الواحد لفائدة الشركة، و هي تتكون من شخص طبيعي و مع ذلك فهي تتمتع بالشخصية المعنوية.

ما تجدر ملاحظته في هذا السياق هو أن المشرع بمقاربتة بين شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة و الشركات المتعددة الأطراف تسهل امكانية المرور من التعددية إلى الفردية أو العكس و ذلك سواء من خلال تجميع كل الحصص بيد شريك واحد أو وفاة الشريك الواحد و تعدد الورثة.

ما يمكن ملاحظته عموما هو أنه رغم التفتيحات التي طرأت على الأحكام المنظمة للشركات التجارية و التي صدرت في جويلية 1962 و جوان 1982 و أوت 1988 فإن المشرع لم يكتف بذلك بل سعى لإعادة تنظيم هذه الظاهرة الاقتصادية مما نتج عنه صدور مجلة الشركات التجارية بموجب القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 و قد جاء القانون ملغيا لجميع الأحكام المخالفة له و خصوصا الفصول من 14 إلى 188 من المجلة التجارية و التي كانت تنظم الشركات التجارية.

²- القضاء و التشريع نوفمبر 2001 / شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة "الحديث كامل البيباني"



و المتأمل في مختلف النصوص القانونية يلاحظ تعدد و تنوع القوانين التي تعنى بمادة الشركات عموما و الشركات التجارية بصفة خاصة و بما أن المجال لا يتسع لدراسة كل هذه القوانين، فإننا سنحاول الوقوف عند أدقها و أشملها و في ذات الوقت الأكثرها اتصالا بموضوع بحثنا، فعملية الانتقاء ستكون وفق عدة معايير من ضمنها:

- معيار الحداثة: المقصود بهذا المعيار هو اختيار أحدث القوانين الصادرة في مادة الشركات، و على هذا الأساس يمكن التفكير مباشرة في مجلة الشركات التجارية، لكونها لم تبعث للوجود إلا بمقتضى القانون عدد 93 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000، كما يعد التنقيح المتعلق بالإجراءات الجماعية حديث العهد باعتباره صدر بمقتضى القانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999.

- معيار الشمولية : المقصود بهذا المعيار هو اختيار القانون الذي يكون أشمل من غيره أي أن يكون القانون له مجال تطبيق شاسع و في ذات الوقت يحيل إلى عدة قوانين أخرى. ووفق هذا المعيار يمكن اختيار كل من قانون الإجراءات الجماعية و أيضا مجلة الشركات التجارية، فقانون الإجراءات الجماعية يطبق على الشركات التي تشكو صعوبات مالية و اقتصادية بدءا بمرحلة التسوية الرضائية، مروراً بالتسوية القضائية، وصولاً للتصفية أو التفليس. كما أن مجلة الشركات التجارية علاوة على شساعة ميدان تطبيقها فهي تحيل إلى عدة قوانين أخرى واجبة التطبيق من ذلك إحالتها في مواقع متعددة إلى القانون المتعلق بتنظيم السوق المالية، وإلى قانون الإنقاذ، وإلى المجلة التجارية، وإلى المجلة الجنائية ...



- المعيار الوظيفي: المقصود بهذا المعيار هو اختيار القانون الذي يمنح القضاء وظائف هامة في مادة الشركات. ووفق هذا المعيار يمكننا الوقوف عند كل من مجلة الشركات التجارية وقانون الإجراءات الجماعية، باعتبارهما آليتان تبرزان مدى حرص المشرع على تمكين القاضي من سلطات واسعة ودورا فاعلا في مادة الشركات التجارية .

إذن فدور القاضي في مادة الشركات ستقع دراسته على ضوء قانون الإجراءات الجماعية ومجلة الشركات التجارية. مع التذكير وأن لفظة القاضي وردت مطلقة لذا ستأخذها على إطلاقها لأن القاضي مهما كان الهيكل الذي ينتمي إليه، فإنه يتمتع بسلطات هامة و شاسعة في مادة الشركات التجارية أي سواء كان من صنف القضاء الواقف أو القضاء الجالس .

فالنيابة العمومية باعتبارها من صنف القضاء الواقف منحها قانون الإجراءات الجماعية ومجلة الشركات التجارية دورا واسع النطاق في جميع مراحل حياة الشركة إلى حين تصفيتها أو تفليسها. والدور الممنوح للنيابة العمومية لا يقل أهمية عن الدور الممنوح للقضاء الجالس سواء بتركيبته المجلسية أي في المجال التجاري أو المدني أو الجزائي أو على مستوى رئيس المحكمة من خلال القضاء الاستعجالي والأذن على العرائض.

فالأشخاص المعنوية شأنها شأن الأشخاص الطبيعية تعرف بداية ونهاية، كما قد تمر خلال حياتها ببعض الصعوبات وفي كل مرحلة من المراحل المذكورة يتدخل القاضي في الوقت المناسب ليقدم الحلول الملائمة.

والمتمثل في القوانين المنظمة للشركات التجارية وخاصة القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 والمتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية والمنقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 وأيضا القانون عدد 93 لسنة



2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المحدث لمجلة الشركات التجارية يلاحظ الدور الفاعل للقضاء في مجال الشركات التجارية ذلك أن المشرع التونسي إرتأى تفعيل دور القاضي وإعطائه مهام متعددة وسلطات واسعة للتدخل في الشركات التجارية في جميع مراحلها منذ طور النشأة والتأسيس مروراً بسيرها وصولاً إلى نهايتها.

ورغم أن الأصل أن القضاة لا دور لهم في إدارة وتسيير الشركات التجارية، وليس من حقهم التدخل في ذلك، لأن إدارة هذه الشركات تعود أولاً وبالذات لهيكلها الإدارية وأصحابها أما دور القضاء فيقتصر على فض النزاعات التي تنشأ بينهم. غير أن الذي سمح بالقول بأن للقضاء دور في إدارة الشركات التجارية هو أن نشاط الشركات التجارية توسع وتطور وإكتسب أهمية كبرى حتى أصبحت هذه الشركات عبارة عن مؤسسات إقتصادية لا يقتصر نفعها وضررها على أصحابها فقط، بل يمتد إلى الإقتصاد الوطني ككل بمختلف جوانبه، الأمر الذي دعا بالمشرع للتدخل في عدة مناسبات لمزيد العناية بهذه المؤسسة الإقتصادية. وظهر أن القضاء يستطيع أن يقوم بدور فعال في مساعدة هذه المؤسسة وحمايتها فالقضاء لم يعد ذلك المجهول المنغلق على نفسه بل أصبح متفتحاً على محيطه في ظل قوانين صدرت في هذا العهد سمح له بأن يكون أداة فعالة في خدمة التنمية والمجتمع "

فاختلف بذلك دور القضاء بحسب الوضعية التي تعيشها المؤسسة. فما هي مظاهر تدخل

القضاء في الشركات؟

الإجابة على هذا التساؤل، تقتضي منا التعرض إلى أهم وأحدث مجالين تدخل من خلالهما المشرع سنتي 1999 و 2000 و المقصود بالمجال الأول هو التنقيح المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية الصادر بمقتضى القانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ



في 15 جويلية 1999 (الجزء الأول) ، أما المجال الثاني قانون عدد 93 لسنة 2000 المحدث
لمجلة الشركات التجارية (الجزء الثاني).



الجزء الأول

دور القاضي من خلال الإجراءات
الجماعية



بعد أن كانت الإجراءات الجماعية في القانون التونسي لا تتضمن غير الصلح الاحتياطي والإفلاس، و أمام تغير المستجدات، أحدث المشرع التونسي نظاما متعدد الإجراءات لإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، منح من خلاله للقاضي سلطات هامة في كل مرحلة من المراحل الاقتصادية التي بلغتها المؤسسة. و لقد اقتضي الفصل 9 من إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أن لكل مسير مؤسسة أن يطلب الانتفاع بإجراءات التسوية القضائية بشرط أن لا تكون قد بلغ وضعية التوقف عن الدفع. و إذا ما كانت المؤسسة قد توقفت بعد عن أداء ديونها فقد اقتضى الفصل 18 من نفس القانون إمكانية انتفاعها بالتسوية القضائية و ذلك إذا كان من الممكن إنقاذها، فإن ترجم ذلك التوقف عن الدفع عن وضعيتها الاقتصادية الميؤوس منها فإنه يتعين إعلان إفلاسها أو تصفيتها بحسب الأحوال.

المشرع التونسي تحدث في أكثر من موضع عن التوقف عن الدفع فهو أولا الحد الفاصل بين التسوية القضائية و الإفلاس طبق الفصل 16 من القانون عدد 34 لسنة 1995، و هو أيضا الشرط الأساسي لإعلان الإفلاس وهو كذلك عتبة افتتاح إجراءات التسوية القضائية طبقا للفصل 18. و لكن في كل هذه المواضع لم يتول المشرع تعريف التوقف عن الدفع و لقد ترك تلك المهمة إلى فقه القضاء.

و ما يمكن ملاحظته في هذا السياق هو أن التوقف عن الدفع يمثل معيارا أساسيا للخيار بين مختلف الإجراءات الجماعية التي تجسد الدور الفاعل للقضاء من خلال السلطات الواسعة التي منحها له المشرع في هذا المجال. فالقاضي يضطلع بدور هام في مجال الشركات و خاصة



صلب الإجراءات الجماعية سواء من خلال تقديره لعنصر التوقف عن الدفع (الفصل الأول) أو من خلال تقريره لإجراء المعتمد استنادا لهذا العنصر (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

تقدير القاضي لعنصر التوقف عن الدفع



إن تطور النشاط الاقتصادي و تفاقم أهمية الدور التجاري جعلاً حالات التوقف عن الدفع شبه حتمية، و كان التوقف في عديد الحالات خارجاً عن إدارة المدين إما لهشاشة ركائز مؤسسته أو لعدم القدرة على تحمل المنافسة أو لغيرها من الأسباب، و أصبح التوقف عن الدفع تبعاً لهذه المستجدات التشريعية مجالاً فسيحاً يقرر من خلاله القاضي عند تحققه افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو تفليس المؤسسة بحسب ما توصل إليه.

ما نلاحظه في هذا السياق هو أن التسوية القضائية لا تتطلب توقف المدين عن الدفع بل على العكس من ذلك فإن المدين يجب أن يكون قد وصل لهذه المرحلة بحث ينتفع بالتسوية القضائية، على هذا الأساس سنبين الحد الذي ينبغي أن لا يصل إليه طالب التسوية القضائية وهو التوقف عن الدفع سواء كان التوقف عن الدفع الذي يستوجب تفليس المدين (الفرع الأول) أو التوقف عن الدفع الذي يخول للمدين حق الانتفاع بالتسوية القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التوقف عن الدفع في التفليس

رغم التفتح الوارد صلب المجلة التجارية فإن المشرع لم يأت بجديد في شأن الإفلاس وغاية ما فعله هو إلغاء الفصل 445 منها، و هو بذلك أزال نصا يكرر نفسه و يمكن الاستعاضة عنه بالفصل 18 من مجلة الشركات إلا أن المشرع في الحقيقة زاد الأمر تعقيدا لما استعمل نفس العبارة في معان مختلف و كشرط لإجراءات تختلف في أهدافها.

ما يمكن التأكيد عليه هو أن الإفلاس يبقى النهاية الطبيعية لمؤسسات أصبحت عبئا على كاهل المجموعة و مانعا يعرقل دوران العجلة الاقتصادية مما يحتم إلزالتها. لذا جاء بالفصل 27 من القانون عدد 34 لسنة 1995 أنه إذا انعدمت إمكانيات التسوية تصرح المحكمة بتفليس المدين، و يكون تبعا لذلك شرط افتتاح إجراءات التفليس توقف التاجر عن دفع ديونه و انعدام إمكانيات التسوية القضائية. و المشرع لم يرد بذلك الابتعاد عما توصل إليه فقه القضاء إلى غاية الآن من أن المقصود بالتوقف عن الدفع في مادة الإفلاس هو بلوغ المدين وضعية عجز مالي تنبئ عن حالته الاقتصادية الميؤوس منها، و هو موقف عريق من فقه القضاء التونسي والفرنسي و في هذا الشأن اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس في 16 جانفي 1962 في حكمها عدد 1153³ و الذي جاء بمبدئه أن "التوقف عن الدفع شرط وجوبي لإعلان الإفلاس طبقا للفصل 445 من المجلة التجارية و هي حالة واقعية مختلفة الوجوه و الأوضاع تتم عنها عدة ظروف تدل عن يأس المدين من الخلاص".

³ حكم ابتدائي تجاري عدد 1153 في 16 جانفي 1962 م.ق. 1962 عدد 10/9 ص. 51.



نفس الحل اعتمدته محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 26 ماي 1999 تحت عدد 71108⁴ و الذي اعتبرت فيه التوقف عن الدفع في نطاق التفليس يستوجب بلوغ المؤسسة حالة ميؤوس منها.

ما يجدر ملاحظته في هذا السياق هو أن التوقف عن الدفع قد يأخذ مظهران يختلفان من حيث الشكل لكن المضمون الواحد، و هو ما على القاضي أن يتوصل إليه و يستشفه من خلال الوضعية الحقيقية للمؤسسة ذلك أن المدين قد يكون متوقفا عن الدفع ماديا (المبحث الأول) وتكون وضعيته الحقيقية مطابقة مع وضعيته الظاهرية، و قد يكون المدين في الظاهر غير متوقف عن الدفع و ذلك باعتماده أساليب مختلفة غير قانونية و هي لا تعكس وضعيته الحقيقية (المبحث الثاني).

⁴ قرار تعقيبي عدد 71108 في 26 ماي 1999. المجلة القانونية لسنة 1999 ص 299.



المبحث الأول

التوقف المادي عن الدفع

لقد اختار المشرع التونسي عبارة عامة و هي التوقف عن الدفع كشرط لافتتاح إجراءات الإفلاس و هو لم يتول تعريفها تاركا الأمر بذلك لاجتهاد المحاكم.

و لربما أمكن للبعض القول أن المشرع عندما لم يعرف التوقف عن الدفع فإن ذلك يعود إلى وضوح هذه العبارة في حد ذاتها. فالأمر مبدئيا يتمثل في أن التاجر الذي يتوقف عن أداء ديونه التي يلتزم بها لفائدة دائنيه يتحتم إعلان إفلاسه. و لكن هل أن الأمر بهذه البساطة؟

أن الوضوح اللغوي لعبارة التوقف عن الدفع قد أثر على المفهوم الذي أعطاه إياه الفقه والقضاء المقارن منه بالخصوص. و كانت الآراء مجتمعة على أنه يكفي أن يتوقف التاجر عن دفع أحد ديونه و أن تتضرب خزائنه من الأموال لافتتاح الإجراءات الجماعية ضده بصرف النظر عن وضعيته الاقتصادية و المالية.

فالتوقف عن الدفع هو عمل مادي، يكفي القاضي بحدوثه لإعلان إفلاس التاجر دون الغوص في الأسباب التي دعت إلى عدم الدفع. وما تجدر ملاحظته في هذا السياق هو أن فقه القضاء الفرنسي كان يعتبر التوقف المادي عن الدفع لا يمثل شرطا موضوعيا لإعلان الإفلاس ما لم يكن مترجما عن إرادة التاجر في عدم دفع ديونه أو عن عدم قدرته على ذلك.



فالتوقف عن الدفع حسب هذا الرأي يشكل عنصر مادي يعكس الوضعية المالية المتدهورة للتاجر. ذلك أنه من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون التجاري احترام مواعيد الوفاء بالديون، فعدم دفع التاجر لدينه يمثل إشارة تنذر بالخطر لما يمكن أن يتسبب فيه من مصاعب لدائنيه.

و لئن تعلقت كلمة الدفع عادة بالديون التي يكون موضوعها أداء مبلغ مالي، فإن دراسة هذه العبارة في مفهومها القانوني يصبح لها مفهوماً أوسع يكون عدم الدفع وفقه يتمثل في عدم تنفيذ كل التزام سواء كان موضوعه مبلغاً مالياً أو كان يتمثل في التزام بعمل أو بإعطاء. فالدفع حسب الفقيه الفرنسي "مازو" كلمة من أصل لاتيني "a pagare" أي إرضاء الدائن عبر تسليم شيء إلى نقل ملكية شيء أو القيام بعمل⁵.

في هذا الإطار وجب التذكير أن التوقف عن الدفع يجب أن يكون متعلقاً أساساً بعدم دفع ديناً معين المقدار أما إذا وجد القاضي نفسه أمام التزام بعمل أو بامتناع عن عمل أو الالتزام بإعطاء يكون ملزماً بالانتظار صدور حكم يلزم المدين بتعويض الخسارة تتحول بموجبه الالتزامات المذكورة إلى التزام بأداء مبلغ معين.

و في هذه المرحلة نلاحظ أن المسألة من أولها إلى آخرها بين يدي القضاء مهما كانت طبيعة الالتزام وهو ما يدعم أن للقاضي في مجال الشركات سلطات هامة و دوراً فاعلاً في مسار الشركة مهما كانت وضعيتها. و مع العلم أن عديد الإشكاليات تطرح على المستوى التطبيقي يكون القاضي مطالباً بإزائها بوجود الحلول المناسبة و استعمال سلطاته و حنكته في الميدان.

⁵ MAZEUD. Lecons du droit civil. T.II.4^{eme} edition



من ضمن الإشكاليات التي تعترض القضاء مثلا نجد شرط ثبوت الدين فالقاضي مطالب بأن لا يقضي بالإفلاس إلا متى كان الدين ثابتا لا نزاع حوله، و لقد اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس أنه لا تقبل دعوى التفليس ما لم تتوفر فيها الشروط القانونية و من ذلك ثبوت الدين المطلوب من أجله التفليس، من ذلك حكمها عدد 790 بتاريخ 15 أكتوبر 1963⁶.

و لقد كان فقه القضاء الفرنسي يؤكد كل مرة أن امتناع المدين عن تنفيذ مقتضيات حكم صدر ضده بالأداء يجعل من الدين ثابتا و يتعين أخذه بالاعتبار في تحديد ما إذا كان متوقفا عن دفع ديونه⁷.

في صورة وجود نزاع حول الدين فإن القاضي هو من يتولى تقدير مدى جدية الطلب و ذلك استنادا إلى مظروفات الملف و الوقائع المعروضة عليه.

فثبوت الدين شرط أساسي لتحقيق التوقف المادي عن الدفع و لكن يجب أن يكون مقترنا في نفس الوقت بشرط تعيين لمقداره، و مسألة تعيين مقدار الدين بنفسها من ضمن الإشكاليات المعروضة على القاضي. و المقصود بتعيين المقدار هو أن يكون الدين المطلوب من المدين أدائه متعلقا بمبلغ مالي، و لقد دأب فقه القضاء على اعتبار أن الالتزام لا يمكن أخذه بعين الاعتبار إلا متى كان محدد المقدار و القاضي عند تقديره لهذه المسألة يعتمد تاريخ تعهد المحكمة بالقضية.

و القاضي فضلا عن بحثه عن مدى تحقق شرط ثبوت الدين، فإنه يبحث أيضا في شرط آخر أساسي في الدين موضوع طلب التفليس و هو حلول أجل الوفاء أي أن يكون الدين حالا بمعنى آخر أن يكون الدين واجب الأداء. و لقد اعتبر هذا الشرط من البديهيات في الفقه

⁶ حكم تجاري ابتدائي عدد 790 بتاريخ 15 أكتوبر 1963 م.ق.ت. عدد 9 لسنة 1964

⁷ Cass. Req. 30 Avril 1977. Dp.1978.I.p 73.



وفقه القضاء. مع العلم و أن حلول الدين لا يطابق بالضرورة انتهاء الأجل الممنوح للمدين للوفاء به, بل يستوجب أن يكون الدين محل مطالبة من صاحبه, فإذا لم يحرص الدائن على استيفاء حقه من المدين فإن ذلك يعد من قبيل اللامبالاة التي يمكن اعتبار القصد منها هو منح أجال إضافية للمدين و هو ما استقر عليه فقه القضاء الفرنسي. و في نفس الإطار اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1963 أنه يكون على الدائن قبل المطالبة بتفليس مدينه انتهاج سائر السبل لتأييد حقوقه بخصوص السند المستند إليه معتبرة أن إقامة احتجاج على كمبيالة غير مقبولة و طالما لم يتضمن اعترافا من المسحوب عليه بالدين فإنه لا يسوغ أخذه بعين الاعتبار مؤكدة أنه "حيث أن الأوراق التي تمسكت بها الشركة المدعية ليس من شأنها في صورة الحال إثبات الدين الذي تستند إليه بطلب التفليس و يجب عليها قبل ذلك توخي ما تراه من الطرق الكفيلة بتأييد حقوقها"⁸.

إلا أنه في هذا الإطار وجب التذكير و التأكيد على أن بعض الفقهاء و أيضا جانبا من فقه القضاء الفرنسي و التونسي يعتبر. أنه على الرغم من أن الدين لم يحل أجله بعد, فإنه إذا تبين أن المدين قد امتنع عن أداء بعض الديون الحالة, فإن للدائن و لو أن دينه لم يحل أجله بعد رفع دعوى الإفلاس ضد المدين استنادا على ذلك.

مهما يكن من أمر فإن القاضي لا يقرر أن المدين في حالة توقف عن الدفع المفضي للإفلاس إلا متى ثبت لديه أن الدين ثابتا و معين المقدار و حالا في هذا السياق هل أن طبيعة الدين يعتد بها, و هل يمكن اعتبارها من ضمن الشروط الواجب توفرها في الدين؟.

على الرغم من سكوت المشرع حول المسألة فلقد استقر الفقه وفقه القضاء على أن البحث عن مدى تحقق حالة التوقف عن الدفع لا يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الدين إن كان مدنيا

⁸ قرار استئنافي عدد 14901 في 19/04/1995, م.ق.ت عدد 9 نوفمبر 1995 . ص. 89 .



أو تجاريا و لقد جاء بالحكم المدين الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 19 أبريل 1975⁹ إنه يستخلص من الفصل 445 إنه يوجد شرط للحكم بالتفليس و هما صفة التاجر والتوقف عن دفع الدين، و إن التثبت من نوع الدين تجاريا كان أم مدنيا يكون من شأنه بعث شرط ثالث للتفليس و هو أمر مخالف للفصل المذكور و الذي جاء متحدثا عن الديون بصفة عامة، و قد نص الفصل 523 م.ا.ع أنه إذ كانت عبارة القانون مطلقة أخذت على إطلاقها ولا داعي تبعا لذلك للتضييق فيها.

أما عن عدد الديون التي تخلف المدين عن أدائها فإن السؤال المطروح بشأنها يتعلق بما إذا كان التوقف المدين عن أداء دين وحيد يشكل أساسا كافيا للتصريح بتوقفه عن الدفع و إعلان إفلاسه؟ أم أن التوقف عن الدفع يجب أن يكون شاملا لديون متعددة؟

أن القراءة الأولية لفصول المجلة التجارية المتعلقة بالإفلاس تسمح بالقول أن التوقف عن الدفع يجب أن يكون متعلقا بعدد الديون، فالمرجع يتحدث في كل مرة عن التاجر الذي توقف عن دفع ديونه مستعملا بذلك صيغة الجمع إلا أنه من المتفق عليه فقها و قضاء إنه نظرا للبعد الاقتصادي الذي يكتسيه مفهوم التوقف عن الدفع و الذي يستوجب تحليل الوضعية الاقتصادية و المالية للتاجر بصفة عامة و إنه لا قيمة قانونا لتعلق التوقف المادي عن الدفع بعدد من الديون أو بدين واحد. من المتفق عليه فقها وقضاء أن توقف المدين مادي عن دفع ديونه لا يكفي لإعلان إفلاسه رغم وصول المدين إلى حالة التوقف عن دفع ديون ثابتة و حالة إلا أنه يجب أن يكون قد وصل إلى وضعية مالية ميؤوس منها.

لقد دأب فقه القضاء على رفض دعوى التفليس كلما تبين أن عدم أدائه لديونه مرده صعوبات ظرفية عابرة، مؤكدا على أن التوقف عن الدفع يجب أن ينذر بئأس المدين من

⁹ قرار استئنافي عدد 75684 في 2 ديسمبر 1987 م. ق.ت. عدد 2 فيفيري 1993. ص 111.



الخلاص إذ جاء بالحكم¹⁰ الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 16 جانفي 1962. "مفهوم التوقف عن الدفع في الإفلاس لا يتوقف عند ثبوت التوقف المادي عن الدفع وإنما يستوجب دراسة الوضعية المالية و الاقتصادية العامة للتاجر. فالتوقف عن الدفع يجب أن يكون ترجمة على اضطراب أعمال التاجر بصفة نهائية". و التوقف عن الدفع و لئن كان عنصرا من عناصر مفهوم التوقف عن الدفع فإنه لا يأخذ بعين الاعتبار إلا متى كانت له تأثيرات على الوضعية الاقتصادية و المالية للتاجر ككل فينتج اضطرابا في أعماله وزعزعة لثقة دائنيه فيه تنبئ عن وضعية اقتصادية ميؤوس منها. لذلك فقد اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها¹¹ عدد 182 بتاريخ 10 جوان 1968 أن التوقف عن الدفع يمثل حالة واقعية تفيد أن التاجر قد اضطرب نشاطه و وصل به الارتباك إلى حالة مادية ميؤوس منها. و بذلك فإن مجرد المماطلة في أداء الدين إذا لم تتوفر معها الحالة المبينة آنفا لا يتكون منها توقف عن الدفع.

فمفهوم التوقف عن الدفع يتخذ بعدا اقتصاديا ليكون ترجمة عن حقيقة الوضعية الاقتصادية والمالية للتاجر و هو ما استقر عليه فقه القضاء التونسي كما سبق بيانه. و الحل الذي انتهجه أيضا فقه القضاء المقارن إذ اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن فقدان التاجر لانتمائه يكرس وضعيته الاقتصادية الميؤوس منها و هو يشكل حالة توقف عن الدفع¹².

أما فيما يتعلق بمفهوم التوقف عن الدفع فينبغي أن يتضمن بالإضافة إلى عنصر الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها على عنصر التوقف الفعلي عن أداء الديون، ضرورة أن استخلاص وضعية التاجر بصفة عامة يمر حتما عبر التحرير عليه بشأن ديونه، و إجراء

¹⁰ حكم تجاري ابتدائي عدد 1153 في 16 جانفي 1962 م.ق.ت عدد 10/9 ص 51

¹¹ حكم تجاري ابتدائي عدد 182 في 10 جوان 1968 م.ق.ت عدد 7/6 لسنة 1969 ص 161

¹² Cass.com.decembre 1978. BUL.civ.IV N°294- 3.p241



اختبارات ومعينات و هي جميعها من قبيل الأعمال التي من شأنها زعزعة ائتمان التاجر بحيث لا يمكن تبريرها إلا انطلاقا من وقائع ثابتة تسمح للمحكمة باتخاذ تلك الوسائل و هذه الوقائع يمكن أن تكون التوقف المادي عن الدفع و في هذه الحالة نكون في إطار المفهوم التقليدي للتوقف عن الدفع كما يمكن أن تكون باستعمال المدين لوسائل غير مشروعة في الوفاء و هي حالة مختلفة في مظاهرها و نتائجها كما سنأتي عليه لاحقا.

إن التساؤلات عديدة بخصوص ما توصل إليه فقه القضاء بشأن مفهوم التوقف عن الدفع وسنحاول الإجابة عنها عبر بيان ما هو المقصود من وضعية التاجر المتوقف عن الدفع ومن خلال بيان وضعية التاجر الميؤوس منها لتنتقل إلى بيان خصوصيات مفهوم التوقف عن الدفع.

تحديد الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها:

رغم الوضوح الظاهري لمفهوم التوقف عن الدفع فإنه يستوجب مزيدا من التدقيق وتحديد مدلوله عبر حصر المقصود من الحالة الاقتصادية الميؤوس منها من جهة و بيان المؤشرات التي يمكن أن تدل عليها من ناحية ثانية .

مدلول الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها:

لقد أثار مفهوم الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها عديد المشاكل في القانون التونسي والقانون المقارن بالخصوص و في هذا الإطار أكد الفقهاء أن التوقف عن الدفع هو عدم أداء جميع الديون المتعلقة بذمة المدين يعد دليلا قاطعا على بلوغه حالة ميؤوس منها و نهاية حياته التجارية. إلا أن هذا الرأي لم يلق التأييد من جانب عديد الفقهاء الذين يعتبرون أن إرادة المشرع لم تتجه إلى البحث عما إذا كان المدين قد توقف عن أداء جميع الديون التي تخلدت



بذمته حتى يمكن إعلان إفلاسه و ذلك فضلا على اقتران تحقق شرط التوقف عن الدفع بجميع الديون يمكن المدين من فرصة التحيل و الإضرار بدائنيه بأن يقدم على أداء بعض الديون غير ذات قيمة لتفادي إعلان إفلاسه.

أما في القانون التونسي فلا يمكن القبول بهذا الرأي فلا مجال للقول بضرورة أن يشمل التوقف عن الدفع جميع الديون المرتبة على ذمة المدين كما أنه لا وجه لقبول ما أكد عليه بعض الفقهاء أن التوقف عن الدفع يجب أن يكون شاملا لأغلب ديون التاجر معتمدين في ذلك على عبارة النص الذي جاء متحدثا عن التوقف عن أداء الديون بصيغة الجمع, ضرورة أنه من غير الممكن وضع معادلة حسابية و تطبيقها على سائر الدائنين و أن خصوصية المادة تستوجب ترك أمر تقدير قيمة إخلال المدين بالتزاماته لاجتهاد القاضي الذي يجب أن ينصرف نظره لا إلى واقعة عدم دفع الدين في حد ذاتها أو عدد الديون و إنما تتعدها إلى معرفة دلائل هذه الواقعة وأثارها و تداعياتها إزاء الوضعية الاقتصادية للمدين بصفة عامة بقطع النظر عن نسبة تلك الديون من بين مجموع ديونه. و لذلك انصرف الفقهاء إلى البحث عن مفهوم الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها انطلاقا من وضعيته العامة في الحياة التجارية.

و ما يمكننا التأكيد عليه هو أن الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها للمدين هي من قبيل الوقائع الخاضعة لاجتهاد محكمة الموضوع تستخلصها من الوثائق المظروفة بملف القضية وسائر الأبحاث المجراة فيها, و لقد داب فقه القضاء على ذلك فجاء الحكم التجاري عدد 182 بتاريخ 10 جوان 1968 أن "التوقف عن الدفع يمثل حالة واقعية تفيد أن التاجر قد اضطرب نشاطه ووصل به الارتباك إلى حالة ميؤوس منها"¹³ و لذلك فقد اقتضى الفصل 27 من القانون

¹³ حكم تجاري مدني عدد 182 بتاريخ 10 جوان 1968.



عدد 34 لسنة 1995 المنقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 أن المحكمة تصرح بإفلاس المدين كلما إنعدمت إمكانية التسوية أي أن الإفلاس هو آخر الحلول التي تلجأ إليها المحكمة و ذلك عندما يتبين عدم وجود إمكانية لإنقاذ المؤسسة سواء كان ذلك عبر مواصلة نشاطها أو عبر إحالتها للغير أو بإعطائها في نطاق وكالة حرة أو بكرائها. و بناء على أن إجراءات تفليس الشركات تكون وجوبا مسبقة بإجراءات التسوية القضائية فإنه يمكن القول بأن الإفلاس لا يمكن تبريره إلا ببلوغ المؤسسة لوضعية اقتصادية ميؤوس منها. و في هذا الإطار جاء بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 36 بتاريخ 7 جويلية 1997¹⁴. إن المؤسسة لا تمر ببعض الصعوبات فحسب بل هناك انعدام الاستغلال و التوقف عن النشاط وانحلال المؤسسة و رتبت عن انعدام مواردها و عدم استعداد مسيرتها على إنقاذها والمحافظة عليها لوجودها في حالة التوقف عن الدفع يستوجب إفلاسها و جاء بحجيات الحكم وحيث أن التوقف عن الدفع هي حالة واقعية يقع إثباتها بجميع الوسائل. و حيث كيفما سبق ذكره فإنه يستنتج من تقرير الاختبار أن المدينة متوقفة عن النشاط و عن الدفع كذلك إذ أن مديونيتها تفوق بكثير ممتلكاتها إلى جانب أن الموارد منعدمة لتوقف المؤسسة عن نشاطها.

على أن هذا الحكم الذي أشار إلى زيادة ديون المؤسسة عن ممتلكاتها لا يمكن اعتبار أنه تخلص من المفهوم التقليدي للتوقف عن الدفع في مادة الإفلاس بما هو وصول التاجر حالة اقتصادية ميؤوس منها لذلك فقد جاء بالقرار التعقيبي عدد 71180 بتاريخ 25 ماي 1999 أن التوقف عن الدفع على معنى الفصل 18 من قانون الإنقاذ هو غير التوقف عن الدفع في نطاق التفليس الذي يستوجب بلوغ المؤسسة حالة ميؤوس منها و تدهور نشاطها بشكل يعوقها عن مواصلة معاملاتها و خلاص ديونها.

¹⁴ حكم تجاري ابتدائي عدد 36 بتاريخ 3 جويلية 1997. غير منشور. انظر الملحق



حافظت محكمة التعقيب إذن على المفهوم الفقه قضائي للتوقف عن الدفع في الإفلاس لما هو بلوغ المؤسسة أو التاجر حالة اقتصادية ميؤوس منها تترجم في الواقع انعدام إمكانيات التسوية مع دائئها. و تبقى بذلك الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها من قبيل الوقائع الخاضعة لمطلق اجتهاد القاضي و التي يمكن أن يستخلصها انطلاقا من عديد المؤشرات الدالة عليها والتي يمكننا بيان البعض منها فيما يلي:

مؤشرات الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها:

عندما يتعلق الأمر بالبحث في ما إذا كان المدين متوقفا عن الدفع من عدمه فإن القاضي لا يقف عند واقعة معينة أو عملا محددا من أعمال المدين, بل إنه يلجأ إلى تقدير تلك الوضعية انطلاقا من سائر تصرفات المدين بحسب وضعية كل تاجر على حدة من ذلك:

- نوع التجارة التي يحترفها المدين, فإذا كانت المؤسسة من قبيل المؤسسات المالية فإن امتناعها عن أداء ما عليها يعود ضرورة إلى عدم توفر سيولة لديها. و يتعين تبعا لذلك أخذ نوعية النشاط في تقدير حالة التوقف عن الدفع والاهتمام بجميع الطوارئ التي من الممكن أن تطرأ على نشاط المؤسسة ذلك على خلاف الأمر مثلا إذا تعلق نشاط التاجر بتزويد السوق ببعض المواد.

- في فقه القضاء التونسي، القاضي مطالب بالبحث في الأسباب الحقيقية لوضعية المدين لبيان ما إذا كانت ميؤوس منها أم قابلة للإصلاح. و كلما كانت أسباب تدهور المؤسسة ظروفًا شخصية أو طارئة تعرضت لها و سرعان ما تزول أمكن القول بأنه ليس في حالة اقتصادية ميؤوس منها. و أما إذا كانت تلك الأسباب من قبيل سوء التصرف



لإغلاق المؤسسة و إيقافها عن النشاط مدة زمنية دون مبرر أو أنها من قبيل المشاكل

المتعلقة بموضوع المؤسسة وإنتاجها فإن حالة المدينة يكون ميؤوس منها.

- إن المقارنة بين ديون التاجر و موجودا ته تعد من قبيل المؤشرات التي يمكن أن تلجأ إليها المحكمة للبحث في درجة الصعوبات التي بلغت أعماله.

- عندما يفقد التاجر ائتمانه يجد نفسه بصفة عامة في وضعية يستحيل عليه تداركها و يكون عادة في وضعية اقتصادية ميؤوس منها. مع التأكيد على أن محافظة المدين على ائتمانه يجب أن لا تكون نتيجة لانتهاجه بعض السبل غير المشروعة و التي يهدف من ورائها للتحيل على دائنيه لإخفاء حقيقة وضعيته الاقتصادية و هي تنبئ في كل الأحوال عن يأسه عن إنقاذ وضعيته و تشكل أهم المؤشرات على ذلك.

فلمحكمة إذن مطلق الاجتهاد لاستخلاص الوضعية الاقتصادية للمدين و إمكانيات إنقاذه وهي لا تقضي بإفلاس المدين طبقا للفصل 27 من قانون عدد 34 لسنة 1995 إلا إذا تبين لها وجود المدين في وضعية اقتصادية ميؤوس منها و انعدمت إمكانيات التسوية.

ما يمكننا تأكيده في الختام هو أن المقصود بالتوقف عن الدفع في الإفلاس هو بلوغ التاجر حالة اقتصادية ميؤوس منها يستحيل معها عليه مجابهة ديونه الحالية و أنه يتعين استبعاد تفليس التاجر كلما أمكن له مواصلة نشاطه و خلاص ديونه شريطة أن لا تكون مواصلته لدفع ديونه نتيجة لاستعماله لوسائل الغش و الاحتيال أو غيرها من الوسائل غير المشروعة.



المبحث الثاني:

استعمال وسائل غير مشروعة في الوفاء

إذا ما تمسكنا بالمفهوم التقليدي للتوقف عن الدفع في الإفلاس فإنه يكون علينا انتظار توقف التاجر ماديا عن دفع ديونه و لا يمكن إعلان إفلاسه ما لم يتوفر ذلك الشرط، إلا أن الرأي في الفقه و القضاء متفق على اعتبار أن التاجر الذي لم يكن ليواصل دفعاته إلا باعتماد وسائل غير مشروعة يكون في حالة توقف عن الدفع تخول إعلان إفلاسه و هو ما سيقضي إلى تطابق بين التوقف عن الدفع بحسب ما إذا كان الأمر متعلقا بإعلان إفلاس التاجر أم كان متعلقا بتقديم تاريخ التوقف عن الدفع المعين من المحكمة في حكم الإفلاس مثلما تخوله أحكام الفصل 452 م.ت. و بالتالي تحديد نطاق فترة الرتبة التي تخول خلالها المشروع طبقا لأحكام الفصلين 462 و 463 م.ت. إبطال أعمال المدين المشبوهة و القائمة على الغش و الاحتيال. كما يفضي الأمر إلى التوسيع في مفهوم التوقف عن الدفع الذي لم يعد بذلك يشمل ضرورة التوقف المادي و الفعلي عن الدفع.

و في الحقيقة فإن هذا التصور ليس بغريب عن القانون التونسي إذ خول الفصل 449 م.ت. للمحكمة و لو من تلقاء نفسها إصدار حكم بتفليس التاجر الذي أغلق مخازنه و لاز بالفرار أو أتلف جزء مهما من ماله. و من الواضح من خلال هذا النص أن للمحكمة أن تقضي بذلك



ولو في غياب التوقف المادي عن الدفع و لا يقيدھا في حکمھا غير ضرورة حماية مصالح الدائنين إذا كانت جديرة بذلك أي إذا كان دينهم ثابتا و لو لم يحل أجل أداءه طالما الغاية الأساسية لتدخل المحكمة في هذه الظروف هو الإذن للدائنين باتخاذ الوسائل التحفظية الرامية إلى حفظ حقوقهم.

رغم التفرقة التي أقامها بعض الفقهاء بين الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها العادية والوضعية الاقتصادية الميؤوس منها المعززة باستعمال الوسائل غير المشروعة في الوفاء، فإنه من المتفق عليه أنه من الممكن افتتاح إجراءات الإفلاس ضد التاجر رغم أنه لا يزال بصدد خلاص ديونه فعليا كلما تبين أن وضعيته الاقتصادية ميؤوس منها. فدراسة الوسائل غير المشروعة تستوجب تحديد هذه الوسائل.

إن المقصود من الوسائل غير المشروعة في الوفاء هو جميع الوسائل التي تحمل مظاهر الغش و الاحتيال أو التي تتناقض مع مصلحة المؤسسة أو التي تتزامن مع وضعية عجز الشركة عن أداء ما عليها بالطرق العادية ووجودها تبعا لذلك في حالة اقتصادية و مالية ميؤوس منها.

إن الصعوبات الاقتصادية و المالية التي تعترض التاجر يمكن أن تحمله على استعمال كافة الوسائل لإعادة الأمور إلى نصابها. قد يستعمل لأجل ذلك وسائل غش و تحيل يمكن أن تؤول إلى الإضرار بمصلحة المؤسسة بصفة عامة.

لا جدال في أن التاجر الذي يستعمل سبيل الغش و التحيل في الوفاء بديونه يكون في وضعية اقتصادية حرجة تستوجب استئصاله من النسيج الاقتصادي و التجاري الذي يقوم أساسا على الثقة في التعامل. ووسائل الغش التي يمكن أن يلجأ إليها التاجر عديدة يمكن أن نذكر منها:

سحب كمبيالات المجاملة

كمبيالة المجاملة هي الكمبيالة التي تسحب بقصد الحصول على ائتمان وهمي و لا تتضمن ضرورة نية الالتزام بدفعها من قبل الموقعين عليها. و في الحقيقة فإن كمبيالات المجاملة بالنظر إلى أنها عادة ما تكون مستوجبة للشروط القانونية و متضمنة لسائر التصيصات التي أوجبها الفصل 269 م ت فإن الكشف عن حقيقة نية الأطراف الملزمين بها و خصوصا إثبات عدم وجود المؤونة يكون أمرا عسيرا. و لربما أمكن ذلك من خلال اختلاف ميدان نشاط الساحب عن نشاط المسحوب عليه بحيث يكون وجود المعاملة بينهما محل استغراب أو انطلاقا من علاقة القرابة الرابطة بينهما أو أن الكمبيالة قد تم سحبها من طرف الرئيس المدير العام للشركة على الشركة نفسها أو أن القيمة المالية للكمبيالة لا تتفق مع حجم نشاط التاجر.

ما يهمنا هنا هو أنه من الواضح أن للقاضي سلطات واسعة في تقدير الأمور و في استخلاص النتائج.

تهريب المكاسب

قد يلجأ التاجر الذي يجد نفسه متخبطا في الصعوبات المالية و الاقتصادية إلى تهريب مكاسبه أو ما تبقى منها و ذلك عبر إجراء بعض عمليات البيع الصورية لمكاسبه حتى لا تقع تحت طائلة التنفيذ الجبري من قبل دائنيه لذلك اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها التجاري عدد 827 بتاريخ 24 ديسمبر 1963¹⁵ أن بيع التاجر لأصله التجاري الذي كان يباشر فيه نشاطه قبل القيام عليه بدعوى التقليل بأكثر من سنة يعتبر قرينة على اعتزاله التجارة وبالتالي توقفه عن أداء ما عليه لدائنيه.

اللجوء إلى الاقتراض المشط

¹⁵ حكم تجاري ابتدائي عدد 827 في 24 ديسمبر 1963 م.ق.ت 1964 عدد 10/9 ص. 28.



يمكن أن يلجأ التاجر الذي يتخبط في صعوبات اقتصادية نتيجة نقص السيولة المالية وتوقف عمليات الخزينة إلى الاقتراض فيتولى الاتصال بالمؤسسات المالية بغرض الحصول على قرض إضافي أو أنه يلجأ إلى دائنيه إذا كانوا من قبيل المؤسسات المالية و يحاول الحصول على موافقتهم لجدولة ديونه فتتولد على هذه العملية فوائض مركبة تضاف إلى أصل الدين وبقيّة الفوائض العادية يكون من المستحيل عليه مجابتهها.

و تنبغي الإشارة في هذا الإطار إلى أنه على الرغم من أن الفصل 1103 م.إ.ع قد خول للمحكمة التخفيض من نسبة الفائض إذا كان مشطاً و ينبئ عن نية المقرض في استغلال اضطرار المقرض فإن لجوء التاجر إلى التعاقد مع المؤسسة المالية بتلك الشروط ينبئ و لا شك عن وضعيته الحرجة و بما أن الأمر في التوقف عن الدفع يتعلق بدراسة الوضعية الاقتصادية و المالية للمدين فإن السلطة تعود للمحكمة في تحديدها إذا كانت الغاية من تلك الوسائل يبررها وجوب الخروج من الوضعية المذكورة أم كانت من قبيل الوسائل غير المشروعة التي تنبئ عن نية التاجر انتهاج سبيل الغش و الاحتيال في الوفاء بديونه.

يجدر التذكير في هذا السياق أن الوسائل المشبوهة تدخل تحت طائلة الوسائل غير المشروعة في الوفاء فلقد جاء بالفصل 32 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 و المنقح في 1999 أن للمحكمة إلغاء قرار مسير المؤسسة السابقة لتاريخ تعقدها والتي تحول دون تنفيذ برنامج الإنقاذ وله إبطال كل تفويت بمقابل أو بدونه من شأنه أن يضر بمصلحة المؤسسة ... على أن يكون وقع إجراءاتها بعد تاريخ التوقف عن الدفع، و بما أن الفصل 56 من ذات القانون نص على أنه تنطبق على التسوية القضائية أحكام الفصول 462 و 463 م ت فإنه يمكن القول أن أعمال المدينة الواقعة بعد تاريخ التوقف عن الدفع أو حتى



العشرين يوما التي قبله يجب إبطالها إذا ما كانت من قبيل الصور المنصوص عليها على سبيل الحصر بالفصل 462 م ت و يمكن إبطالها إذا كانت من قبيل العمل بعوض صدر عنه بعد التوقف عن الدفع إذا كان معاقده عالما بوضعية التوقف عن الدفع.

إن استعمال الوسائل المذكورة سوف يمكن المدين من التحيل على دائنيه بالإنقاص من قيمة الضمان العام و من بين هذه الأعمال يمكن أن نذكر:

- خلاص بعض الديون التي لم يحل أجلها و القصد من ذلك هو تفضيل المدين لبعض دائنيه على البعض الآخر.

- توظيف رهون على مكاسب المدين سواء كانت بالاتفاق أو بحكم الحاكم و من الواضح أن إقدام المدين على رهن عقاراته لم يكن إلا نتيجة لفقدانه الموارد اللازمة لمجابهة ديونه.

- خلاص الديون الحالة بطريقة غير عادية و لقد عدت الفقرة الثالثة من الفصل 462 م ت هذه الطرق و هي النقود أو الكمبيالات أو السندات للأمر أو الشيكات أو الأذون بالتحويل فالخلاص عن طريق المعاوضة تنبئ عن رغبة المدين في تفضيل بعض دائنيه على حساب البقية.

- عموما فإن الفصل 32 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المنقح في سنة 1999 استعمل عبارات مرنة مخولا للمحكمة إلغاء جميع التفويطات بعوض أو بدونه إذا كان من شأنها أن تضر بمصلحة المؤسسة و جميع العمليات التي من شأنها تمييز دائن على آخر أن ما يمكننا التأكيد عليه في هذه الإطار هو أن استعمال التاجر لوسائل وإن بدت في ظاهرها شرعية و هي تبقى غير مشروعة كلما استعملها المدين لإطالة عمر تجارته



وذلك بصورة ظرفية لا بدّ أن تؤول إلى توقفه عن الدفع، بل إن استعماله لهذه الوسائل ينم عن وضعيته الاقتصادية و المالية المتدهورة.

يجب التأكيد في هذا السياق على أن استعمال المدين لوسائل غير مشروعة في الأداء يشكل توقفا عن الدفع كلما تزامن مع وضعية اقتصادية ميؤوس منها ذلك أنه من الثابت فقها وقضاء عدم كفاية استعمال التاجر لوسائل غير مشروعة في الوفاء لإعلان إفلاسه، فنظر المحكمة في هذا الإطار يتسلط على الوضعية الاقتصادية و المالية للمدين بصفة عامة و هو ما يسمح بالقول بأن استعمال التاجر لوسائل غير مشروعة في الوفاء يجب أن يكون مقترنا بمواصلة التاجر لأعماله اعتمادا على نتائج تلك الوسائل و لا يشترط في ذلك أن تكون هذه الوسائل ظاهرة أو معروفة من الغير بل العبرة في لجوء التاجر إليها المتزامن مع وضعيته الاقتصادية ميؤوس منها، فإذا ما كانت الصعوبات التي تعرض لها من قبيل الصعوبات الظرفية فإن أعمال المدين لا تفقد شرعيتها ضرورة أن الفصل 32 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المنقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 و كذلك الفصل 462 و 463 م ت اعتبر فيها المشرع أن أعمال المدين لا يسوع إلغائها إلا إذا كانت في تاريخ لاحق عن التوقف عن الدفع.

بناء على ما سبق ذكره فإن لجوء التاجر إلى استعمال مثل هذه التصرفات إنما يكون الهدف منه تهريب مكاسبه ليأسه من القدرة على مواصلة نشاطه مع العلم و أنه استثناء الفصل 32 من القانون عدد 34 لسنة 1955 المنقح في 1999 يجوز للمحكمة إلغاء كل أعمال مسير المؤسسة الواقعة بعد تاريخ التوقف عن الدفع و هو ما يقودنا حتما للقول بأن للمحكمة السلطة في إعادة المؤسسة إلى وضعية قابلة للإنقاذ و بالتالي يمكننا القول بأن



تزامن استعمال الوسائل غير المشروعة مع الوضعية الاقتصادية الميؤوس منها لا يكفي لوحده لإعلان إفلاس التاجر إلا في بعض الحالات الخصوصية الواردة بالفصل 449 و593 من م ت و المتعلقة:

- بإغلاق التاجر لمحلته و مخازنه و فراره.
 - إتلاف جزء مهم من أمواله.
 - دخول الشركة طور التصفية.
- ما يمكن ملاحظته هو انعدام الجدوى في إلغاء بعض الأعمال المدين بعد التوقف عن الدفع طالما يستحيل مواصلة النشاط أو الإنقاذ.



الفرع الثاني:

التوقف عن الدفع في التسوية القضائية

من الثابت أن إجراءات التسوية القضائية تختلف في الأهداف التي ترمي إليها عن الإفلاس كما أنه من الثابت أن مفهوم التوقف عن الدفع في التسوية القضائية يجب أن يأخذ بعين الاعتبار هذا الاختلاف. و المشرع التونسي إيماناً منه بالانعكاسات الاقتصادية و التطورات الحاصلة اثر عولمة التجارة و فتح الأسواق للمنافسة الحرة، و إيماناً منه بخطورة الأمر على المؤسسات تدخل بموجب القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17/أفريل 1995 المنقح في 1999 لإرساء نظام يومي إلى إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية ليعزز من خلاله دور القاضي إيجاد الصيغ المناسبة لإنقاذ المؤسسة و لذلك فإن أهم إجراءات الإنقاذ هي التسوية القضائية و التي يتخذ من خلالها القاضي التدابير المناسبة لإنقاذ المؤسسة سواء كان ذلك عبر مواصلة نشاطها أو بإحالتها للغير أو بتسليمها في نطاق وكالة حرة أو بكرائها؟ و يشترط لتدخل المحكمة لإنقاذ المؤسسة بلوغها وضعية التوقف عن الدفع، فإجراءات التسوية القضائية



هي امتياز لا يمكن أن يبرره غير بلوغ المؤسسة مرحلة متقدمة من الصعوبات و المتمثلة في توقفها عن الدفع مما يوجب تدخل القاضي لمساندتها.

جاء بالفصل 18 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17/أفريل 1995 أنه يمكن أن "تتفع بإجراءات التسوية القضائية المؤسسة التي تتوقف عن دفع ديونها".

ما تجدر ملاحظته في هذا السياق هو وجوب إعطاء التوقف عن الدفع في التسوية القضائية مفهوما مستحدثا يأخذ بعين الاعتبار أهداف هذا القانون، و إذا لم يتدخل المشرع في تعريفه فلأنه ارتأى فائدة في ترك الأمر لفقه القضاء فهو متطور بتطور المعطيات الواقعية و مواكب لها بليوننة و واقعية و بالفعل فإن فقه القضاء سرعان ما تظن لأهمية الأمر فتدخل لتعريف التوقف عن الدفع المقصود من الفصل 18 من قانون الإنقاذ و الذي يتعين تحديده أولا (المبحث

الأول) و بيان محتواه

و مكوناته ثانيا (المبحث الثاني)

المبحث الأول

تحديد مفهوم التوقف عن الدفع

تحدث المشرع في أكثر من موضوع عن التوقف عن الدفع فهو أولا الحد الفاصل بين التسوية الرضائية و الإفلاس طبقا للفصل 16 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المنقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 و هو أيضا الشرط الأساسي لإعلان الإفلاس و هو كذلك عتبة إجراءات التسوية القضائية طبقا للفصل 18 و لكن في كل هذه المواضع لم يتولى المشرع تعريف التوقف عن الدفع و لقد ترك تلك المهمة إلى فقه القضاء.

فالمنطق يفرض إذن أن تكون وضعية المؤسسة الاقتصادية و المالية مختلفة بين التسوية

القضائية و الإفلاس. و لكن هل وفق المشرع في تجسيد ذلك الاختلاف؟

أنه لمن الثابت أن المشرع قد خلق نوعا من اللبس حول الشروط الموضوعية لافتتاح كل من اجراءات التسوية القضائية و كذلك إجراءات الإفلاس و ذلك عبر استعمال نفس العبارة و هي التوقف عن الدفع كشرط لافتتاح كل من الإجراءات. إلا أنه من الواضح أيضا أن هذا التوجه الذي توخاه المشرع كان مقصودا و لربما أراد من وراءه ترك الأمر لفقه القضاء ,خصوصا وأن التوقف عن الدفع كان منذ زمن بعيد مفهوما فقه قضائيا.



إن المشرع لما أورد عبارة عامة، يبدو أنه ترك المجال أمام فقه القضاء لتحديد مفهوم التوقف عن الدفع و إذا كان ذلك حال المشرع التونسي فلقد اختار المشرع الفرنسي منذ القانون عدد 98 لسنة 1985 المؤرخ في 25 جانفي 1985 تعريف التوقف عن الدفع فتخلّى عن تلك العبارة العامة و جاء بالفصل 3 منه أن إجراءات التسوية القضائية تفتتح إذا كان المدين غير قادر على مجابهة ديونه الحالة بواسطة موجداته المتوفرة. و هذا التعريف الذي ورد بالقانون الفرنسي ليس في الحقيقة إلا اقتباسا لما توصل إليه فقه القضاء في تعريف التوقف عن الدفع. خلاصة القول في هذا الإطار أن مشرع سنة 1995 واصل وضع ثقته في فقه القضاء في بلورة مفهوم يتناسب مع خصوصيات مادة التسوية القضائية فلم يشأ أن يتدخل بوضع تعريف للتوقف عن الدفع و ترك أمر تحديد جوانبه لفقه القضاء لذلك فإنه من المستحسن استطلاع ما توصل إليه القضاء بشأن مفهوم التوقف عن الدفع المقصود من الفصل 18 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 و المنقح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999.

إذا ما بحثنا عن مصطلح حاول فقه القضاء مقاربة جوانبه و كان له الدور الأساسي في إيجاد تعريف مدقق فإنه يطالعنا مصطلح التوقف عن الدفع، و الذي لعب فقه القضاء دور أساسيا في تحديد المقصود منه و ذلك بالنظر إلى أن المشرع لم يعط في القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 تعريفا له. بل إن النصوص تضمنت غموضا اثر بدوره على التطبيقات الفقه قضائية. فلقد جاء بالفصل 18 كما سبق بيانه ناصا على أنه "يمكن أن تستفاد بالتسوية القضائية المؤسسة التي تتوقف عن دفع ديونها و إنه و لئن كان الإفلاس حكرا على المدنيين التجار فإن التسوية القضائية مثلها مثل سائر الإجراءات التي جاء بها القانون عدد 34



لسنة 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية كما ورد بالفصل 3 جديد منه "ينتفع بهذا النظام كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا كما تنتفع بهذا النظام الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري." و أن التوسيع في نطاق هذا القانون فضلا عن الصعوبات الحقيقية التي تعيشها المؤسسات التونسية من شأنه أن تتكاثر معه المطالب التي ترد على القضاء من المؤسسة التي تبغي الانتفاع بمزايا هذا القانون خصوصا بإجراءات التسوية القضائية مع دائئها و هو ما يتخذ معه المفهوم الذي من الممكن أن يعطيه فقه القضاء للتوقف عن الدفع، و هو حسب الفصل 18 المذكور الشرط الموضوعي لانتفاع مؤسسة ما بالتسوية القضائية له أهمية بالغة. و من الملاحظ بأن المقاربة التي يعطيها فقه القضاء لمفهوم التوقف عن الدفع هي بالأساس سعيًا من فقه القضاء في تأويل مصطلح استعمله المشرع في وضعيتين مختلفتين دون أن يتولى تعريفه.

و بما أن فقه القضاء قد استقر منذ زمن بعيد، على أن المقصود من التوقف هو بلوغ الحالة المالية و الاقتصادية للتاجر وضعية ميؤوس منها و ذلك في نطاق فصول المجلة التجارية المتعلقة بالإفلاس فلقد كان عليه بعد صدور القانون عدد 34 لسنة 1995 تغيير ذلك المفهوم تبعا لاختلاف الغاية المرجوة من وراء التسوية القضائية و هي إنقاذ المؤسسة الذي يفترض عدم بلوغها وضعية اقتصادية ميؤوس منها على خلاف الأمر في الإفلاس الذي لا يرمي في النهاية إلا إلى إراحة التاجر من الدورة الاقتصادية .

ظل فقه القضاء التونسي يتأرجح بين تبني التعريف التقليدي و استنباط مفهوم جديد للتوقف عن الدفع يستجيب إلى خصوصيات التسوية القضائية إلى أن تدخلت محكمة التعقيب



بقرارها الشهير المؤرخ في 26 ماي 1999 تحت عدد 77108 و قررت فيه وضع حد لهذا التردد "و حيث أن التوقف عن الدفع على معنى الفصل 18 من قانون الإنقاذ، هو غير التوقف عن الدفع في نطاق التفليس الذي يستوجب بلوغ المؤسسة حالة ميؤوس منها و تدهور نشاطها بشكل يعوقها عن مواصلة معاملاتها و خلاص ديونها في حين أن مقصد المشرع من عبارة التوقف عن الدافع صلب الفصل 18 من قانون الإنقاذ هو عجزها عن مجابهة ديونها بما توفر لديها من موجودات".

فمحكمة التعقيب ذكرت في بادئ الأمر بمفهوم التوقف عن الدفع في مادة التفليس ثم تخلصت إلى التأكيد على الاختلاف القائم بين ذلك المفهوم و مفهوم التوقف عن الدفع في مادة التسوية القضائية معتمدة في ذلك على مقصد المشرع في القانون عدد 34 لسنة 1995 و الذي يعتمد ضروريات إنقاذ المؤسسة و هو الهدف الذي ترمي إليه جميع الإجراءات الواردة بالقانون المذكور. و طبعا فإنه لا يمكن تصور إنقاذ المؤسسة إذا اعتبرنا أن التوقف و هو شرط لافتتاح أهم إجراءات الإنقاذ المتمثلة في التسوية القضائية هو وضع المؤسسة الاقتصادية و المالية الميؤوس منها لذلك أكدت محكمة التعقيب على ضرورة وضع مفهوم التوقف عن الدفع في إطاره الجديد و أقصت المفهوم التقليدي الذي يتعلق بمادة الإفلاس و الذي أصبح إجراء استثنائيا طبقا للفصل 54 من القانون عدد 34 المذكور.



المبحث الثاني

أركان مفهوم التوقف عن الدفع

لقد جاء بقرار محكمة التعقيب بتاريخ 26 ماي 1999 أن مقصد المشرع من عبارة التوقف عن الدفع الواردة صلب الفصل 18 من قانون 17 أفريل 1995 المنقح بقانون عدد 63 لسنة 1999 هو "عجز المؤسسة عن مجابهة ديونها بما يتوفر لديها من موجودات".

كما جاء بالقرار الاستئنافي المؤرخ في 6 أكتوبر 2000 أن التوقف عن الدفع يقتضي الاقتصار على العجز عن مجابهة الديون الحالة بما يتوفر من موجودات سائلة.

و جاء بقرار المحكمة الابتدائية بتونس لمؤرخ في 31 جانفي 2001 أن "التوقف عن الدفع هو عدم قدرة المؤسسة على مجابهة ديونها الحالة و التي طلبها الدائنين انطلاقا من موجوداتها المتوفرة و القابلة للإنجاز".

تلتقي كل هذه التعاريف الفقه قضائية في إعطائها لمفهوم لتوقف عن الدفع صبغة محاسبية، إلا أن الاختلاف جاء على مستوى المحتوى الذي لم يكن محل اتفاق بين سائر الاجتهادات على أنه بالاطلاع على سائر التعريفات يتبين لنا أنه يحتوي على ثلاثة عناصر أساسية و هي أولا الديون المثقلة على المؤسسة و ثانيا الموجودات المتوفرة لديها و ثالثا عدم قدرة المؤسسة على مجابهة الديون بواسطة ما يتوفر لديها من موجودات.

1) الديون الحالة

لقد استعملت محكمة التعقيب في قرارها عدد 71108 بتاريخ 26 ماي 1999 هذه العبارة على إطلاقها إلا أنه من الواضح أن المقصود بالديون في إطار مفهوم التوقف عن الدفع هي الديون الحالة و الواجبة الدفع و بالفعل سرعان ما تفتنت محكمة الاستئناف بتونس لهذه الإشكالية و جاء بقرارها عدد 66197 أن التوقف عن الدفع المقصود من الفصل 18 يقتضي الاقتصار على العجز عن مجابهة الديون الحالة بما يتوفر من موجودات حالة. المقصود بالديون الحالة هي الديون التي تستوجب الدفع في الحال لحلول أجل الوفاء بها. و لكن حلول أجل الوفاء بالدين لا يتحقق فقط بمرور الأجل المعين من طرفي التعاقد¹⁶ لذلك يجب أن يكون ذلك الدين محل طلب من الدائن. خصوصا و أن الدائن يبقى في جميع الأحوال حرا في منح المدين أجالا إضافية لتمام الخلاص و يخرج تبعا لذلك الدين من قائمة الديون الحالة. لذلك فإن المحكمة الابتدائية بتونس كانت في كل مرة تذكر بذلك فجاء بحكمها عدد 144 المؤرخ في 31 جانفي 2001 أن "التوقف عن الدفع كما قصده المشرع من الفصل 18 المذكور هو عدم قدرة المؤسسة على مجابهة ديونها الحالة و التي طلبها الدائنين انطلاقا من موجوداتها المتوفرة"¹⁷.

ذكر في هذا الإطار أنه لا يمكن للمحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار غير الديون الحالة والواجبة الأداء في تاريخ انتصابها للحكم في القضية، و أما الديون التي تحل كنتيجة لذلك الحكم فلا يمكن أخذها مسبقا في تعداد الديون الحالة و هو ما أكدته محكمة التعقيب الفرنسية¹⁸

¹⁶ Voisin le sens : tcancharles Boulay « réflexions sur la situation d'escigibilité de la créance
« Rev.tr.Dr.com.1990 .

¹⁷ أنظر في نفس المعنى الحكم التجاري عدد 23 بتاريخ 29 نوفمبر 2000 و تتحدث فيه المحكمة الابتدائية بتونس عن الديون الحالة و الواجبة الدفع.

¹⁸ Cass.com.26 ;mai 1999. Recueil Dalloz. 1999. 24 cahier . informations rapides.



كما ينبغي التأكيد على أنه و لئن كانت القرارات و الأحكام الصادرة عن المحاكم تتحدث في كل مرة عن الديون الحالة فإن ذلك لا يعني أن حلول الدين هو الشرط الوحيد لأخذه بالاعتبار, فينبغي أن يكون الدين ثابتا لا احتمالي أي أن لا يكون محل نزاع. مع العلم و أن المحكمة الابتدائية بتونس قد تفتنت لهذا الشرط فجاء بحيثيات حكمها الصادر في 31 جانفي 2001 "وحيث يتضح من دراسة أوراق الملف أن طالبة التسوية للمصرف العربي التونسي الليبي وبمقتضى أحكام باتة صادرة عن المحكمة الابتدائية بتونس..". فلم يكف ذكر أن طالبة التسوية مدينة للبنك بل أن المحكمة أكدت على أن ذلك الدين موضوع أحكام باتة و هو بذلك لا يمكن أن يكون محل نزاع, و يتعين إدراجه من بين ديون المؤسسة في تقدير حالة التوقف عن الدفع¹⁹ ويكون على المحكمة في هذا الإطار تقدير مدى جدية النزاع.

كما ينبغي أن يكون الدين معين المقدار موضوعه أداء مبلغ مالي, حتى يدرج من بين الديون في تحقيق التوقف عن الدفع و كلما كان موضوعه التزاما بعمل و امتناعا عن العمل, وفي هذه الحالة يكون على الدائن اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم في غرم الضرر الناجم عن عدم الوفاء بالالتزام و عندئذ يمكن إدراجه من بين الديون.

(2) الأصول المتوفرة

إن التوقف عن الدفع المقصود ضمن الفصل 18 من قانون 17 أفريل 1995 المنقح بقانون عدد63 لسنة 1999 حسب محكمة التعقيب التونسية هو عجز المؤسسة عن مجابهة ديونها بما يتوفر لديها من موجودات, لذلك فإنه يتعين على المحكمة التي تنظر في مسألة التوقف عن الدفع, حصر ديون المؤسسة الحالة و مقارنة حجمها بما يتوفر للمؤسسة, و قد استعملت محكمة التعقيب هذا المصطلح على إطلاقه بحيث يمكننا القول بأن محكمة التعقيب قد

¹⁹ Cass.com.22 Fevrier 1974.JCPG. 1995 II. 22447, Note Levig « les créances litigieuses doivent être écartées du passif exigible, Si le litige est sérieux »



أرادت بذلك أن عجز المؤسسة يجب أن يتم استنتاجه انطلاقاً من مقارنة جملة الديون الحالية، وجملة مكاسب المدين و إذا ما ثبت أن هذه الأخيرة لا تكفي لتغطية الديون فإنه يمكن القول أن المؤسسة متوقفة عن دفع ديونها و بالفعل فإن محكمة التعقيب في نفس القرار انطلقت بتعداد مكاسب الشركة طالبة التسوية العقارية و أهم أحوالها التجارية، و بينت قيمتها الجمالية لتنتهي فيما بعد إلى ما يلي: "و حيث أن مفهوم التوقف عن الدفع كشرط للتمتع بقانون الإنقاذ و كما سلف، غير متوفرة في قضية الحال نظراً لمكاسب المعقب ضدها المتعددة و الهامة من حيث القيمة مقابل دين لفائدة الطاعن يمكن تسديده بالتقويت في إحدى العقارات لتوفير السيولة اللازمة و هو ما اقترحتة لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية صلب محضرها عدد 30 المؤرخ في جوان 1997.

و من الواضح من خلال هذا القرار أن المحكمة لم تستعج بالقرار الاستثنائي القاضي بإقرار الحكم الابتدائي الذي قضى بثبوت توقف المؤسسة عن دفع ديونها و ذلك أمام ما تمتلكه من موجودات تتمثل بالخصوص في العقارات، و الأصول التجارية، و هي رأت أن المؤسسة ممتنعة عن الدفع و أنه لا يمكن تمتعها بإجراءات التسوية القضائية حال أنه بإمكانها مجابهة ديونها عبر بيع أحد العقارات التي تمتلكها.

إن إنقاذ المؤسسات حتى إذ كان عبر مواصلة نشاطها و هي الوسيلة ذات الأولوية في برنامج الإنقاذ يفترض أن تلك المؤسسة لا تزال تمتلك بعض المكاسب التي ستكفل لها القدرة على مواصلة النشاط، و أما القول بأنه يقصد من الموجودات المتوفرة جميع مكاسب المؤسسة المدينة و التي إذا ما كانت كافية جميعها لخلاص الديون فإن المؤسسة غير متوقفة عن الدفع، فذلك ما لا يتماشى مع الاختلاف الذي أقرته محكمة التعقيب بين مفهوم التوقف عن الدفع في



الإفلاس و مقصد المشرع من الفصل 18 من قانون الإنقاذ و الأهداف التي رسمها الفصل الأول من القانون المذكور. و لعل هذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف بتونس بقرارها عدد 69197 في 6 أكتوبر 2000 بوصفها محكمة إحالة أن التعريف الذي أعطته محكمة التعقيب للتوقف عن الدفع "يستوجب أبحاثا مطولة لحصر كل الديون ما حل منها و ما لم يحل ثم الوقوف على كل موجوداتها سواء ما كان منه أموالا سائلة إلى أصولا مجمدة " و هو ما يتناقض مع ضرورة التحديد السريع لصعوبات المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية و التي عادة ما تتدهور بصورة غريبة سرعان ما تؤدي إلى اضمحلالها من الدورة الاقتصادية.

ما يمكن قوله هو أن المقصود من الموجودات المتوفرة و هي التي يتعين أخذها بعين الاعتبار في تقدير شرط التوقف عن الدفع، هي الأصول التي لا يتطلب تسخيرها لخلاص الديون زمنا مطولا بالنظر إلى سرعة تدهور وضعية المؤسسة.

و عليه فإنه يتعين إقصاء العقارات من بين الأصول المتوفرة و هو نفس الحل الذي تبناه فقه القضاء الفرنسي²⁰ و كذلك الأصول التجارية²¹ و كانت المحاكم الفرنسية في كل مرة تبرر ذلك الإقصاء بأن عملية بيع الأصول المذكورة تتطلب إجراءات إضافية تستلزم لتمامها مدة من الزمن.

و نلاحظ في هذا الإطار أنه يقع الاعتماد في تحديد قيمة الموجودات المتوفرة على وثائق المؤسسة، على أن من بين هذه الأصول ما هو سائل و منها ما هو ثابت كالعقارات والأصول التجارية، لذلك دأب فقه القضاء الفرنسي على تقسيم هذا الباب من موازنة المؤسسة إلى جزأين: الأول يتضمن الأصول الثابتة "Valeurs Fixes" و الثاني يتضمن الأصول

²⁰ cour d'appel d'aix en provenance 26 juin 1990 .

²⁰ cour d'appel de Rennes : 25 septembre 1991 .



المتحركة "Valeurs circulantes". و ما يتعين أخذه بعين الاعتبار في تقدير مدى إمكان المؤسسة مواجهة ديونها الحالة هو الجزء الثاني من تلك الأصول و التي تتضمن تقريبا نفس الأصول التي اعتمدت عليها المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها عدد 23 المؤرخ في 29 نوفمبر 2000 لتقدير مدى توفر شرط التوقف عن الدفع.

ما يمكننا التأكيد عليه في هذا الإطار هو أن المقصود من الموجودات، هي الأصول التي يمكن للمؤسسة تسخيرها بصفة فورية و دون إجراء إضافي أو رخص إدارية و التي إذا ما قارناها بديون المؤسسة يتبين لنا عجزها عن مجابتهها و لكن ما هو المقصود من العجز عن مجابهة الديون؟

(3) عجز المؤسسة عن مجابهة ديونها

بعد تحديد الديون المحملة على مؤسسة و موجداتها المتوفرة لمجابهة تلك الديون يكون على المحكمة تقدير مدى عجز المؤسسة و مجابهة ديونها و لكن ما هو المقصود من عجز المؤسسة عن مجابهة ديونها؟ و ما هو المقصود أيضا بما يتوفر لديها من موجودات؟ و هل أن الأمر يقتصر على إجراء عملية حسابية بين العنصرين المذكورين؟ أم يتعداه لدراسة الوضعية الاقتصادية للمؤسسة بصفة عامة.

إن الملاحظة الأولية التي يمكن إبداءها في هذا الإطار هو أن أهمية ديون المؤسسة وارتفاع قيمتها لا يكفيان لوحدهما للقول بأن المؤسسة متوقفة عن الدفع ما لم يتبين من مقارنتها بموجداتها بوجود عجز في ميزان الديون الحالة و الموجودات المتوفرة. قد جاء بحكم ابتدائية تونس عدد 2 بتاريخ 29 نوفمبر 2000. "و حيث يتضح بمقارنة الموجودات المذكورة بمبلغ الدين الحال الواجب الدفع لفائدة البنك القومي للتنمية السياحية أن ميزان الأصول المتوفرة والبالغة للإنجاز و الديون الحالة الواجبة الدفع يشكو من عجز قدره 834.335.791 و ذلك إذا



ما صرفنا النظر على الفوائض المتعلقة بالدين المذكور أو الديون الأخرى المتعلقة بذمة طالبة التسوية لدائنيها".

الملاحظ في هذا الحكم هو أن المحكمة قد التجأت لإجراء عملية حسابية لتبين عجز المؤسسة و هي تحدثت عن ميزان الموجودات المتوفرة و الديون الحالة و هو يوحى بالمصطلح المتعارف عليه في المادة المحاسبائية "Le ratio" و تكون بذلك المحكمة قد أعطت التوقف عن الدفع مفهوما محاسبيا، قوامه إجراء عملية حسابية بين الموجودات و الديون فإذا تبين أن نتيجة ذلك الميزان سلبية فإن المؤسسة تعد متوقفة عن الدفع، أما إذا كانت النتيجة إيجابية فإن المؤسسة ليست متوقفة عن الدفع. يكفي في ذلك أن تكون الديون أكثر من الموجودات حتى و لو كانت قيمة ذلك التوقف صغيرة، و لذلك فإن اقتراحات المؤسسة المدينة بخلاص جزء من الديون لا يمكن أن يؤثر على تقدير شرط التوقف عن الدفع. على أن الامتناع عن دفع أحد الديون لا يمكن معه القول بأن المؤسسة متوقفة عن دفع ديونها ما لم يكن ذلك لديونها الحالية وهو ما استقر عليه فقه القضاء الفرنسي الذي اعتبر أن امتناع المؤسسة نتيجة موقف نقابي واضطرابها عن أداء معاليم الانخراط بإحدى الصناديق الاجتماعية لا يكفي للدلالة لتوقف المؤسسة عن الدفع.

على أن السؤال المطروح في هذا المجال بالخصوص يتمثل في ما إذا كان من الممكن القضاء بثبوت توقف المؤسسة عن الدفع حال أنها لا تزال تتمتع بالقدرة على اللجوء للبنوك للاقتراض و الحصول على الأموال السائلة التي تخول لها مجابهة ديونها...

إنه من الثابت أنه إذا كان حصول المؤسسة على ذلك القرض قد كان بطريقة عادية و شرعية فإن مقدارها ينضاف إلى موجودات المؤسسة التي يمكن لها بواسطتها مجابهة ديونها. و لقد



اعتبر فقه القضاء الفرنسي قبل صدور قانون 1985/01/25 أن التسبقة المدرجة بالحساب الجاري للمؤسسة من طرف رئيسها و مديرها العام رغم أنها قد خسرت جميع رأس مالها و أن البنوك قد رفضت منحها أي قرض جديد يعد من قبيل المورد المالي غير العادي, و الذي لا يؤثر على تقدير حالة التوقف عن الدفع.

و في المقابل فإن المؤسسة التي تتمتع بكفالة شخصية لخلاص ديون المؤسسة تجاه الغير و التزم الكفيل بعدم ممارسة دعوى الرجوع ضدّ المؤسسة بمقدار ما دفعه إلا بعد مرور فترة زمنية لا يمكن اعتبارها في وضعية التوقف عن الدفع.

غير أن بعض الفقهاء اعتبروا أن الائتمان الذي تحصل عليه المؤسسة و لئن يأتي ليضاف إلى موجداتها المتوفرة, فإنه أيضا سوف يؤدي إلى تضخيم مقدار ديونها. و لقد لقي هذا الرأي صداه لدى الغرفة التجارية بمحكمة التعقيب الفرنسية التي نقضت القرار الاستئنافي القاضي برفض دعوى افتتاح إجراءات التسوية القضائية ضد المؤسسة التي تتمتع بضمان لأول طلب يمكنها اللجوء إليه لخلاص جميع ديونها إزاء الغير, و اعتبرت نفس المحكمة أن وجود هذا الضمان و التزام الضامن بتأخير أجل حلول الأموال التي سبقها لا تأثير له على حالة التوقف عن الدفع التي تثبت كلما كانت ديون المؤسسة أكثر من موجداتها.

ما تجدر ملاحظته أنه في غالب الأحيان برامج الإنقاذ التي تصادق عليها المحكمة عادة ما تتضمن بندا يلزم المؤسسة بترفيح رأس مالها بقدر معين وأنه من البديهي أن هذه العملية تستوجب اللجوء إلى البنوك و المؤسسات المالية و لذلك فإن القروض التي يمكن أن تحصل عليها المؤسسة , كذلك الضمانات الشخصية التي تتمتع بها كالكفالة و الضمان لأول طلب تدخل



ضمن الموجودات المتوفرة لديها لمجابهة ديون يتعين أخذها بعين الاعتبار عند تقدير حالة التوقف عن الدفع و هي لا تدخل ضمن الديون التي تتحملها المؤسسة.

خلاصة القول هو أن التوقف عن الدفع هو عدم كفاية الأصول المتوفرة لدى المؤسسة لخلاص ديونها الحالة و هو ما استقر عليه فقه القضاء الحديث.

الفصل الثاني

تقرير القاضي للإجراء المعتمد استنادا للوضعية الاقتصادية و المالية للمؤسسة.

إن التوقف عن الدفع له وجهين مختلفين فيما يتعلق بالتسوية القضائية و التفليس فنظرا لكون المؤسسة التي تطلب تمتعها بالتسوية الرضائية يجب أن لا تكون قد وصلت إلى حالة



توقفها عن دفع ديونها. كان على المشرع أن يمكن القاضي من وسائل مختلفة لمجابهة هذه
الوضعيات المتنوعة و بالفعل فإن القاضي يتمتع بسلطات هامة في مجال الإجراءات الجماعية
وذلك أساسا من خلال مراقبته لعملية إنقاذ المؤسسة من جهة (الفرع الأول) و أيضا من خلال
تحديده لآل المؤسسة من جهة أخرى (الفرع الثاني)

الفرع الأول :

مراقبة القاضي لعملية إنقاذ المؤسسة

لقد منح المشرع القاضي سلطات هامة في إنقاذ المؤسسات ذلك انه يتدخل على مدى
الإجراءات الهادفة للنهوض بالمؤسسة ذلك أن إنقاذ المؤسسة و مساعدتها على مواصلة نشاطها



أمر له انعكاسات اقتصادية و اجتماعية هامة، لذا أوكل المشرع للقضاء مهمة الإشراف على إبرام التسوية الرضائية (الفقرة الأولى) و كذلك الإشراف على إنقاذ المؤسسة أثناء التسوية القضائية (الفقرة الثانية).

المبحث الأول:

إشراف القاضي على الإنقاذ الرضائي للمؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية



تعتبر التسوية الرضائية طريقة متميزة في منح فرصة للمؤسسة التي تمر بصعوبة والتي تكون عاجزة عن مجابهة ديونها و على تخطي الأزمة التي تمر بها، فالتسوية الرضائية تعتبر بديلا للصلح الاحتياطي الذي كان معمولا به قبل دخول قانون 17 أفريل 1995 حيز التنفيذ وتعتبر مؤسسة الصلح الاحتياطي قد فشلت في إنقاذ المؤسسات الشيء الذي جعل التفليس أو التصفية مآلا محتوما لكل مؤسسة تشهد صعوبات و لو كانت ظرفية .

و التسوية الرضائية هي حلّ رضائي بين المؤسسة و دائنيها يتم تحت إشراف القاضي الذي يأذن بافتتاح إجراءاتها ثم يأذن بتنفيذها.

الفقرة الأولى: الإذن بافتتاح إجراءات التسوية الرضائية.



لقد أعطى المشرع الثقة للجهاز القضائي للإشراف على إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية مستحدثا بذلك وظيفة اقتصادية و اجتماعية جديدة لرئيس المحكمة الابتدائية.

فرئيس المحكمة الابتدائية هو الذي يأذن بافتتاح إجراءات الإنقاذ الرضائي متمتعاً في ذلك بمطلق السلطة التقديرية في تحديد وجهة المطلب و في تفحص الشروط القانونية الواجب توفرها و تفصي الوضعية المالية و الاقتصادية للمؤسسة كما أن القاضي بعد افتتاحه لإجراءات التسوية الرضائية يتخذ عديد الإجراءات و الضمانات اللازمة لإبرام التسوية .

السلطة التقديرية للقاضي عند قبول مطلب التسوية الرضائية :

إنّ انتفاع المؤسسة بإجراءات التسوية الرضائية مرتبط بشروط شكلية وأصلية لا بد من توفرها بالمطلب و يجتهد رئيس المحكمة في تفحص مدى توفرها و مدى اعتمادها متمتعاً بذلك بمطلق السلطة التقديرية.

و الملاحظ بالنسبة لإجراءات التسوية الرضائية هو التعاون الوثيق بين الإدارة والقضاء ذلك أن لجنة متابعة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أصبحت تضطلع بدور هام أثناء هذه الإجراءات إذ أن مطالب التسوية الرضائية أصبحت تقدم إليها مباشرة عوض تقديمها أولاً للمحكمة ، كما تقوم هذه اللجنة بجمع المعلومات حول المؤسسات كما تظطلع بدور استشاري هام تجاه رئيس المحكمة .

هذا لا يعني أن اللجنة أصبحت بديلاً²² للقضاء إذ أنها لا تبت في المطالب قبولاً أو رفضاً بل تتولى تشخيص حالة المؤسسة و هي مرحلة دراسية فقط تمهد و تساعد القاضي ليتخذ

²² عبد الستار الخويلدي، دور لجنة متابعة المؤسسات في ظل تنقيح 1999/7/25، الندوة الوطنية الثالثة حول قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية 2000/2/15 .



القرار المناسب و هو ما من شأنه أن يحول دون إقبال كاهل المحكمة بمطالب تسوية صادرة عن مؤسسات ليس لها أي جدوى أو مردودية اقتصادية إلى جانب إقدام البعض على إخفاء حقيقة ديونهم قصد تحاشي الدائنين الذين لا يرجى منهم حلّ أو إيجاد دائنين وهميين لأخذ رأيهم في البرنامج المقترح من المدعين.

و تقوم اللجنة بإعداد الدراسة الأولية للملف على ضوء الوثائق التي يقدمها الطالب والمنصوص عليها بالفصل الرابع من قانون عدد 63 لسنة 1999 ، كما تتولى عن طريق مرصد وطني تجميع و تحليل و تبادل المعلومات الخاصة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في إطار شبكة معلوماتية من الأطراف المعنية بذلك²³

و بعد أن تتم اللجنة المهمة المنوطة بعهدتها تقوم بإحالة المطالب و الوثائق المصاحبة لها للقاضي المختص ، و لقد حدد الفصل التاسع جدية الاختصاص الحكمي و الترابي. إذ أن القاضي المتعهد بالملف هو رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المقر الرئيس للمؤسسة فالاختصاص مطلق لرئيس المحكمة الابتدائية و يرى بعض الحقوقيين ظهور "القضاء الاقتصادي"²⁴

فالقاضي اليوم يتمتع بتكوين يسمح له باتخاذ قرارات ذات صبغة اقتصادية إضافة إلى أنه لا يتخذ قرارات اعتباطية بل أنه يستشير برأي الخبراء ، و مكاتب الدراسات و لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية الشيء الذي يوفر له عديد المعطيات الفنية و الاقتصادية التي تمكنه من اتخاذ القرار الصائب.

²³ الفصل 4 مكرر من قانون 25 أفريل 1999.

²⁴ La Magistrature Economique , voir Jaquemont , "Eléments structurels d'une magistrature économique R.T.D.com.1999 p421.



في القانون الفرنسي يمنح الاختصاص بمقتضى الفصل 35 من قانون 1 مارس 1984 إلى رئيس المحكمة التجارية إذا كان الأمر متعلقا بالمؤسسات التجارية و الحرفية و لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المقر الرئيسي للمؤسسة .

و حالما يتصل رئيس المحكمة بالملف يتولى تفحص الوثائق المظروفة به و من مدى توفر الشروط الأصلية و على رأسها التحقق من صفة الطالب إذ نص الفصل الثالث جديد على أنه ينتفع بهذا النظام كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا ، كما تنتفع بهذا النظام الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا في ميدان الصيد البحري.

فطلب التسوية يقتزن أساسا بتعاطي نشاطا تجاريا و القاضي مطالب بالرجوع للفصل 2م. ت للتحقق من صفة التاجر أي إنه مطالب بمعرفة نشاط طالب التسوية و يكييفها بالرجوع إلى الفصل 2 م ت كأعمال تجارية. و هكذا قد تعترض رئيس المحكمة صعوبة تكييف الأعمال التي يقوم بها طالب التسوية و إن لم يحدها من ضمن الأعمال المنصوص عليها بالفصل 2 م ت يقوم بعملية تكييف هذه الأعمال محاولا بذلك تحديدها إن كانت أعمال إنتاج أو وساطة أو تداول أو مضاربة إذ أن القائمة المنصوص عليها بالفصل 2 م ت وردت على سبيل الذكر لا الحصر.

و بما أننا في إطار الشركات التجارية فلا بد للقاضي أولا أن يتثبت من وجود الذات المعنوية التي تستوجب القيام بعدة إجراءات شكلية حتى تكون الذات المعنوية قانونيا موجودة ، ويشترط أن تتعاطى الذات المعنوية نشاطا تجاريا حتى يمكن تمتعها بإجراءات الإنقاذ لذا فلا يمكن للشركات التجارية من حيث الشكل و التي و التي لا تتعاطى نشاطا تجاريا أن تتمتع بهذا



النظام باعتبار أنها تستمد صبغتها التجارية من شكلها القانوني و ليس من النشاط الذي تقوم به، غير أن التنقيح الجديد قد أدخل استثناء على هذا الشرط باعتباره نص صراحة على تمتيع الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري بهذا القانون ونظرا لكون النشاط الفلاحي و نشاط الصيد البحري هي أنشطة غير تجارية فإن هذه الشركات ستكون وجوبا إما شركات خفية الاسم أو شركات ذات مسؤولية محدودة . و هكذا أصبح من الممكن للشركات التجارية من حيث الشكل فقط أو تخضع لنظام الإنقاذ بشرط أن تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاط صيد بحري.

و لابد أيضا لرئيس المحكمة الابتدائية من التثبت من شرط تقديم المطالب من طرف مسير المؤسسة أي من طرف الوكيل بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة أو من طرف الرئيس المدير العام أو المدير العام بالنسبة للشركات خفية الاسم.

كما يتولى رئيس المحكمة الابتدائية التحقق من مرور المؤسسة بصعوبات اقتصادية و مالية لكن دون أن يؤدي ذلك إلى التوقف عن الدفع، أي التثبت من وجود المؤسسة بين حدين وضعية من يعرف صعوبات اقتصادية جدية ووضعية من لم يتوقف بعد عن الدفع.

مع التذكير و أن الفصل 9 جعل من عدم التوقف عن الدفع شرطا جوهريا لقبول افتتاح إجراءات التسوية الرضائية ، وهذا الحل التشريعي ينسجم مع غايات قانون إنقاذ المؤسسات ومساعدتها على مواصلة نشاطها أي لابد من افتتاح إجراءات التسوية الرضائية بصفة مبكرة وقبل تدهور حالتها.

بما أن المشرع لم يعرف مفهوم الوضعية الاقتصادية الصعبة كان لزاما ترك مهمة التعريف للقاضي و صعوبة الأمر تكمن في أن هذا المفهوم اقتصادي أكثر منه قانوني.



لقد عرف الفقهاء، مفهوم الصعوبات الاقتصادية بكونها ضائقة مالية عابرة أو بكونها وضعية لم تتأزم بعد²⁵. و الأكيد أنها تعني مرحلة ما قبل التوقف عن الدفع و الأشكال هو أن حياة المؤسسة هي عبارة عن صعوبات اقتصادية مسترسلة²⁶ و لقد وضع المشرع الفرنسي بعض المؤشرات للتدليل على وجود صعوبات اقتصادية إذ حدد قبول مطلب التسوية الرضائية بتوفر شرط يتمثل في أن حسابات المؤسسة تبين أن الاستجابة لحاجياتها لا يمكن أن تتم بواسطة تمويلات تتناسب مع إمكانياتها.

و يرى بعض الفقهاء أن الصعوبات الاقتصادية تتمثل في وضعية مالية عسيرة أو وضعية من شأنها أن تقضي إلى توقف المؤسسة في استغلال نشاطها.

غير أن اعتماد هذا المفهوم يؤدي بالقاضي لقبول افتتاح تسوية رضائية لمؤسسة لا تعرف صعوبة اقتصادية بقدر ما تحاول الحصول على أجال جديدة لديونها مع إمكانية الحط من مقدارها.

مع العلم تدخل القضاء لمحاولة انقاذ المؤسسة يكون على ضوء الوثائق المقدمة من طالب التسوية، و يقوم القاضي بالبحث و التقصي و جمع المعلومات حول وضعية المؤسسة وذلك من أي إدارة أو مؤسسة إدارية أو مالية و خاصة من لجنة متابعة المؤسسات إذ أنه علاوة على الدراسة الأولية التي تقوم بها هذه اللجنة يحق لرئيس المحكمة أن يتولى استفسارها عن كل جزئية قد تساعد على بلورة وضعية المؤسسة في ذهنه.

فالقاضي يتمتع بمطلق السلطة التقديرية إلى جانب دوره التحقيقي المميز في هذا المجال، ذلك أنه يقوم بتعيين خبير محاسب أو مكتب دراسات لتشخيص حقيقة وضعية المؤسسة

²⁵ George Ripert, Renee Roblot. « traité de droit commercial » tome 2, 14^{ème} ed. L.G.D.J 1994 .

²⁶J. Pailluseau ; « Qu'est – ce qu' une entreprise en difficulté » Rev jur. Com 1976 p 259



و لا مجال للحديث عن طلب الأطراف، و هو بذلك يتخلى عن حياده الذي يحافظ عنه في النزاع المدني و لهذه السلطات في هذا المجال بالذات عديد الايجابيات أهمها أن تكليف خبير و خاصة مكتب للدراسات من شأنه أن يبين حقيقة الوضعية الاقتصادية و المالية للمؤسسة. و عادة يلتجئ القاضي إلى الاختبار عندما لا يتوصل لمعرفة الوضع الحقيقي للمؤسسة او عند رفض المطلب إطلاعهم على الوثائق المرفقة بالمطلب و المعلومات التي استقاها من مختلف الجهات الادارية. و بعد التحقق من توفر كل الشروط الشكلية و الأصلية لمطلب التسوية الرضائية ، يتولى رئيس المحكمة الابتدائية الاذن بفتح اجراءات التسوية الرضائية أو رفض ذلك المطلب متمتعاً بمطلق السلطة التقديرية و الملاحظ أن المشرع لم يحدد أي معيار من معايير رفض المطالب مما يدل على عدم تقييد رئيس المحكمة . و بالتالي لرئيس المحكمة أن يرفض المطلب بسبب وجود المؤسسة في حالة التوقف عن الدفع أو لأن المدين في وضعية اقتصادية و مالية ليست صعبة .

مع العلم و أن المشرع في الفصل 17 جديد نصّ على حالة خاصة يقع فيها رفض مطالب التسوية الرضائية و هي صورة تعذر التوصل إلى الاتفاق بالتراضي في الأجل الذي حدده رئيس المحكمة إذ أنّ المصالح ينهي إليه تقريره فيتولى على أساس ذلك اتخاذ قرار الرفض²⁷

و يمكن لرئيس المحكمة أن يتخذ قرار قبول افتتاح اجراءات التسوية الرضائية عند توفر كل الشروط الأصلية و الشكلية المستوجبة قانوناً و هذا لا يعني تمتع المدين بالتسوية الرضائية بل هو مجرد اذن بافتتاح الاجراءات التي قد تنتهي بإبرام اتفاق تسوية . إلا أن ذلك لا يقلل من شأن الدور الفاعل للقاضي على امتداد كافة المراحل للإجراءات الجماعية.

²⁷ المحكمة الابتدائية بين عروس القرار عدد 28. المؤرخ في 1 أكتوبر 1998 .



توفير الضمانات اللازمة لإبرام التسوية الرضائية

سعيًا من المشرع لضمان استمرارية نشاط المؤسسة رأي أن يوكل للقاضي عدة صلاحيات ليضمن أكبر الحظوظ لإبرام اتفاق التسوية .

فالقاضي عند قبوله لمطلب التسوية الرضائية يعين مصالح يتولى التوفيق بين المدين ودائنيه وله مطلق الحرية في اختيار الشخص الذي سيوكله بهذه المهمة دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة التعقيب، فهو غير مقيد بقائمة مصادق عليها: على أن اختيار المصالح في فرنسا يتم اعتمادًا على شهرية الشخصية و كفاءته الخاصة و مدى قدرته على الاقتناع²⁸

و يحدد رئيس المحكمة الابتدائية مهمة المصالح ذلك أنه يمده بالمعلومات الضرورية لتسهيل عمله على أن مهمة المصالح أساسًا غايتها مواصلة المؤسسة لنشاطها و التوصل لإبرام اتفاق تسوية مع دائنيها.

بعد إبرام كتب التسوية الرضائية يتدخل رئيس المحكمة كذلك عند تنفيذها.

الفقرة الثانية : الإذن بتنفيذ التسوية الرضائية.

إن تدخل رئيس المحكمة الابتدائية في التسوية الرضائية لا ينتهي بالاذن بإفتتاح إجراءاتها بل أنه يتدخل كذلك بعد إبرام كتب التسوية الرضائية ذلك أن هذا الكتب يستوجب مصادقة رئيس المحكمة الابتدائية عليه غير أن المصادقة لا تعني نهاية الملف بالنسبة للقاضي فهو يقوم بمتابعة تنفيذ اتفاق التسوية الذي صادق عليه.

المصادقة على التسوية الرضائية :

²⁸ Choput (y).Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises presse inventaires de Forme n°150 .



لا يكفي التوصل لإبرام تسوية رضائية حتى يقع تنفيذها بل لابد أن تحظى بمصادقة رئيس المحكمة الابتدائية عليها حتى يمكنها أن تنتج أثارا قانونية ملزمة للطرفين و لقد نص الفصل 13 جديد على أن رئيس المحكمة يصادق على الاتفاق الحاصل بين المدين وجميع دائنيه ويمكنه أن يصادق على الاتفاق الذي أمضاه دائنون يمثل دينهم ثلثي مجمل الديون".

فالمصادقة على اتفاق التسوية الرضائية إذن هو نوعان فإما مصادقة و جوبية لا يملك فيها القاضي سوى التأكد من امضاء كل الدائنين على الاتفاق و إما مصادقة اختيارية يملك فيها القاضي كل السلطة التقديرية ليقرر و ذلك إن وجد أن الدائنين الذين امضوا اتفاق التسوية يمثل دينهم ثلثي مجمل الدين.

و القاضي لا يمكنه رفض المصادقة على اتفاق التسوية إلا لسبب جدي كالأضرار بمصالح الدائنين أو بالمصلحة العامة، أو أن المقترحات المقدمة من المدين لا تنسجم مع إمكانياته، غير أنه لا يملك أن يتدخل في الاتفاق ذاته أو أن يعدل شروطه و بنوده فهو لا يملك سوى حق الرفض أو القبول.

و بالرجوع للقانون المقارن نجد أن المشرع قد يتدخل ليحد من السلطة التقديرية للقاضي كان يحدد الصور التي يجب فيها رفض المصادقة و نجد ذلك في القانون الألماني والبلجيكي، غير أن القانون التونسي لم يضيق من مجال السلطة التقديرية للقاضي بخصوص المصادقة الاختيارية و بالتالي يجب أن يكون قراره معللا على أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار أهداف قانون انقاذ المؤسسات و مساعدتها على مواصلة نشاطها الهدف الأول الذي يجب تحقيقه من خلال هذه الاجراءات.



و قد يرفض القاضي المصادقة على اتفاق التسوية الرضائية لعدة اعتبارات من ذلك ومراعات لكون المحافظة على مواطن الشغل هو هدف غلبه المشرع على الوفاء بديون الشركة و بالتالي فإن وقع إبرام اتفاق التسوية بصورة تغلب مصلحة العمال فإن رئيس المحكمة الابتدائية يمكنه رفض المصادقة عليه وله أن يعلل قراره استنادا إلى الفصل الأول من القانون عدد 34 لسنة 1995 و رفض المصادقة على اذن التسوية الرضائية يعيد الأطراف للحالة التي كانوا عليها قبل قبول مطلب التسوية.

و حالما تقع المصادقة على اتفاق التسوية من طرف القاضي يتم توقيف كل الإجراءات التقاضي و التنفيذ الرامية لإستخلاص ديون سابقة لتاريخ الاتفاق 1. مع العلم و أنه ليس من الضروري التنصيص على توقيف اجراءات التنفيذ و التقاضي صلب حكم المصادقة على اتفاق التسوية فهو أثر يترتب عن هذا الحكم بمفعول القانون و ليس للقاضي أو الأطراف أي سلطة ، إذ أن الدائنين لا يستطيعون الاتفاق على خلافه صلب كتب اتفاق التسوية كما أن رئيس المحكمة ليس له أن يأذن للدائنين بالقيام بإجراءات التقاضي الفردية ضدّ المدين.

و لا ينطبق توقيف إجراءات التقاضي و التنفيذ سوى فيما يتعلق بالديون السابقة لإتفاق التسوية الرضائية إلا أنه في القانون الفرنسي لا تهم هذه القاعدة سوى التي شملها اتفاق التسوية.

و تجدر الإشارة إلى أنّ هذه القاعدة تهم كل الدائنين سواء الذين شملهم كتب الاتفاق أم لم يشملهم و سواء كانوا دائنيين عاديين أم أصحاب ديون ممتازة .و هذه الصيغة المطلقة التي جاءت بها هذه القاعدة تجعل منها أمرا خطيرا للحقوق الممتازة خاصة و أن هذه القاعدة في التسوية الرضائية تختلف عن إجراءات التسوية القضائية و التفليس حيث يمكن للدائنين أن



يقوموا بتقديم ديونهم لتثبيتها في حين أنه في إطار التسوية الرضائية لم ينظم المشرع إجراء التثبيت في الديون و قبولها الشيء الذي يجعل تحديد الديون و الدائنين راجع فقط للمدين، إلا أن هناك اتجاه قضائي يعتبر أن إجراءات التقاضي التي يقع إيقافها فقط هي التي ترمي لإستخلاص الديون كالإذن ببيع أصل تجاري أما إجراءات التقاضي الرامية لتثبيت الديون فلا مجال لإيقافها²⁹

متابعة القاضي لعملية تنفيذ التسوية الرضائية

إن إشراف القاضي على الانقضاء الرضائي لا يتوقف عن حدّ المصادقة عليه بل يمتد كذلك لمتابعة تنفيذه و يتخذ رئيس المحكمة الابتدائية لتسهيل تنفيذ التسوية الرضائية قرارا بجدولة بقية الديون وفق الفصل 13 و تعتبر جدولة الديون إجراء يسهل على المدين تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها عند إبرامه لكتب التسوية مع دائنيه .

فلا يمكن تصور جدولة الديون دون تصور وقوع المصادقة على اتفاق التسوية لا يتدخل فيها القاضي ولا يملك لها تفسيراً. فصورة الفصل 13-2 تتمثل في أن رئيس المحكمة قد صادق على اتفاق التسوية مصادقة اختيارية إذ لم يقع إبرامه سوى من دائنين يمثل دينهم ثلثي مجمل الدين فيقوم عندئذ رئيس المحكمة بجدولة ديون الدائنين الذين لم يبرموا اتفاق التسوية .

و الملفت للانتباه أن إذن رئيس المحكمة بجدولة بقية الديون لا يسبقه أخذ لموافقة الدائنين بل هو إجراء يقع فرضه عليهم و في ذلك سعي لتجسيم المشرع لهدف انقضاء المؤسسة ولو على حساب مصالح الدائنين و ذلك خلافا لما كان معمولاً به في الصلح الاحتياطي حيث كانت موافقة الدائنين ضرورية . و لقد جاءت عبارة الديون عامة لذا فهي تؤخذ على إطلاقها لتشمل كل الديون سواء كانت عادية أو ممتازة أو موققة برهن، و يهدف المشرع من خلال

²⁹ توجه قاضي المؤسسة بالمحكمة الابتدائية بين عروس.



توسيع مجال تطبيق هذا الإجراء على كل أصناف الديون تنفيذ عن المؤسسة تجنبها محاولات تنفيذ الديون الممتازة و الموثقة برهون.

و إضافة إلى جدولة الديون التي تمثل عاملا هاما مساعدا على تنفيذ التسوية الرضائية يتدخل القاضي كذلك لمتابعة هذا التنفيذ بالمصادقة على اتفاق التسوية المحورة شروطه.

ذلك أن الفصل 14 من قانون 17-04-1995 اقتضى أنه " يمكن تحويل شروط اتفاق التسوية أو تغييرها مع احترام أحكام الفصل 13 من هذا القانون." فالأطراف ملزمون بالحصول على مصادقة جديدة من رئيس المحكمة و يكون رئيس المحكمة عندئذ ملزما بالمصادقة على اتفاق التسوية المحور، إذا أمضاه كل الدائنين، أما إذا أمضاه دائنون يمثل دينهم ثلثي مجمل الديون فإن رئيس المحكمة له الخيار عندئذ في المصادقة أو رفضها.

أما الصورة الثالثة فهي تختلف عن المصادقة الأصلية المنصوص عليها بالفصل 13 ذلك أن عدم موافقة دائنين تمثل ديونهم ثلثي ديون المؤسسة في إطار الفصل 13 يفضي إلى رفض رئيس المحكمة للمصادقة بالتالي لن تقع تسوية رضائية تبين المدين و دائنيه، أما بالنسبة لنفس هذه الصورة في إطار الفصل 14 فإن رفض رئيس المحكمة للمصادقة على اتفاق تسوية لم يبرمه دائنون تمثل ديونهم ثلثي مجمل الديون لن يقع العمل عندئذ باتفاق التسوية الذي وقع تحويل شروطه أو تغييرها بل سيقع الرجوع إلى اتفاق التسوية الأصلي.

و إضافة إلى تدخل القاضي على مستوى مراجعة التسوية الرضائية يتدخل كذلك القاضي عند عدم وفاء المدين بالتزاماته المالية ذلك أن عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته و تعهداته المترتبة عن التسوية الرضائية يمكن كل من له مصلحة من طلب فسخ الاتفاق من المحكمة



واسقاط الآجال الممنوحة للمدين و إرجاع الأطراف للحالة التي كانوا عليها فيما لم يقع دفعه من الديون.

و يعتبر هذا الفسخ قضائيا، ذلك أن تدخل القاضي و جوبي إذ تعين المحكمة عدم وفاء المدين بتعهداته ثم تقضي تبعا لذلك بفسخ التسوية و ليس للفسخ أثر رجعي إذ أن الأطراف ليسوا مجبرين على اعادة ما قبضوه بعنوان استخلاص ديونهم، كما يقع اسقاط الآجال الممنوحة للمدين بموجب جدولة الديون التي تمتع بها.

و يمكن لأي دائن أمضى الاتفاق و لم يقع تنفيذ ما اتفق عليه، أن يطلب الفسخ من المحمة و تقدم الدعوى للمحكمة بتركيبتها الثلاثية ذلك ان القانون قد اسند لها هذه المهمة.

و لنفرض أن اخلال المؤسسة بالتزاماتها كان في خصوص دائن معين دون بقية الدائنين الذين أمضوا الاتفاق و الذين لم يثيروا أي اشكال بخصوص مماطلة أو تأخر إلى امتناع المدين من الوفاء بالتزاماته فهل أن طلب الفسخ من دائن فسحب يجعل المحكمة تقضي بفسخ كل الاتفاق أم يمكن لها أن تقضي بفسخ جزئي للاتفاق في حدود الجزء المتعلق بالمدعي طالب الفسخ؟ لم يتعرض المشرع لهذه الصورة ، و طالما أن النص لم يحدث أية تفرقة بين عدم تنفيذ التزام واحد أو كل الالتزامات، فلا يجوز التفريق حيث لم يفرق المشرع ، ولا يكون بوسع المحكمة سوى القضاء بفسخ الاتفاق كله.

و هناك نوع ثان من الفسخ و هي الصورة المنصوص عليها بالفصل 16 من قانون 17-04-1995 و هي حالة صدور حكم قاض بتوقف المدين عن الدفع خلال فترة التسوية الرضائية و الفسخ هنا وجوبيا و لا يحتاج لتدخل القاضي للحكم به، ذلك أن من شروط التسوية



الرضائية هو عدم توقف المدين عن الدفع. كما أن تدخل القاضي في هذه الصورة غير ضروري ذلك انه لا فائدة من معاينة التوقف عن الدفع باعتبار صدور حكم في ذلك.

و ينتج عن الفسخ الوجوبي استرجاع الدائنين كافة حقوقهم السابقة بعد طرح ما وقع الوفاء به بمقتضى التسوية الرضائية و الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد اعتبر أن افتتاح اجراءات التسوية القضائية هي اثر وجوبي لعدم وفاء المدين بالتزاماته في إطار التسوية الرضائية³⁰ غير أن المشرع التونسي ينظر للتسوية القضائية كصيغة إنقاذية للمؤسسة التي توقفت عن الدفع و كفرصة ثانية لإستعادة نشاطها³¹، في حين يعتبر بعض الفقهاء أن المشرع الفرنسي قد اعتبر افتتاح التسوية القضائية جزاء لعدم وفاء المدين بالتزاماته في إطار التسوية الرضائية كما لم ينص المشرع على افتتاح التسوية القضائية في صورة فسخ التسوية حسب الفصل 16.

ومهما يكن من أمر فإن اشراف القاضي على الانقاذ الرضائي سيتبعه اشراف كذلك على مستوى الانقاذ القضائي غير أن هذه المرحلة الثانية تتميز مثلما يدل اسمها على ذلك بتدخل مكلف للقاضي و على كل المستويات.

³⁰ الفصل 2 من القانون الفرنسي المؤرخ في 15/01/1985.

³¹ Derrida, sortais, codé, redressement et liquidation judiciaire des entreprises, Dalloz 1991.

المبحث الثاني :

اشراف القاضي على الانقاذ أثناء التسوية القضائية

يتميز قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية بتضمنه صبغة انقاذية مخصصة للمؤسسات الخاضعة لأحكام هذا القانون التي تكون في حالة توقف عن الدفع و هذه الحالة كانت تستدعي في النظام القديم تفليس المؤسسة.

و يلعب القاضي في هذا الطور دورا هاما ذلك انه يقوم بتسيير اجراءات التسوية القضائية (أولا) كما أنه و إلى جانب هذه الوظيفة القضائية له دور اقتصادي واجتماعي من خلال تدخله في تسيير المؤسسة (ثانيا).

الفقرة الأولى: تسيير إجراءات التسوية القضائية

يتعهد رئيس المحكمة الابتدائية بمطلب التسوية القضائية و يتخذ عديد الإجراءات قصد اعداد الملف الذي سيمكن من تقصي الوضعية المالية و الإقتصادية للمؤسسة، تمهيدا للبت فيه من طرف المحكمة و للمحكمة أن تصدر عديد الأحكام بمناسبة البت في مطلب التسوية القضائية من ضمنها اخضاع المؤسسة لفترة مراقبة الذي له أثار قانونية هامة .

البت في مطلب التسوية القضائية

يكتسي التوقف عن الدفع في حياة المؤسسة أهمية كبرى فهذه الوضعية هي شرط لإفتتاح اجراءات التسوية القضائية وهي مرحلة ثانية في نظام انقاذ المؤسسات بعد التسوية الرضائية و بالرجوع للفصل 19 جديد نلاحظ أن المشرع وسع في قائمة الطالبين بالنسبة



للتسوية القضائية و نلاحظ في ذات الوقت و لأول وهلة حذف امكانية فتح اجراءاتها من طرف رئيس المحكمة من تلقاء نفسه.

في الواقع لم يقع حذف الافتتاح القضائي للإجراءات بل فقط وقع الحدّ من هذه الامكانية إذ انها مازالت واردة في الفصل 17 جديد الذي ربط عدم توصل المصالح إلى اتفاق تسوية أي حصرها في صورة فشل التسوية الرضائية.

و ربط فشل التسوية الرضائية بإفتتاح آلي بالتسوية القضائية اجراء موجود في القانون الفرنسي وذلك بالنسبة للمدين الذي انتفع بتسوية رضائية و لم يوف بالتزاماته المالية التي تعاقد في شأنها مع دائنيه و بالتالي يعد هذا الاجراء في القانون الفرنسي بمثابة العقاب للمدين الذي أخلّ بالتزاماته.

و رئيس المحكمة الابتدائية لا يتمتع بسلطة تقديرية في افتتاح اجراءات التسوية القضائية في الصورة التي نص عليها الفصل 17 جديد حيث ذكر و "يأذن" و ليس "ويمكنه الاذن" ذلك أن هذه المهمة أصبحت منحصرة في المدين و الدائن غير أن الفصل 19 جديد وسع في القائمة فوقعت اضافة رئيس مجلس الإدارة أو اغلبية أعضاؤه و هيئة الادارة الجماعية . و من قبل التاجر و الحرفي و الصناعي و مسير الشركة التي تتعاطى نشاطا في مجالي الفلاحة و الصيد البحري و في ذلك انسجام مع الفصل 3 جديد الذي وسع في مجال تطبيق هذا القانون مع الملاحظ و أن المشرع لم يحدد المدة الزمنية التي يجب فيها على المدين تقديم مطلبه و بذلك ترك المجال مفتوحا للمدين ليلتجئ للمحكمة . و مهما كانت صفة الطالب فإنه ملزم بتقديم مطلبه وفق مقتضيات الفصل الرابع .



و يلاحظ ايضا ان تقديم الوثائق في اطار الفصل 21 الذي حذف كان مقيد بأجل 15 يوما من تاريخ تقديم المطلب او اعلامه بذلك و لقد وقع حذف هذا الأجل لأن الوثائق التي أصبحت مطلوبة ذات أهمية وقد يتطلب اعدادها وقتا مع العلم و أن لرئيس المحكمة سلطة في الحث على تقديم ما تقص منها.

ما يجدر التذكير به هو أن رئيس المحكمة الابتدائية ليس له أن يأذن بانطلاق إجراءات التسوية القضائية إلا بعد التثبت من توقف المؤسسة عن الدفع و مسالة التوقف عن الدفع لأهميتها و نظر للفصل الرابع لفقه القضاء في بلورتها سواء في التسوية القضائية أو في التفليس ستتم دراستها بصفة مستقلة ضمن المبحث الثاني من الجزء الأول من هذه الدراسة. و رئيس المحكمة بعد أن يتفحص مدى توفرا شروط افتتاح التسوية القضائية يتولى طلب رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية حوله و يحدد لها أجلا أقصاه شهر، وله أن يأذن بعد انقضاء ذلك الأجل بانطلاق اجراءات التسوية القضائية.³²

و لقد نص المشرع على وجوب تحديد عمل اللجنة من حيث الزمن وأما الأجل الممنوح لها فهو متروك لسلطة رئيس المحكمة على أن لا يتجاوز شهرا من تاريخ تقديم المطلب. و لا يتوقف رئيس المحكمة على ذلك الأجل بل يمكنه أن يأذن بانطلاق إجراءات التسوية القضائية إذا وجد أن المطلب كان مستوفيا لكل الشروط القانونية.

و يمكن لرئيس المحكمة أن يأذن بتعليق إجراءات التقاضي و التنفيذ الرامية لاستخلاص دين سابق لتاريخ فتح التسوية القضائية كإيقاف سريان جميع فوائض القروض بما في ذلك

³² الفصل 5 من قانون 1995/4/15 يشير إلى الديون الجبائية و ديون الضمان الاجتماعي.



الايجار المالي و غرامات التأخير و تعليق أجال السقوط و ذلك حتى صدور الحكم فيها³³.
ويعتبر هذا الاجراء من المكاسب التي حققها تنقيح 1999-07-25.

و بعد إذن رئيس المحكمة الابتدائية بإفتتاح اجراءات التسوية القضائية يتخذ مجموعة من الاجراءات تمهيدا للبت في المطلب التسوية القضائية غذ نصّ الفصل 22 جديد من قانون 1999-07 انه " يعين رئيس المحكمة في أجل... قاضيا مراقبا..." ، فأول اجراء يتخذه رئيس المحكمة في الفترة التمهيدية هو تعيين قاضي مراقب و هو ما يدعم الدور الفاعل للقضاء في مجال الشركات خصوصا عند انقازها ذلك أو القضاء يكون له دور هام على جميع المستويات في مختلف المراحل.

و لئن أوكل المشرع لرئيس المحكمة تعيين قاضي مراقب يعهد إليه بالملف لمتابعة وللوقوف على حقيقة الوضع المالي و الاقتصادي للمؤسسة ، فإنه لم يقيد بإختيار قاض معين، غير ان طبيعة المهمة الموكولة إليه تفترض أن يقع اختياره من بين أعضاء الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية المتعهد رئيسها بالمطلب و هو ما انتهج فعلا بالمحكمة الابتدائية بتونس. أما المحاكم التي لم يقع بها إحداث دوائر تجارية مثلما هو الشأن للمحكمة الابتدائية بمدنين فإن القاضي المراقب هو قاضي المؤسسة.

و لقد حدد المشرع الأعمال التي يجب على القاضي المراقب القيام بها صلب الفصل 24، ويقوم القاضي المراقب بمجرد تعيينه بالاتصال بلجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية أو أي مؤسسة إدارية أو أية إدارة أو أية جهة أخرى و ذلك لطلب المعلومات عن المدين و إمكانيات

³³ الفصل 19 جديد من قانون 1999/7/25.

إنقاذ المؤسسة³⁴ ووضعها المالي، و طلب المعلومة هو شكلية لابد من القيام بها عدت أعمال القاضي المراقب دون سند.

كما يتولى القاضي المراقب حصر قائمة الدائنين ، إذ لا يكفي بالقائمة المقدمة من المدين، وأيضا حصر قائمة الديون.

و يمكن للقاضي المراقب ان يبحث في الأسباب التي جعلت المؤسسة تصل إلى هذه الوضعية وله أن يطلع على التقرير الذي أعده المصالح إذا كان افتتاح اجراءات التسوية القضائية نتيجة لفشل التسوية الرضائية.

كما يمثل السجل التجاري موردا يزخر بالمعلومات بالنسبة للقاضي المراقب خاصة بعد إعادة تنظيمه³⁵ و ما يتضح من خلال المهام الموكولة للقاضي المراقب أثناء الفترة التمهيديّة وانه يلعب دورا تحقيقيا هاما³⁶ يمكن تشبيهه من هذه الناحية بالقاضي المقرر الذي يتولى تهئية القضية للحكم³⁷.

يبقى لرئيس المحكمة في مجال الشركات وخصوصا في التسوية القضائية دورا هاما وسلطات واسعة .

و تجدر الملاحظة أن رئيس المحكمة في الطور الرضائي له الخيار في تعيين خبير من عدمه غير انه في إطار الانقاذ القضائي يكون ملزما بتعيينه مثلما هو ملزم بتعيين قاض مراقب و ذلك لأن طبيعة عمل كل منهم تكمل الآخر و أجل تقديم الخبير لتقرير للقاضي

³⁴ الفصل 55 من قانون 1995/4/17

³⁵ القانون عدد 44-95 المؤرخ في 1995/9/23 المتعلق بالسجل التجاري. الرائد الرسمي عدد 37 لتاريخ 1995/5/9 ص 1055 و ما بعد.

³⁶ Valeurs (J.L) « Le juge commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire JCPE, 1986 II, 14550 .

³⁷ لقد أرسى المشرع التونسي مؤسسة القاضي المقرر صلب م م م ت الفصل 10 و ما بعده.



المراقب و إحالة نسخة منه للجنة متابعة المؤسسات و إبداء هذه الأخيرة لرأيها محصور في أجل شهرين من تاريخ تعيينه و يبقى حق التمديد موكول لرئيس المحكمة .

و بعد إعداد تقريره يتولى الخبير إحالة تقريره إلى القاضي المراقب الذي يحيل بدوره نسخة منه للجنة لتدلى برأيها و عندئذ يتولى رئيس المحكمة تحديد أجرة الخبير بعد أن كان قد حدد مقدار التسبقة و من يقوم بدفعها.

و بعد أن تنتهي هذه الأعمال يتولى القاضي المراقب عقد جلسة يستدعي إليها كل المعنيين بالأمر ليعرض عليهم برنامج التسوية الذي اقترحه الخبير و الأعمال التي توصل إليها و ليأخذ رأيهم في الأعمال و التحقيقات التي توصل إليها. و يتولى كل طرف تقديم طلباته و إثر ذلك يتولى القاضي المراقب إعداد تقرير يبين فيه مدى وجاهة طلب التسوية القضائية و له أن يقترح فيه برنامجا للتسوية أو أن يحرر تقريراً في عدم جدوى التسوية و يقترح عرضها على التفليس أو التصفية و قد يضمن القاضي المراقب تقريره اقتراحاً بفتح فترة مراقبة و تمكين المؤسسة من مواصلة نشاطها.

و يجب على القاضي المراقب إعداد تقريره و إحالته على المحكمة في ظرف 3 أشهر من تاريخ تعيينه و تتولى المحكمة البث في مطلب التسوية القضائية بعد سماع المدين و ممثل الدائنين بمحضر النيابة العمومية³⁸ بحجرة الشوري و هي أول مرة تتصل فيها المحكمة بتركيبتها الثلاثية بالملف و هذا التدخل الثلاثي في هذا المستوى من الإجراءات راجع لأهمية القرار الذي سيتخذ من طرف القضاء لفائدة المؤسسة لذا ارتأى المشرع لتوفير مزيد من الضمانات أن يكون الإختصاص معقوداً للمحكمة بتركيبتها المجلسية .

³⁸ الفصل 26 جديد من قانون 1999 .



و الاحكام الصادرة بمناسبة البت في مطلب التسوية القضائية متنوعة إذ اقتضى الفصل 27 جديد أن المحكمة لها أن تقضي برفض المطلب أو بقبوله أو بالتصريح بتفليس المدين أو بتصفية المؤسسة أو بالإذن بالتشطيب على المدين من السجل التجاري.

فالمحكمة تقضي برفض المطلب كلما تبين لها أن المؤسسة لم تتوقف عن الدفع و هي مطالبة في هذه الحالة بتعليل حكمها تعليلًا مستساغًا.

كما يمكن للمحكمة أن تصرح بتفليس المدين أو تصفية المؤسسة و الإذن بالتشطيب عليها من السجل التجاري. و لقد وضع المشرع شرطًا لاتخاذ هذا الحكم و هو انعدام إمكانيات التسوية. كما يمكن للمحكمة في صورة توقف المؤسسة عن الدفع التصريح بذلك و تحديد تاريخه، وفي حالة سكوتها يعتمد تاريخ إيداع المطلب و للمحكمة في هذه الحالة أن تصادق على برنامج التسوية المقترح، أو تقرر فتح فترة للمراقبة كلما تبين لها وجود إمكانيات لإعداد برنامج تسوية بمواصلة المؤسسة لنشاطها أو بإحالتها للغير أو بإعطائها في إطار وكالة حرة³⁹

هكذا تجد المحكمة نفسها أمام ملف في التسوية القضائية يتضمن عدة اقتراحات وإمكانيات للتسوية مقدمة من المدين أو الخبير أو القاضي المراقب و للمحكمة مطلق النظر لاختيار ماتراه صالحاً، ولا يمكن للمحكمة أن تكون برنامجاً آخر ذلك أن الفصل 27 جديد لم يخول لها في صورة قبول المطلب سوى المصادقة على برنامج الإنقاذ المقترح .

و لقد نصّ الفصل 26 جديد على أن "حكم المحكمة يكون قابلاً للتنفيذ بغض النظر عن الطعون و لقد نظم المشرع الطعون في مادة التسوية القضائية على خلاف التسوية الرضائية صلب الفصل 53 جديد الذي نص على أنه يمكن الطعن عن طريق الاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية و كذلك الاعتراض عليها من الغير في ظرف 20 يوماً

³⁹ الفصل 40 جديد من قانون 25 جويلية 1999 .

وتحسب الآجال من تاريخ النشر بالرائد الرسمي الجمهورية التونسية إذا كانت خاضعة لإشهار أو من تاريخ صدور الحكم فيما عدا ذلك.

الآثار القانونية المترتبة عن فتح فترة المراقبة:

الحكم القاضي بفتح فترة مراقبة يرتب آثار قانونية هامة تتعلق بوضعية الدائنين إذ يعتبر هدف انقاذ المؤسسة و مساعدتها على مواصلة نشاطها هو الهدف الاول الذي يرمي إليه المشرع ثم تأتي في المرتبة الثانية المحافظة على مواطن الشغل و في المرتبة الاخيرة خلاص الديون، لذا فإن الدائنين سيشهدون بعض التضحيات بحقوقهم و ذلك لإنجاح عملية الانقاذ.

لابد في هذا المضمار من التفرقة بين صنفين من الدائنين : أصحاب الديون المترتبة على المؤسسة بداية من انطلاق فترة المراقبة و الدائنين السابقين لها فلقد خص المشرع كل صنف بحقوق معينة فبالنسبة للصنف الثاني تضمن الفصل 34 أنه " يتعطل كل تتبع فردي أم عمل تنفيذي يرمي لاستخلاص دين سابق خلال فترة المراقبة . كما يتوقف سريان جميع الفوائد و غرامات التأخير و تعلق آجال السقوط"

بمقارنة هذا الإجراء بما ورد بالفصل 12 من القانون المذكور يمكن القول ان تعطيل التتبع الفردي في التسوية القضائية يكون آليا في حين يبقى تعليق اجراءات التقاضي و التنفيذ في اطار التسوية الرضائية مجرد امكانية مخولة لرئيس المحكمة.

و تجدر الإشارة إلى أن قاعدة تعطيل التتبعات الفردية و إجراءات التنفيذ وقع التنصيص عليها بقانون التقليس في المجلة التجارية و ذلك لضمان المساواة بين الدائنين لكن بإقرارها صلب قواعد التسوية القضائية أصبحت ذات هدف آخر، إذ أنها أصبحت تمثل موردا للمؤسسة



يضمن لها إعادة نشاطها⁴⁰ كما أنها تسمح لمختلف المتدخلين بإعداد برنامج اقتصادي واجتماعي و برنامج إنقاذ دون أن تتعرض المؤسسة لأي إجراء يهدد أموالها⁴¹. و هكذا أصبحت هذه القاعدة تهدف إلى منع الدائن من شل المؤسسة.

و إلى جانب تعطيل التتابعات الفردية و الأعمال التنفيذية الرامية لاستخلاص دين الفصل 34 على توقف سريان جميع الفوائد و غرامات التأخير و تعليق أجال السقوط. و قاعدة إيقاف سريان الفوائد ليست تجديدا بالنسبة لأحكام الإجراءات الجماعية ذلك أن الفصل 470 م.ت. و المتعلق بالصلح الاحتياطي و الفصل 460 م.ت. المتعلق بالتفليس قد نصا عليها و ذلك لتحقيق المساواة بين الدائنين حتى لا تساهم طول الإجراءات في تراكم فوائد بعض الديون دون الأخرى.

و من آثار الحكم القاضي بفتح فترة مراقبة كذلك هو إلزام الدائنين السابقين بترسيم ديونهم وفق مقتضيات الفصل 35 جديد و ذلك خلال 30 يوما من تاريخ نشر الحكم بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية و لا يقبل ترسيم دين ظهر بعد الأجل إلا بإذن المحكمة و في جميع الحالات لا يقبل ترسيم أي دين بعد مضي سنة.

الفقرة الثانية : تدخل القاضي في تسيير المؤسسة

إن مواصلة المؤسسة لنشاطها أثناء التسوية القضائية يتم يتدخل المتصرف القضائي وتحت إشراف القاضي المراقب الذي يراقب أعمال المتصرف كما أن المحكمة لمزيد السعي إلى النهوض بالمؤسسة و إنقاذها تتخذ من تلقاء نفسها مجموعة من الضمانات التي تهدف لمواصلة المؤسسة لنشاطها.

⁴⁰ Raach (S) les différents fonctions du droit tunisien et du droit français des procédures collectives : critiques et comparaisons . R.J.L 7/1996. p29

⁴¹ Bourguinaud (u), op.cit p138

مراقبة أعمال المتصرف القضائي:

لقد أعطى المشرع التونسي للمتصرف القضائي صلاحيات هامة في مادة إنقاذ المؤسسات إذ خول له إعداد مشروع لإنقاذ المؤسسة كما سمح له بالتدخل للتصرف في المؤسسة، فعلى مستوى مراقبة التصرف تقوم المحكمة بدور الوصاية عليها، فهي تحدد الأدوار المناطة لكل المتدخلين في الإجراءات كما تحدد وسائل التصرف.

نظرا لأهمية هذه الفترة فقد نظم المشرع المتدخلين في التصرف في المؤسسة أثناءها إذ تضمن الفصل 29 أنه "يتولى المتصرف القضائي مراقبة أعمال التصرف أو مساعدة المدين في جميع أعمال التصرف أو البعض منها أو إدارة المؤسسة كليا أو جزئيا بمساعدة المدين أو بدونها حسبما تحدده المحكمة"

و تتغير المهام الموكولة للمدين بحسب نسبة المهام الموكولة للمتصرف القضائي، وتقرر المحكمة هذه النسبة بحسب أوراق الملف، و لم يحدد المشرع المعايير التي تعتمد عليها المحكمة في تحديد نطاق صلاحيات المتصرف القضائي و الحالات التي تبرر اختيار طريقة المراقبة أو المساعدة أو التمثيل الكامل للمدين، و لقد أراد المشرع من خلال سكوته هذا فسخ المجال للمحكمة لتشخيص العلل التي تعاني منها المؤسسة و تحديد العلاج الناجع لضمان مواصلتها لنشاطها.

فأحيانا تقتصر مهمة المتصرف القضائي على مراقبة أعمال التصرف أي أن مهام الإدارة والتسيير تبقى بيد المسيرين. و لقد نص الفصل 29 أنه "إذا اقتضت مهمة المتصرف على المراقبة، فللمحكمة أن تحدد العمليات التي لا تتم إلا بإمضاء المتصرف مع المدين و عند امتناع المتصرف القضائي عن الإمضاء يرفع الأمر للقاضي المراقب الذي يبت فيه حالا.



و هكذا يتبين أن المتصرف القضائي أثناء قيامه بعملية مراقبة التصرف في المؤسسة يكون بدوره خاضعا لاشراف المحكمة التي تحدد العمليات التي يجوز له التدخل فيها.

أما المهمة الثانية التي يمكن اعطاؤها للمتصرف القضائي فهي مساعدة المدين في جميع أعمال التصرف أو البعض منها. و يعتبر الأستاذ Bernard Meille أن هذا الاختيار يجب أن يكون المبدأ في تمديد صلاحيات المتصرف القضائي الذي يتحمل في هذه الحالة مسؤولية فعلته في أخذ القرارات المصيرية في حياة المؤسسة⁴² مجرد المراقبة ليتقاسم مع المدين سلطة اتخاذ القرار في القيام بأعمال التصرف التي يتطلبها النشاط العادي للمؤسسة مما يجعله يحتك أكثر بالمتعاملين مع المؤسسة سواء كانوا حرفاء أو مزودين للوقوف على مدى وجود امكانيات جدية لانقاذ المؤسسة.

كما يتولى المتصرف القضائي ترسيم التأمينات العينية التي تتمتع بها المؤسسة و التي أهمل المدين القيام بها⁴³ و المطالبة بديونها و اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري اللازمة لذلك⁴⁴ و في اطار المحافظة على القدرات الإنتاجية للمؤسسة عليه السعي إلى توفير ما تحتاجه من مواد أولية، و حفظ وسائل عملها، و ابرام عقود التأمين اللازمة لحمايتها من كل الطوارئ. و إضافة إلى الأعمال التحفظية يضطلع المتصرف القضائي بأعمال التصرف العادية و التي تهدف إلى ضمان مواصلة المؤسسة لنشاطها.

و لئن كان المتصرف القضائي يتمتع بصلاحيات واسعة فإنه يخضع كذلك لجميع التحجيرات وأعمال الرقابة التي كانت ستجرى على المدين أو مسيري المؤسسة إن لم يقع تعويضهم، فلا يمكنه أن يدفع دينا سابقا خلال فترة المراقبة، كما تنطبق عليه التحجيرات

⁴² Derrida codé, Sortais, op,cit,- p73 et 74 .

⁴³ Jaquement (N) op,cit,p84 .

⁴⁴ Choput (y) op,cit, p128 .



المنصوص عليها بالفصل 462 م.ت. نظرا لأن الفصل 26 من قانون 1995 نص على أن هذا الفصل ينطبق على التسوية القضائية.

عادة ما تلجأ المحاكم إلى اسناد ادارة المؤسسة كليا للمتصرف القضائي.

على كل حال فإن للمحكمة صلاحيات واسعة في اختيار النوع الذي يتفق مع حالة المؤسسة وطبيعة الصعوبات التي تتعرض لها و طبيعة نشاطها خاصة و أن المشرع لم يحدد معايير هذا الاختيار. لكن مهما كانت صلاحيات المحكمة الواسعة في هذا المجال فإنها تبقى منحصرة في اختيار شكل التصرف الذي يتلاءم مع وضعية المؤسسة و الذي يحقق مواصلة نشاطها.⁴⁵

و يتدخل القاضي المراقب في عملية تسيير المؤسسة المدينة إما بطريقة غير مباشرة عن طريق مراقبة المتصرف القضائي أو بصفة مباشرة عندما يقوم القاضي المراقب بفض النزاع والخلاف الذي ينشب بين المدين و المتصرف القضائي حسب الفصل 29 من قانون انقاذ المؤسسات.

كما أوكل المشرع للمحكمة مهمة الاشراف على أعمال المتصرف القضائي المتعلقة باعداد برنامج الانقاذ و الذي يأخذ وجوبا رأي لجنة متابعة المؤسسات في إعدادة و يستشير ممثلي الدائنين كما يأخذ برأي الدائنين حول طرح من ديونهم إذا اقتضى البرنامج إنهاء عقود بشغل أو تخفيضا في الأجور و الامتيازات يعلم المتصرف القضائي تفقدية الشغل.

و خلافا لبرنامج التسوية فإن برنامج الانقاذ يعده المتصرف القضائي و هو ما ذهب

إليه محكمة الاستئناف بتونس في قرارها الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1997.

⁴⁵ Ripert et Roblot, op,cit n°3034 p 1026 .



و يقوم المتصرف القضائي بإعداد برنامج الانقاذ، و باتخاذ التدابير اللازمة التي تختلف باختلاف الحل الذي وقع اعتماده. و لقد نص الفصل 39 على أمثلة من هذه التدابير غير أنها تخص فقط الانقاذ على أساس مواصلة النشاط. و هي جدولة الديون و التخفيض من أصلها أو من الفوائد المترتبة عنها، تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في رأس مالها.

ففيما يتعلق بالتخفيض من ديون المؤسسة لابد للمتصرف القضائي من أخذ رأي الدائنين حول هذا الطرح.

كما يتضمن برنامج الانقاذ الذي يعده المتصرف القضائي إنهاء عقود شغل أو تخفيضا في الأجور و الامتيازات و عندئذ يقوم المتصرف القضائي بإعلام تفقدية الشغل و ينتظر 15 يوما نتيجة المساعي الصلحية قبل احالة البرنامج إلى كل من لجنة متابعة المؤسسات و المحكمة⁴⁶

و قبل عرض هذه الحلول على المحكمة يقوم المتصرف القضائي بأخذ رأي لجنة متابعة المؤسسات في اعداد البرنامج و يستشير ممثلي الدائنين.

الضمانات القضائية لمواصلة المؤسسة لنشاطها:

لقد خول المشرع للمحكمة اتخاذ اجراءات تمكن المؤسسة من مواصلة نشاطها أثناء فترة المراقبة و هي الغاء قرارات مسير المؤسسة السابقة لتاريخ تعهدها و ضمان إستمرارية العمل بالعقود. و لقد نص الفصل 32 من قانون 1995/04/17 أنه "للمحكمة الغاء قرارات مسير المؤسسة السابقة لتاريخ تعهدها و التي تحول من دون تنفيذ برنامج الانقاذ و لها إبطال كل تفويت بمقابل أو بدونه من شأنه أن يضر بمصلحة المؤسسة أو العمليات التي من شأنها أن

⁴⁶ الفصل 39 جديد من قانون 25 جويلية 1999



تميز دائن على آخر و خلاص ديون غير حالة. على أن يكون قد وقع اجراءها بعد تاريخ التوقف عن الدفع.

هذه القاعدة توجد أيضا في الأحكام المتعلقة بالتفليس إذ نص الفصل 462 م.ت. على قائمة حصرية لعمليات يمكن الغاءها إذا أبرمها المدين و كان يعلم بتوقفه عن الدفع, غير أن الفصل 32 لم يحدد هذه العمليات بل ضبط 3 معايير لتعريف الأعمال التي تتم أثناء فترة الريبة.

أول صنف من أعمال المشمولة بالفصل 32 هو كل قرار يتخذه مسير الشركة شرط أن يشكل عائقا يحول دون تنفيذ برنامج الانقاذ.

أما الصنف الثاني من الأعمال هو كل عمل قانوني يتمثل في تفويت بمقابل أو بدونه وهي ليست بقاعدة حديثة ذلك أنها موجودة صلب الفصلين 462 و 463 لكن أساس ابطال هذه الأعمال هو الحديث أن الغاية التي يرمي إليها المشرع صلب المجلة التجارية هو عدم الاضرار بمصالح الدائنين في حين أن الابطال في الفصل 32 من قانون 1995/04/17 هدفه هو عدم الاضرار بمصالح المؤسسة.

أما الصنف الثالث من الأعمال الواردة صلب الفصل 32 فهي كل العمليات التي من شأنها تمييز دائن على آخر و خلاص ديون غير حالة و هذا الصنف يغير أساس فترة احداث الريبة في المجلة التجارية.

حتى يسهل المشرع على المحكمة تحديد هذه العمليات قام بالاحالة إلى الفصلين 462 و 463 م.ت. و لقد تضمن الفصل 462 قائمة حصرية للأعمال المبرمة أثناء فترة الريبة

والتي تمس مبادئ قانون التفليس أي مبدأ حماية الدائنين و مبدأ المساواة بينهم⁴⁷ وتضمنت هذه القائمة:

- التبرعات و التفرقات بدون عوض باستثناء الهدايا المعتادة.
 - دفع ديون نقدية حل أجلها بغير نقود أو كمبيالات أو سندات لأمر أو شيكات أو أذون بالتحويل و بوجه عام كل دفع بآداء عوض ما التزم به المدين مع الاحتفاظ بالحقوق التي اكتسبها عبر المتعاقدين عن حسن نية.
 - توظيف رهن عقاري بالاتفاق أو بحكم الحاكم أو ترتيب توثقة على مكاسب المدين لضمان دين سابق عليه.
 - و إضافة للأعمال الواردة بالفصل 462 نص الفصل 463 م.ت على إخضاع كل عملية ترمي إلى تفضيل دائن على آخر إلى نفس الجزاء شريطة أن يكون المتعاقد على علم بتوقف المدين عن الدفع.
- فالمشرع قد جعل أسباب ابطال الأعمال المجراة أثناء فترة الريبة متعددة و لم يقتصر على التنصيص على أساس واحد للابطل حتى يوسع بذلك مجال الفصل 32 و يترك للمحكمة السلطة التقديرية في ابطال الأعمال أو اعتبارها صحيحة قانونا.
- و إضافة إلى إلغاء المحكمة لقرارات مسير المؤسسة و إبطالها لأعماله المتخذة أثناء فترة الريبة، تقوم المحكمة كذلك باتخاذ ضمان قضائي آخر ليسهل مواصلة نشاط المؤسسة وهو ضمان استمرارية العمل بالعقود وفق ما ورد بالفصل 38 من قانون 17 أفريل 1995.

⁴⁷ Mechri, op,cit, p325 .



لم يحدد المشرع مفهوم العقود الجارية لهذا فإنه على القاضي أن يتولى ذلك حتى يحدد فيما بعد مآلها. و يمكن تعريفها بكونها "العقود التي نشأت قبل الحكم القاضي بافتتاح اجراءات التسوية القضائية و الذي لم ينتهي بعد عند ذلك التاريخ⁴⁸.

و يعد هذا الاجراء خطوة أخرى نحو ضمان نجاح فترة المراقبة بتحقيق مواصلة المؤسسة لنشاطها ذلك أن انقاذ المؤسسة يستوجب حتما المحافظة على علاقتها التعاقدية خاصة مع المزودين و الحرفاء.

و على كل حال فإن هناك نوعا من العقود التي لا يملك ازاءها المتصرف القضائي أو القاضي المراقب أية سلطة و هي عقود الشغل لك انها تبقى خاضعة للقوانين و الاتفاقات الخاصة بها⁴⁹. لكن هذا لا يمنع المحكمة من إنهاء العمل ببعض عقود الشغل إذا كان ذلك ضروريا لمواصلة نشاط المؤسسة مع احترام أحكام الطرد المنصوص عليها بالفصل 21 من القانون عدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15/07/1996 المتعلق بتنقيح مجلة الشغل غير أن هذا الإنهاء يبقى استثنائيا و في ذلك حرصا على المحافظة على مواطن الشغل.

و بعد أن يشرف القاضي على انقاذ المؤسسة طوال اجراءات التسوية الرضائية والقضائية يتولى تحديد مآل المؤسسة.

⁴⁸ « c'est le contrat né à la vie juridique antérieurement au jugement d'ouverture et dont l'existence n'a pas encore pris fin à la date du jugement » .

⁴⁹ الفصل 38 فقرة 2 من قانون 17 أفريل 1995 .



الفرع الثاني:

تحديد القاضي لمآل المؤسسة

إن الهدف الأول للإجراءات الجماعية لم يعد خلاص المؤسسة لديونها بل أصبح النهوض بالمؤسسة و مساعدتها على مواصلة نشاطها, و هذا التغيير أثر على دور القاضي في تحديد مآل المؤسسة إذ لابد أولاً أن يبحث إن كانت توجد فرص لانقاذ المؤسسة فيصادق بالتالي على برنامج الانقاذ (المبحث الأول) و لا يبقى له سوى التصريح بتفليس المؤسسة (المبحث الثانية)



المبحث الأول:

المصادقة على برنامج إنقاذ المؤسسة

تنتهي فترة المراقبة باعداد برنامج لانقاذ المؤسسة و لقد أوكل المشرع للمحكمة مهمة المصادقة على برنامج الانقاذ و اختيار الحل الأمثل لانقاذ المؤسسة. و لقد سعى المشرع لتسهيل مهمتها بأن وضع لها معايير للاختيار و أسسا له.

و معيار الاختيار يمكناستنتاجه من خلال قراءة مزدوجة للفصلين 41 و 47 فالمحكمة تقرر مواصلة المؤسسة لنشاطها إذا اتضح أن هناك امكانيات جدية لمواصلة المؤسسة لنشاطها مع الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل و خلاص ديونها.

أما إذا تعذر ذلك فيمكنها أن تأذن بإحالة المؤسسة للغير إذا تعذر إنقاذها و كان في ذلك ضمان لاستمرار نشاطها أو الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل فيها و تطهير ديونها.

لابد للمحكمة من أن تختار الحل الذي يجمع بين هذه المعطيات الثلاثة لكن يجوز التوضيحية ببعض المصالح من أجل انقاذ المؤسسة إن اقتضى الحال. كما يجوز لها أن تحقق هدفا من



الأهداف الثلاثة بصفة جزئية فالحرية كاملة للمحكمة من حيث اختيار أحد الحلول الممكنة لكن على المحكمة تعليل اختيارها و بيان مدى ملاءمته لوضعية المؤسسة.

و أمام مختلف المصالح المتضاربة، قد تعتمد المحكمة في تحديد اختيارها على تحليل مالي أو جبائي أو اقتصادي أو اجتماعي⁵⁰ الشيء الذي يجعل قرارها ذا صبغة عملية، فهو عبارة على حل وقع اعتماده خصيصا ليتطابق مع وضعية المدين حسب ملابسات الملف والمصالح التي يهدف المشرع لحمايتها.

و تبت المحكمة استنادا على تقرير المتصرف القضائي⁵¹ ذلك أن هذا الأخير يقوم بإعداد برنامج إنقاذ يضمنه الوسائل المتاحة للنهوض بالمؤسسة. فالمحكمة عادة ما تتبنى تقرير المتصرف القضائي رغم أن تقريره لا يقيدھا قانونا.

و نظرا لكون البرنامج الأصلي قد وقعت استشارة اللجنة بخصوصه فإنه يتجه عملا بمبدأ توازي الصيغ و الإجراءات أن يقع استشارة اللجنة بخصوص كل تغيير قد يلحق بالبرنامج، فمراجعة البرنامج هي مهمة تحتكرها المحكمة الشيء الذي يدعم القول بأن برنامج الإنقاذ خاضع للسلطة القضائية⁵².

و من ناحية أخرى فإن تدخل القضاء بواسطة المصادقة على برنامج الإنقاذ تجعل البرنامج قابلا للمعارضة الغير به⁵³ ذلك أن برنامج الانقاذ هو وثيقة مجردة من كل قيمة قانونية وهو لا يكتسي قوة إلزامية تجاه الغير إلا بعد تدخل القضاء بالمصادقة عليه⁵⁴. و المحكمة

⁵⁰ Pyramour (PH), Droit des entreprises en difficultés : Le bilan économique et sociale dans la loi du 25/01/1985. J.C.P.E. 1986 n°15167. p64.

⁵¹ الفصل 41 من قانون 1995/04/17
⁵² الفصل 13 جديد من قانون 1999/07/25

⁵³ Jeantin (m), Op, Cit

⁵⁴ Ballancier (I), l'homologation judiciaire des actes juridique. RTD. CI 1979 P 46.

تصادق على برنامج الإنقاذ الذي قد يكون مؤسسا إما على مواصلة المؤسسة لنشاطها أو على أساس إحالتها للغير.

الفقرة الأولى: الإنقاذ على أساس مواصلة المؤسسة لنشاطها

تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في تحديد مختلف أوجه مواصلة المؤسسة لنشاطها غير أن تدخلها لا يقتصر على تحديد مضمون مواصلة النشاط بل تسهر أيضا على تنفيذه باتخاذها ل ضمانات تحقق فاعليته و نجاعته.

تحديد القاضي لكيفية مواصلة النشاط

اقتصر الفصل 41 من قانون 1995/04/17 أن المحكمة تقرر مواصلة المؤسسة لنشاطها استنادا لتقرير المتصرف القضائي عندما تكون هناك إمكانيات جدية لمواصلة النشاط مع الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل و خلاص الديون.

و هكذا فلقد أعطى المشرع سلطة مطلقة للمحكمة لتقرير مآل المؤسسة و حدد لها معايير تستتير بها لاتخاذ هذا القرار الخطير. فالمحكمة لا تقرر مواصلة المؤسسة لنشاطها إلا بتوفر شروط نص عليها الفصل 41 و هي أن توجد إمكانيات جدية لمواصلة النشاط و تقوم المحكمة بتقدير "الصبغة الجدية" لهذه الإمكانية. و يمكن أن نستنتجها من خلال عديد العناصر سواء المتعلقة بالمؤسسة أو الخارجة عنها كما يشترط لمواصلة المؤسسة لنشاطها الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل أما الشرط الثالث فهو خلاص الديون فإنقاذ المؤسسة على أساس مواصلتها لنشاطها لا يعني إعفاءها من خلاص ديونها.



و تتخذ المحكمة القرار القاضي بمواصلة المؤسسة لنشاطها استنادا لتقرير المتصرف القضائي⁵⁵ و يمكن أن يتضمن برنامج الإنقاذ عدة وسائل تضمن استمرار نشاطها و هذه الوسائل قد تكون ذات تأثير على نوعية نشاطها التجاري و على شكلها القانوني و على وضعية عمالها و دائنيها.

فبرنامج الإنقاذ على أساس مواصلة المؤسسة لنشاطها قد يتضمن طرحا للديون إذ أن هذه الأخيرة تشكل أعباء تثقل كاهلها و تمنعها من مواصلة نشاطها. مما يستوجب اتخاذ إجراءات ترمي للتخفيف من هذه الأعباء⁵⁶. لذلك نص الفصل 39 على أن مشروع برنامج الإنقاذ يتضمن عند الاقتضاء نسبة تخفيض من أصل الديون أو من الفوائد المترتبة عنها. و لا بد في هذه الحالة من الحصول على رأي أرباب الديون فلا يمكن للمحكمة أن تصادق على برنامج الإنقاذ إلا إذا تبين لها أنه وقع استدعاء الدائنين و أخذ رأيهم حول الحط من ديونهم. و يبقى للمحكمة حرية المصادقة على برنامج الإنقاذ حتى و إن تضمن تخفيضا في ديون لم يوافق عليها أصحابها و في تلك مزيدا من الضمانات لإنقاذ المؤسسة إذ لم يعد الأمر موكولا لموافقة دائنيها. كما يمكن ان يشمل برنامج الانقاذ عدة وسائل تهتم هيكلية المؤسسة ذاتها كتغيير شكلها القانوني أو كالترفيع في رأسمالها.

فأحيانا يكون تغيير الشكل القانوني للمؤسسة ضروريا بوصفه يجعل شكل الشركة تتلائم مع طبيعة نشاطها. كما يفضي إلى تغيير الوضعية القانونية للشركاء و يحملهم التزامات جديدة تجاه المؤسسة كما تكون غايته أحيانا تحقيق انطلاقة جديدة للمؤسسة أو إحداث فروع .

⁵⁵ الفصل الأول من قانون 1995/04/14

⁵⁶ الفصل الأول من قانون 1954/14



و في صورة تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو إعادة هيكلتها فإن المحكمة تعطي وكالة لمراقب التنفيذ و تحدد له أجلا لدعوة الجلسة العامة المختصة بإحداث ذلك التغيير.

و يمكن كذلك أن يشمل برنامج الإنقاذ الترفيع في رأس المال. ذلك أنه يمكن للدائن الذي لم يتوصل لاستخلاص ديونه بسبب الصعوبات الاقتصادية أن يكتب في رأس مالها و أن يتمتع بالتالي بالحقوق المرتبطة بذلك سواء منها المتعلقة بتسيير الشركة أو بمكاسبها لكن وجب التفريق بين صنفين من الدائنين.

فبالنسبة للدائنين أصحاب الديون الحالة يمكنهم الاكتتاب بكل الدين أو ببعضه ويحصلون مقابل ذلك على أسهم إذا تعلق الأمر بشركة مساهمة بالأموال, أو على حصص إذا تعلق الأمر بشركة أشخاص.

أما بالنسبة لأصحاب الديون غير الحالة فلا يستفيدون من هذا الإجراء إلا إذا تنازلوا عن جزء تحدده المحكمة لا يقل عن مبلغ الفوائض المعتمدة بين الطرفين عن الجزء الذي لم يحل أجله.

الهدف من الترفيع في رأس مال المؤسسة هو التخفيف من ديونها بتحويلها لأسهم وليس الترفيع من أموالها المتداولة. و لقد نظم القانون الفرنسي عديد الوسائل الضامنة لتحقيق هذا البرنامج كمنع مسيري المؤسسة من بيع أسهمهم.

كما يمكن أن يتضمن برنامج الإنقاذ إجراءات تمس بوضعية العمال في المؤسسة, كإنهاء بعض عقود الشغل أو التخفيض في أجور العمال.

و رغم أن هدف المحافظة على مواطن الشغل هو من بين أهداف قانون الإنقاذ, فإن المشرع مكن المتصرف القضائي من إعداد برنامج يقترح طرد بعض العملة. إذ أن المؤسسة إذا ما توقفت عن دفع ديونها تصبح عاجزة حتى على دفع أجور عملتها. بل أن هذه الأجور



تصبح عبئا ثقيلا عليها يعرقل نشاطها و يحول دون إمكانية النهوض بها. و لقد اعتبر المشرع أن هذا الطرد واقع لأسباب اقتصادية و فنية بقطع النظر عن كل نص قانوني مخالف⁵⁷ أي أن العمال لا يمكنهم المطالبة بغرامة طرد تعسفي بل لهم الحق في الحصول على مكافأة الخدمة⁵⁸.

الضمانات القضائية لمواصلة النشاط

نص الفصل 42 من قانون 1995/04/17 على أن "المحكمة تمنع و للمدة التي تحددها التفويت في بعض ممتلكات المؤسسة الضرورية لاستمرار نشاطها".

المحكمة ملزمة باتخاذ إجراء منع التفويت حتى و لو يتضمن البرنامج مقترحا بشأنه حتى و إن سهت المحكمة عن اتخاذ هذا الإجراء صلب حكم المصادقة على برنامج الإنقاذ فلها أن تتخذه أثناء تنفيذ البرنامج.

و منع التفويت ليس مطلقا بل هو محدد من حيث الزمن و تقرر المحكمة مدة هذا المنع⁵⁹ كما تحدد الممتلكات التي تهمه إذ لا بد أن تكون هذه الممتلكات ضرورية لاستمرار النشاط. و تقوم المحكمة بتقدير هذا الشرط و بتحديد الممتلكات الضرورية لاستمرار النشاط. و قرار المنع له عديد الإيجابيات باعتباره يضمن تنفيذ البرنامج لما فيه صالح المؤسسة لاحتفاظها بوسائل إنتاجها، و صالح الدائنين نظرا لعدم نقصان ذمة المدين. و حتى لا يقع الإضرار بمصالح الغير لابد من أن يخضع إجراء منع التفويت للإشهار بالسجل التجاري ورسوم الملكية إذا تعلق الأمر بعقار.

و إضافة إلى منع التفويت في بعض ممتلكات المؤسسة الضرورية لمواصلة النشاط تقوم المحكمة عند مصادقتها على برنامج الإنقاذ بتأجيل دفع الديون أي بجدولتها⁶⁰.

⁵⁷ الفصل 40 من قانون 1995/04/17 .

⁵⁸ الفصل 22 من مجلة الشغل

⁵⁹ Classe F, 2/3/1999- G P 1988,2,482 .



حرصا على مساعدة المؤسسة على مواصلة نشاطها عمد المشرع إلى إعطاء القاضي وبصفة آمرة صلاحيات تأجيل ديون المؤسسة و تأجيل دفع الديون في هذا الصدد هو إجراء يذكرنا بجدولة الديون بعد المصادقة على التسوية الرضائية.

لكن المشرع استثنى من جدولة الديون المبالغ الواردة بالفصلين 564 و 566 بإحالة من الفصل 43 من قانون 1995 و أحكام هذا الفصل آمرة لا تفسح المجال للاجتهاد. و هو يتعلق بالديون الراجعة للعملة و المستخدمين والتجار و نواب التجار المتجولين، و ممثلي التجارة في حدود الجزء، الذي لا يقبل الحجز و كذلك الديون المنصوص عليها بالفصل 199 م ح ع ما عدا المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب و أداءات مختلفة.

أما الاستثناء الثاني، فهو متروك لاجتهاد المحكمة و هي الديون الصغيرة في حدود 5% من جملة الديون، و تكون الأولوية للدين الأقل مبلغا، و لا ينطبق هذا الاستثناء على الديون التي تتجاوز نصف واحد بالمائة من جملة الديون التي كانت موضع حلول أو دفعت من الغير.

و إضافة لهذه الضمانات القضائية الهادفة لانجاح برنامج الإنقاذ يمكن للمحكمة اتخاذ ضمان آخر يتمثل في تحقيق استمرارية العمل بالعقود طبق الفصل 38 الذي كرس مبدأ العمل بالعقود الجارية ما لم يقع إنهاؤها من طرف القاضي المراقب و ذلك خلال فترة المراقبة.

و تضع المحكمة على كاهل المدين عدة التزامات أهمها الوفاء بالديون التي تمت جدولتها. و يتبين جليا من خلال الفصل 46 أن المشرع رتب عن عدم وفاء المدين بالتزاماته المالية حق الدائن في إجباره على الوفاء بالطرق القانونية الأخرى. و يبدو أن الطريقة الوحيدة المخولة للدائن أمام منعه من فسخ العقد أو التفويت فيما حجرت المحكمة التفويت فيه هي إجراء عقلة على المكاسب غير الممنوع بيعها و غير الضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة فإذا لم

يتحصل نشاط المؤسسة فإذا لم يتحصل على مستحقاته يمكنه القيام بإبطال البرنامج المصادق عليه.

و يترتب عن التصريح بإبطال برنامج الإنقاذ إعادة إجراءات التسوية القضائية لإحالة المؤسسة للغير.

الفقرة الثانية: الإنقاذ على أساس إحالة المؤسسة للغير

إن إحالة المؤسسة للغير تمثل المرحلة الأخيرة من مراحل التسوية القضائية، و تعد إنقاذاً لأنها تمكن المؤسسة من تلافي التفليس، و لا تصادق المحكمة على برنامج الإنقاذ إلا إذا تعذر إنقاذ المؤسسة على أساس مواصلتها لنشاطها و بقاء مسيرها رأسها طبق الفصل 47 جديد.

و تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية هامة في تحديد عملية الإحالة غير أنها تتدخل كذلك على مستوى تنفيذ الإحالة.

تحديد القاضي لعملية الإحالة .

لا يمكن للمحكمة قبول العروض الواردة بعد الآجال المعينة لذلك مع العلم و أن المشرع الفرنسي نص على ضرورة أن يقع تفحص العروض في ظرف 15 يوما من يوم تلقيها.

و تقوم المحكمة بتفحص العروض المقدمة و اختيار أحدها الذي يضمن " أكثر من غيره" استمرار مواطن الشغل و تغطية الديون فالمحكمة لابد أن تقوم بتقييم شامل من حيث



الملاءمة الاقتصادية آخذة بعين الاعتبار مصالح كل الأطراف على أن خلاص كل الديون ليس شرطاً لقبول العرض.

لابد للمحكمة عند تحريها عن الشخص المحال له من أن تثبت من كونه لا ينتمي للقائمة التي حبر عليها المشرع تقديم عروض شراء المؤسسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة وهم: مسير المؤسسة و قرينه و أصوله و فروعه و أقاربه من الدرجة الثانية و أصهاره . و كذلك المتصرف القضائي و الخبير و مراقب التنفيذ و لقد نظم المشرع هذه الموانع حتى لا يقوم مسير المؤسسة باسترجاع المؤسسة بعد تطهير ديونها مستغلاً بذلك الفوائد التي قدمها هذا القانون و كذلك حتى لا يغلب المتصرف القضائي و مراقب التنفيذ مصالحهم الشخصية على مصلحة المؤسسة و هذه الموانع وقع تكريسها أيضاً في القانون الفرنسي.

و قرار إحالة المؤسسة قابل للطعن طبق الفصل 53 جديد من القانون عدد 63 لسنة 1999 بالاستئناف أو الاعتراض في أجل 20 يوماً من تاريخ نشره بالرائد الرسمي و ذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي ضيق من طرق الطعن في قرار الإحالة بأن جعله مقصوراً على استئناف النيابة العمومية أو مراقب الحسابات.

و كما تحدد المحكمة المحال له، تقوم كذلك بتحديد محتوى الإحالة إذ نصّ الفصل 47 جديد على أن الإحالة يمكن أن تشمل كل المؤسسة أو فرعاً من نشاطها أو مجموعة فروع متكاملة مع بيع الممتلكات التي لم تشملها الإحالة . فالإحالة إذن قد تكون كاملة أو جزئية.

والإحالة الكاملة تشمل كل عناصر المؤسسة المادية و المعنوية و بالتالي فهي قابلة للتطبيق على كل أنواع الشركات، و تعتبر هذه الإحالة هي مواصلة لنشاط المؤسسة.



و لابد أن تشمل الإحالة الكاملة كل أموال الشركة المخصصة لنشاطها سواء كانت مادية أو غير مادية كبراءات الاختراع و العقود.

أمّا فيما يتعلق بالإحالة الجزئية، فهي ممكنة عندما تكون المؤسسة تمارس عدة أنشطة اقتصادية مستقلة عن بعضها البعض و بالرجوع لقانون 17-04-1995 المنقح بقانون 25 جويلية 1999 نجد أن المشرع قد نظم نوعين من الإحالة الجزئية فهي : إما إحالة جزئية تتم في إطار برنامج إنقاذ على أساس مواصلة النشاط . و إما إحالة جزئية لا تهم كل فروع النشاط بل بعض فروعها إذا كانت مستقلة و تامة.

و سواء تعلق الأمر بإحالة كاملة أو جزئية فإن المحكمة تتولى تحديد العقود اللازمة لتنفيذ برنامج الإحالة إذ أن العقد يعتبر مالا من أموال المؤسسة بالمعنى القانوني للكلمة و ينص الفصل 47 في فقرته الثالثة " و تحدد المحكمة العقود الجارية للمؤسسة و الضرورية لمواصلة النشاط بناء على طلب مقدمي العروض"

و تجدر الإشارة إلى أن عبارة العقود وردت مطلقة بحيث لم يقع تقييدها بصنف معين من العقود. و نتساءل في هذا المجال هل بإمكان المحكمة إن تستغني بناء عن طلب صاحب العرض عن بعض عقود الشغل بدعوى أنها غير ضرورية لمواصلة النشاط ؟ هنا وجب التذكير بأن الهدف الأول هو مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها و الوفاء بديونها و بالتالي إذا استوجبت مواصلة النشاط التخلي عن بعض مواطن الشغل يتجه تغليب الهدف الأول على الثاني.



و تقتصر إحالة العقود الموازية لإحالة المؤسسة على إحالة العقود الجارية فقط ،
فالعقود التي تم تنفيذها قبل الإحالة أو العقود التي فرض القانون استمراريتها أثناء فترة المراقبة
وانتهت بانتهائها غير قابلة للإحالة .

و حتى تتم إحالة العقود لا بد من توفر شرط كونها ضرورية لمواصلة النشاط ،
ويخضع تقدير الضرورة و التأكد، لمحض اجتهاد المحكمة و هي مسألة موضوعية واقعية لا
رقابة فيها لمحكمة التعقيب .

و يمكن للمحكمة أن تحدد العقود التي سيقع إحالتها بناء على عرض المحال كما يمكنها
الأخذ بمقترحات المتصرف القضائي في نصوص العقود، و انه هو الذي تولى إعداد برنامج
الإحالة.

و إذا ما أحييت العقود الجارية و الضرورية لمواصلة المؤسسة لنشاطها فإن تنفيذها يتم
بنفس الشروط المتفق عليها و لا يمكن للمحكمة إحداث تغييرات عليها.

فالمحكمة حين تثبت في إحالة المؤسسة محددة المحال له، و عملية الإحالة ذاتها يتخذ
قرارها شكل حكم قضائي لا بد أن يخضع لمقتضيات الفصل 123 م م ت .

كما أن مبدأ المواجهة وحق الدفاع محفوظان طوال الإجراءات، و رغم أن المحكمة
تتخلى عن حيادها فإن ذلك لا يعدّ مساساً بمبدأ المواجهة باعتبار أن الحكم قد سبقته مرحلة
مفاوضات لإعداد البرنامج و يشارك فيها المعنيون بهذه الإجراءات .

و يجب على المحكمة تعليل اختيارها رغم مطلق سلطتها التقديرية في الاختيار. ما
يمكن قوله هو أن برنامج الإحالة و ان كان إرادياً، تعاقدى المنشأ فإنه لا يكتسب قوة نافذة إلا
بالحكم القضائي.

غير أن تدخل القاضي يمتد إلى ما بعد صدور الحكم ليتابع تنفيذ الإحالة .

متابعة القاضي لعملية تنفيذ الإحالة.

تطبيقا لمقتضيات الفصل 49 يبرز أن الإحالة تفضى إلى أثرين هامين: أولهما انتقال ملكية المؤسسة و ثانيهما تطهيرها من جميع الديون و الترسيمات السابقة. و تتابع المحكمة سير عملية تنفيذ الإحالة و تشرف عليها.

فالمؤسسة تنتقل ملكيتها للمحال له وهو اثر منطقي لعملية الإحالة و الفصل 49 نص على أنه " تنتقل ملكية المؤسسة إلى المحال له بمجرد وفائه بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن". و هكذا يفرق القضاء التونسي بين تكوين الإحالة يوم التصريح بالحكم، و بين تنفيذها بانتقال الملكية و تنفيذ المحال له لالتزاماته، وهو ما استقرت عليه المحاكم التونسية إذ اعتبرت المحكمة الابتدائية بمدنين أن البيع يكون ناجزا بعد تحرير كامل الثمن و الزام المحال له بضمان عقود الشغل للعملة و الفنيين.

غير أن انتقال الملكية قد تعترضه عديد الصعوبات، كبنود الموافقة و الشفعة les clauses d'agrément et de preemption فهذه البنود تمنع دخول أي شريك جديد للمؤسسة بشرائها لأسهمها دون الحصول على موافقة بقية الشركاء. وفقه القضاء التونسي مازال مترددا في قبول هذه البنود إذ انه حتى في صورة قبولها فإن ذلك يتم بصفة ضيقة في غياب نصّ تشريعي واضح ينص عليها.

كما ان هذه البنود هي تعبير عن ارادة الشركاء و لا يمكن تغيب هذه الإرادة على قواعد آمرة نصّ عليها قانون 1995.



ما يمكن قوله إذن هو انه كلما تعارض بند تعاقدى مع اهداف قانون انقاذ المؤسسات يقع تفضيل الأهداف التشريعية على أساس انها قواعد أمرّة.

إن احالة المؤسسة في اطار قانون انقاذ المؤسسات لا تؤدي إلى انتقال الملكية فحسب بل أيضا إلى تطهير المؤسسة من ديونها.

بعد دفع الثمن من قبل المحال له يقوم مراقب التنفيذ بحجزه لفائدة الدائنين، و يتولى توزيعه عليهم في ظرف شهر ان لم يكن هناك نزاع، و في صورة وجوده يطبق احكام الفصل 464 وما يليه من مجلة المرافعات المدنية و التجارية. و الملاحظ ان هذا الفصل قد استعمل عبارة الدائنين دون أن يفرق ان كانوا عاديين أو ممتازين ، سابقين لفترة المراقبة أو لاحقين لها.

غير ان التزامات المحال له لا تقتصر على دفع الثمن، بل انه يتحمل ايضا التزامات اقتصادية و اجتماعية ذلك انه تعهد بضمان مواصلة المؤسسة لنشاطها و المحافظة على مواطن الشغل بها. فالمحال له يختار حلاً معيناً في العرض الذي قدمه للمحكمة، وهو مطالب بأن يحترم الالتزامات التي تعهد بها في عرضه و أي اخلال منه سيترتب عنه عدم انتقال ملكية المؤسسة له ذلك أن الفصل 49 استوجب وفاءه " بجميع التزاماته".

كما يتحمل المحال له التزامات اقتصادية، و لتحديد لها لابد من الرجوع إلى العرض الذي تقدم به المحال له، و خلافا لذلك فإن المشرع التونسي لم يحدد مضمونها تاركا الحرية للمحال له لتحديد عرضه.

و هكذا فإن إحالة المؤسسة للغير هي طريقة لإنقاذها إذ انها تسمح بمواصلة المؤسسة لنشاطها، غير ان عدم امكانية انقاذها تفضي بها حتما إلى التفليس أو التصفية.



المبحث الثاني:

تقرير تفليس المؤسسة أو تصفيتها

بعد فشل كل الجهود و الإمكانيات لتحقيق انقاذ المؤسسة و النهوض بها لا يبقى أمام المحكمة من حلّ سوى التصريح بتفليس المؤسسة أو تصفيتها طبق الفصل 40 من قانون 17-1995-04 فالتفليس هو المصير الأخير للمؤسسة التي تعذر انقاذها.

يتضمن الحكم القاضي بالتفليس تعيين المحكمة عضوا من أعضائها كحاكم منتدب و يتولى القاضي الحل محل المدين المفلس الذي يقع رفع يده عن المؤسسة ليقوم بإدارة مكاسبه كما يتولى القاضي تحديد مال الفلسة .

الفقرة الأولى: إدارة مكاسب المفلس.



يتولى الحاكم المنتدب إدارة مكاسب المفلس ، و أول الأعمال التي يجريها هي جملة الأعمال التحفظية و ذلك بوضع الاختام على مخازن المفلس و مكاتبه و ملفاته و دفاتره وأوراقه ومنقولاته و أمتعته .و يشرف الحاكم المنتدب للفلسة على هذه العملية .إلا أنه يمكنه أن يعهد بهذه المهمة إلى حاكم الناحية الذي وقع اتخاذ هذا التدبير بمنطقته، تحقيقا للسرعة في انجاز هذا الاجراء.

و يهدف اجراء وضع الاختام إلى منع المدين من تهريب أمواله.

و لقد كرّس المشرع استثناءين لوضع الاختام ضمن الفصلين 478 و 479 حيث امكن للحاكم المنتدب بطلب من الأمين أن يعفيه من وضع الاختام . و الاستثناءين المذكورين يتعلقان إما بأسباب انسانية، ذلك انها تتعلق بأمتعة ضرورية للمفلس و عائلته، و إما لأسباب تهم مصلحة الدائنين. إذ يحرص الحاكم المنتدب في اطار حماية مصلحة الدائنين على رفع الاختام عن كل ما يهم تجارة المفلس من أشياء صالحة للتجارة و دفاتر ووثائق مفيدة، ذلك انه سيواصل إدارة مكاسب المفلس و لن يتسنى له ذلك إلا بالحفاظ على كل ما من شأنه أن يساهم في مواصلة المؤسسة لنشاطها حتى يقع خلاص دائنيها.

كما يقوم الحاكم المنتدب باستخراج الأوراق التجارية التي تحتوي على ديون المفلس المؤجلة لأجل قريب الحلول، أو التي تستوجب لأعمال تحفظية ثم يسلمها للأمين لإستيفاء مبالغها .

و في نفس التوجه يرخص الحاكم المنتدب لأمين الفلسة بأن يقوم ببيع الأشياء المعرضة للفساد أو لنقص محقق في قيمتها أو التي تستلزم نفقات مشقة لحفظها.



و قد منح الحاكم المنتدب سلطة واسعة في تحديد الأشياء التي تستوجب عليه الاذن ببيعها، وقد يستعين في ذلك بآراء الأمين أو الدائنين أو حتى المفلس و المراقبين . و عادة ما تتم هذه البيوعات بناء على مطلب مسبق من أمين الفلسة إلا أنه في استطاعة الدائنين طلب ذلك إذا تبين لهم أن هذا الأخير قد أهمل القيام بها.

ووضع الأختام قد ينجز عنه عواقب و خيمة بالنسبة للمدين إذ قد يفسر ذلك بعدم تحصله على ما يعوله هو و أسرته، لذلك يمكن للأمين أن يقترح معونة غذائية للمدين و أسرته ويتولى الحاكم المنتدب تحديدها.

يأخذ القاضي المنتدب بعين الاعتبار في تحديد المعونة عدة عناصر أهمها مصادر أموال الفلسة و الحالة المادية للمدين و حسن نيته، ذلك أنه إذا تبين أنّ المدين قد عمد إلى تحويل جزء من أمواله قبل صدور الحكم يكون طلبه مرفوضا.

و يحدد القاضي المنتدب قيمة المعونة و طريقة وزمان اسنادها على أنها تبقى وقتية ذلك أن هذا القرار يقتصر على الفترة التحضيرية.

و يلعب الحاكم المنتدب في هذا الطور من الاجراءات، دورا تحقيقيا هاما: ذلك أنه يقوم بجمع كل المعلومات و الإرشادات فيما يتعلق بتحرير الموازنة و الأسباب و الظروف التي أحاطت بالفلسة بوجه عام، و يستوفي الحاكم المنتدب هذه المعلومات من المفلس و أعوانه و من كل جهة يمكنها امداده بهذه المعلومات و يستغل هذه المعلومات في عملية تحرير الموازنة .

ووضع الاختام هو اجراء تحفظي و تمهيدي لعملية الإحصاء، و المقصود بعمليات الإحصاء كل الأعمال و الإجراءات التي تهدف للبحث عن أموال المفلس و تعدادها قصد توفير أكثر ما يمكن من الضمانات للدائنين.



و عملية الاحصاء، لا تقع بمعزل عن المتدخلين في الاجراءات، إذ يقع استدعاء المدين لحضورها كما يمكن لأعضاء النيابة العمومية أن يتوجهوا إلى مقرّ المفلس للوقوف على تحرير قائمة الاحصاء .

أما إذا توفي المفلس قبل الحكم بتفليسه أو قبل تحرير قائمة الاحصاء فيقع عندئذ استدعاء الورثة لحضور هذه العملية.

و تلعب النيابة العمومية دورا هاما على هذا المستوى فهي لا تكتفي بتسجيل حضورها بل لها أن تطلب الاطلاع على الحجج و الدفاتر أو الوثائق الخاصة بالفلسة. فالمشرع استعمل عبارة " الوقوف على تحرير قائمة الإحصاء " الشيء الذي يعني أن حضورها ايجابيا و ليس سلبيا.

اضافة إلى أعمال وضع الاختام و الإحصاء يتولى القاضي المنتدب للفلسفة اتخاذ قرار بشأن الديون، وذلك بعد أن يتولى أمين الفلسفة اختبار الديون و تحريرها. و إذا استراب الأمين في الدين كله أو بعضه فإنه يعلم الدائن بذلك بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ و على الدائن أن يقدم ايضاحاته الكتابية أو الشفاهية في خلال 8 أيام.

ثم يتولى أمين الفلسفة عرض مقترحاته على الحاكم المنتدب الذي يتخذ قرار بشأن كل دين من الديون مصحوبا بجدول الديون الممتازة، و بهذا يكون القاضي المنتدب هو وحده المختص بتقرير مدى استحقاق الدين على المفلس و إن كان حريّا بالقبول أو لا و قراره هذا قابل للمعارضة أو التظلم لدى كتابة المحكمة في أجل 10 أيام من تاريخ نشر جدول الديون التي اختبرها أمين الفلسفة، و للمفلس الحق في ذلك أيضا.



و بعد اتخاذ الحاكم المنتدب لقراره بخصوص الديون، يتولى أمين الفلسفة تسليم جدول الديون التي اختبرها إلى كتابة المحكمة مع الإشارة إلى مقترحاته، و قرار الحاكم المنتدب، وذلك خلال 3 أشهر من تاريخ صدور الحكم بالتفليس على الأكثر. إلا أن الفقرة الثانية من نفس الفصل تنص على أنه يمكن تجاوز هذا الأجل بقرار من الحاكم المنتدب في ظروف استثنائية خاصة أي في الحالات النادرة إلا أنه بالرجوع إلى التطبيق نجد أن العكس هو الصحيح، ذلك أنه من العسير على أمين الفلسفة أن يفرغ من تحقيق الديون خلال ذلك الأجل.

و يمكن القول أنه في صورة ما إذا سبقت تسوية قضائية إجراءات التفليس فإن أمين الفلسفة له أن يستعين بقائمة الدائنين التي يعدها القاضي المراقب أثناء إجراءات الإنقاذ القضائي. و بعد انتهاء أجل المعارضة أو التظلم المنصوص عليه بالفصل 501 م.ت يقرر الحاكم المنتدب نهائيا قفل جدول الديون و يكون هذا القرار المنطلق لتعيين قبول الدائن في المحاسبة ولتحديد مبلغ دينه المعتمد. و ما وقع قبوله نهائيا من دين بجدول الديون الذي يقرر قبوله الحاكم المنتدب بعد انقضاء الأجل الوارد بالفصل 501 يكتسي مبدئيا صبغة باتة ولا يمكن الطعن فيه إذ أن القبول يعتبر بمثابة عقد رضائي يتم إبرامه تحت اشراف الحاكم المنتدب بين الدائن المقبول و أمين الفلسفة.

أما الديون المتنازع فيها فهي تحال بسعي من الكاتب على أقرب جلسة للمحكمة للفصل فيها بالاستناد إلى تقرير الحاكم المنتدب. و يقع إعلام الخصوم بتاريخ هذه الجلسة بواسطة الكاتب قبل انعقادها بخمسة أيام على الأقل، بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ. و إلى جانب هذه الإجراءات التحفظية التي يقوم بها المدين يمكن للحاكم المنتدب أن يقرر



مواصلة نشاط المفلس ذلك أنه من نتائج الحكم بالتفليس رفع يد المفلس عن أمواله وإقالته من ممارسة نشاطه المعتاد.

المشرع سحب رفع اليد على جميع مكاسب المدين، إذ يجرده مبدئياً من التصرف وإدارة الممتلكات، سواء كانت مخصصة لتعاطي النشاط التجاري أو مكرّسة للأعمال المدنية . الفصل 457 م. ت جعل رفع اليد يشمل حتى الأموال المستقبلية التي قد يتحصل عليها بعوض أو بدونه.

غير أن هذا المبدأ ليس مطلقاً بإعتبار أن المشرع قد أورد حالات لا تكون فيها الأموال التابعة للمحكوم عليه بالإفلاس مشمولة برفع اليد، و هي حالات متعددة من ذلك أن الفصل 458 م ت تضمن أن رفع اليد لا يشمل المكاسب التي قرر القانون عدم قابليتها للحجز . فالقانون التونسي و لإعتبارات إنسانية لم يجرد المدين المفلس من جميع أمواله. إذ ترك ما يلزمه وعائلته من الثياب و الأدوات و الآلات و غيرها ... كما أن الأموال التي ليست ملكاً للمفلس غير مشمولة برفع اليد.

كذلك تعتبر الأموال الناشئة عن ممارسة نشاط جديد خارج عن مجال انطباق رفع اليد. و لقد نص على هذا الاستثناء الفصل 458 ثانياً من المجلة التجارية الذي يمكن أن نستشف منه أن هناك تحويل للمفلس بأن يتعاطى نشاطاً جديداً. و هو أمر منطقي لأن غل اليد لا يعني مطلقاً فقد الأهلية، يضاف إلى ذلك أنه في ممارسته لنشاط جديد فائدة تعود لا على المفلس فقط بل وكذلك على جماعة الدائنين خاصة و أن القضاء و الفقه و التشريع المقارن اشترطوا أن يكون استغلال هذه التجارة بغير أموال الفلسة .



هذا و نشير إلى أنّ المفلس ليست له الحرية المطلقة في التصرف في الأرباح التي يتحصل عليها من ممارسة نشاط جديد، بل لا يأخذ من تلك الأرباح إلا ما يحتاج إليه لأجل نفقته و نفقة عائلته التي يعهد للقاضي المنتدب تقديرها عملا بالفصل 458 م.ت.

كما يشمل رفع اليد بعض الدعاوى و الحقوق . لقد أورد الفصل 457 " كل ما يتعلق بأموال المفلس من دعاوى و حقوق لا يمكن ممارستها إلا عن طريق أمين أو سنديك."

فرفع اليد ينجر عنه حرمان المفلس من مباشرة الدعاوى المتعلقة بمكاسبه، و إحالة هذا الحق على أمين الفلسة. غير أنه بالتثبت في الفصلين 457 و 458 من المجلة التجارية نلاحظ أن هذا الحرمان ليس مطلقا من ذلك أن الدعاوى المتعلقة بإجراءات التفليس مرتبطة ارتباطا وثيقا بشخص المفلس. فله وحده القيام بها دون تدخل من أمين الفلسة . لذا فله تقديم الطعون في كل ما يتعلق بإجراءات الفلسة التي لمصلحته الشخصية كالإعراض على جدول الديون. ما نلاحظه هو أنه وفق مقتضيات الفصل 480 يمكن للمحكمة أن تأذن بمواصلة الاستغلال التجاري و الصناعي للمفلس، و ذلك لتفادي تردي الوضعية المالية للمفلس. و يكون ذلك بطلب من المدين و اعتمادا على تقرير من الحاكم و فيما إذا استوجبته بحكم الضرورة المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين.

علاوة على إدارة مكاسب المدين المفلس يتولى القاضي كذلك تقرير مآل الفلسة .

الفقرة الثانية: تقرير حلول الفلسة :

نص المشرع التونسي على عدة حلول لإنهاء الفلسة :



الحل الأول : الصلح البسيط : على الحاكم المنتدب في 3 أيام من قفل جدول الديون و إن كان هناك نزاع ففي 3 أيام من صدور الحكم على مقتضى الفصلين 502 و 503 أن يستدعي بواسطة الكاتب الدائنين الذين اعتمدت ديونهم للمداولة في عقد الصلح .

و تنعقد الجمعية برئاسته في المكان و الساعة التي يعينها.

و لا بدّ أن يحرص الحاكم المنتدب على استدعاء المفلس شخصيا. و تفتتح الجلسة بتلاوة أمين الفلسة تقريرا على حالة الفلسة و عن الموجبات التي تمت، و العمليات التي أجريت، ثم تعطى الكلمة للمفلس. و لا بد للأمين من تقديم تقريره كتابة إلى الحاكم المنتدب، كما يقع تحرير محضر يتضمن تصريحات المتدخلين و القرارات المتخذة بهذا الشأن. و التوقيع على الصلح لابدّ أن يتم في الجلسة نفسها، و لقد اشترط المشرع وقوعه من الدائنين أصحاب 3/2 مجمل الديون التي اعتمدت نهائيا أو مؤقتا. و لا تدخل في الحساب لتكوين الأغلبية ديون قرين المدين أو أصوله أو فروعه و لا ديون حواشيه وأقاربه و أصهاره إلى الدرجة الرابعة.

و لقد نص المشرع على امكانيات الصلح التي يمكن اعتمادها من قبل المدين و دائنيه كتقسيط الديون أو إسقاطها، على أن الإسقاط يبقى على عاتق المدين التزاما طبيعيا خاضعا للفصل 74م. إ. ع.

و لابد للصلح أن يقدم للمحكمة لإمضائه، و يمكن تقديمه من أحرص الخصوم بعد انقضاء أجل الاعتراض عليه: و هو 8 أيام . و على الحاكم المنتدب في هذه الصورة تحرير تقرير في بيان خصائص الفلسة و جدارة الصلح بالقبول.

و الصلح لا ينتج أثاره ، إلا متى صادقت عليه المحكمة و ذلك للتحقق من مراعاة القواعد المقررة قانونا لعقد الصلح و حماية مصالح أقلية الدائنين الذين عارضوا في الصلح و



مصالح الدائنين الغائبين ورعاية المصلحة العامة التي تقتضي عدم منح الصلح لتاجر لا يستحقه⁶¹.

و الحكم بإمضاء الصلح يصيره نافذا في حق جميع الدائنين، لكن الصلح لا يعارض به الدائنين الممتازين أو الموثقة ديونهم برهن، إذا لم يتنازل عنه أصحابه و لا الدائنون العاديون الذين نشأت ديونهم أثناء مدة الفلسة.

و إذا اتصل القضاء بحكم امضاء الصلح تزول نتائج الفلسة و تنتهي مهمة الأمين، ويتولى ارجاع الحساب النهائي للمفلس بحضور الحاكم المنتدب، فتجرى فيه المناقشة، و يتقرر قفله ثم يسلم الأمين للمفلس أمواله و دفاتره و اوراقه و أمتعته و يحرر له هذا الأخير و صلا في تسلمها. كما يقرر الحاكم المنتدب محضرا في جميع ماذكر و تنتهي بذلك مهمته و لا تكفي المحكمة بالتدخل لإمضاء الصلح بل أنها تتدخل كذلك عند تنفيذه، إذ يمكنها تعيين وكيل منتدب أو أكثر للسهر على تنفيذه و تتولى تحديد مهمتهم.

يمكن لكل دائن طلب التصريح بإبطال الصلح بعد الحكم بإمضائه، إذا كان مبنيا على تدليس أو كان ناتجا عن إخفائه مال المفلس، أو المبالغة في الديون المطلوبة منه، و ذلك في خلال عامين بعد اكتشاف التدليس.

كما يمكن طلب فسخ الصلح من المحكمة التي حكمت بإمضائه و ذلك عند عدم تنفيذ المفلس لشروط عقد الصلح، و يكون ذلك بحضور الكفلاء بعد استدعائهم بمكتوب مضمون الوصول مع الإخطار بالتبليغ. و الحكم بفسخ الصلح لا يبرئ ذمة الكفلاء، و ينتج عن الحكم بفسخ الصلح أو ابطاله تعيين حاكم منتدب، و تعاد اجراءات الفلسة: من وضع الإختتام و تحرير احصاء تكميلي للديون الجديدة، و يسترجع الدائنون السابقون عن الصلح جميع حقوقهم التي لهم

⁶¹ جريدة قیقة: الصلح الاحتياطي و الصلح البسيط و الإفلاس المعهد الأعلى للقضاء 7 و 8/ 1993



على المفلس دون غيره لكنهم لا ينضمون إلى جماعة الدائنين إلا في حدود نسب حددها المشرع
صلب الفصل 530 م.ت.

الحل الثاني: الصلح بتنازل المفلس عن ماله: و ينتج عن هذا الصلح نفس النتائج الناجمة عن
الصلح البسيط، ولأسباب نفسها يمكن إبطاله أو فسخه، و تتم تصفية أموال المفلس طبقا لأحكام
الفصل 533 و ما بعده من المجلة التجارية أي تنطبق عليه الفصول المتعلقة بإتحاد الدائنين
ويسلم إلى المدين من حاصل بيع الأموال المتنازل عنها مازاد عن الديون المطلوبة منه.

الحل الثالث : ختم الفلسة لإنعدام مصلحة جماعة الدائنين : و هي الحالة التي يقوم فيها المدين
بدفع ديون جميع الدائنين، أو اثبت أنه أودع تحت يد الأمين المبلغ الواجب عليه أصلا وفائضا
ومصاريف للدائنين الذين طلبوا تحصيلهم.

و لا بد لإصدار الحكم بختم الفلسة لإنعدام مصلحة الدائنين أن يقوم الحاكم المنتدب
بتقرير يبين فيه توفر أحد هذين الشرطين. و يكون هذا التقرير هو سند الحكم، و تنتهي به
الإجراءات بصفة باتة و تعاد للمدين جميع حقوقه و تزاح التحاجير التي تسلّطت عليه و تفك
عنه الرهون المترتبة لجماعة الدائنين.

الحل الرابع : اتحاد الدائنين: و ذلك في صورة عدم عقد صلح، أو إذا امتنعت المحكمة من
امضائه، فالحاكم المنتدب في هذه الحالة يتولى استشارة الدائنين حول أعمال الإدارة و منح
المفلس إعانة و الإبقاء على الأمين او تعويضه بغيره ثم يحرر محضرا في أقوالهم
وملحوظاتهم. و تتولى المحكمة الفصل في المسألة بعد أن تطلع على المحضر المذكور
ويستدعي الحاكم المنتدب الدائنين المتحدين للإجتماع مرة واحدة على الأقل في السنة الأولى
وكذلك السنوات التي تليها، و على الأمين أن يقدم أثناء الإجتماعات الحسابات عن إدارته.



و يوزع مال المفلس على جميع الدائنين بحسب نسبة ديونهم التي وقع اختبارها واعتمادها وذلك بعد طرح النفقات و المصاريف و إعانات المفلس و المبالغ التي دفعت للدائنين الممتازين و يقع الاحتفاظ بالمناب الذي يناسب الديون المتنازع فيها على أن يفصل نهائيا في أمرها.

و بعد الانتهاء من تصفية مال المفلس يتولى الحاكم المنتدب استدعاء الدائنين للإجتماع و يقدم الأمين حساباته و في خاتمة هذا الإجتماع الأخير ينحلّ هذا الاتحاد بمفعول القانون ويسترجع الدائنون بعد ذلك حقهم في القيام بدعاويهم منفردين.

الحل الخامس : ختم الفلسة لعدم كفاية مال المفلس : يقوم الحاكم المنتدب بإعداد تقرير في ذلك يرفعه للمحكمة التي تتولى التصريح بهذا الحكم كما يمكنها أن تتولى ذلك من تلقاء نفسها. من آثار هذا الحكم هو أن يعود لكل دائن حقه في القيام بدعواه على انفراد و يمكن الرجوع في هذا الحكم ، إذا اثبت من يهمه الأمر وجود ما يكفي لتسديد النفقات التي تستلزمها عمليات الفلسة أو أودع بين يدي الأمين المبلغ الكافي لتسديدها و على القائم بالدعوى في هذه الصورة تسبيق المصاريف.

هكذا يتضح أن القضاء يضطلع بدور هام في تقرير حلول الفلسة سواء من خلال تدخل الحاكم المنتدب في الإجراءات و اعداده للتقارير أو من خلال تصريح المحكمة بالأحكام القاضية بتبني أحد حلول الفلسة .

والمحكمة غالبا ما تأخذ بعين الاعتبار الملاحظات التي ترد صلب تقرير القاضي المنتدب، لتكون لها بمثابة الدليل الذي يساعدها على اتخاذ القرار الذي من شأنه أن يراعي التوفيق اللازم بين جميع المصالح المتضاربة في اطار الفلسة.



والقاضي المنتدب بصفته عضو من أعضاء المحكمة التي أصدرت حكم التقليل،
يشارك في الفصل في المنازعة الناشئة عن الفلسة، و التي قدم بشأنها تقريراً إلى المحكمة يمكنه
أن يبسط رأيه أمامها لمزيد من التوضيح و لإقناع المحكمة بتبني موقفه و هو يتمتع في ذلك
بنفس الصلاحيات و الضمانات التي يتمتع بها باقي الأعضاء في الهيئة .

الجزء

الأول

تفعيل دور القاضي من خلال مجلة الشركات التجارية

خولت مجلة الشركات لكل ذي مصلحة حق القيام لدى القضاء لحماية حقوقه من كل اعتداء ذلك أن مكاسب الشركة ذاتها أو المتعاملين معها مهما كانت صفاتهم أو حتى الشركاء أنفسهم يمكن أن يستهدفوا إلى تجاوزات مختلفة، و بالتالي يكون جميعهم حريا بحماية المشرع. وذلك منذ طور تأسيس الشركة مرورا بمرحلة سيرها وصولا إلى تصفيتها. فالمشرع مكن المتضرر أو من كان حقه مهددا من آليات متعددة تمكنه من التصدي إلى أية عرقلة أو إخلال.



"المجال الذي تحتله الشركات في حياتنا، و شبكة المعاملات التي تنشأ من نشاطها يقتضي إيلاء الاهتمام اللازم لموضوع حماية حقوق المتعاملين معها، و كل الأطراف الذين لهم صلة مباشرة أو غير مباشرة بها، و بالتالي وضع القواعد الكفيلة بضمان تلك الحقوق و التصدي إلى كل محاولة للتعدي عليها أو الإضرار بها."

إن باب التقاضي مفتوح لكل من توفرت فيه الشروط القانونية، فالأصل أن يكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها عملاً بالقاعدة التي تقول "لا دعوى بغير مصلحة" فالمصلحة إذن مناط الدعوى و عليه فإنه يتعين على القائم بالدعوى أن تكون لديه منفعة قانونية يجنيها من وراء قيامها بها و يجب أن تكون المصلحة قائمة و حالة.

كما يجب أن تتوفر في القائم بالدعوى عنصر الصفة أي أن يكون صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه قانوناً.

كما أن الأصل في القائم بالدعوى أن تتوفر لديه أهلية التقاضي، إلا أنه يجوز في حالات معينة أن يكون شرط أهلية التقاضي ليس من الشروط الأساسية من ذلك مثلاً بالنسبة للقضاء الاستعجالي. و يعلل بعض الفقهاء ذلك بطبيعة الإجراءات في مادة القضاء الاستعجالي المتسمة بالسرعة لدرء الخطر قد تتعارض هذه الطبيعة مع المطالبة بأهلية القضاء العادي والتي يلزمها شروط معينة و لبعضها الآخر تراخيص تستغرق وقتاً طويلاً للحصول عليها.

تعد الدعاوى المخولة للمتضرر أو لصاحب الحق المهدد المجال الفسيح الذي يعكس مدى أهمية القضاء بالنسبة للشركات مهما كانت الوضعية التي تمر بها و مهما كان الوضع الذي يهددها، و مهما كان الخطر الذي ألم بها.



وعيا من المشرع التونسي بالدور الفاعل للقضاء في مجال الشركات منذ طور النشأة إلى حين التصفية تدخل بأشكال متنوعة و بإجراءات مختلفة و بحلول متعددة من خلال سنه للعديد من القوانين المتعلقة بالشركات منها قانون الإنقاذ و المجلة التجارية و القانون المتعلق بتنظيم السوق المالية، و قانون المنافسة و الأسعار... و المجال لا يتسع للتعرض لمجمل القوانين رغم أهميتها. إلا أنه بما أننا في إطار الشركات التجارية سنسلط الضوء على مجلة الشركات التجارية لعدة اعتبارات أهمها:

- أن مجلة الشركات التجارية تعد مصدر حديث ذلك أنه لم يقع بعثها إلا بمقتضى القانون عدد 93 المؤرخ في 03 نوفمبر 2000 .
- أن مجلة الشركات و كما يدل عليها عنوانها فهي تعنى بالشركات التجارية و التي تعتبر مجال بحثنا.
- أن مجلة الشركات التجارية وسعت في مجال تدخل القضاء في مادة الشركات سوى بالنسبة للقضاء الاستعجالي أو لقاضي الموضوع.
- مجلة الشركات أحالت في مواقع متعددة إلى القانون المتعلق بتنظيم السوق المالية، إلى قانون الإنقاذ، وإلى المجلة التجارية، و إلى المجلة الجنائية....
- و من هنا تعد إذن مجلة الشركات التجارية مكسبا تشريعيا هاما حاول المشرع من خلاله تجميع جملة، الأحكام المتعلقة بالشركات و بلورتها، و إرساء نظام متكامل و دقيق يمكن أن يوفر الحماية اللازمة للشركة و المتعاملين معها، سواء بصفة مباشرة، أو غير مباشرة.
- و تعد مجمل الدعاوى الممنوحة لصاحب المصلحة، هي أكبر الضمانات التي جاءت بها المجلة فتعددت الدعاوى، و اختلفت، و تنوعت، بحسب الحالة، أو الوضعية المعروضة، كما



اختلف الهيكل القضائي بحسب طبيعة النازلة المعروضة، و الحق المراد حمايته، و الخطر المشتكى منه. فالمجلة إذن مكنت المتقاضي من اللجوء إلى رئيس المحكمة للقيام بدعوى استعجالية أو استصدار إذن على عريضة إذا ما توفرت شروطهما (الفصل الأول) كما مكنت المتقاضي من حق رفع دعوى أمام قاضي الموضوع و بالتالي اتباع طرق التقاضي العادية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الدور الفاعل للقضاء الاستعجالي

في بعض الحالات ربما يقع الإضرار بمصالح الأطراف لو اتبعنا طرق التقاضي العادية والتي يخشى معها زوال الحق أو انقضاء المدة لأجل هذه الاعتبارات، تقرر إنشاء ما يسمى بالقضاء الاستعجالي.

فالمشرع بإنشائه للقضاء المستعجل فإنه قد راعى أن بعض الظروف و الأوضاع التي يتعرض لها النزاع و التي تجعل من التأخير في اتخاذ القرار فيها يكون سببا في الإضرار بمصالح الخصوم ضررا لا يمكن تلافيه، و رأى أن الاكتفاء بالالتجاء إلى القضاء العادي، وضرورة اتباع إجراءاته و مواعيده قد يكون غير ذي فائدة في كثير من الحالات. و إن



الواجب لتكون حماية السلطة القضائية وافية بقدر الإمكان، أن تتاح للخصوم فرصة الالتجاء للقضاء في أقل وقت ممكن، و في أي وقت كان، دون التقيّد بالإجراءات العادية للحصول على حكم يحمي مصالحهم، من غير أن يتعرض لحقهم الذي يبقى النزاع قائما بشأنه ليأخذ طريقه العادي أمام المحكمة المختصة، إذا كان قد رفع إليها أو يبقى مصونا حتى يحين وقت رفعه إلى القضاء فالقضاء المستعجل هو بطبيعته قضاء وقتيا لا يحسم النزاع بصفة نهائية و لا يحصل على قوة الشئ المقضى به، و يجوز تعديل الحكم الصادر فيه و الرجوع فيه حسب مقتضيات الأحوال و هو تبعا لذلك لا يمكن أن يقيد القاضي الذي ينظر في موضوع الحق، وإنما يكون مصيره معلقا بالمرجع النهائي للخصومة القائمة أو التي يمكن أن تقوم حول هذا الحق و بما ينتهي إليه أمرها.

و لما كان مبنى القضاء الاستعجالي هو التأكد فإنه لا يمكن الوصول إلى هذه الغاية أي المحافظة على صبغة التأكد إلا إذا كانت إجراءات التقاضي سريعة و مبسطة و لأجل هذا أقر المشرع إجراءات تتميز بالسرعة، و البساطة، بالمقارنة مع إجراءات القضاء العادي، وبقدر ما يكون موضوع القضية الإستعجالية محفوفًا بالتأكد، بقدر ما يقع تبسيط إجراءات التقاضي واستعجال النظر في الحكم.

ما تجدر ملاحظته في هذا السياق، هو أن إقرار القضاء الاستعجالي ضمن المجال التجاري وتحديدًا صلب مجلة الشركات التجارية له طابع مزدوج، ذلك أنه يشكل إستثناء لطرق التقاضي العادية المعمول بها عادة. و في ذات الوقت يشكل استثناء للقاعدة التي تمنح بمقتضاها إدارة الشركات لهياكلها الإدارية و أصحابها لتسمح بذلك للقضاء من حق التدخل في إدارة الشركات التجارية، ليتجاوز دور القضاء بذلك مجرد فصل النزاعات، و هذا الدور الفاعل



للقضاء مرده في حقيقة الأمر التطور الهام الذي شهده نشاط الشركات التجارية، ذلك أن الشركات لا يقتصر نفعها و ضررها على أصحابها فقط، بل يمتد إلى الاقتصاد الوطني بجميع فروع و جوانبه، و المشرع حريص كل الحرص على حماية الشركات و محاولة تقديمه مختلف الحلول لمختلف الاشكاليات التي قد تعترض نشاطها فسن بذلك عديد القوانين، و بالفعل تتالت القوانين المتعلقة بالشركات من ذلك القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 الذي أقر نظاما جديدا لإنفاذ المؤسسة التي تمرّ بصعوبات اقتصادية تدعم بالنتقيح الحاصل في 1999، ثم القانون عدد 35 بنفس التاريخ السابق الذي أحدث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية، و القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 المتعلق بالسجل التجاري، و القانون عدد 28 لسنة 1996 المؤرخ في 3 أفريل 1996 المنقح للفصل 411 من المجلة التجارية و الذي جاء مسائرا للقانون عدد 25 لسنة 1994 المؤرخ في 07/02/1994 المنقح لقانون 1967/12/07 المنظم لمهنة البنوك، كل هذه القوانين أخرجت القضاء عن دوره التقليدي و أسندته عديد المهام التي تتعلق بجميع المراحل و الأوضاع التي تعيشها الشركات و يتجسم الدور الناجز للقضاء أساسا من خلال مجلة الشركات الصادرة بمقتضى القانون عدد 93 المؤرخ في 2000/11/03 و ما يمكن ملاحظته بالنسبة للمجلة الجديدة التوسيع في مجال القضاء الاستعجالي أي تكثيف الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى رئيس المحكمة في حالات التأكد و ذلك قصد استصدار إذن على عريضة، أو القيام بقضية استعجالية، و سواء تعلق الأمر باستصدار إذن على عريضة أو بقضية استعجالية فإن رئيس المحكمة لن يبت في الأصل بل سيتفحص مدى توفر ركن الاستعجال، أو التأكد، و عند ثبوته



تتخذ قرارات فورية على أن الآليتان تتسمان بالاستعجال و بضرورة التدخل الفوري عن طريق إجراءات مبسطة وأجال مختصرة.

و تجدر الإشارة إلى أن مجلة الشركات التجارية أرست نوعا مستحدثا نصت عليه في بعض الحالات و هو لا يقتبس من القضاء المستعجل سوى سرعته و هو ما يعبر عنه بالنظر في القضية "وفقا للإجراءات المستعجلة"

سيقع التطرق إذن إلى :

- القضاء الاستعجالي العام
- القضاء الاستعجالي بنص خاص بمجلة الشركات التجارية.

الفرع الأول

القضاء الإستعجالي العام

المقصود بالقضاء الاستعجالي العام هو القضاء الاستعجالي كما جاءت أحكامه في مجلة المرافعات المدنية و التجارية في الفصل 201 و ما بعده.



حيث اقتضى الفصل 201 من م م م ت أنه "يقع النظر استعجاليا و بصفة مؤقتة في جميع حالات التأكد دون المساس بالأصل"

و ما نلاحظه في خصوص هذا الفصل هو إرساءه للشروط و الأسس التقليدية التي تبرر تدخل القاضي الاستعجالي، و نعني بها التأكد وعدم المساس بالأصل. فركن التأكد في القضاء المستعجل يتوفر كلما كان الحق المراد حمايته مهدّدا بالخطر، و الاندثار، و إن عدم التدخل واتخاذ الوسائل الوقتية من شأنه أن يلحق ضررا يصعب تداركه.

أما عدم المساس بالأصل فيعني امتناع قاضي الأمور المستعجلة عند اتخاذ الوسائل التحفظية الوقتية أن يمس بأصل الحق وجوهه أو أن يبت في أصل النزاع. و لقد قضت محكمة التعقيب في قرارها المدني عدد 11183 المؤرخ في 1974/06/24 أنه "إذا كان النزاع في الأصل يتعلق بإثبات الشركة بين الخصمين فليس للقاضي المستعجل أن يبت في وجود الشركة من عدمها وإن قضى بثبوت الشركة ورتب على ذلك نصب مؤتمن كان قضاؤه ماسا بالأصل و موجبا لنقض القرار⁶².

و نظرا لعدم وجود تعريف قانوني دقيق لركن التأكد و الاستعجال فقد برز خلاف بين فقه القضاء التونسي بخصوص هذا المفهوم لتبرير تدخل القاضي الاستعجالي في الشركة خفية الاسم فقد استجابت محكمة الاستئناف بسوسة في قرارها الصادر بتاريخ 14-01-1987 لطلب تسمية متصرف قضائي لشركة "هيل ديار" مع منحه الصلاحيات الضرورية لأحكام التصرف و المراقبة المستمرة في كلّ ماله مساس بالشؤون المالية و تقتصر مهمة الرئيس المدير العام على التسيير الإداري فقط و ذلك لوجود خطر ملم بالشركة و تهديدا لمصالح الشركاء.

⁶² قرار منشور بمجلة المرافعات المدنية و التجارية، تعليق الأستاذ بلقاسم القروي الشابي.



غير أن محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 14-03-1987 تحت عدد 17444 طعنا في الحكم الاستئنافي المذكور ذهبت إلى أنه ليس هناك نزاع خطير يهدد الشركة في كيانها أو يهدد مصلحتها كشركة خفية الاسم مادامت كل دواليبها تعمل بنظام و تتخذ قراراتها بالأغلبية المنصوص عليها بقانونها الأساسي و مرابيحها خير بكثير من الشركات أمثالها كما بين ذلك الخبير المنتدب من طرف المحكمة و اعتمدت محكمة الإحالة نفس التحليل و قضت برفض مطلب تسمية حارس قضائي مستندة أساسا على أن نصب مؤتمن عدلي يؤول إلى تعويض الأجهزة الإدارية بمدير تعيينه المحكمة و هو ما يعتبر بتا في طريقة الإدارة بما يخالف الاتفاق و القانون و يخرج القضاء الاستعجالي عن مهمته "حيث يتضح من أوراق الملف أنه لا وجود لخطر محقق بالشركة من شأنه أن يجرها إلى الإفلاس، أو الانحلال، خاصة و أن بعض ما تمسك به المستأنفون قد وقع تلافيه، و تداركه، و زال نهائيا بإقرار"⁶³

ما يمكن ملاحظته اذن هو أن القضاء الاستعجالي على معنى مجلة المرافعات المدينة والتجارية ضمن الفصول المذكورة مناطه التأكد و عدم المساس بالأصل و يمكن بالتالي تعريفه من خلال خصائصه بأنه " قضاء يتولاه قاض منفرد، تتميز أحكامه بأنها سريعة و منوطة بالتأكد ، و هي وقتية لا تمس بأصل الحق، و مع ذلك فهي أحكام قضائية تنازعية وليست ولائية ، لذا يجب تسببها، و لا تصدر إلا في مواجهة الخصوم، و هي ملزمة للطرفين بمقتضى مالها من حجة بينهما. و مقيدة للقاضي الذي أصدرها ، و لا يمكن الرجوع فيها أو تعديلها كليا أو جزئيا إلا بناء على عنصر جديد كواقعة جديدة، أو تغيير في مراكز الخصوم، و هي قابلة للاستئناف ، و مشمولة بالتنفيذ الوقتي بقوة القانون."

⁶³ حكم استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 80764 بتاريخ 26-10-1988 المجلة القانونية التونسية لسنة 1990 ص 409 تعليق الأستاذ محمد العربي هاشم.



هذا الصنف من القضاء الاستعجالي العام قام بحلّ العديد من الاشكاليات التي تعترض الشركات، و ذلك قبل صدور مجلة الشركات التجارية و تدخل القاضي الاستعجالي يعكس السلطات الواسعة و الهامة الممنوحة للقضاء، و ذلك من خلال تقدير عنصر التأكد و كذلك من خلال اتخاذ القرار المناسب دون المساس بالأصل.

رغم وجود القضاء الاستعجالي العام أو العادي فإننا نجد أن المشرع في بعض الأحيان يعمد إلى القضاء الاستعجالي بنص خاص ، و الذي سنقتصر فيه على النصوص التي جاءت صلب مجلة الشركات التجارية ، لأنها نصوص جديدة و تتعلق كلها بالشركات التجارية .

الفرع الثاني

القضاء الاستعجالي بنص خاص في مجلة الشركات التجارية



إنّ المقاربة بين القضاء الاستعجالي بنص خاص، و القضاء الاستعجالي العام جدية ، رغم أن الاختلاف ينحصر في جانبين اثنين أي أن وجه الشبه بين المجالين كبير إذا ما استثنينا عنصرين: فالقضاء الاستعجالي بنص خاص و كما تدل عليه تسميته ينحصر و يقتصر في الحالات المعينة بالنص الخاص و القاعدة العامة المعمول بها في النصوص الخاصة هو عدم امكانية تعميمها أي لا يجوز أن تمتد الحالة الواردة صلب نص معين إلى حالات أخرى بطريق القياس. بمعنى آخر أن كل حالة لم يرد فيها نص خاص يقع الرجوع فيها إلى النص العام، مع التذكير و أن الخاص يسبق عن العام، أي إذا وجدنا حالة معينة يمكن حلها بالرجوع سواء للنصّ الخاص أو للنص العام فلا يقع اعتماد سوى النصّ الخاص. أما و في حالة غياب النص الخاص فإنه يجب على القاضي الرجوع إلى النص العام أي تطبيق أحكام القضاء الاستعجالي العام ، و التحقق من توفر شروطه و هي التأكد و عدم المساس بالأصل.

أمّا نقطة الاختلاف الثانية بين القضاء الاستعجالي العام و القضاء الاستعجالي بنص خاص، فهي تتمثل في أنه خلافا للقضاء الاستعجالي العام فالأصل في حالات النصوص الخاصة أنه لا لزوم فيها لشرط التأكد ، فركن التأكد مفترض قانونا ، و ليس على القاضي فحص مسألة الاستعجال. أما مسألة عدم المساس بالأصل، فنقتضي أن لا يتناول القاضي الاستعجالي الحق الموضوعي تغييرا أو إلغاء ا على أن ذلك لا يمنعه من فحص حجج الأطراف فهو ينظر في الأصل و لا يمس الأصل فما يمكن ملاحظته إذن في هذا المجال هو أن القانون حين ينص في حالة معينة على الالتجاء إلى القاضي الاستعجالي يكون قد افترض في هذه الحالة توفر شرط التأكد ما لم يصرح أو يفهم منه خلاف ذلك.



بالرجوع لمجلة الشركات الصادرة بمقتضى القانون عدد 93 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 وتحديدا إلى النصوص الخاصة المتعلقة بالقضاء الاستعجالي بمقتضى نص خاص من القانون نجد أن جميع الحالات يكون فيها ركن التأكد مفترض بحكم القانون، و الحالة الوحيدة التي نصت فيها المجلة على هذا الشرط هي الحالة التي تتعلق بدعوة الجلسة العامة العادية للإنعقاد في الشركة خفية الاسم و الواردة صلب الفصل 277 حيث نص الفصل المذكور على ما يلي:

" تتم دعوة الجلسة العامة للإنعقاد عن طريق مجلس الإدارة الجماعية و عند الضرورة يمكن دعوتها عن طريق:

1- مراقب أو مراقبي الحسابات.

2- وكيل معين من المحكمة بطلب من كل من يهمه الأمر في حالة التأكد أو بطلب من مساهم أعدده مساهمين يكون مجموع مساهمتهم 15 % على الأقل من رأس مال الشركة ما يمكن ملاحظته في هذا السياق أن المشرع نص صراحة على عنصر التأكد صلب الفصل المذكور 277 من مجلة الشركات التجارية و الذي يتعلق تحديدا بالشركات خفية الاسم والوارد صلب الفرع الرابع تحت عنوان «الجلسات العامة»، و المشرع أورد في مرحلة أولى عبارة " و عند الضرورة " و في مرحلة ثانية عبارة " في حالة التأكد " والمعنى واحد بطبيعة الحال.

في هذا المجال ينبغي التأكيد على أن شرط عدم المساس بالأصل رغم عدم وروده صراحة أو ضمنا يبقى واجب التطبيق ، أي يبقى هذا الشرط واجب التوفر في القضاء الاستعجالي بنص



خاص ، لأن الحكم الإستعجالي الذي يصدر فيها وقتيا ، كما في الاستعجالي العام ، وهو وقتي لأنه لا يمسّ بالأصل، لكن يجوز للقانون أن يصرّح بخلاف ذلك.

لئن كان تصريح المشرع بشرط التأكد في فصل وحيد فإن المجال واسع الذي نص فيع على القضاء الاستعجالي بنص خاص، و الجديد الذي جاءت به مجلة الشركات التجارية هو التكتيف من حالات الإلتجاء للقضاء الإستعجالي عموما و القضاء الإستعجالي بنصّ خاصّ بصفة خاصّة. و هو ما يبرز الدور الذي منحه المشرع للقاضي و الثقة التي منحه إياها من خلال تمكينه من التدخل في أوقات حرجه ووضعيّات صعبة ، ليكون بذلك القضاء الإستعجالي آلية ووسيلة قضائية ناجعة و حاسمة أحيانا ، نظرا " لوضوح الهدف و سرعة الوصول إليه ، وتسيير التطبيق القضائي ، بتحديد الحالة المقصودة و افتراض التأكد فيها قانونا، و قد افسحت مجلة الشركات التجارية لهذه الآلية فنصت على قرابة الأربعين حالة (40) من الحالات التي يختص فيها القضاء الإستعجالي و الولائي لرئيس المحكمة الابتدائية بنص خاص. في حين المجلة التجارية لم تكن تتضمن في القسم المتعلق بالشركات إلا نحو ثمن هذا العدد...⁶⁴

بالرجوع لمجلة الشركات التجارية التي تعد الإطار القانوني المنظم لمختلف الشركات التجارية نجد صلبها ثلاثة أنواع من الإجراءات في الحالات الخاصة التي نصّت عليها.

- 1- إجراءات الإذن على العريضة في حوالي ثمانية حالات .
- 2- إجراءات القضاء الاستعجالي حوالي خمسة و عشرين حالة.
- 3- النظر وفق الإجراءات الاستعجالية.

المبحث الأول

⁶⁴ الفصل 277 من مجلة الشركات التجارية .

الإذن على العريضة

يعد الإذن على عريضة في حقيقة الأمر إجراء فردياً لا يفترض بالضرورة حصول نزاع و لا يتطلب حضور المطلوب أمام القاضي، إلا في صور استثنائية و عندما يأذن القاضي بذلك، مما يجعل من هذا الإجراء استثناء لمبدأ المواجهة بين الخصوم.

كما لا يتطلب إصدار الإذن على العريضة، التصريح به في جلسة علنية بل يكون في مكتب القاضي، و لكن يشترط أن يكون هذا الإجراء كتابياً.

مع التنكير و أن إجراء الإذن على العريضة يفترض وجود التأكد و يتخذ القاضي في شأنه قراراً وقتياً. دون المساس بالأصل مع العلم و أن مجلة المرافعات المدنية و التجارية نصت على أن ميدان الأذن على المطالب قيمة الطلب، هي معيار التفرقة في تحديد مرجع نظر رئيس المحكمة الذي يمكن أن يكون قاضي ناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية.

بالرجوع إلى مجلة الشركات التجارية نجد أن المشرع نص على حوالي ثمانية حالات، يقع اللجوء فيها إلى إجراءات الإذن على العريضة. إذا توفرت الشروط التي حددها القانون و سنتعرض لهذه الحالات بحسب الترتيب الوارد صلب المجلة المذكورة. و هي كالآتي:

الحالة الأولى: وردت صلب الفصل 30 في فقرته الثانية.

الفصل المذكور ورد صلب الفرع الثاني من العنوان الثالث للمجلة تحت عنوان "أثار الانحلال". و هي تتعلق بتعيين مصفٍّ للشركة، إذا وقع حل الشركة و لم يعين الشركاء عن طريق الجلسة العامة مصفياً فإن تعيينه يقع "بموجب إذن على العريضة بطلب من كل من يهّمه الأمر".



ما يمكن ملاحظته هو أن الفصل المذكور لم يحدد القاضي المختص لاستصدار الإذن، ذلك أن مجال الأذون على العرائض مرجع النظر كما سبق و أن بينا معياره قيمة الطلب وبالرجوع للقواعد العامة المنظمة للاختصاص الحكمي نتبين أن هذه الحالة تعد من الدعاوى الغير مقدرة، و التي يرجع الاختصاص فيها إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المقر الاجتماعي للشركة.

أمّا الملاحظة الثانية التي يمكن إبدائها حول الفصل 30 من مجلة الشركات التجارية هو أن المصفي ملزم بدعوة الجلسة العامة لتلاوة البرنامج الذي سطره حتى يتمكن من مباشرة أعمال التصفية، و مثل هذه الأعمال أي الدعوة للانعقاد حدّدها المشرع بأجل 3 أشهر من تاريخ التعيين، و إن لم تقع الدعوة خلال هذه الفترة يمكن لكل من يهمله الأمر اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لتعيين وكيله يقوم بدعوة الشركاء. و لسائل أن يسأل لماذا القاضي الاستعجالي؟

عادة ما يقع اللجوء إلى القضاء الإستعجالي في الأمور الدقيقة و التي لا تحتمل التأخير أو البطء، و بما أن الأعمال التجارية تتميز بالسرعة و الدقة، و من ورائها أعمال التصفية، لأنها مرحلة متعلقة بها حقوق الغير من الغرماء و الشركاء، فإنه يقع اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لإيجاد الحلول الملائمة، و الشرعية، احتراماً لخصوصيات القانون التجاري.

و ليس الفصل 30 وحده الذي يوجب على المصفي، دعوة الجلسة العامة للانعقاد وإنما هناك الفصل 43.

الحالة الثانية : وردت صلب الفصل 41.

و هي تتعلق بعزل المصفي أو تعويضه: حيث تضمن الفصل المذكور ما يلي " تطبق الشروط الواردة بالفصل 30 من هذه المجلة على عزل المصفي أو تعويضه.

إن الفصل 41 يحيلنا إلى الفصل 30 المتعلق بآلية القضاء الاستعجالي، بمقتضى إذن على عريضة بطلب كل من يهمله الأمر.

الحالة الثالثة: وردت صلب الفقرة الثانية من الفصل 100

جاء الفصل 100 من مجلة الشركات التجارية ضمن الفرع الأول من العنوان الثاني للمجلة تحت عنوان تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

ينص الفصل 100 من مجلة الشركات التجارية على ما يلي: "يجب أن يتضمن العقد التأسيسي تقديراً لكل مساهمة عينية.

و يجب أن يقع تقدير كل مساهمة من قبل من يكلف بتقدير الحصص العينية الذي يتم تعيينه بإجماع أصوات لشركاء المستقبلين و عند التعذر بواسطة إذن على العريضة صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التابع له مقر الشركة بطلب من الشريك المستقبلي الأكثر حرصاً..."

لقد نسج المشرع التونسي على منوال نظيره الفرنسي، لما أوكل عملية التقدير في الشركات ذات المسؤولية المحدودة و في الشركة خفية الاسم إلى مراقب الحصص العينية. و تغاضى عن إسناد هذه المهمة في شركات الأشخاص.

و ترتبط مراقبة الحصص برأس مال أدنى، و هي فكرة مثيرة للجدل باعتبار أن المشرع يتمسك بمفهوم الضمان و يتغاضى عن رأس المال بوصفه وسيلة لتمويل الشخص المعنوي الذي يبقى هو الأجدر بالحماية من سوء التقدير مما يدعو إلى تكريس خطة مراقب الحصص في كل نوع من أنواع الشركات و إلى توسيع نطاق تدخله بما ينسجم مع التطور الحاصل في قانون الشركات مثل ما هو الأمر بالنسبة لدور مراقب الحسابات. خاصة وأن تعميم



تدخل مراقب الحصص العينية هو ضمان جدي للتقدير النزيه باعتبار أن المشرع كرس مسؤولية جزائية في صورة ارتكابه لبعض الهفوات.

بالتالي إذا تعذر تعيين من يكلف بتقدير قيمة الحصص العينية بإجماع أصوات الشركاء المستقبليين، فإن تعيينه يتم بواسطة إذن على العريضة صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التابع له مقر الشركة بطلب من الشريك المستقبلي الأكثر حرصا.

الحالة الرابعة: وردت صلب الفقرة الرابعة من الفصل 109

ورد الفصل المذكور ضمن الفرع الثاني من العنوان الثاني المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة تحت عنوان نظام حصص الشركاء " و تنص فقرته الرابعة على ما يلي:

"و إذا أعربت الشركة عن رفضها قبول الإحالة فإن الشركاء مطالبون بشراء الحصص أو السعي لبيعها، في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الرفض. و في حالة عدم الاتفاق حول سعر الإحالة، يتم تحديد هذا السعر بواسطة خبير عدلي يتم تعيينه أما باتفاق جميع الأطراف وإما بمقتضى إذن على العريضة يصدره رئيس المحكمة المختصة بطلب من أحرص الطرفين".

ما يمكن الإلماع إليه في هذا السياق تحديدا فيما يتعلق بحق الشريك في الخروج من الشركة بإحالة حصصه أو أسهمه إلى الغير فإن الأحكام العامة المنظمة لهذا الصنف من حقوق الشريك و الواردة صلب مجلة الالتزامات و العقود لم تكن ملائمة و خصوصيات الشركات التجارية، وإن كانت المبادئ العامة صالحة لكل أنواع الشركات مدنية كانت أو تجارية.

لذلك نرى أن المجلة التجارية قد أخذت بعين الاعتبار مميزات الشركات التجارية وخاصة منها شركات الأموال، لسنّ أحكام متماشية مع طبيعة تلك الشركات. إذ لا يمكن مثلا لكل مساهمها القيام بأعمال التصرف، و الإدارة، و لا يستوجب الخروج من هذا النوع من



الشركات حلّها و تصفيّتها، نظرا إلى أن الأسهم قابلة للتداول. غير أن لجوء محرري العقود التأسيسية -حسب ما ارتأى الأستاذ يوسف الكناني- إلى إدراج بنود تحدّد من حقوق المساهمين في إحالة أسهمهم إلى الغير، قد تتسبب في نشوب نزاعات تتعلق ببنود المصادقة و الأفضلية، وقد استمر فقه القضاء في هذا المجال بنوع من الغموض ظل ينتظر الحل التشريعي إلى صدور المجلة الجديدة، مجلة الشركات المؤرخة في 3 نوفمبر 2000.

و قد كان الغموض يحوم كذلك حول حق الشريك في إحالة حصصه إلى الغير ضمن الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تستوجب موافقة أغلبية الشركاء الذين يمثلون 3/4 رأس المال على الأقل، و في صورة عدم حصول الأغلبية، فإن القانون القديم يجعل الشريك سجين حصصه و هو ما يؤدي إلى تجميد مساهمته ليعد بذلك نيلا من حق الشريك في الخروج من الشركة. لذلك ارتأى مشرع 3 نوفمبر 2000 أن يضمن للشريك حقه في الخروج من الشركة بإحالة حصصه أو أسهمه إلى الغير لذلك يعد الفصل 109 مكسب جديد حققته مجلة الشركات التجارية.

و يتجلى حرص المشرع على تمكين الشريك من حقه في الخروج من الشركة من خلال سن قاعدة عامة صلب مجلة الشركات التجارية، مفادها أن لكل شريك الحق في حل الشركة عن طريق المحكمة لأسباب مشروعة، في كل الحالات، مع العلم و أن الخروج من الشركة لا يقتضي حلها في كل الحالات فالخروج من شركات الأموال لا يقتضي حلها، و إنما يكون ذلك عن طريق الإحالة، و هذه القاعدة تتسحب على الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

ما يمكن تأكّيده هو أن حق الشريك في إحالة مساهمته و الخروج من الشركة يعد من أهم الحقوق نظرا لتعلق ذلك الحق بحرية الشريك، فالشريك يجب أن لا يبقى سجين مساهمته.



وبالتالي لا يمكن للشركة أن تعرقل سعي المساهم في إحالة أسهمه للغير بسكوتها عن طلبه لمدة أكثر من ثلاثة أشهر.

و قد فرض المشرع على الشركة في صورة رفضها المصادقة على المحال إليه بأن يسعى إلى شراء الأسهم بواسطة مساهم، أو غير مساهم، أو أن تتولى بنفسها شراء أسهمها⁶⁵ المعروضة للبيع، و أن تقوم تبعا لذلك بالتخفيض في رأس مالها. و يتجلى حرص المشرع على ضمان حق الإحالة لصالح المساهم بقيمة عادلة، في فرض تحديد الأسهم بواسطة خبير يعين استعجاليا من قبل رئيس المحكمة و ذلك في صورة عدم الاتفاق بين الأطراف في هذا الشأن. فالقاضي المختص باستصدار إذن على عريضة عند اقتناعه بجدية الطلب هو من له حق الموافقة أو الرفض و ذلك في أجل قصير وفق ما تقتضيه شروط الإذن على العريضة، بوصفه يملك سلطة اتخاذ القرار و بوصفه المطالب باتخاذ الحل المناسب للوضعية المعروضة عليه يتمتع بسلطة هامة في تقدير مدى توفر عنصر التأكد و على ضوء تقديراته يقرر قبول أو رفض المطلب.

الحالة الخامسة: وردت صلب الفقرة السادسة من الفصل 109

تنص الفقرة السادسة من الفصل المذكور على ما يلي: " و يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها المقر الاجتماعي للشركة أن يمنح هذه الأخيرة أجلا للخلاص لا يتجاوز العام وذلك بمقتضى إذن على العريضة. و في هذه الحالة تضاف للمبالغ المستحقة لفائدة الشركة تجاه المحيل الفوائض القانونية الجاري بها العمل في المادة التجارية".

تعد الفقرة السادسة من الفصل المذكور امتدادا للفقرة الرابعة من نفس الفصل فالإحالة التي وقع رفضها من طرف الشركة و الشركاء هم مطالبون بتسديد المبلغ المتفق عليه أو الذي

⁶⁵ الأستاذ سوسف الكتاني: ملتقى علمي حول الجديد في قانون الشركات التجارية



عينه الخبير. و عند الامتناع عن الخلاص، أو التأخير، أو حصول أي إشكال يحول دون تمكين المحيل من الحصول عن قيمة أسهمه فإنه بإمكانه الالتجاء إلى رئيس المحكمة بمقتضى إذن على عريضة ليضرب أجلا للخلاص. على أن القاضي المختص في صورة جدية الطلب يكون ملزما بعدم تجاوز الأجل الأقصى المحدد بمقتضى النص و هو أجل عام. و في هذه الحالة وتطبيقا لمقتضيات الفقرة السادسة من الفصل 109 تضاف للمبالغ المستحقة لفائدة الشركة تجاه المحيل الفوائض القانونية الجاري بها في المادة التجارية.

الحالة السادسة: وردت صلب الفصل 124

ينص الفصل 124 على ما يلي: "إذا كان رأس المال أقل من المبلغ المنصوص عليه بالفصل 123 من هذه المجلة، فإن تعيين مراقب أو عدة مراقبي حسابات يصبح الزاميا، إذا طلب ذلك شريك أو عدة شركاء يمثلون على الأقل خمس رأس مال الشركة، و يعين رئيس المحكمة التابع لها المقر الاجتماعي للشركة مراقبا أو مراقبي حسابات بإذن على العريضة بناءا على طلب من الشريك أو الشركاء المشار إليهم اعلاه.

الملاحظة الأولى التي نسوقها في خصوص الفصل 124 هو إحالته للفصل 123 المتعلق بقيمة رأس المال الذي يستوجب تعيين مراقب أو عدة مراقبي حسابات و هذه القيمة كما وردت بالفصل 123 هي " إذا كان رأس مال الشركة يساوي أو يفوق عشرين ألف دينار يجب تعيين مراقب أو عدة مراقبي حسابات من قبل الشركاء بعد التداول وفق شروط النصاب القانوني وأغلبية الجلسات العامة العادية.

أما الملاحظة الثانية فهي تتعلق بالمقاربة بين الشركات الخفية الإسم التي يكون فيها تعيين مراقب أو عدة مراقبي حسابات ضروري بل واجب بحكم القانون و الشركات ذات



المسؤولية المحدودة، التي يفوق رأس مالها العشرين ألف دينار، والتي يكون في شأنها أيضا تعيين مراقب أو عدة مراقبي حسابات واجبا.

أما الملاحظة الثالثة فتتمثل في الإجراء المتبع و المتمثل في " الإذن على العريضة " و الذي يهدف إلى تعيين مراقب أو عدة مراقبي حسابات. و بالتالي يتسع مجال تعيين مراقب الحسابات في الشركة ذات المسؤولية المحدودة . و لكن الموافقة على الإذن هو مشروط ذلك أن المشرع اشترط أن يقدم الإذن من طرف شريك، أو عدة شركاء، يمثلون على الأقل خمس رأس مال الشركة حيث يتولى رئيس المحكمة المختص تعيين مراقب، أو عدة مراقبي حسابات بمقتضى إذن على عريضة .

الحالة السابعة : وردت صلب الفصل 169 في فقرته الثانية :

ورد الفصل المذكور ضمن الفرع الثاني من العنوان الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان تأسيس شركة المساهمة العامة . و ينصّ الفصل على ما يلي :

" و إذا لم تتأسس الشركة في أجل الستة أشهر من يوم ايداع مشروع العقد التأسيسي بكتابة المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها المقر الإجتماعي للشركة ، فإنّه يمكن لكل مكتب أن يطلب بموجب إذن على العريضة من رئيس المحكمة المذكورة سحب الأموال التي تولى ايداعها بعد أن يطرح منها منابه من مصاريف التوزيع."

بما أن الشركة خفية الاسم تتطلب جمع الأموال، فإن المشرع منح المؤسسين أجلا محددا لتحقيق تكوين الشركة و خاصة لجمع رأس المال و الإكتتاب فيه . و لكن إذا تعذر تأسيس الشركة بعد أن وقع ايداع مشروع العقد التأسيسي بكتابة المحكمة. يحق للمكتب أن يطلب بموجب إذن على عريضة سحب الأموال التي تولى ايداعها بعد طرح منابه من



مصاريف التوزيع. مع العلم و أن الاكتتاب هو عمل قانوني يلتزم بمقتضاه شخصا معينا بالإشتراك في شركة خفية الإسم بتقديمه لمناب معين. و يمكن أن تكون المساهمة نقدية أو عينية⁶⁶

ما تجدر الإشارة إليه هو أن الفصل 169 من مجلة الشركات التجارية هو تقريبا نفس الفصل 53 القديم الوارد صلب المجلة التجارية و الذي ورد صلب القسم الأول من الباب الثالث من المجلة التجارية و الذي تتعلق أحكامه بتأسيس الشركات خفية الإسم و تحديدا بالواجبات المحمولة على مؤسسي الشركات خفية الإسم و المسؤوليات الناجمة عن الإخلال بتلك الواجبات فبالإضافة إلى النصوص المتعلقة برأس المال الذي لا يجب تقسيمه إلى أسهم أو أجزاء تقل عن خمسة دنانير، و بضرورة ايداع المبالغ الحاصلة من الإكتتاب بأسهم نقدية بأحد المصارف لحساب الشركة التي مازالت في طور التكوين، مع قائمة بأسماء المكتتبين، فإن المشرع حدّد كما ذكرنا الواجبات الإجرائية التي ينبغي للمؤسسين القيام بها توصلا لتأسيس الشركة. و إذا كان موضوع دراستنا لا يتسع للحديث عن هذه الإجراءات فإننا نكتفي بالقول بأنه في حالة تقاعس المؤسسين عن القيام بتلك الواجبات في أجل عام من تاريخ ايداع لائحة القانون الأساسي بكتابة المحكمة ، فإنه يمكن لكل مكتب في الشركة أن يلتجئ إلى القاضي الإستعجالي الممثل في شخص رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المقر الرئيسي للشركة و يقدم له مطلباً في تعيين وكيل قضائي لإسترجاع المبالغ المودعة لردّها إلى المكتتبين بعد أن يطرح ما ينويه من مصاريف التوزيع.

إن هذه الطريقة في الإلتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة جاء بها نص خاص و هو الفصل 53 من المجلة التجارية الآنفة الذكر، و بذلك فهو غير خاضع لشروط الدعوى

⁶⁶ تعليق على قانون الشركات التجارية، الأستاذ توفيق بالنصر، ص 236.



الإستعجالية الوارد بها الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية و خاصة شرط التأكد بإعتبار و أن المشرع قد افترض وجود هذا الشرط في مثل هذه الحالة.

بالرجوع للمجلة التجارية بعد التنقيح الحاصل سنة 2000 نجد أن العنوان الثالث من الكتاب الأول للمجلة ينص على ما يلي : الغيت أحكام العنوان الثالث من الكتاب الأول (الفصول من 14 إلى 188) بمقتضى الفصل الثاني من القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية .

يتبادر للذهن لأول وهلة أن المشرع في محاولة منه لتجميع القوانين المتعلقة بالشركات قام بإنشاء مجلة الشركات و أورد بها كلّ الأحكام المتفرقة، و المتعلقة بالشركات التجارية من ذلك الفصول الواردة صلب المجلة التجارية، إلا أن الإطلاع العميق على محتوى المجلة الجديدة يبين مدى حرص المشرع على مواكبة التغييرات، التي تعيشها البلاد سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، لذلك ارتأى الإبقاء على الأحكام التي تتلاءم بطبيعتها مع هذه التطورات مع ادخال بعض التحويرات، بالنسبة للفصول التي تستوجب تنقيح بسيط و في الآن ذاته استغنى على بعض الفصول، و ذلك بإلغائها نظرا لعدم مسايرتها للمتطلبات الاقتصادية، في المقابل أرسى جملة من الأحكام الجديدة، استجابة للتغييرات التي تعيشها البلاد، و مواكبة منه للمستجدات التي شهدتها المجال الاقتصادي من خلال العولمة، و التفتح على الآخر، و محاولة دفع نسق النمو، و تبسيط الإجراءات، كلّ هذه العوامل جعلت لفقه القضاء الرافد الأساسي وراء التنقيحات الحاصلة، باعتبار أن القضاء هو الفضاء المخصص لجميع الاشكاليات، و هو بدوره الفضاء الرحب لإيجاد الحلول الواقعية، و المنطقية .و على ضوء فقه القضاء يتدخل المشرع لإعطائه الآليات اللازمة للتدخل الصائب، و على هذا الأساس، فإنّ الأحكام الواردة صلب



المجلة التجارية، و التي وقع حذفها و نقلها إلى مجلة الشركات التجارية لم تكن فقط مجرد تجميع لأحكام متفرقة، و إنما هو عملية انتقاء، و بالفعل نجد من ذلك أن الفصل المذكور سابقا و هو الفصل القديم 53 من المجلة التجارية لما انتقل إلى مجلة الشركات التجارية تحت عدد 169 أورد عليه المشرع جملة من التغييرات . فما هو الفرق بين الفصل القديم و الفصل الجديد؟

أول ملحوظة يمكن أن نسوقها في نطاق المقارنة بين الفصل القديم، الوارد بالمجلة التجارية والفصل الجديد الوارد بمجلة الشركات التجارية، هو أن مجال الفصلين هو واحد، فكلاهما يتعلق بحق المكتتبين في الشركة خفية الإسم بسحب مساهماتهم التي تم ايداعها، إذا لم تتأسس الشركة في أجل معين، لكن التجديد حصل بشأن "الأجل" فالقانون القديم أعطى للمؤسسين أجل عام كامل لتحقيق تكوين الشركة، و خاصة لجمع رأس المال، و الإكتتاب فيه، وبالتالي إذا لم تتأسس الشركة في أجل عام، يحق للمساهم طلب سحب مساهماته التي سبق له أن أودعها بينما الأجل الجديد هو ستة أشهر، و بالتالي نلاحظ أن هناك تقليص في الأجل إلى النصف وفي ذلك حث من المشرع على التأسيس السريع، للشركات التجارية، فإذا ما كانت هناك إرادة جدية في تكوين الشركة ، و إذا ما تم ايداع المساهمات فلا ضرورة لتطويل الإجراءات والآجال. هذا و نشير أنه بالرجوع إلى القانون المقارن، و بالنسبة للقانون الفرنسي⁶⁷ فإن الفصل 83 من قانون 24 جويلية 1966 ينص على أن عدم تكوين الشركة خفية الإسم التي فتحت الإكتتاب للعموم في ظرف " ستة أشهر " من تاريخ ايداع لائحة القانون الأساسي بكتابة

⁶⁷ الفصل 83 من القانون الفرنسي، قانون 24 جويلية 1966.



المحكمة، فإنّ لكلّ مكتب الإلتجاء للقضاء قصد تسمية وكيل تكون مهمته سحب الأموال المودعة بالمصرف و توزيعها على المكتتبين⁶⁸.

كما ينص القانون اللبناني على " إذا لم تؤسس الشركة في مدة ستة أشهر من تاريخ الترخيص، يحق لكل مكتب أن يراجع الأمور المستعجلة لتعيين مدير مؤقت يعهد إليه بسحب المبالغ وإرجاعها إلى المكتتبين بعد خصم نفقات التوزيع ". و قد أكدت محكمة استئناف مصر الأهلية هذا المنحى في قرارها الصادر بتاريخ 14 يناير 1946⁶⁹ إذ ورد فيه " انّ المصلحة تقضي بالحرص على سلامة العقود، و الإلتزامات، و كذلك بحماية الغير ممن يقدمون بسلامة نية على التعامل مع مديري الشركات التي تحت التأسيس فوجب أن يوجدوا في شخص هؤلاء المديرين ضمانا لحقوقهم، و أن لا يحتمي هؤلاء المديرون وراء عدم اتمام الإجراءات اللازمة لتحقيق وجود الشركة القانوني".

إذن فأجل ستة أشهر هو أجل مختصر و معمول به في عديد التشريعات .

أمّا الملحوظة الثانية، في شأن الفصل الجديد من مجلة الشركات التجارية فيمكن في الإجراء المعتمد و هو طريقة الاذن على عريضة في حين نصّ القانون القديم على أن الاختصاص يكون للقاضي الاستعجالي. في هذا المجال نذكر أن التحوير ليس جوهريا ذلك أن كل من الأذن على العرائض و القضاء الإستعجالي يقومان على شرط التأكد والاختصاص يرجع في القضاء الاستعجالي، و في الأذن على العرائض التي يكون موضوع الطلب فيها غير مقدر أو يفوق 7000 دينار إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها المقرّ الإجتماعي للشركة. ففي الحالتين هناك استعجال و تأكد و القاضي في الحالتين يتخذ قرارات فورية دون أن

⁶⁸ J.C.P 1974 N°17814-17815 « La non constitution dans le délai de six mois à compter du dépôt du projet de statuts au greffe permet a tout souscripteur de demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de relever les fonds et de les restituer »

⁶⁹الدكتور فوزي عطوى : القانون التجاري: دار العلوم العربية للطباعة و النشر ص 224.



يمس بالأصل. لكلّ هذه الاسباب أدرجنا الأذون على العرائض عند تعرضنا للقضاء الإستعجالي. و أفردنا له نصيب هام في دراستنا. و جدير بالملاحظة إذن أن الإلتجاء إلى رئيس المحكمة لإستصدار إذن على عريضة يكون في هذه الحالة قصد تجميد المبلغ الذي ساهم به القائم بالدعوى، و هو الشريك بطبيعة الحال و المودع لدى البنك و ذلك عند حصول خلاف حول مسألة تكوين الشركة بصفة قانونية. إنّ هذا الإذن بتجميد المبلغ المساهم به من شأنه أن يحمي حقوق المكتتب و يمنع البنك من التصرف فيه لفائدة الشركة ضرورة أن المبالغ المودعة لديه بعنوان الاكتتاب في رأس المال قد أودعت بإسم الشركة، و يكفي مجرد الاعتقاد للمصرفي بأن الشركة تكونت بصفة قانونية لكي يسحب تلك المبالغ لفائدة الشركة.

الحالة الثامنة : وردت ضمن الفقرة الأولى من الفصل 173

ورد الفصل المذكور ضمن الباب الأول من الفرع الثاني من العنوان الأول للكتاب الرابع تحت عنوان "تأسيس شركة المساهمة العامة" حيث نص الفصل على ما يلي : " في حالة مساهمة عينية، فإنّ مراقبا أو عدة مراقبين للحصص العينية يقع تعيينهم من بين الخبراء العدليين، قبل تأسيس الشركة من قبل رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها مقرّها الاجتماعي بموجب إذن على العريضة بطلب من المؤسسين."

إنّ التمعن في أحكام مجلة الشركات التجارية يفضي إلى القول بأن المشرع التونسي سعى إلى تكريس المساهمة العادلة في الأرباح، عن طريق تقدير الحصص العينية الذي سجّل اصلاحا جوهريا بالنسبة لما كانت عليه المسألة في ظل القانون القديم. و قد شمل هذا الاصلاح صنفين من الشركات: الصنف الأول يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة أما الصنف الثاني فيتعلق بالشركة خفية الاسم ووجه التجديد للصنف الثاني يكمن في أن المشرع فرض في الشركة



خفية الإسم تعيين مراقب أو مراقبين للحصص العينية من بين الخبراء العدليين من جهة و عن طريق رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المقر الإجتماعي بطلب من المؤسسين من جهة أخرى (الفصل 173) علما و أن تعيين المراقب في ظلّ القانون القديم كان من اختصاص الجلسة العامة و ذلك من خلال الفصل القديم (الفصل 58 المجلة التجارية).

و يرى الاستاذ يوسف الكناني: أن أحكام الفصل 58 من المجلة التجارية لم تكن كافية لحماية الشريك الذي يقدم حصصا نقدية، ذلك أن تقدير الحصص العينية من طرف مراقب ، كثيرا ما يقترحه، أو يؤكد على تسميته صاحب المساهمة العينية، لا يحول دون الشطط في ذلك التقدير ، على حساب بقية المساهمين، و خاصة البنوك التي كثيرا ما تشارك باعشي المشاريع الصناعية أو السياحية الذين يساهمون بالعقارات، أو الاصول التجارية، لتأسيس شركات خفية الاسم تتولى انجاز تلك المشاريع و يستشف من أحكام الفصل 173 من مجلة الشركات التجارية أن المشرع قد حرص على ارساء مساهمة عادلة لكلّ الشركات في الأرباح إن وجدت كل حسب مساهمته الحقيقية دون شطط في التقدير⁷⁰.

ابرز ما يمكن أن نستخلصه من خلال الفصل 173 هو تكريس المشرع لآلية الاذن على العريضة لحماية الشريك، باعتبار أن اجراءات الاذن هي في حقيقة الأمر مبسطة و اجالها مختصرة،و بالتالي تعدّ وسيلة ناجعة لحماية الشركاء الذين لهم مصلحة في القيام، و تتوفر فيهم الشروط الواجبة قانونا.

سبق و ان بيننا أنّ القضاء الإستعجالي كآلية لمساعدة الشركات التجارية على إيجاد الحل المناسب في الوقت الوجيز، و بتكلفة منخفضة، و بإجراءات متنوعة، يعرف تنوعا في أشكاله ذلك أنه يوجد قضاء استعجالي، و قضاء استعجالي خاص، و بالنظر لتنوع القضاء

⁷⁰الأستاذ يوسف الكناني، ملتقى عملي حول الجديد في قانون الشركات التجارية. ص 4.



الاستعجالي حتى في اطار الصنف الواحد، فإنّ الإجراءات المتبعة حتما ستكون متنوعة، بحسب كل شكل وكل نوع،* و كل صنف. و فيما يتعلق بإجراءات القضاء التجاري فإنّ مجلة الشركات التجارية استعملت ثلاثة أنواع من الإجراءات في الحالات الخاصة التي نصت عليها.

المبحث الثاني

إجراءات القضاء المستعجل

إنّ بالرجوع لمجلة الشركات التجارية و تحديدا للفصول المتعلقة بالقضاء الاستعجالي الوارد بنصّ خاصّ نجد ما يقارب على الخمسة و العشرين حالة. ستحاول التعرض إليها حالة تلو الاخرى بحسب الترتيب الوارد بالمجلة فتكون هذه الحالات بذلك على النحو التالي :

الحالة الأولى : وردت صلب الفقرة الثانية من الفصل 36:

ورد الفصل المذكور صلب الفرع الثاني من العنوان الثالث تحت عنوان " أثار الانحلال" وينصّ الفصل المذكور على ماييلي: " و إذا لم تقع دعوة الجلسة العامة في الأجل المذكور بالفقرة السابقة ، يحق لكن من يهّمه الأمر أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي الذي يعين وكيلا مكلفا بدعوة الجلسة العامة للانعقاد ."

وجب التذكير أن الأجل المذكور بالفقرة السابقة هو أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تعيين المصفي.

إنّ مضمون هذا الفصل يتعلق بالوضعية المالية للشركة و البرنامج الذي سيعمل به المصفي يوجب عليه استدعاء الجلسة العامة للانعقاد بغاية الكشف عن الوضعية المالية للشركة ،ويتميز هذا الواجب في اطار مجلة الشركات التجارية عن واجب الفصل 10 من قانون 1997 المتعلق بتقديم تقرير عن الوضعية المالية للشركة او المؤسسة ، هو ان المصفي في المجلة الجديدة تبدو علاقته مباشرة بالشركاء أكثر من المصفي في قانون 1997 الذي يخضع لرقابة و اشراف القاضي المراقب في كل أعماله في مرحلة التصفية . مع الإشارة إلى كون المصفي



في مجلة 2000 هو مصفي خاصّ بالشركات التجارية فقط و بالتالي يكون خاضعا في أعماله لقانون الشركات الجديد.

يجب الإشارة إلى أن صياغة الفصل 36 و لئن كانت تبدو لأول وهلة مرنة و ذلك عند قراءته بمفرده يتجسم ذلك من خلال عبارة " يدعو " فالمشرع لم يستعمل صيغة الجبر والإلزام لكن بالرجوع للفصل 50 الذي يرم عدم اتيان هذا الفعل يجد المصفي نفسه ملزم بدعوة الجلسة العامة لتلاوة البرنامج الذي سطره حتى يتمكن من مباشرة أعمال التصفية و مثل هذه الأعمال أي الدعوة للإنعقاد حدّدها المشرع بأجل 3 أشهر من تاريخ التعيين وإن لم تقع الدعوة خلال هذه الفترة يمكن لكل من يهمله الأمر اللجوء إلى القاضي الاستعجالي ليعين وكيلا يقوم بدعوة الشركاء و لسائل أن يسأل لماذا القاضي الاستعجالي ؟

عادة ما يقع اللجوء للقضاء الاستعجالي لمحاولة اختصار الأجل و الإجراءات ومحاولة الانقاذ بأسرع ما يمكن مع محاولة تفادي الأكثر ما يمكن من الأخطار التي قد تهدد الشركة فالقضاء الاستعجالي هو آلية ناجعة تستجيب لمختلف الأهداف المذكورة ، و القاضي الاستعجالي في نطاق سلطاته الواسعة و اجتهاده المتواصل يسعى للتدخل بأسرع وقت وبأنجع وسيلة.

و ليس الفصل 36 وحده الذي يوجب على المصفي دعوة الجلسة العامة للإنعقاد و انما

هناك أيضا الفصل 43 من مجلة الشركات التجارية

الحالة الثانية : وردت صلب الفقرة الثالثة من الفصل 43

نذكر في هذا المجال هو أنه إذا ما وقع التقيد بالترتيب الوارد بالمجلة فإنّ الفصل 43

سيشكل الحالة الثالثة باعتبار أن الفصل 40 يتضمن الالتجاء إلى القضاء الاستعجالي، لكن



نظرا للصلة الموجودة بين الفصل 36 السابق و الفصل 43 ارتأينا تقديم الفصل 43 و ادراجه ضمن الحالة الثانية.

ورد الفصل 43 صلب الفرع الثاني من العنوان الثالث تحت عنوان "أثار الانحلال" وينصّ الفصل المذكور على ما يلي: " و عند عدم دعوة الجلسة العامة للإنعقاد ، يمكن لكلّ من له مصلحة أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي قصد تعيين وكيل مكلف بدعوة الجلسة العامة للغرض".

لئن كان الفصل 43 يتعلق بدوره بدعوة الجلسة العامة للإنعقاد شأنه في ذلك شأن الفصل 36 من مجلة الشركات التجارية إلّا أن ميدان تطبيقه يختلف عن ميدان الفصل 36 فكيف ذلك؟ لئن كان موضوع الفصل 36 من مجلة الشركات التجارية هو دعوة الجلسة العامة للشركاء للإنعقاد من طرف المصفي لغاية الكشف عن الوضعية المالية للشركة و تلاوة البرنامج الذي سطره والذي سيتبعه في عملية التصفية فإن موضوع الفصل 43 مختلف تماما من حيث الصياغة: حيث جاءت صياغته ملزمة و يظهر ذلك من خلال عبارة الفصل " يجب" بما يجعل من الفعل التزاما محمولا على عاتق المصفي و الإخلال به موجب للعقاب. كما يختلف الفصل 43 عن الفصل 36 من حيث المضمون ذلك ان الفصل 43 يوجب على المصفي دعوة الجلسة العامة للإنعقاد بهدف عرض حسابات التصفية و العمليات المتعلقة بها ، بحيث ينطوي ضمن القيام بعمليات التصفية لا ضمن مشروع العمل الذي نص عليه الفصل 36.

و من هنا نتبين الفرق بين الفصلين فإذا كان الفصل 36 متعلق بمشروع العمل فإن الثاني متعلق بما قام به في إطار طور التصفية لا في إطار الاقتراح .

الحالة الثالثة: وردت صلب الفقرة الثانية من الفصل 40.

جاء الفصل 40 في الفرع الثاني من العنوان الثالث تحت عنوان " آثار الانحلال " و ينص الفصل المذكور على مايلي : " و يمكن أن تجدد مدة وكالة المصفي مرّة واحدة و لنفس المدة، و ذلك بموجب قرار صادر عن الجلسة العامة للشركاء و فق الشروط المذكورة بالفصل 30 من هذه المجلة و عند التعذر بموجب قرار صادر عن القاضي الاستعجالي استجابة لطلب كلّ من يهمه الأمر."

أول ما يمكن ان نلاحظه هو أن الفصل 40 يحيلنا على الفصل 30 و الفقرة الاولى من الفصل 30 تتعلق بتعيين المصفي من طرف الجلسة العامة للشركاء ، حيث ورد بها ما يلي : " في حالة عدم تنصيب العقد التأسيسي على شروط تسمية المصفي ، فإن هذا الأخير يقع تعيينه بقرار عن الجلسة العامة للشركاء وفقا لشكل الشركة و الشروط الواردة بعقدها التأسيسي."

بالتالي يقع تعيين المصفي من طرف الجلسة العامة للشركاء إذا لم يقع التنصيب على تسمية المصفي بالعقد التأسيسي للشركة التجارية.و يتم التعيين بحسب اجراءات و شكيليات تختلف باختلاف الشكل القانوني للشركة. و تمديد وكالة المصفي مدة عام ثان لإتمام التصفية يتم بنفس الشروط و الإجراءات أي أن يتم التمديد بقرار من الجلسة العامة ، فإذا تعذر ذلك فإن التمديد يتم بموجب قرار صادر عن القاضي الاستعجالي استجابة لطلب كل من يهمه الأمر. فتعيين المصفي و كذلك تجديد وكالته تتم باحدى الطرق الثلاثة التالية: امّا أن ينص العقد التأسيسي على طريقة معينة أو اجراء معين فيقع التعيين أو التحديد على مقتضاه وعند تعذر التنصيب صلب العقد التأسيسي للشركة فإن الجلسة العامة للشركاء تكون مطالبة بالتعيين أو



بالتجديد وعند التعذر يبقى الحلّ الأخير هو الالتجاء إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها المقر الاجتماعي للشركة و ذلك عن طريق دعوى استعجالية نظرا لصبغة التأكد والخطر الذي قد يهدد الشركة في غياب وجود مصفي خاصة و ان مجلة الشركات دعمت دور المصفي بأن ارسى مصفي للشركات التجارية و هو من ضمن التجديدات التي جاءت بها المجلة و القواعد القانونية التي خصتها المجلة للمصفي أعطت مجالا واسعا للقضاء لتكون بذلك وطدت علاقة القاضي بالشركات و تعدّ هذه الحالة والطريقة في تحديد وكالة المصفي خير دليل لنقطة المشرع في القضاء و تمكينه من التدخل كلما اقتضى الأمر ذلك.

الحالة الرابعة : وردت صلب الفقرة الثالثة من الفصل 44

الفصل 44 ورد ضمن الفرع الثاني من العنوان الثالث تحت عنوان "أثار الانحلال" وينص الفصل المذكور على ما يلي "تؤخذ قرارات الجلسات العامة المشار إليها بالفصل 43 من هذه المجلة و التي تتعقد في دورة عادية طبق شروط الأغلبية و النصاب المطلوب المتحصل عليهما وفق شكل كل شركة.

و للشركاء المصفين الحق في التصويت.

و في حالة عدم توفر هذه الشروط، يحقّ للمصفي و لكل ذي مصلحة أن يرفع الأمر

إلى القاضي الاستعجالي الذي يقرر ما يراه صالحا.

إن تقنية الإحالة لم تغب عن الفصل 44 الذي أحالنا على القرارات الواردة بالفصل 43

من المجلة و هو أسلوب استعمله المشرع بكثافة إذ أحالنا في مواقع متعددة إلى فصول مختلفة سواء متواجدة صلب مجلة الشركات التجارية ذاتها أو ضمن غيرها من القوانين.



ما نلاحظه بالنسبة للفصل 44 هو أن الطرف الذي يحق له القيام لدى القضاء الاستعجالي أمّا أن يكون المصفي أو أن يكون شخص له مصلحة و العبارة وردت مطلقة لكل ذي مصلحة " المشرع بذلك يكرّس شرط واجب توافره في القائم بالدعوى و هو بذلك يكرّس المبدأ المتعارف عليه " لا دعوى بغير مصلحة".

و القاضي الاستعجالي يتدخل في هذه الحالة و مثل سائر الحالات الأخرى دون أن يمس بالأصل بل يكتفي باتخاذ قرارات فورية إذا ما تبينت له حالة التأكد.

*** الحالة الخامسة : وردت صلب الفقرة الثانية من الفصل 46.**

ورد الفصل المذكور ضمن الفرع الثاني من العنوان الثالث تحت عنوان " آثار الانحلال " وينصّ الفصل المذكور على ما يلي " يتولى المصفي توزيع الأموال المتوفرة ، على الدائنين حسب رتبهم و إذا تساوى الدّائنون في رتبة واحدة و كان محصول التصفية غير كاف لخلاص جميع ديونهم خلاصا كاملا، يتحاصون حسب نسب ديونهم بنفس الدرجة و المبالغ العائدة لهم، و من انجرله حق من دائن ممتاز، حلّ محله في جميع حقوقه، كما يتولى المصفي توزيع الأموال الباقية من عملية التصفية على الشركاء بعد حفظ حقوق دائني الشركة، و تأمين دين من تأخر منهم و كان دينه ثابتا و محدد المقدار .

و يجب عليه اشهار قرار التوزيع في شكل بلاغ بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية و بجريدين يوميتين احدهما صادرة باللغة العربية و يمكن لكل من يهمله الأمر أن يقوم بالاعتراض في أجل 90 يوما بداية من تاريخ آخر اعلان، و ذلك باللجوء إلى القاضي الاستعجالي الذي ينظر في صحة عملية التوزيع.

و لا يمكن اتمام التوزيع قبل انتهاء مدة الاعتراض..."



المشرع حول للمعتراض الالتجاء إلى القضاء الاستعجالي بوصفه آلية تتسم بالاستعجال والسرعة لأن في اتباع طرق التقاضي العادية قد تطول المسألة و تأخذ زمنا طويلا يتعارض مع المصالح المهددة ، و لتحقيق هذه الغاية أي السرعة أحال المشرع إلى امكانية الالتجاء للقضاء الإستعجالي للنظر في صحة التوزيع .

الحالة السادسة : نصت عليها الفقرة الثانية من الفصل 98

الفصل المذكور ورد صلب الفرع الأول "تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة " من العنوان الثاني " الشركة ذات المسؤولية المحدودة " من الكتاب الثالث الوارد تحت عنوان " الشركات ذات المسؤولية المحدودة".

ينصّ الفصل المذكور على ما يلي . "تودع الأموال المتأتية من تحرير حصص الشركاء بمؤسسة مالية، و لا يمكن سحبها أو التصرف فيها من وكيل الشركة إلا بعد اتمام اجراءات تأسيس الشركة و ترسيمها بالسجل التجاري.

و إن لم تتكون الشركة في أجل الستة اشهر من تاريخ ايداع الأموال يجوز لكل مساهم القيام بدعوى أمام القاضي الاستعجالي للحصول على اذن بسحب مبلغ مساهمته ،و إن قرر المساهمون لاحقا تأسيس الشركة فإنه يقع ايداع الأموال من جديد بنفس الشروط."

ملحوظتان هامتان تتعلقان بالفصل المذكور أي الفصل 98 من مجلة الشركات التجارية.

الملحوظة الأولى : الفصل 98 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة يذكرنا بالفصل 169 من نفس المجلة و المتعلق بالشركة خفية الاسم. بالتالي نفس الملحوظات التي أوردناه صلب الفصل 169 تنطبق على الفصل 98 خاصة فيما يتعلق بمقارنة النصّ الجديد بالنصّ القديم



خاصة فيما يتعلق بإختصار الأجل الذي أصبح صلب المجلة الجديدة ستة أشهر بعد أن كان عام صلب المجلة التجارية.

الملحوظة الثانية : اختلاف طفيف بين الفصل 169 المتعلق بالشركة خفية الإسم والفصل 98 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة .حيث لئن كان المشرع واضحا في اعتماده لآلية القضاء الاستعجالي صلب الفصل 169 إلا أن هذا الوضوح لم يكن موجود صلب الفصل 98 والمقصود بذلك أن الفصل 98 استعمل مصطلحين قد لا يستقيمان لتواجهما بنفس الجملة بمعنى آخر أن المشرع لما استعمل لفظ " القضاء الاستعجالي " كان من المستحسن أن لا يضيف لفظة " الإذن " فالمسألة تتعلق بمصطلحات قانونية دقيقة.

صحيح أن كل من مجال القضاء الإستعجالي و ميدان الأذن لهما نفس الشروط والقاضي . لا يبت فيهما في الأصل كما يكتفي القاضي بإتخاذ قرارات فورية. و صحيح أن اجراءات الأذن على العرائض أمكن تصنيفه ضمن اجراءات القضاء المستعجل إلا أن الأمر يختلف لما تتعلق المسألة بالإختصاص الحكمي فالقضاء الاستعجالي ينظر فيه رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها المقر الإجتماعي للشركة و هو يتمتع في ذلك باختصاصا مطلقا في حين و فيما يتعلق بمسألة الأذن على العرائض فإن قيمة الدعوى هي التي تحدد مرجع النظر أي أن المشرع في اطار الإذن على عريضة استعمل معيار محدّد بحيث إذا كانت قيمة الطلب أقل من 7000 دينار يكون الإختصاص لقاضي الناحية و إذا فاق الطلب القيمة المذكورة يكون حينها الاختصاص راجعا لرئيس المحكمة الابتدائية .

الحالة السابعة : وردت صلب الفقرة الثانية من الفصل 108.



ورد الفصل المذكور في الفرع الأول بعنوان "تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة" من العنوان الثاني بعنوان "الشركة ذات المسؤولية المحدودة" من الكتاب الثالث المتعلق بـ "الشركات ذات المسؤولية المحدود" و ينصّ الفصل المذكور على مايلي: "إذا كان بطلان الشركة أو بطلان المداولات اللاحقة للتأسيس مبنيًا على خرق قواعد الإشهار فإنه يجوز لكل من له مصلحة في تلافي البطلان أن ينذر الشركة بمباشرتها لإجراءات تسوية وضعيتها في أجل 30 يومًا.

و إذا تعذر اتخاذ إجراءات التسوية في الأجل المذكور يمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب من القاضي الاستعجالي تعيين وكيل يعهد له بإتمام الإجراءات" المسألة تتعلق بالالتجاء للقضاء الاستعجالي لتعيين وكيل يعهد إليه بإتمام إجراءات تسوية البطلان المبني على خرق قواعد الإشهار.

الحالة الثامنة و التاسعة وردتا بالفصل 127

ورد الفصل 127 صلب الباب الثالث المتعلق بـ "أجهزة المداولة: جلسة الشركاء" من الفرع الثالث بعنوان في تسيير الشركات ذات المسؤولية المحدودة " من العنوان الثاني بعنوان "الشركة ذات المسؤولية المحدودة" من الكتاب الثالث المتعلق بـ "الشركات ذات المسؤولية المحدودة".

و ينصّ الفصل المذكور على مايلي: "يمكن لشريك أو لعدة شركاء يملكون 4/1 رأس مال الشركة على الأقل أن يطلبوا من الوكيل دعوة الجلسة العامة للإنعقاد مرة في السنة وفق الشروط المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 126 من هذه المجلة و يعدّ لاغيا كل شرط بالعقد التأسيسي يقتضي خلاف ذلك.



و يمكن لكل شريك أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي لطلب الزام الوكيل أو مراقب الحسابات إن وجد أو يطلب تعيين "متصرف قضائي لدعوة الجلسة العامة للإنعقاد و ضبط جدول أعمالها و ذلك لأسباب مشروعة و في كل الحالات تكون الشركة ملزمة بتغطية مصاريف الجلسة العامة.

و لكل شريك اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لمعاينة بطلان جلسة تمت دعوتها خلافا للصيغ القانونية إلا إذا كان جميع الشركاء أو من يمثلهم حاضرين بها".

الفصل المذكور يتعلق بحالتين خول فيها المشرع حق الرجوع للقضاء الاستعجالي

وهما :

الحالة الأولى :وردت بالفقرة الثانية و هي تتعلق بدعوة الجلسة العامة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، على أن المشرع اشترط وجوب وجود " أسباب مشروعة" و تقدير المشروعية يخضع لإجتهاد القاضي و بالتالي يتمتع في هذا المجال بسلطة هامة تخول له حق القبول أو الرفض.

الحالة الثانية : وردت بالفقرة الثالثة :و هي تتعلق باللجوء للقضاء الإستعجالي في صورة انعقاد جلسة خلافا للصيغ القانونية .

الحالة العاشرة :وردت صلب الفقرة الأخيرة من الفصل 128

الفصل 128 ورد بنفس الإطار للفصل 127 السابق و يتعلق الفصل 128 بإجراءات وأجال انعقاد الجلسة العامة العادية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و المشرع نص على امكانية اللجوء للقضاء الاستعجالي لمعاينة البطلان في الجلسة العامة العادية و قد نصّت الفقرة

الأخيرة من الفصل 128 على ما يلي : " ويعاين القاضي الاستعجالي بطلان المداولات المتخذة خلافا للأحكام المشار إليها أعلاه.

الحالة الحادية عشرة : وردت صلب الفقرة الثانية من الفصل 134

ورد الفصل المذكورة بنفس الموقع للفصلين 127 و128 .

هذه الحالة تتعلق بحق الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، في طلب الترخيص في سحب حصته من الترفيع في رأس مال الشركة، إذا لم يتحقق الترفيع في أجل ستة أشهر من تاريخ انعقاد الجلسة العامة التي صدر عنها قرار الترفيع، و يكون الترخيص بالسحب بواسطة قرار يتخذه القاضي الاستعجالي، ان لم يقبل أحد الشركاء أو بعضهم إلا ككتاب أو تحرير المبلغ الذي لم يقع خلاصه من الترفيع في رأس المال.

الحالة الثانية عشرة : وردت صلب الفقرة الثانية من الفصل 137

و الفصل المذكور يتعلق بـ " الشركات ذات المسؤولية المحدودة".

و ينص الفصل المذكور على ما يلي " إذا قررت الجلسة العامة الخارقة للعادة الخارقة الانعقاد للتخفيض في رأس مال الشركة فإنه يمكن للدائنين الذين يكون دينهم سابقا للمداولة الاعتراض في أجل شهر يحتسب من تاريخ إشهار قرار التخفيض.

و يجب على المعارض في الأجل المشار إليه أعلاه رفع الدعوى أمام القاضي

الاستعجالي .



الذي ينظر في جدية الاعتراض، و إذا قرر أن الطلب جدي يقضي إما بحلول أجل الدين أو بضمان كاف للوفاء به. و لا يكون التخفيض في رأس المال نافذا طالما أن أجل الاعتراض "لم ينقض بعد".

هذه الحالة تتعلق في حقيقة الأمر بحق الدائنين للشركة ذات المسؤولية المحدودة في الاعتراض على قرار الجلسة العامة الخارقة للعادة بتخفيض رأس مال الشركة في ظرف شهر من تاريخ اشهار القرار، بشرط أن تكون ديونهم أسبق من مداولة الجلسة العامة. مجال الأذن على العرائض عرف تطورا واضحا على مستوى مجلة الشركات التجارية ، وهو مايعكس حرص المشرع على تفعيل دور القضاء بتمكينه من هذه الآلية التي تمنحه سلطة هامة في قبول او رفض استصدار الإذن.و المجلة الجديدة تضمنت عدة فصول أخرى ، تسند فيها هذا الإختصاص لرئيس المحكمة .و بقية الحالات وردت صلب فصول متفرقة و هي الفصول الآتية: 139-154-195-243-261-264-284-290-321 و الفصل 405.



المبحث الثالث

النظر وفق الإجراءات الاستعجالية

أشارت مجلة الشركات التجارية لهذا الإجراء المتمثل في " النظر وفقا للإجراءات الاستعجالية في مناسبتين. و ذلك ضمن الفصل 156 و الفصل 157 من المجلة المذكورة والفصلان يتعلقان في حقيقة الأمر بصنف واحد من الشركات وهو صنف مستحدث بعث الوجود في القانون التونسي بمقتضى صدور المجلة الجديدة أي بمقتضى القانون عدد 93 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000.

و قبل ابداء أية ملحوظات حول الفصلين المذكورين سنورد محتواهما:



ينص الفصل 156 على ما يلي: تتحلّ الشركة بوفاة الشريك الوحيد أو بفقدانه الأهلية أو بتفليسه و يمكن لكل معنى بالأمر أن يلجأ إلى المحكمة لطلب حل الشركة و تعيين مصف لها و تنظر المحكمة في المطلب وفق الاجراءات المستعجلة".

و ينصّ الفصل 157 على مايلي: " و يجوز لكل معني بالأمر أن يلجأ إلى المحكمة للنظر في البطلان و في هذه الحالة تنظر المحكمة في المطلب وفقا للإجراءات المستعجلة." أول ملحوظة يمكن الإلماع إليها في هذا السياق هو استعمال المشرع لمصطلحين لا يؤيدان نفس المعنى وذلك بإستعماله من ناحية لمصطلح " المحكمة " و من ناحية أخرى " الإجراءات المستعجلة " فالمعلوم أن المحكمة ثبت في الأصل و تتخذ قرارات حاسمة للنزاع في حين يختلف الأمر بالنسبة للقضاء الإستعجالي بوصفه لا يبت في الأصل انما يتخذ فقط قرارات فورية دون أن تكون حاسمة للنزاع.

للخروج من هذا التناقض في المصطلحات اعتمد عديد الفقهاء من بينهم الفقيه صالح بوراس قراءة متكاملة و متناسقة لمختلف الأحكام الواردة صلب مجلة الشركات التجارية وغيرها من النصوص القانونية الأخرى و ذلك مثلا بربطها مع الأحكام الواردة صلب الفصل 81 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية إذا ما توفرت شروطه أو بالرجوع للفصل 201 من نفس المجلة إذا كان هناك تأكيد يوجب النظر على وجه السرعة على أن الفقيه المذكور طرح الاشكال دون أن يقدم حلا واضحا و صريحا في حين نجد الفقيه " رشيد الصبّاغ " مبرزاً موقفه بأكثر وضوح . حيث اعتبر أن المقصود من الفصلين 156 و 157 هو محكمة الأصل و ليس القضاء الاستعجالي وقدم ثلاثة مبررات وهي :



1- أم المجلة استعملت عبارة تنظر "المحكمة" التي استعملتها كثيرا في الفصول الأخرى للإشارة إلى محكمة الأصل، و لم تستعمل عبارة القاضي الاستعجالي التي استعملتها في الفصول الأخرى المتعلقة بحالات الاستعجالي بنص خاص.

2- إن الحكم بحلّ الشركة في الفصل 156 و الحكم ببطان الشركة في الفصل 157 هما حكمان أصليان وليسا وقتيان.

3- أن صيغة "وفقا للإجراءات المستعجلة" تدلّ على أن المقصود هو سرعة الإجراءات كما هو الحال في الإجراءات الإستعجالية. و هذا ما توفره القاعدة المنصوص عليها في الفصل 81 من مجلة المؤرافعات المدنية و التجارية .

ما يمكن حوصلته فيما يتعلق بمسألة النظر وفقا للإجراءات الاستعجالية هو أن هذا النوع من القضاء في الحقيقة هو قضاء أصلي قائم الذات و ليس قضاء استعجاليا و المحكمة المختصة به هي محكمة أصلية ما لم يصرح القانون بخلاف ذلك و ليس لهذا القضاء من الاستعجال إلا السرعة أي أن نتبع في إطار هذا الصنف من القضايا إجراءات القضاء الاستعجالي بما فيها بالخصوص الآجال المتعلقة بالحضور .

يبدو أن المشرع قصد بذلك الإجراءات السريعة الواردة صلب الفصل 81 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية و الذي تضمن ما يلي " يمكن للمحكمة أن تأذن بالمرافعة حيناً ودون لزوم لإجراءات أخرى إذا كانت القضية مؤسسة على اعتراف أو كتب رسمي أو على خط يد معرف بالإمضاء به أو قرينة قانونية أو كان هناك تأكيد يوجب النظر على وجه السرعة."



الفصل الثاني

الدور الفاعل لقاضي الموضوع



لا يقتصر تدخل القضاء في مادة الشركات على رئيس المحكمة سواء من خلال الأذن على العرائض أو من خلال القضاء الاستعجالي كما سبق و أن بيننا بل يتعداه إلى قاضي الموضوع في صورة اتباع طرق التقاضي العادية أي في صورة عدم وجود تأكيد مع العلم وأنه خارج نطاق القضاء الإستعجالي المجال ليس حكرا على القاضي المدني بل أن الدعاوى الجزائية لقيت حظا كبيرا صلب مجلة الشركات التجارية.



المبحث الأول

تفعيل دور القاضي المدني

يبرز تدخل قاضي الموضوع في مادة الشركات من خلال العديد من الآليات لعل أهمها دعاوى الإبطال و دعاوى المسؤولية و أيضا قضاء الرقابة .

فقرة أولى: قضاء الإبطال

فيما يتعلق بدعوى البطلان فإن مجلة الشركات التجارية خولت لكل ذي مصلحة حق القيام بقضية في ابطال الشركة متى وقع الإخلال بأحد الأركان الموضوعية أو الشروط الشكلية اللازمة لصحة عقد الشركة أو متى وقع اتخاذ قرار دون مراعاته للشروط الشكلية أو للشروط الخاصة الواردة صلب مجلة الشركات التجارية. و ما نلاحظه في هذا السياق أن قضاء الإبطال لا يعد آلية جديدة صلب مجلة الشركات بل وقع تكريسه في ظل المجلة التجارية من ذلك فيما يتعلق بالشركات خفية الاسم فإن قرارات الجلسة العامة العادية ليست في منأى من الطعون



والإبطال خاصة إذا وقع اتخاذها اضرار بالشركاء و هضما لحقوقهم و مصالحهم أو إذا تبين أنها مخافة لأحكام المجلة التجارية و للقانون الأساسي للشركة⁷¹.

في هذا المجال نجد قضية البنك الفرنسي التونسي ضد الشركة العربية للتمويل و تتمثل وقائعها في أن شركة مسجلة بجزر الكيمان و خاضعة للقانون الانكليزي عبرت عن رغبتها للمساهمة في رأس مال البنك الفرنسي التونسي إثر قرار الترفيع فيه، و قامت بتحويل مبلغ ألفين وخمسمائة دولار أمريكي و هي مساهمة تعادل بقية المساهمين ، فقام البنك بإيداع المبلغ المذكور في انتظار الرخص التي يوجبها قانون الصرف، و بقي هذا المبلغ مجمدا لمدة أربعة سنوات تقريبا و بعد مصادقة السلط المالية التأمّت جلسة عامة عادية بحضور الشركة الأجنبية المذكورة و اتخذت عدة قرارات أهمها:

- وضع على كاهل البنك جميع مصاريف وكلفة إقامة رئيس مجلس الإدارة.

- تسمية أعضاء مجلس الإدارة.

استحقاق الشركة الأجنبية فوائض على الأموال المجمدة بعنوان تعويض الضرر الذي لحقها. فرفع بعض المساهمين قضية لدى المحكمة الابتدائية بتونس بهدف الحكم بطلان اللوائح التي أقرتها الجلسة العامة لمخالفتها لأحكام المجلة التجارية المنظمة للشركات خفية الاسم وقضت المحكمة ببطالان اللائحة المتعلقة بكلفة إقامة رئيس مجلس الإدارة تطبيقا لمقتضيات الفصل 67 من المجلة التجارية و بعدم سماع الدعوى في خصوص اللوائح الأخرى.

أما محكمة الاستئناف فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 28-12-1989 تحت عدد 81.895 بإبطال اللوائح و خاصة اللائحة المتعلقة بتسمية أعضاء مجلس الإدارة و اللائحة التي تقر استحقاق الشركة الأجنبية لفوائض على الأموال المجمدة.

⁷¹ التدخل القضائي في تسيير الشركة الخفية الاسم: كمال سليمان و صابر الغربي، القاضيان بالمحكمة الابتدائية بصفافس.



وقد طعنت الشركة الأجنبية بالتعقيب في هذا القرار و قضت محكمة القانون برفض
المطلب أصلا و بالتالي بتبني موقف محكمة الاستئناف و قد جاء بإحدى حيثيات القرار التعقيبي
أن " القانون الأساسي للشركة ، و كذلك القانون التجاري أوجبا بصفة عامة على أعضاء مجلس
الإدارة التصرف لصالح الشركة كذات معنوية و بالتالي لصالح جميع الشركاء بقطع النظر عن
الأسهم التي يملكها كلّ واحد منهم و بذلك فإن أي تصرف يتجاوز هذه الحدود يعتبر باطلا
قانونا⁷².

ما تجدر ملاحظته في هذا السياق أن مجلة الشركات التجارية في خصوص دعوى
البطلان أقرت المبدأ العام القاضي بعدم التصريح ببطلان الشركة إلا من ذوي المصلحة و
القاضي مطالب في هذا المجال بالتثبت من مدى توفر هذا العنصر من عدمه و من تفحص
حجج الطرف القائم بالدعوى و المطالب بالحكم ببطلان الشركة ذلك أنّ على المدعى عليه
اثبات ضرر مباشر حصل له ونشأ عن الإخلال ببعض الشروط و يرجع تقدير الحجج للقاضي
وتقدير مدى وجاهتها. و القاضي المختص في هذا المجال و الذي يقع تقديم الطلب لديه هو
قاضي الأصل طبق اختصاصه العادي إلا اذا تضمن القانون الأساسي شرطا تحكيميا فيقع
اللجوء عندها للتحكيم.

و الإشكال الذي يطرح في هذا المجال يتعلق بالاختصاص الحكمي في دعوى البطلان
ذلك أن هذه المسألة هي محلّ اختلاف فقه قضائي. فالإتجاه الأول يعتبر أن دعوى البطلان هي
من ضمن الدعاوى الغير مقدرة بالتالي يرجع الاختصاص فيها للمحكمة الابتدائية في حين يرى
الاتجاه الثاني أن هذه الدعوى من قبيل الدعاوى المقدرة بحسب قيمة موضوع العقد و يوزع
الاختصاص فيها بحسب تلك القيمة بين محكمة الناحية و المحكمة الابتدائية.

⁷² قرار تعقيبي مدني صادر عن محكمة التعقيب تحت عدد 19416 بتاريخ 1990/6/14 المجلة القانونية التونسية 1990 ص 288.



و تكون النتيجة الحتمية لتطبيق القواعد العامة للبطلان هو زوال جميع آثار العقد و انهيار الكتب برمته و بالتالي عودة المتعاقدين إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل التعاقد. و هذه القاعدة سهلة التطبيق إذا انكشف السبب الموجب للبطلان قبل أن يرتب العقد آثاره تجاه الغير حسن النية لأنه في الصورة المعاكسة تطبيق هذه القاعدة سيؤدي حتما للإضرار بالعلاقات التجارية و الغير حسن النية الذي ترتبت له حقوق . لذلك ارتأى المشرع التونسي تمكين المعنيين بالأمر من تسوية وضعيتهم بإزالة سبب البطلان ليزيل البطلان ذاته و في هذا المجال أقرّ المشرع جملة من الإجراءات لتسوية الوضعية المهددة بالبطلان من ذلك أنه أقر مبدأ انقراض دعوى البطلان بانتفاء سببه و لو في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا إلا إذا كان البطلان مؤسسا على عدم مشروعية موضوع الشركة طبق الفصل 107 من مجلة الشركات التجارية و الفصل 179 بالنسبة إلى الشركة خفية الاسم و الفصل 425 بالنسبة لاندماج الشركات و الفصل 445 بالنسبة إلى تجمع المصالح الاقتصادية.

فالبطلان المؤسس على عدم مشروعية موضوع الشركة هو بطلان له مساس بالنظام العام وبالتالي هو بطلان مطلق لا يمكن تداركه بأية صفة.

أما في حالة إمكانية تسوية الوضعية و تدارك البطلان فإن المحكمة بإمكانها أن تمنح من تلقاء نفسها مهلة لتصحيح الإجراءات المذكورة تلافيا للحكم بالبطلان. كما يخول لكل صاحب مصلحة إذا كان البطلان مؤسسا على الإخلال بقواعد الإشهار انذار الشركة لمباشرة هذا التصحيح في المهلة المذكورة و عند الاقتضاء الإلتجاء إلى القضاء الاستعجالي لتعيين وكيل لإتمام الاجراءات.



و تكون نتيجة التصريح ببطلان الشركة حلها و اعتبارها كشركة فعلية ومن ثمة تصنيفتها طبق الشروط الواردة بقانونها الأساسي.

فقرة ثانية : دعاوى المسؤولية.

إلى جانب دعوى البطلان كدعوى مدنية كرستها مجلة الشركات التجارية نجد أيضا دعوى المسؤولية . ذلك أن المجلة حافظت على المبدأ العام للمسؤولية وهو الخطأ الذي يتوجب على المدعى إثباته. واتصاله مباشرة بالضرر المشتكى منه أي أن يكون الضرر هو نتيجة مباشرة للخطأ المرتكب وهو ما يعبر عنه بالعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

و مجال دعوى المسؤولية متسع في مجلة الشركات التجارية إلا أننا سنتناول أبرز الدعاوى في أبرز الشركات و هي الشركة خفية الإسم و الشركة ذات المسؤولية المحدودة. مهما كانت طبيعة المسؤولية أو طبيعة الشركة فإن للقضاء سلطات هامة في جميع مراحل الدعوى و في جميع مراحل الشركة منذ تأسيسها إلى حين تصنيفها .

و فيما يتعلق بدعوى المسؤولية بالنسبة للشركة خفية الإسم: يمكن للغير تطبيقا لمقتضيات الفصل 177 القيام على المؤسسين بالتضامن لجبر الضرر الناجم عن عدم صحة أو نقص البيانات التي أمدوا بها الجلسة العامة التأسيسية و المتعلقة بالاككتاب برأس مال الشركة وبتحرير الأسهم و استعمال الأموال المقبوضة و مصاريف التأسيس و المساهمات العينية كما يتحملون كذلك بالتضامن مسؤولية الأضرار الناجمة عن السهو أو الإخلال بإحدى مقتضيات القانون الأساسي.

كما يعتبر أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين طبقا لقواعد القانون العام بالتضامن عن أفعالهم المخالفة لأحكام مجلة الشركات التجارية أو في صورة ارتكابهم للأخطاء في تصرفاتهم



من ذلك خاصة توزيعهم لأرباح صورية أو عدم المعارضة على هذا التوزيع إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في أعمالهم ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر و الوكيل النزيه.

ما يمكن ملاحظته بشأن هذه الدعوى هو محوها للشخصية الطبيعية و المستقلة لأعضاء مجلس الإدارة مع العلم و أن في هذه الحالة فإن الدعوى التي يرفعها الغير هي دعوى فردية يتم القيام بها مباشرة ضدّ المؤسسين أو أعضاء مجلس الإدارة و أعضاء هيئة الإدارة الجماعية و مجلس المراقبة دون ضرورة القيام ضد الشركة .

ما يمكن استنتاجه بالنسبة لدعوى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أن المسؤولية تضامنية عن كل الأعمال المتعلقة بسير نشاط الشركة ، فالدائن يمكنه مطالبة كل فرد من أعضاء مجلس الإدارة و الزامه بالأداء غير أن هذه المسؤولية تبقى غير آلية ذلك أنه يحق لعضو مجلس الإدارة المطالب بالتنفيذ أن يثبت أنه بذل في عمله ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه و القاضي متى رأى وجاهة الطلب يمكنه أن يقضي بتفصي العضو من المسؤولية نظرا لإثباته أن دوره فاعلا بالمجلس و متحملا لمسؤولية كل قرار يقع اتخاذه وهو مفهوم جديد أدخلته مجلة الشركات التجارية له جانب مهني لوظائف مجلس الإدارة بحيث لا يجب أن يكون حضورهم صوريا.

تبقى مسألة تقدير مدى توفر أركان المسؤولية من عدمها و تحديد الأعضاء المسؤولين في الضرر المعنوي الحاصل للغير و تقدير نسبة المسؤولية ومدى توفر شروط الاعفاء خاضعة لإجتهاد القاضي المطلق متمتعاً في ذلك بسلطات واسعة و بالحرية الكافية لتقدير هذه العناصر على ضوء ما يتوفر له من معطيات بشرط التعليل المستساغ. و بالتالي نلاحظ العلاقة المتينة للقضاء بمادة الشركة و الدور الفاعل للقاضي و السلطات الهامة الممنوحة له و مدى ثقة



المشرع في القضاء ليترك له مجالا واسعا لإجتهاده و اتخاذه للقرار الذي يتناسب مع الوضعية المعروضة.

* دعوى المسؤولية في الشركة المحدودة المسؤولية:

إن المشرع من خلال مجلة الشركات التجارية و في نطاق حماية الغير المتعامل مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة منح الغير من خلال الفصل 117 حق القيام ضد الوكيل أو الوكلاء و له في ذلك اثبات مسؤوليتهم فرادى أو بالتضامن فيما بينهم بحسب الحالات ، عن مخالفتهم لأحكام الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو عن خرقهم لمقتضيات العقد التأسيسي أو عن أخطائهم في التصرف ، كما يجوز اثاره مسؤولية الشركاء بالتضامن فيها بينهم لجبر الأضرار الناشئة للغير في صورة بطلان الشركة نتيجة لخرق قواعد التأسيس طبق الفصل 106 من المجلة.

ما نلاحظه في خصوص هذه المسؤولية هو طابعها الفردي إذ أنها مسؤولية فردية للمؤسسين وللوكيل أو الوكلاء ولا يمكن إيقافها ولو بقرار من الجلسة العامة تبرء فيه ذمة هؤلاء.

كما نلاحظ غياب الحلّ الموجود صلب الشركة خفية الاسم و الذي يقضي بجواز اعتبار أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين عن الأخطاء التي يقومون بها اثناء مباشرتهم لوظائفهم ما لم يثبتوا أنهم بذلوا في إدارة الشركة عناية صاحب المؤسسة المتبصر و الوكيل النزيه.

و نضيف إلى دعوى المسؤولية في إطار الشركة ذات المسؤولية المحدودة، دعوى تتعلق بشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، وهي المتعلقة بمسؤولية الشريك بوصفه نائبا و مسيرا للشركة، فالمشرع أشار لهذه المسؤولية بصفة عرضية صلب الفصل 152 من المجلة الجديدة، فأقر مسؤولية الشريك الشخصية تجاه الشركة عند تعاقدته مباشرة مع نفسه أو



بواسطة شخص متداخل و عدم إلحاق ذلك بوثائق المحاسبة. كما دعم المشرع هذه المسؤولية ضمن الفصل 117 من نفس المجلة دون أن ننسى القواعد العامة التي نظمت علاقة الوكيل بالموكل بكلّ تدقيق.

و بالتأمل في الفصل 117 المذكور نتبين وجود ثلاثة حالات يمكن على أساسها ترتيب مسؤولية الوكيل و ذلك عند مخالفته للأحكام المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو عند خرقه للعقد التأسيسي أو عند ارتكابه لأخطاء التصرف.

و ما يمكن ملاحظته هو أن أخطاء التصرف تتعدد و تتدرج من المخالفات إلى الجنايات ذلك أنها قد تعد مجرد إهمال أو تهاون كما يمكن أن تتمثل في عدم التصرف بكفاءة و يمكن أن تصل إلى استعمال الحيل و الخزعات في الاستحواذ على مكاسب الشركة كأن يقوم المتصرف مثلا بالتفويت في بعض مكاسب الشركة للغير بطريقة غير قانونية.

و بالرجوع للفصل 118 م ش ت الذي مكن الشريك من حق مباشرة دعوى المسؤولية لجبر الضرر اللاحق به شخصيا و أيضا بالنسبة للشركاء الذين يمثلون ربع رأس مال الشركة من حق مباشرة هذه الدعوى مجتمعين ضدّ الوكيل أو الوكلاء المسؤولين عن الضرر.

و دعوى المسؤولية الرامية للحصول عن التعويض مقابل الضرر الحاصل لا تقتصر على الشركاء فقط بل أن المشرع من خلال الفصل 114 من نفس المجلة ، أعطى هذه الإمكانية أيضا للغير المتضرر من تصرفات الشريك المسير للشركة و هذه الدعوى خاصة بالشركات التجارية ذلك أنه فيما يتعلق بالشركات المدنية نجد الأمر على خلاف ذلك حيث اقتضى الفصل 1311 من م. إ.ع. "إذا تجاوز الشريك ما حدد له من تصرفات أو تجاوز الغرض المقصود من عقد الشركة فهو مطلوب وحده بما التزم به".



ما يمكن استخلاصه من خلال الدعاوى المدنية في إطار الشركات التجارية هو أن القانون قد كثف من السلطات القضائية في مجال الشركات و يتدعم هذا القول من خلال ما أقرته المجلة من عقوبات بالنسبة لجرائم الشركات في حالة مخالفة الأحكام القانونية التي وضعتها.

مبحث ثاني

تفعيل دور القاضي الجزائي.

قد تعترض مكاسب الشخص المعنوي إلى المساس بها ، و هو ما يجعل المشرع يتدخل لتوفير الحماية الجزائية اللازمة بهذه الأموال، و تتمثل هذه الحماية في تجريم بعض الأفعال و ضبط جزاءات لها، مما يضيف على القانون الجزائي خصوصية تتمثل بالأساس في جانب الردع والزجر الذي يميزه عن بقية فروع القانون الأخرى رغم أنه لا ينفصل عنها بحيث يبقى المرجع الأساسي لمختلف الجرائم و يضل بذلك الحارس الحامي للقوانين الأخرى و من هنا تأتي أهمية القانون الجنائي الاقتصادي التي أوجبه التطورات و التغييرات الاقتصادية وتشعب العلاقات في ميدان المبادلات التجارية .

و تتأكد أهمية القانون الجنائي الاقتصادي في تخصصه بالإلمام بمختلف الجرائم الاقتصادية سواء على مستوى التجريم أو على مستوى الزجر. و إنّ العديد من التشريعات المقارنة أولت



الجرائم الاقتصادية أهمية كبرى و لئن جاءت المجلة التجارية الصادرة سنة 1959 منظمة بجلّ الأنشطة التجارية وخاصة الشركات التجارية إلا أن المشرع عمق هذه العناية و دعمها بالمجلة الجنائية لسنة 1913 التي تعرضت إلى العديد من الجرائم الماسة بالشركات ثم تتالت القوانين التي تعنى بالحماية الجزائية للشركات من ذلك قانون 17 أفريل 1995 المنقح في 1999 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية و قانون 2 ماي 1995 المتعلق بالسجل التجاري و الذي تضمن العديد من الأحكام الجزائية التي تسلط على الممثل القانوني للشركة و الذي يخل بإجراءات الترسيم و الإشهار أو بالإجراءات الواجب اتباعها في مرحلة التصفية كما أرسى المشرع آلية هامة كرس من خلالها حماية جزائية موسعة و ذلك من خلال القانون عدد 13 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 أي من خلال مجلة الشركات التجارية باعتبارها مكسب تشريعي زاخر بالحماية المدنية و الجزائية ذلك أنها تضمنت العديد من القواعد الجزائية إلى جانب إحالتها في عديد المواقع إلى المجلة الجنائية كما أحالت في بعض المناسبات إلى قانون 14 نوفمبر 1994 المتعلق بسوق المالية...و الحماية الجزائية تعكس في حقيقة الأمر تدخل القاضي الجزائي في مادة الشركات لنتبين بذلك أن القاضي مهما كان موقعه في السلك القضائي فإنه في علاقة بالشركات.

و القاضي الجزائي يتدخل في حالات عديدة و متعددة متمتعاً بسلطات هامة في تكييف الأفعال و أيضا في تقدير العقوبة المستوجبة لها مثلا بمدى خضوعها للحد الأدنى و الأقصى أو حتى في غيرها من الحالات...



إن الجرائم المتعلقة بالشركات تتخذ أشكالاً عديدة بحسب نوع الشركة و بحسب الطرف المخالف و نظراً لكثرة هذه الجرائم من جهة و لكون المجال لا يتسع للتعرض لجميعها بالتدقيق فإننا سنحاول الاتيان عل أبرزها و احدثها.

فقرة أولى: جرائم التصفية

بالرجوع إلى الشركات التجارية نلاحظ أن المشرع تناول مسألة التصفية بصفة فعلية باعتبارها ترد في آخر مرحلة من مراحل حياة الشركة المنحلة و هي مرحلة دقيقة و حاسمة بالنسبة للأطراف المعنية و نظراً لأهمية هذه المرحلة سن المشرع أحكاماً زجرية تهّم التجاوزات التي تحصل في فترة التصفية و ذلك على مختلف الأصعدة.

فعلى الصعيد المدني فإن عدم مراعاة الأعمال و القرارات الخاصة بكيفية التصفية ينجر عنه بطلان تلك الأعمال أما على صعيد القانون العام فينص الفصل 25 من قانون 11 نوفمبر 1997 على جزاء إداري في صورة ارتكاب خطأ شخصي . و لقد بين المشرع على الصعيد الجزائي أحكاماً تتعلق بالإخلالات التي يمكن أن يقوم بها المصفي بمناسبة أعمال التصفية.

ما تجدر ملاحظته هو أن التصفية يمكن أن تتخذ أحد الشكلين:

إما أن تكون رضائية أي أن تتم برضاء الأطراف سواء في مرحلة انشاء الشركة والتنصيب على ذلك صلب القانون الأساسي لها أو أن تقع تسمية المصفي بصفة لاحقة عند دخول الشركة مرحلة حرجة من حياتها تجعل من التصفية هي الحلّ الوحيد إثر انحلالها.

أما التصفية القضائية فهي تتم إذا لم يتفق الشركاء على تعيين مصف أو إذا كان من بين الشركاء منعدمي أهلية أو غائبين فإنه يرجع للمحكمة أن تتخذ قرار بتعيين أحد المصفين أو أكثر لإستتضاض الشركة قضائياً.



نظرا لخطورة هذه المرحلة في إطار آثار انحلال الشركة و حماية مصالح الشركاء والدائنين فإن المشرع نظم عمل المصفين بقانون جديد هو القانون عدد 93 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية . و قد تميز هذا القانون بوضع إجراءات جديدة و يتجلى ذلك من خلال العديد من الأحكام الجزائية و التي خصص لها فصولا من 49 إلى 53. وردت جملة هذه النصوص ضمن الفرع الثالث بعنوان " أحكام جزائية" في إطار العنوان الثالث "انحلال الشركات" من الكتاب الأول تحت عنوان " الأحكام المشتركة بين مختلف الشركات التجارية".

أولا:مسؤولية المصفي الجزائية من خلال الفصل 49.

بالرجوع للفصل 49 من مجلة الشركات التجارية فإن المشرع كرس من خلاله المسؤولية الجزائية للمصفي في صورة الإخلال بواجب الإشهار وواجب الإعلام . يتجلى الإخلال بواجب الإشهار من خلال عدم ترسيم قرار حل الشركة أو من خلال عدم إشهار قرار تعيين المصفي بالسجل التجاري.

و المقصود بإشهار قرار حل الشركة هو أن جميع الأعمال و القرارات المثبتة لانحلال الشركة و المتعلقة بكيفية تصفياتها تكون خاضعة لواجب التسجيل و هذا النوع من الإشهار ليس بجديد فهو متواجد من قبل في الفصل 181 من المجلة التجارية إلا أن الفصل المذكور تغافل على العقوبة الجزائية عند الإخلال بهذا الواجب . لكن دون أن ننسى أن المشرع سبق له أن كرس عقوبات جزائية من خلال الفصلين 22 و 68 من قانون 1995 في فصليه 22 و 68 أم جاء



على سبيل التوارد نظرا لوحدة الفعل و هو مسؤولية المصفي عند اخلاله بواجب الإشهار مع اختلاف تحديد العقوبة في كل فصل من هذه الفصول.

أما المقصود بإشهار قرار تعيين المصفي بالسجل التجاري هو أن المصفي يعدّ مسؤولا جزائيا في صورة عدم ترسيم قرار تعيينه في السجل التجاري في ظرف ثلاثين يوما. لئن أمكن تأسيس مسؤولية المصفي الجزائية لمخالفته لواجب الإشهار يمكن أن تأسس مسؤوليته كذلك بواجب الإعلام المحمول عليه.

إن واجب الإعلام المحمول على المصفي يكون تجاه الشركاء والمحكمة. فحسب مقتضيات الفصل 49 فإن المصفي يؤاخذ عندما " لا يقوم بدعوة الشركاء للنظر في الحساب النهائي للشركة و منحه ابراء تصرفه و ذلك عند ختم أعمال التصفية." أما إزاء المحكمة فيعاقب المصفي الذي " لا يلجأ إلى المحكمة قصد الحصول على المصادقة على ذلك طبق أحكام الفصل 45 من هذه المجلة . " و المحكمة المنصوص عليها بالفصل 49 قصد الحصول على المصادقة يقصد بها محكمة الناحية المختصة أو الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية ذات الاختصاص الترابي ذلك أن جرائم الاعلام على غرار جرائم الأعمال و التي توصف بالجنح تكون عادة من اختصاص هذا النوع من المحاكم.

ما يمكن الإشارة إليه في هذا المجال هو أن قانون 11 نوفمبر 1997 بالفصل 11 منه مثلا يفرض على المصفي أن يحرر تقريرا فيه نتيجة أعماله يقدمها إلى القاضي المراقب الذي يعرضه على الشركاء للمصادقة عليه و جرم هذا الفعل ضمن الفصل 33 " يعاقب بخطية تتراوح بين 500 و 1000 دينار كل مصف أو مؤتمن عدلي أو أمين للفسلة أو متصرف قضائي لا يحترم الآجال المقررة بأحكام الفصول 10 و 11 و 16 و 21 و 27 من هذا القانون."



لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المستوى هل يتم تطبيق الفصل 33 أم 49 هل نحن أمام حالة توارد. أم هل أن الفصل 49 يعتبر نصًا خاصًا يطبق قبل النص العام؟ أم هل أن الفصل 49 هو تنقيح للفصل 33؟

بصفة عامة يمكن أن نعتبر أن الفصل 49 قام بتعزيز الحماية الجزائية لواجب الإعلام المحمول على كاهل المصفي إزاء كل من الشركاء مقننًا بالمشروع الفرنسي الذي أوجب على المصفي استدعاء الشركاء في آخر التصفية للوقوف على الحساب النهائي للشركة و إنهاء أعمال التصفية وهو ما افترضته الفقرة الثانية من الفصل 486 من قانون 24-07-1966. و نظرًا لأهمية كلا الواجبين-الاشهار و الاعلام- و لضمان احترامهما من قبل المصفي أقر المشرع عقوبة جزائية في صورة الاختلال.

لقد حدد المشرع في الفصل 49 عقوبتين : السجن من شهر إلى 6 أشهر وخطيئة من 300 إلى 1000 دينار و بذلك يكون المشرع في الفصل 49 قد أعطى دورًا للقاضي في تقدير العقوبة و ذلك بضبطه للحد الأقصى و الحد الأدنى. و ترك المجال له بأن يصدر عقابًا يتراوح بين هذين الحدين لكنه لا يمكنه أن يحكم بأقل أو بأكثر. فالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي تتمثل في تحديد المدة بالنسبة للعقوبة المدنية و تحديد المبلغ بالنسبة للعقوبة المالية. في هذا المجال نتساءل عن مدى ملاءمة هذه العقوبة لإتجاه فقه القضاء الجزائي الاقتصادي.

ما يمكن ملاحظته هو أن القضاة في القانون الجنائي الاقتصادي متجهين نحو اللين إذ باستثناء الحالات التي حُجِرَ فيها المشرع تطبيق ظروف التخفيف فإن لهم سلطة مطلقة في منح



هذه الظروف و لقد جاء الفصل 53 من المجلة الجنائية لمنح القاضي سلطة مطلقة لإستخلاص ظروف التخفيف و يعفي القاضي عند تقديره لها من التعليل.

فالمشرع التونسي في الفصل 49 أشار إلى السّجن و الخطية و استعمل حرف العطف "الواو" و لم يستعمل حرف "أو" أليس هذا تشديد و ابتعاد عن اللّين؟

ثانيا: مسؤولية المصفي الجزائية من خلال الفصل 50 من مجلة الشركات التجارية.

ورد الفصل 50 بدوره ضمن الفرع الثالث بعنوان "أحكام جزائية" في إطار العنوان الثالث " انحلال الشركات" من الكتاب الأول تحت عنوان "الأحكام المشتركة بين مختلف أنواع الشركات التجارية".

الفصل المذكور أحال إلى الفصل 297 من المجلة الجنائية بصفة صريحة إلى كلّ من الفصول 36 و 40 و 43 و 47 من مجلة الشركات التجارية.

سنعرض للفصل 50 من جهتين : الأولى تتعلق بالأفعال المجرمة و الثانية تتعلق بالعقوبات المقررة ضد المصفي المخالف.

الأفعال المجرمة:

هناك صنفين من الأفعال المجرمة واردة صلب الفصل 50 من مجلة الشركات التجارية

- أفعال سابقة لقرار ختم التصفية

- أفعال لاحقة لقرار ختم التصفية

بالنسبة للأفعال السابقة لقرار ختم التصفية :

* جريمة عدم دعوة الجلسة العامة للإنعقاد : الفصلين 36 و 43 بإحالة من الفصل 50:



الفصل 36 يتعلق بواجب المصفي استدعاء الجلسة العامة للإنعقاد بغاية الكشف عن الوضعية المالية للشركة . كما يتعلق بوجوب دعوته للجلسة العامة أيضا لتلاوة البرنامج الذي سطره حتى يتمكن من مباشرة أعمال التصفية.

أما الفصل 43 فهو يتعلق أيضا بواجب دعوة الجلسة العامة للإنعقاد لكن لغاية أخرى ، تتمثل في عرض حسابات التصفية و العمليات المتعلقة بها.

* جريمة عدم اللجوء للقضاء:الفصلين 44 و 45

عدم لجوء المصفي للقضاء هو فعل سلبي يعدّ جريمة بإحالة من الفصل 50 إلى الفصلين 44 و 45 .

الفصل 45 يحرم عدم لجوء المصفي للقضاء نتيجة عدم مصادقة الشركاء على الحساب النهائي للتصفية.

*جريمة عدم تقديم تقرير شرح أسباب التصفية: الفصل 40

في صورة عدم اتمام عملية التصفية في الآجال القانونية و هي سنة وجب على المصفي أن يقدم تقريراً يشرح فيه أسباب ختم أعمال التصفية و هذا الواجب يدخل في إطار احترام خصوصيات الاعمال التجارية التي تتميز بالسرعة و احترام الأجال.

في جميع الحالات المذكورة يكون المصفي مسؤولاً أمام القاضي الجزائي مع الملاحظة و أن الأفعال ذات الصبغة التجريبية لا تهم فقط الأفعال السابقة لقرار ختم التصفية و انما تهم كذلك الأفعال اللاحقة له.

بالنسبة للأفعال اللاحقة لقرار ختم التصفية :

* جريمة عدم توزيع الأموال



لقد أوجب الفصل 46 من مجلة الشركات التجارية على المصفي أن يتولى توزيع الأموال المتوفرة على الدائنين حسب رتبهم ثم توزيع الباقي على الشركاء و قد أضاف هذا الفصل واجب آخر و هو واجب إشهار التوزيع و الغاية من الاشهار هو اعلام الغير حتى يتمكن من الاعتراض إن كانت له مصلحة في ذلك في أجل 90 يوما و ذلك باللجوء إلى القضاء الاستعجالي .

* جريمة عدم إيداع الدفاتر و الوثائق : الفصل 47

إن عدم ايداع الدفاتر و المحررات و الحجج المتعلقة بالشركة بعد انتهاء أعمال التصفية بكتابة المحكمة الابتدائية حيث يوجد المقر الاجتماعي للشركة ، تجعل من المصفي عرضة للنتبغات الجزائية.

* جريمة عدم تأمين المبالغ: الفصل 46 و 50

تجدر الملاحظة منذ البداية إلى أن هذا الواجب أي تأمين المبالغ المالية بصندوق الودائع والأمان ليس بالأمر الجديد و إنما سبق التصيير عليه بمجلة الالتزامات و العقود و بالتحديد بالفصل 1538.

نلاحظ أن جريمة عدم تأمين المبالغ أشار إليها الفصل 46 و كذلك الفصل 50 في فقرة ثانية فصل فهل يعد ذلك سهوا من المشرع أم أنه قد قصد ذلك التأكيد، فالمشرع كان بإمكانه الاكتفاء بالفصل 46 الذي يتضمن في فقرته الأخيرة هذه الجريمة.



أنّ الافعال الواردة صلب الفصل 50 هي افعال سلبية تحمل المصفي مسؤولية جزائية هامة وخطيرة تتضح أكثر من خلال العقوبة المقررة لها.

* العقوبات المستوجبة:

إنّ المسؤولية الجزائية للمصفي متوفرة نتيجة إخلاله بواجباته في إطار أعمال التصفية التي هو مكلف بها، هذه الأعمال التي تتمثل في الواجبات المحمولة عليه من خلال الفصول 36 و 40 و من 43 إلى 47 من مجلة الشركات التجارية ، و التي أحال إليها الفصل 50 منها بصفة صريحة في تجريم جملة الأفعال السلبية .فالمصفي في هذا الإطار قد أخلّ بجملة من القواعد القانونية الآمرة و المقترنة بعدة جزاءات و هو ما يعني أن المسؤولية الجزائية تجد أساسها في الخطأ الشخصي الناتج عن إرادة واعية و حرة و في أفعال سلبية مخالفة لتراتبين واجراءات مهمة.

الجدير بالذكر هنا أن تجريم هذه الافعال و زجرها لم ترد فقط في مجلة الشركات التجارية بل و كذلك قانون 11 نوفمبر 1997 بحكم أن مسؤولية المصفي تجد مصدرها في طبيعة مهنة المصفي وظيفته التي ينظمها القانون المذكور و إنّ الجزاءات المسلطة على المصفي لها ارتباط وثيق بصفة هذا الشخص و بطبيعة عمله التي تصنفها مجلة الشركات التجارية بالوكالة.

مسألة العقوبات المقررة به للأفعال الواردة صلب الفصل 50 تثير مسألتين الأولى تتعلق بالإحالة الصريحة للفصل 297 من المجلة الجنائية و الثانية تتمثل في مسألة التوارد.

* الإحالة الصريحة على عقوبة الفصل 297 م ج:



لقد أحال الفصل 50 من مجلة الشركات التجارية صراحة إلى تطبيق أحكام الفصل 297 من المجلة الجنائية و الذي حاول الفقه و فقه القضاء العمل به قبل صدور المجلة الجديدة. ذلك أن جانب هام من الفقه و فقه القضاء كان يحاول أن يجمع أدلة وحججا في سبيل تطبيق عدة نصوص جنائية عامة من بينها الفصل المحال إليه قصد الوصول إلى تطبيقها على المصفي الذي يخالف تراتيب و اجراءات التصفية.

ما يمكن ملاحظته بالنسبة للمجلة الجديدة هو منحها للمصفي صفة الوكيل من ذلك أن الفصل 40 نص صراحة " تحدد وكالة المصفي بمدة سنة واحدة..." كما يضيف الفصل 42 " يعتبر المصفي الممثل القانوني للشركة الواقع حلّها و له بصفته تلك سلطة موسعة..." ومصطلح الممثل القانوني يحيل على وجود علاقة تتمثل أساس في وكالة خاصة و أن الوكيل يتمتع بسلطة واسعة بمقتضى عقد الوكالة على أن لا يتجاوز حدود ما وكلّ عليه.

صفة الوكيل الواردة صلب الفصل 40 و 42 تتلاءم مع عبارات الفصل 297 م.ج الذي أحال عليه المشرع صراحة في مستهل الفصل 50. بحيث يشير الفصل 297 م ج إلى جملة من الصفات و أنواع العقود من بينها الوكالة -الوكيل- مؤتمنا-مديرا عدليا- بعبارتي " الوكالة" و"الوكيل" تتلاءمان مع مقصد المشرع صلب مجلة الشركات التجارية.

و يتكامل مفهوم الوكالة و الأمانة لبيان قيمة و طبيعة خطورة مهام المصفي الذي يعتبر أمينا أو مؤتمنا بمقتضى اتفاق أو بمقتضى قرار المحكمة على أسرار ووثائق و أموال الشركة و من خلالها الشركاء و الغير بحيث تكون مسؤولية المصفي مضاعفة فهي مسؤولية مدنية و جزائية نظرا لكونه يعتبر وكيلا و إن وجود صفة الوكيل يعتبر ظرف تشديد إذا ما



توفرت في المخل بواجب الأمانة اعتبر مرتكبا لجريمة خيانة أمانة موصوفة و هي جنائية تستوجب عقابا أشد من عقوبة الجنحة.

فالفصل 297 يميز بين ارتكاب جنحة و هي خيانة مجردة و ارتكاب جنائية و هي خيانة موصوفة.

الخيانة المجردة تستوجب عقوبة بالسجن مدة 3 أعوام و الخطية بـ 1000 فرنك . تكون من اختصاص الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية و يكون فيها التحقيق غير وجوبي وأما إذا ما ثبتت صفة الوكيل الجريمة تصبح جنائية تستوجب العقاب بالسجن لمدة 10 أعوام فتكون من انظار الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية و يكون التحقيق فيها وجوبيا و يكون حضور المحامي أيضا وجوبيا.

ما يمكن ملاحظته فيما يخص عقوبات الفصل المحال عليه أن اجتهاد القاضي يبرز من خلال تكييف الفعل المجرم إن كان يكون جنحة أو جنائية بحيث يتسنى للقاضي حسب ملاسبات وظروف كل قضية اعتماد التجنيح لفائدة المتهم إذا ما ثبت لديه أن الفعلية هي أقرب للجنحة منها للجنائية و في ذلك تخفيف في العقوبة المستوجبة خاصة و أن الأمر هنا متعلق بصفي الشركات التجارية التي ما انفك المشرع يحاول إحاطتها بالحماية الجزائية اللازمة نظرا لأهميتها ووزنها الاقتصادي و أكبر دليل على ذلك هو افرادها بمجلة خاصة يميزها عن بقية الشركات والمؤسسات الأخرى .

* حالات التوارد

إن مسألة امكانية تطبيق نصوص جزائية أخرى من عدمها هي وسيلة مسموح بها للقاضي عند توفر شروط معنية إذ ينص الفصل 53 على أنه " لا تمنع العقوبات الواردة



بالفصول من 49 إلى 52 من هذه المجلة من تطبيق عقوبات أشد واردة بقوانين أخرى تتعلق بنفس الأفعال.

أول نص جزائي آخر يمكن تطبيقه هو من مجلة الشركات التجارية نفسها ذلك أن الفصل 50 أحال فيما يخص تجريم الأفعال إلى الفصل 45 الذي يتعلق بالإخلال بواجب دعوة الجلسة العامة للانعقاد للمصادقة على الحساب النهائي و في حالة التعذر وجب اللجوء للقضاء للحصول على المصادقة و الجدير بالذكر أن هذه الجريمة يعاقب عليها الفصل 49 من مجلة الشركات التجارية بصفة صريحة بالسجن من شهر إلى 6 أشهر و بخفية من 300 إلى 1000 دينار و هو ما يعني مبدئيا وجود حالة توارد معنوي . فهل أن المصفي الذي يخلّ بواجب هام مثل عدم دعوة الجلسة العامة للانعقاد للحصول على المصادقة يعتبر قد ارتكب فعلا يجرمه نصاب قانونيان و بالتالي يخضع لتطبيق العقوباتين الواردتين بمنطقي الفصل 297 م. ج. و هو نص جنائي عام و الفصل 49 م. الشركات التجارية و هو نص جنائي خاص مما قد يجرنا إلى القول بقاعدة الخاص يقيد العام و لا يلغيه و لكن و من جهة أخرى فإنه لا يمكن العمل بهذه القاعدة أمام ما نصّ عليه الفصل 54 المتعلق بتوارد الجرائم و العقوبات الذي يقر بضرورة تطبيق النص الأشد عقوبة.

و الفصل الأشد عقوبة في هذا الإطار هو الفصل 297 م. ج و ليس الفصل 49 م. ش. ن. كما قد يمكن القول من ناحية أخرى بأن حالة التوارد لا تطرح هنا نظرا لأن المشرع اشار صلب الفصل 53 م. ش. ن. إلى "قوانين أخرى" مما قد يقصى مجلة الشركات التجارية من بين هذه القوانين الأخرى إلا أنه لا يمكننا التمييز حيث لم يميز المشرع ذلك أنه أورد عبارة القوانين الأخرى بصفة عامة و مطلقة و أن الفصل 49 م. ش. ن. قد يندرج ضمن قائمة القوانين الأخرى



خاصة و أن المشرع في هذه المجلة قد قصد بذلك اتباع سياسة جنائية صارمة تعتمد التشديد في العقوبات معتمدا في ذلك حالة التوارد المعنوي مما قد يبعث على زرع الهلع في من تخول لهم أنفسهم خيانة الأمانة و الإخلال بواجباتهم من المصفين المخلين بواجباتهم الذين يجدون أمامهم أكثر من عقوبة تنتظرهم.

فقرة ثانية: المسؤولية الجزائية لمراقب الحصص العينية في الشركة خفية الاسم.

لقد أقر المشرع تنظيما دقيقا أمرا صلب المجلة التجارية لسنة 1959 للشركات عموما ولشركة خفية الاسم بصفة خاصة و ذلك من طور تأسيسها إلى حين تصفيتها و قد أوجب المشرع شكليات معينة لصحة الشركة من ذلك أن الشركة لا تتأسس إلا بعد الاكتتاب لكامل رأس مالها والتحرير لربع قيمة الأسهم النقدية و لكامل قيمة الأسهم الممنوحة مقابل حصص عينية .

لكل شريك مبدئيا من المنابات أو الاسم ما يناسب حصصه التي قدمها إلى الشركة. وبذلك فإن الحصص هي عبارة عن حقوق مودعة في حاجة إلى التقدير. و إذا ما ماكانت المقدمات النقدية تطرح إشكالا في تقديرها فإن تقدير الحصص العينية يثير مشكلا كبيرا إذ يمثل ملكا لا يخضع لثمن معين قانونا. و رغم ذلك فإنه يجب تقدير قيمتها بصفة دقيقة لا لبس فيها. و يقع العمل بهذا الإجراء لا عند التأسيس فحسب بل حتى عند الترفيع في رأس المال أو بمناسبة اندماج الشركات. و قد نسج المشرع التونسي على منوال نظيره الفرنسي لما أوكل عملية التقدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و في الشركة خفية الاسم إلى مراقب الحصص العينية.



و بالنسبة للشركة خفية الاسم فقد اقتضى الفصل 173 من مجلة الشركات التجارية ان مراقب الحصص يقع تعيينه من بين الخبراء العدليين قبل تأسيس الشركة و ذلك بموجب اذن على العريضة من لدن رئيس المحكمة بطلب من المؤسسين.

في هذا السياق نتساءل عن مدى تكريس المشرع لحماية جزائية للشركة خفية الاسم لمعالجة هذه المسألة يجب النظر إلى المسؤولية المترتبة عن الممارسة غير القانونية لمهام مراقب الحصص العينية ثم إلى المسؤولية المترتبة عن التقدير الاحتياالي:

- المسؤولية المترتبة عن الممارسة غير القانونية:

ميدان مسؤولية مراقب الحصص العينية مزدوج فهو شخصي لقيامه على "موانع قانونية متعلقة بشخص المراقب" و هو إلى جانب ذلك "ميدان موضوعي".

- الموانع المتعلقة بشخص المراقب.

بالرجوع إلى الفصل 184 من مجلة الشركات التجارية المتعلق بمسؤولية مراقب الحصص العينية نتبين أن المشرع استعمل تقنية الاحالة .فقد تضمن أن مسؤولية مراقب الحصص العينية تترتب عن الاخلال بمقتضيات الفصل 174 من مجلة الشركات التجارية .

و بالاطلاع على الفصل المذكور نلاحظ أن المشرع أورد قائمة حصرية في أشخاص يحجر عليهم أن يكونوا مراقبي حصص عينية و ذلك اعتمادا لعدة أهداف أراد المشرع حمايتها من خلال التحجر.

و الأشخاص الواردة في شأنهم التحاجير لممارسة مراقب حصص عينين إما لأسباب مبنية على الروابط العائلية أو لأسباب مبنية على التبعية.



ما يمكن ملاحظته في شأن التناجز هو الهدف الذي يرمي إليه المشرع من خلال تكريسه للحماية الجزائية للحصص العينية فالتناجز الواردة هي و حقيقة الأمر تحقيقاً لمبدأ المساواة بين المساهمين ذلك أن قدر المساهمة يعطي نسبة في رأس المال و بالتالي نسبة من ممارسة السلطة داخل الشركة و من خلال ذلك يتبين لنا أن أهداف المشرع متعددة فهو يهدف إلى حماية رأس المال و كذلك إلى حماية الشركاء خاصة أصحاب الحصص النقدية و أخيراً الدائنين.

بالنسبة لرأس المال فإن الشركة في ذاتها لا تتكون إلا بدفع كامل القيمة العينية تطبيقاً للفصل 166 م ش ن و تبرز حماية الدائنين من خلال الدور الذي يلعبه رأس المال باعتباره يمثل ضماناً عاماً للدائنين و لا يمكن أن يكون كذلك إلا إذا كان واقعياً و حقيقياً و ثابتاً. أما حماية الشركاء فكما ذكرنا فهي تبرز من خلال مبدأ المساواة بحدث لا فرق بينهم إلا بقيمة حصصهم.

النطاق الموضوعي لمسؤولية مراقب الحصص

ينص الفصل 184 من مجلة الشركات التجارية " يعاقب بخطية كل شخص قبل عمداً مهام مراقب حصص عينية أو احتفظ بها خلافاً لمقتضيات الفصل 174. " و المشرع بذلك يفرق بين القبول و الاحتفاظ:

المقصود بالقبول هو أن المبدأ يتمثل في وجوب قبول مهمة خبير عدلي إذا استجد به القضاء و إلا ارتكب جرماً يعاقب عنه القانون والاستثناء هو القبول مع وجود مانع قانوني أو عذر مقبول أو قدح من شأنه ... " و قد فصل المشرع هذه الأعذار في الفصل 174 من مجلة الشركات التجارية ورتب عن العلم بها و قبول المهمة مسؤولية جزائية فالقبول المعاقب عليه



هو المصحوب بالعلم بالمانع فقد تضمنت الفقرة الأخيرة أنه " إذا طرأ أحد الموانع المذكورة آنفا أثناء مدة الوكالة فإن المعني بالأمر ملزم بالتوقف حالا عن مباشرة مهامه و إعلام المؤسسين أو أعضاء مجلس الإدارة أو أعضاء هيئة الإدارة الجماعية بذلك حسب الحالة في أجل 15 يوما بعد حصول المانع."

و يمثل كل من القبول الاحتفاظ مع وجود العلم بالمانع الركن المادي لهذه الجريمة . وبذلك يكون القاضي مطالب بالتثبت من مدى توفر ماديات الجريمة أي من مدى توفر العنصرين المتمثلين في القبول أو الاحتفاظ بالنسبة للعنصر الأول و وجود أو ظهور المانع بالنسبة للعنصر الثاني.

أما فيما يتعلق بالنص الجنائي فإنه وجب التذكير أن الفصل 184 ينص على ما يلي " يعاقب كل شخص قبل عمدا أو احتفظ ... " فالعمد عنصر أساسي في جريمة الفصل 184 والعمد هو أن يكون الجاني عالما بما اقترفه و أن يكون أراد اقتراف ما يمنعه القانون وهو إذن يتكون من عنصرين : العلم و الإرادة و القاضي الجزائي مطالب بالتحقق من مدى توفر العنصرين حتى يقر المسؤولية الجزائية لمراقب الحصص العينية.

و مراقب الحصص العينية فهو الفاعل القابل أو المحتفظ مع علمه بالتحجير لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه لا يشترط فيه أن يقبل أو يحتفظ باستعمال وسيلة تحليلية أو لغاية الحصول على منافع مادية غير مؤسسة قانونا من خلال مباشرته لمهامه. أما بخصوص عقاب الفاعل الأصلي و هو المراقب فقد تضمن الفصل 184 أنه يعاقب بخطية تتراوح بين 1000 و 10000 دينار و الملاحظ في هذا العقاب أنه انحصر في العقوبة المالية في حين غابت العقوبة السالبة للحرية.



مراقب الحصص العينية لا يتحمل المسؤولية نتيجة الممارسة غير القانونية فقط و إنما

أيضا عند التقييم الاحتيالي

- المسؤولية المترتبة عن التقييم الاحتيالي:

أقر الفصل 186 في فقرته الرابعة من مجلة الشركات التجارية عقابا بالسجن و الخطية للأشخاص الذين يتسببون باستعمالهم للخزعات في تقدير احدى الحصص العينية بأكثر من قيمتها الحقيقية "

يلاحظ من عبارات هذا النص استعمال المشرع للفظ " الأشخاص على إطلاقه. فكل شخص مبدئيا يمكن أن يسأل على معنى هذا الفصل سواء كان مؤسسا أو مديرا أو مراقبا للحسابات أو للحصص غير أن المراقب الحصص العينية هو المعني أساسا بهذا الحكم طالما أن تعيينه إجراءات وجوبيا يتوقف عليه تأسيس الشركة خفية الاسم تحت طائلة البطلان و متى تم تعيين المراقب حسب إجراءات الفصل 173 فإنه يتولى تقدير قيمة الحصص تحت مسؤوليته لذلك إذا تم تقدير الحصة العينية بأكثر من قيمتها الحقيقية فإن جريمة التقييم الاحتيالي قد تقوم متى توفرت بعض الشروط و هو ما زجره المشرع في الفقرة الأولى من الفصل 186.

- أركان جريمة التقييم الاحتيالي:

إن هذه الجريمة لا ينطبق عليها وصف التحيل لغياب عنصر الاستيلاء على مال الغير لكنها تتضمن إلى جانب عنصر الإجحاف في التقدير استعماله للوسائل الاحتيالية . يقصد بالإجحاف في التقدير أن يتسبب مراقب الحصص في تقدير الحصة العينية بأكثر من قيمتها الحقيقية أي بثمان مشط لا يتطابق مع الثمن الحقيقي. و اعتبارا إلى أن الترفيع في التقييم يشكل فعلا إيجابيا فإن الكتمان المتعلق بقيمة الحصص العينية أو عدم تقييمها بتاتا لا ينجر عنه



الجريمة. لكن في هذه الحالة يكون عرضة للعقوبات التأديبية طبق قانون 23 جوان 1993 المتعلق بالخبراء.

و يثار إشكال يتعلق بعبارة "أكثر من قيمتها الحقيقية" فما هو معيار هذا التقدير؟ في غياب معيار دقيق و واضح من المشرع يكون القصد منه توكيل القاضي بهذه المهمة في نطاق اجتهاده و سلطته المطلقة و القاضي بإمكانه الاستعانة بأصحاب الخبرة للتقدير والقاضي عند تقديره للفارق في القيمة يكون قد حدد مآل القضية و مدى مؤاخذة المعني من عدمه مع العلم و أن الزيادة البسيطة لا يترتب عنها التفصي من المسؤولية في جميع الحالات ذلك أنه عند اقترانها بسوء النية و استعمال بعض الوسائل الاحتيالية يمكن للقاضي أن يقرر مؤاخذة المصفي و بالتالي ترتيب مسئوليته الجزائية.

أما فيما يتعلق بالوسيلة المستعملة فإن المشرع اشترط استعمال "الخزعات" و هو يمثل الركن الثاني من الركن المادي لجريمة التقييم الاحتيالي و لئن كانت هذه الجريمة قصديه فإن النية الإجرامية تستنتج من عنصر الوسيلة المستعملة.

و الملاحظ بالنسبة لهذه الجريمة أن المشرع نقل صلب الفصل 186 في فقرته الرابعة نفس الصياغة المعتمدة بالفصل 69 من المجلة التجارية الواقع إلغاؤه في 2000/11/03

الفقرة الثالثة :المسؤولية الجزائية لمراقب الحسابات.

إن تناول مسألة مراقب الحسابات تمليه عديد الضرورات و له في ذات الوقت عدة مبررات. فالنظام القانوني و النصوص القانونية المتعلقة بمجلة الشركات التجارية جعلت الاهتمام بمراقب الحسابات متزايد بطريقة ملفتة للانتباه. فبعد أن كانت المجلة التجارية لا



تتضمن سوى ستة فصول لهذه الخطة فإن مجلة الشركات التجارية جاءت لتخصص الأضعاف المضاعفة من الفصول السابقة حيث وقع إرساء ما لا يقل عن ثلاثين فصلا لهذا الهيكل، ليدعم بذلك المشرع التونسي دور مراقب الحسابات في الشركات التجارية.

في هذا السياق يقدم الفقيه صالح الذهبي⁷³ بوصفه خبير في المحاسبة مجالات أخرى تبرز حرص المشرع التونسي صلب مجلة الشركات التجارية على الاهتمام أكثر بهذا الهيكل. من ذلك أن " تعيين مراقب الحسابات كان في إطار المجلة التجارية غير إجباري إلا بالنسبة للشركات خفية الاسم. و مع صدور مجلة الشركات التجارية فقد أصبح تعيين مراقب الحسابات إجباري بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة إذا بلغ أو فاق رأس مالها 20.000 دينار. كما أن جميع أنواع الشركات مهما كان شكلها القانوني مطالبة قانونيا بتعيين مراقب حسابات إذا بلغ رقم معاملاتها أو رأس مالها خلال ثلاث سنوات مالية متتالية مبلغا يحدده وزير المالية بقرار.

في هذا المجال نذكر أن المشرع من خلال تعزيزه للأحكام المتعلقة بمراقب الحسابات قد عزز في حقيقة الأمر تفعيل دور القضاء صلب مجلة الشركات التجارية، من ذلك أنه اعتبر أن مراقب الحسابات هو العين التي تراقب حسن و سلامة سير العمل في المؤسسة في ظل الشرعية القانونية و يكون بذلك عين النيابة العمومية في رقابة كل الأعمال الواردة صلب الفصل 266 من مجلة الشركات التجارية. على أن لا ننسى أن النيابة العمومية هي هيكل قضائي. ذلك أن أعضاء النيابة العمومية هو قضاة من صنف القضاء الواقف و النيابة في هذا المجال تتلقى الاعلامات من مراقبي الحسابات بشأن الجرائم المرتكبة و المتعلقة بالشركة.

⁷³ صالح الذهبي: الدورة الدراسية للمعهد الأعلى للقضاء حول المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات. جانفي 2002 دور مراقب الحسابات في إفشاء المخلفات من خلال مجلة الشركات التجارية.



وتتولى النيابة العمومية تبعا لذلك ضبط نطاق التجريم و من ثمة تتبع الجناة. مع العلم و أن نطاق التجريم في هذا المجال شاسع و متنوع فالفصل 266 المتعلق بواجب الإعلام الملقى على عاتق مراقب الحسابات يجعله متحملا التزام. يتمثل في ضرورة إفشاء المخالفات الخطيرة و التي لها مساس بالنظام العام. و المشرع لم يقيد هذا الواجب بصنف معين من الجرائم و هو ما يدعم شساعة المهام الموكولة له.

و أول ما يمكن ملاحظته فيها يتعلق بالمسؤولية الجزائية لمراقب الحسابات الواردة بالفصل 271 من مجلة الشركات التجارية هو أن المسؤولية الجزائية لمراقب الحسابات لا يقتصر على ما ورد بالفصل المذكور بل أنه يضاف إليها المسؤولية الجزائية وفق القانون الجزائي العام لكل مواطن عادي هذا إلى جانب إمكانية مساءلته مهنيا في نطاق قواعد ممارسة مهنة الخبراء المحاسبين.

سنتولى تناول مسألة المسؤولية الجزائية لمراقب الحسابات بالتركيز على مقتضيات الفصل 271 من مجلة الشركات التجارية. لأن هذا الفصل يتعرض إلى أهم الجرائم التي يرتكبها مراقب الحسابات إضافة إلى أن دراسة الفصل المذكور تتطلب منا بالضرورة الرجوع إلى عدة نصوص أخرى شديدة الاتصال بالجرائم المحاسبية.

قد تضمن الفصل 271 م.ش.ت ما يلي: "يعاقب بالسجن من عام إلى 5 أعوام و بخطية من 1200 دينار إلى 5000 دينار و تأييد معلومات كاذبة عن حالة الشركة أو لم يخبر وكيل الجمهورية بالجرائم التي بلغ له العلم بها، و تنطبق على المراقبين أحكام القانون الجنائي المتعلقة بإفشاء السر المهني".



فيكون الفصل 271 بالتالي قد حدد حالات المؤاخذه الجزائية لمراقب الحسابات أثناء

اضطلاع بالمهمة المكلف بها و يمكن حوصلة هذه الحالات في صنفين:

الحالة الأولى: ارتكابه لفعل ايجابي يتمثل في الكذب

الحالة الثانية: ارتكابه لفعل سلبي يتمثل في السكوت

أولا: تجريم الكذب:

في هذا الإطار سيقع التعرض إلى الإعطاء أو التأييد الكاذب المتعمد و إلى المعلومة الكاذبة

المقصودة بالتجريم :

الإعطاء أو التأييد المتعمد:

استعمل المشرع عند تحديده للأفعال المادية المكونة لجريمة الفصل 271 م.ش.ن كلمتي:

"إعطاء... أو تأييد" و هو بالتالي أعطى تعريفا واسعا للأفعال المادية فكل الأعمال المادية التي

أناطها بعهدة مراقب الحسابات تأتي تحت طائلة الفصل 271 م.ش.ن.

و إذا ما أحصينا هذه الأعمال نجدها في باب الأعمال الإيجابية و هي أربعة واردة صلب

الفصلين 266 و 269 م.ش.ت.

و الأفعال الواردة بالفصل 266 م.ش.ت:

1- مراجعة الدفاتر و الخزانة و الأوراق التجارية و القيم المالية للشركة.

2- مراقبة صحة و صدق الإحصاءات و القوائم المالية.

3- التحقق من صحة المعلومات التي تضمنها تقرير مجلس الإدارة إلى هيئة

الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية عن حساب الشركة.



و تعتبر هذه المهام الثلاثة مستمرة مما يجعل لمراقب الحسابات بالضرورة دورا ايجابيا لا يتلقى المؤيدات المحاسبية ثم يعمل خبرته فيها فقط، بل و يسعى وجوبا إلى التحقق من طريقة اعدادها و تقييمها. و قد أضاف الفصل 266 م.ش.ت أنه يقوم بمراقب الحسابات- بالمصادقة على صحة و مصداقية الحسابات السنوية طبقا للقانون المتعلق بنظام المحاسبة للمؤسسات الجاري به العمل. و ذكر بأن مراقب الحسابات يجري كل عمليات المراقبة والفحص التي يراها ملائمة دون تدخل في إدارة الشركة.

4- أضاف الفصل 269 م.ش.ت المهمة الرابعة لمراقب الحسابات و تتمثل في تقديم تقرير في أجل شهر من تاريخ تبليغه بالقوائم المالية للشركة "و يجب أن يتضمن تقرير مراقب الحسابات تنصيحا على أنه قام بمراقبة مدققة و التصييص كذلك صراحة على رفض المصادقة على الحسابات أو على المصادقة باحتراز أو على رفض المصادقة و يعتبر باطلا. وملغى كل تقرير مراقب حسابات لا يحتوي على قرار صريح أو إذا كانت الاحترازاات التي تضمنها مقدمة بصفة غير جلية و غير كاملة".

و تكون بالتالي هذه المهمة الرابعة حصيلة المهام الثلاثة السابقة التي تمتد على طوال السنة. إذا ما طبقنا الواجبات الثلاثة الواردة بالفصل 271 م.ش.ن يصبح مراقب الحسابات متحملا في باب المسؤولية الجزائية للالتزام بتحقيق نتيجة و هو ما لا يتماشى مع طبيعة مهمة المراقب الذي لا يصدر الموازنات و إنما يراقبها. و لا يتماشى كذلك مع استقلالية مسيري الشركات و ضرورة بقاء هذه الاستقلالية. كما أن مشرعا لم يعط تعريفا كافيا لكلمة التأييد أو المصادقة و إذا ما أخذنا هذه العبارة على إطلاقها فإن المراقبة تصبح التزاما شخصا بصحة من وقعت مراقبته هذا إذا ما استثنينا ما ورد بالفقرة الثانية من الفصل 272 م.ش.ن و لا يكونون



(مراقبوا الحسابات) مسؤولين مدنيا عن الجرائم التي يرتكبها أعضاء مجلس الإدارة الجماعية
إلا إذا لم يكشفوا عنها في تقريرهم للجلسة العامة بعد علمهم بها"

أن نتيجة هذا التحديد التشريعي على مستوى المسؤولية المدنية تفضي إلى اعتبار خطأ أن
يصبح شريكا لهم فيه إذا ما توفرت في شأنه عناصر الاشتراك في الفعل و لكن مجرد توفر
الخطأ إلى جانب المسيرين لا يعني بالضرورة أن يكون مراقب الحسابات على علم به . ونتيجة
هذا التحديد أيضا هو أن تجريم ما يصدر عن مراقب الحسابات من أفعال مادية انما يكون
اعتمادا على ما بذله من عناية للقيام بمهمته ذلك أن ما يحصل له به علم أمر مبهم يستدعي
تحديده الاعتماد على ما يمكن لمراقب حسابات حريص أن يقوم بنفس المهمة أن يعلم به.

و يعتبر الفصل 271 م ش ن نظيرا للفصل 85 م.ش. ن السابقة و تحديدا للفقرة
الخامسة من الفصل 85 من المجلة التجارية و قد استعمل المشرع التونسي في الفصل 271 م
ش ن كلمة " تعمد" و في ذلك دليل على أن هذه الجريمة قصدية . و لكن هذا العنصر القصدي
ينحصر في علم ذي الشبهة بأن ما يقدمه من معلومات كاذبة دون حاجة إلى اثبات القصد
الجنائي الخاص لديه أي دون حاجة إلى التأكد من أنه قصد بما أقدم عليه الاساءة للمساهمين أو
الشركة

* المعلومات المقصودة بالتجريم

السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال هو أن كلمة "معلومات" الواردة بالفصل 271
م ش ت هي المعلومات المتعلقة بالحالة المالية و المحاسبة للشركة أم أن كلمة معلومات تؤخذ
في مفهومها الواسع أي كل ما يتعلق بالشركة موضوع المراقبة من وقائع لها تأثير مباشر أو
غير مباشر على نتائجها و بقائها أو حتى تطورها .



انقسم الفقهاء بفرنسا عند مناقشتهم للفصل 457 من قانون 1966 الذي أبقى على حالة النص الموروث من أمر 8 أوت الذي استلهم منه مسرعا الفصل 85 سابقا و الفصل 271 حاليا من مجلة الشركات التجارية

وينقسم الفقهاء إلى قسمين :

قسم أول⁷⁴ : رأي أن كلمة معلومات "informations" تشمل المعلومات المالية و المحاسبة .
قسم ثان⁷⁵ : اعتنق مبدأ أن المطلق في القانون يؤخذ على إطلاقه أي أن كلمة معلومات تشمل كل الوقائع التي تهم الشركة

أما محاكم الأصل⁷⁶ فقد اتجهت حيث لا يبقى الكذب في معزل عن العقاب و طبقت كلمة معلومات أوسع تطبيق

و إذا خير مراقب الحسابات أن يكون موقفه سلبيا أثناء قيامه بمهمة الرقابة أي إذا ما غفل أو تغافل عن اعطاء بعض المعلومات الداخلة في دائرة مهمته في هذه الحالة نجد أن القراءة الحرفية للفصل 271 م ش ت تجعلنا نتجه إلى اشتراط صدور فعل ايجابي عن مراقب الحسابات بأي شكل من الأشكال و لا فقط بالمصادقة فإنعدام المعلومة الصادرة عن مراقب الحسابات حسب عبارات النص لا يحدث في حد ذاته ضررا عاما او خاصا و قد أثارت هذه النقطة جدلا في فقه القضاء الفرنسي عند تطبيقه لمقتضيات الفصل 857 من قانون 24 جويلية 1966 ففي قرار لمحكمة التعقيب الفرنسية صدر في 1978/02/27 نجد موقفا مبدئيا لكنه حذرجاء فيه" عدم ذكر معلومة في هذا القرار تفضي إلى اعتبار أن محكمة التعقيب ... أن

⁷⁴ Delmas Marty et Constatin et Largier

⁷⁵ Mabiélat Gayon, Coqueur, hemar et terre.

⁷⁶ محكمة "داوي" في قرار استئنافي صادر في 11 جوان 1974.



تجرّم محاكم الاصل تصرفا سلبيا من مراقب ال.. إذا توفرت لديها معلومات واقعية تجعل من عدم الاعلام الصادر عن مراقب الحسابات للجمعية العامة مشاركة سلبية في الجريمة

يمكن التسليم بأن مصادقة مراقب الحسابات على موازنة مغلوبة يعتبر مكونا للجريمة

الواردة 271 م ش ت إلا أن مراقب الحسابات قد يعتمد إلى اعطاء مصادقة غير صريحة على الموازنة المعروضة عليه، و في هذا المضمار فقد تعرض فقه القضاء الفرنسي و هو يطبق نفس الفصل المنطلق حاليا في بلادنا إلى حالات يجتهد فيها مراقبوا الحسابات في ايجاد للتخلص من المصادقة الصريحة كان يحرروا أن الموازنة تلخص وضعية ما للشركة و ما عليها و هذه طبعا حالة من حالات التجريم أو كان يقول مراقبوا الحسابات أن الموازنة اعدت حسب المواصفات المتعارف عليها و يمكن اعتبارها حرية بالموافقة . كما أن المصادقة باحتراز غير واضح و لا يسمح للمساهمين بالتأكد من الوضعية الحقيقية للشركة قد اعتبر من طرف محاكم اصل بفرنسا مصادقة على معلومات كاذبة .

ما يمكن التأكيد عليه هو أن الفصل 271 لم يقتصر على تجريم الكذب فحسب بل جرم كذلك السكوت.

تجريم السكوت

أوجب المشرع على مراقب السابات الاعلام النيابة العموية بالجرائم التي اكتشفها أثناء تأدية مهمته و هو ما يجسم السكوت الممنوع () دون الاخلال بواجب الحفاظ على السر المهني الذي هو من قبيل السكوت المفروض () .

السكوت الممنوع :جريمة عدم الاعلام

نظرا لأهمية واجب اعلام النيابة العموية لابد من ضبط التجريم ثم شروط الاعلام

ضبط نطاق التجريم

جاء بالفصل 271 م ش ت " يعاقب بالسجن من عام إلى 5 أعوام و بخطية من 1200 إلى 5000 أو لإحدى العقوبتين فقط... كل مراقب حسابات لم يعلم وكيل الجمهورية بالجرائم التي بلغ له العلم بها."

و ما يجدر الإشارة إليه أن مدلول كلمة "جرائم" الواردة بالفصل 271 يشمل في مفهومه القانوني الواسع الجنايات و الجنح و المخالفات و قد أثار واجب الاعلام عن الجرائم بعض الاشكاليات.

فيذهب غالبية الرأي بأن مراقب الحسابات ملزم أولا بالابلاغ عن جميع الجرائم التي تصل إلى علمه و المتعلقة بالتيسير.

في حيث يرى بعض الفقهاء أن مراقب الحسابات ملزم بالاعلام على جميع الاعلام الاجرامية الحاصل له العلم بها بمناسبة ممارسة لمهمته.

و حتى حين يرى البعض الآخر حصر واجب الاعلام في الافعال الاجرامية المتعلقة بالتكوين و التصرف في الشركة و يعتبر هذا الرأي الأكثر ملاءمة مع مقصد المشرع باعتبار أن الفصل 258 م ش ت قد أحال إلى الفصول 12 إلى 16 م ش ت المتعلقة بالأحكام العامة لتكوين الشركة و أحكام تسجيل و اشهار الشركة

و الجدير بالذكر أن القيام بالاعلام من المراقب يمكن للنيابة العمومية من متابعة أما تسوية الفعل المحذور و تجاوز أثاره السلبية بموجب تدارك الوضع و الاصلاح من طرف المسير و اما اثاره الدعوى العمومية إذا اقتضى الحال.



في كل الحالات لا يجوز للنيابة العمومية التخلي عن ممارسة حقها في التتبع إلا متى تأكدت من تسوية الامر الالمخل بالتراتب بصفة جذرية مما يضيف على الاعلام صبغة الجدية فيمكافحة الجريمة الاقتصادية و في بلوغ الأهداف الموجودة و يدعم نجاعة النيابة العمومية في ضمان حسن التسيير و التصرف بالشؤون الاقتصادية عامة و في الشركات خاصة.

و لئن أعتبر مراقب الحسابات مسؤولا جزائيا في الإخلال بواجب الإعلام المنصوص عليه بالفصل 271 و حتى يكون هذا الإعلام صحيحا فإنه يخضع لشروط معنية تخول لوكيل الجمهورية التتبع الجزائي من عدمه عملا بمبدأ وجهة التتبع و حتى يكون مراقب الحسابات في حلّ من المساءلة الجزائية.

* شروط الإعلام

يعتبر الإعلام عن الجرائم إجراءا وجبيا ملزما لمراقب الحسابات تجاه النيابة به العمومية حتى يكون منتجا لآثاره على الصعيد العملي.

بالرجوع إلى أحكام الفصل 271 م ش ت نتبين أن المشرع لم يضبط شروط الإعلام و لا الرقعة المتبعة فيه و قد تداركت القواعد المهنية هذا الفراغ . إذا اقتضت أن يعد مراقب الحسابات في كلّ سنة مالية ورقة عمل خاصّة تضمن بها الأفعال المجرمة التي تم اكتشافها وما ترتب عن ذلك من حيث الإعلام أو العدول عنه و أسباب القرار .



أما بالنسبة لأجل الإعلام و أمام غياب اجل قانوني محدد فإن القواعد المهنية تداركت هذا النقص حينما اعتبرت أن الأجل لا يجب أن تتجاوز البعض من الأسابيع درءا للشبهات و حتى لا يستهدف المراقب إلى الضغوط.

و أوجبت القواعد المشار إليها أن يكون الإعلام بالجرائم .. كما أوصت بضرورة ربط صلة المراقبين بأعضاء النيابة العمومية للتشاور.

و أهمية هذه التوصية هي أنها تمكن من تقليص نسبة الخطأ لدى المراقب في خصوص موضوع الإعلام و إجراءاته من جهة تمكن النيابة العمومية من أن تنهياً و ستعد لمتابعة الإعلام و ما ينشأ عنه.

و يمكن القول بأن احترام المراقبين لواجب الإعلام حماية لهم من أهم الأخطار المهنية التي يجابهونها على الصعيدين التأديبي و الجزائي طالما أن الفصل 271 قد رتب عقوبات صارمة لمن يمسك عمدا عن الإبلاغ بالجرائم فضلا عن العقوبات التأديبية. و هذه العقوبات الصارمة قد تصل إلى حدّ الجمع بين السجن من عام إلى 5 أعوام و بخضية مالية تتراوح بين 1200 إلى 5000 ديناراً. و يلاحظ هنا أن المشرع رفع في العقوبات المالية و أبقى على نفس العقوبة السجنية مقارنة لما كان عليه الفصل 85 م ت الذي جاء فيه " يعاقب بالسجن" من عام إلى 5 أعوام و بخضية من 120 إلى 1200 أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مراقب لم يخبر النيابة العمومية بالجرائم التي بلغ .. العلم بها".

لئن جرم المشرع السكوت في موضع أول بالنسبة للإعلام فإنه فرضه في موضع ثان و هو يحيلنا إلى السكوت المفروض.

السكوت المفروض : الحفاظ على السر المهني



نص الفصل 271 م ش ت في فقرته الثاني على ما يلي " و تنطبق على المراقب أحكام القانون الجنائي المتعلقة بإفشاء السرّ المهني".

و بالرجوع للفصل 254 م ج يكون مراقب الحسابات ملزما بعدم إفشاء الأسرار المودعة عنده بحكم مهنة في غير الصورة التي أوجه أو ارحص له القانون فيها إلا عرض نفسه لعقوبة السجن لمدة 6 أشهر و خطية قدرها 500 فرنك.

و لثبوت جريمة إفشاء السرّ المهني لابد من توفر أركانها:

فيما يخصّ أركان الجريمة فإن إعلام العموم بما لا يجب أن يعلمون به عن الشركة كاف لقيام الركن المادي لهذه الجريمة و يمكن أن يتمثل الإفشاء في الكتابات أو المشافهة و تجدر الإشارة أيضا إلى أن مراقب الحسابات ملزم تجاه المجموعة بالجلسة العامة فلا يجوز اطلاع المساهمين على معلومات فهم الشركة أو الإجابة عن استفساراتهم خارج إطار الجلسة العمومية حفاظا على السرّ المهني

بالنسبة للركن المعنوي لا تهم الرغبة في الأضرار بمصلحة الشركة فمجرد إفشاء السرّ يكون الجريمة.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع أورد بعض الحالات التي أجاز فيها إفشاء السرّ المهني فقد جاء بالفصل 2/270 م ش ت " و يجب على مراقبي الحسابات أن يلفتوا نظر الجلسة العامة إلى ما وفقوا عليه من إحالات بالترتيب أو أشياء غير صحيحة خلال تأدية مهامهم وهم مطالبون أيضا بإعلام وكيل الجمهورية بما يبلغ إلى علمهم من أفعال مكونة لجرائم دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية من أجل إفشاء السرّ المهني".



أما بالنسبة للعقاب فقد نصّ 254 م ج على معاقبة كل مراقب حسابات يفشي أسرار تحصل عليها بحكم مهنته بالسجن مدة 6 أشهر و بخطية قدرها 500 فرنك .

و هي تبدو عقوبة بسيطة بالمقارنة مع عقوبة جريمة عدم إعلام وكيل الجمهورية بالجرائم البالغ له العلم بها مما يوحي بعدم خطورة هذه الجريمة رغم ما يمكن أن تتطوي عليه من إفشاء لمعلومات و أسرار هامة للشركة سواء من حيث نشاطها أو مكاسبها.

الخاتمة

إن المتأمل في فلسفة المشرع يتبين مختلف الغايات التي يرمي ، فسنة لأي قانون يتطلب منه الأخذ بعين الاعتبار مختلف الوضعيات التي قد تجدّ على الساحة الوطنية أو العالمية، و التي قد تنعكس على الوضع الداخلي للبلاد، فالمشرع ايماناً منه بسنة التطور، وحرصاً منه على مواكبة ما يجدّ من أحداث سعى إلى مواكبة مختلف الوضعيات و الظروف، وذلك من خلال منحه الثقة اللازمة للقضاء ليترك له مهمة تأويل النصوص و تطبيقها تماشياً مع الظروف و الأوضاع الموجودة.

و تعد الشركات من أكثر المؤسسات تأثراً بالأوضاع المحيطة بها سواء على المستوى الوطني أو العالمي، لذا ارتأى المشرع ضرورة تمكين القاضي من دور فاعل يخول له تقديم الحلّ الملائم للوضعية المعروضة .ووعياً من المشرع بأهمية الشركات و دورها الحاسم في الاقتصاد الوطني مكن القاضي من آليات متعددة للتدخل في الوقت المناسب، بحسب الظروف، و الوضعية التي تعيشها المؤسسة، فاختلّفت بذلك الحلول و تنوعت بحسب طبيعة العلة التي



تشكو منها المؤسسة. فإذا كان مردّها وضع اقتصادي أو مالي تدرجت الحلول من إمكانية التسوية الرضائية إلى التسوية القضائية، و عند بلوغ الوضعية حدّا معيناً يكون مآل المؤسسة التصفية أو الإفلاس.

أمّا إذا كانت المؤسسة في وضع محرج نتيجة تعرضها للتحويل، أو التدليس، و لأخطاء ارتكبتها مسيرياً، أو الشركاء، أو غيرهم، فإنّ المشرع خوّّل للقاضي الجزائي و أيضاً للقاضي المدني من إمكانية التدخل لتسليط الجزاء اللازم أو الحصول على التعويض العادل. أكثر من ذلك فإنّ وجدت المؤسسة نفسها في وضعية حرجة تتطلب التدخل السريع، لأنّ انتهاج طريق القضاء العادي قد يترتب أضراراً يصعب تداركها فإنّ المشرع خوّّل لها اللجوء إلى رئيس المحكمة قصد القيام بقضية استعجالية، أو الحصول على إذن على عريضة .

إنّ الإقرار بالدور المتميز الذي يضطلع به القضاء في مادة الشركات لا يقتصر فقط على ما ورد ذكره بل أكثر من ذلك نجد أنّ المشرع منح القاضي من خلال الاجراءات الجماعية سلطات هامة و مجالا واسعا للإجتهاد، و القاضي في هذا المجال مطالب باتخاذ الحلول الملائمة للوضعيّات المعروضة، و هو ما جعل القضاء يكون في جلّ الحالات مصدراً لعدّة نصوص قانونية و خير دليل على ذلك هو دوره المتميز في بلورة مفهوم التوقف عن الدفع المعنى الذي يقتضيه في التسوية القضائية و أيضاً في الإفلاس.



ويجب التذكير في هذا السياق أن أغلب أحكام مجلة الشركات التجارية جاءت تكريسا لمجموعة من التطبيقات الفقه قضائية ، من ذلك منح صفة الوكيل للمصفي صلب المجلة الجديدة جاء نتيجة للمحاولات القضائية في جمع حجج في سبيل تطبيق عدة نصوص جزائية عامة مثل تطبيق الفصل 297 م ج في هذا الشأن ، فأصبحت صفة الوكيل الواردة صلب الفصلين 40 و 42 تنسجم مع عبارات الفصل 297 م.ج.

لكن وجب التأكيد في هذا المجال على أن الشركات تبقى الركيزة الأساسية للنهوض بالمجتمع وتحقيق النمو الإقتصادي لذلك كان لزاما على المشرع أن يوفر الحد الأقصى من الضمانات حتى يكون التعامل معها في إطار الشفافية، و هو ما من شأنه أن يشجع و ينمي هذا التعامل كما يستحسن أن يسلك المشرع سياسة تجرime أقل حدّة حتى يواكب مقتضيات القانون الجنائي الاقتصادي الذي أوجبه التطورات و التغيرات الاقتصادية و تشعب العلاقات في ميدان المبادلات التجارية.

الفهرس

- الجزء الأول: دور القاضي من خلال الإجراءات الجماعية
 - الفصل الأول: تقدير القاضي لعنصر التوقف عن الدفع
 - الفرع الأول: التوقف عن الدفع في التفليس
 - المبحث الأول: التوقف المادي عن الدفع
 - المبحث الثاني: استعمال وسائل غير مشروعة في الوفاء
 - الفرع الثاني: التوقف عن الدفع في التسوية القضائية
 - المبحث الأول: تحديد مفهوم التوقف عن الدفع
 - المبحث الثاني: أركان مفهوم التوقف عن الدفع
 - الفصل الثاني: تقرير القاضي للإجراء المعتمد استنادا للوضع الاقتصادية و المالية للمؤسسة
 - الفرع الأول: مراقبة القاضي لعملية إنقاذ المؤسسة
 - المبحث الأول: إشراف القاضي على الإنقاذ الرضائي للمؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية
 - المبحث الثاني : إشراف القاضي على الإنقاذ أثناء التسوية القضائية
 - الفرع الثاني: تحديد القاضي لمآل المؤسسة
 - المبحث الأول: المصادقة على برنامج الإنقاذ
 - المبحث الثاني: تقرير تفليس المؤسسة أو تصفيتها
- الجزء الثاني: دور القاضي من خلال مجلة الشركات التجارية
 - الفصل الأول: الدور الفاعل للقضاء الاستعجالي
 - الفرع الأول: القضاء الاستعجالي العام
 - الفرع الثاني: القضاء الاستعجالي بنص خاص في مجلة الشركات التجارية
 - المبحث الأول: الإذن على العريضة
 - المبحث الثاني: إجراءات القضاء المستعجل
 - الفرع الثالث: النظر وفق الإجراءات الاستعجالية
 - الفصل الثاني: الدور الفاعل لقاضي الموضوع
 - الفرع الأول: تفعيل دور القاضي المدني
 - المبحث الأول: قضاء الإبطال
 - المبحث الثاني: دعاوى المسؤولية
 - الفرع الثاني: تفعيل دور القاضي الجزائي
 - المبحث الأول: جرائم التصفية
 - المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية لمراقب الحصص العينية في الشركة خفية الاسم
 - المبحث الثالث: المسؤولية الجزائية لمراقب الحسابات.

قائمة المراجع

1/ المراجع العامة:

1- باللغة العربية :

- عبد الحميد الشورابي : الإفلاس. مجموعة الكتب القانونية ، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1988.
- مصطفى كمال طه: القانون التجاري، الأوراق التجارية و الإفلاس.الدار الجامعية للطباعة و النشر- بيروت.

2- باللغة الفرنسية :

- BASTIN Jean La défaillance de paiements et sa protection : l'assurance crédit. éditions L.G.D.J. Paris 1991.
- DERRIDA. Fernand. GODE pierre, SORTAIS Jean pierre : Redressement et liquidation judiciaire des entreprises , cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, avec la collaboration de : Adrienne Honorat .DALLOZ ; 3^{ème} édition, 1991.
- JEATIN MICHEL –LECANNU Paul : Droit commercial .instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté.5^{ème} édition .DALLOZ 1999
- PEYRAMAURU Philipe : La cession d'entreprise .collection ressirau affaires.Dalloz.1989.
- RIPERT Georges ROBLOT René : traité de droit commercial tome2, 12^{ème} édition .L. G.D.J.199.

المقالات و التعليقات :

1- باللغة العربية

- المبروك بن موسى: الافلاس الواقعي. م. ق. ت. عدد 3 مارس 1994 .ص7.
- توفيق بوعشبة: المحكمة الابتدائية و انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (سلطة المحكمة الابتدائية) المجلة القانونية التونسية 1997.ص4.
- عامر بورورو: الاشكاليات التطبيقية لقانون انقاذ المؤسسات. محاضرة أقيمت في ندوة قومية حول انقاذ المؤسسات بتاريخ 18 ديسمبر 1997.
- نعيمة رحيم : فترة الرتبة . محاضرة أقيمت في ملتقى الإفلاس. المعهد الأعلى للقضاء.
- محمد رؤوف المراكشي: دور القاضي في إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. م. ق. ت. عدد خاص تجاري نوفمبر 1995.
- محمد العربي هاشم: أثار افلاس الشركات على مسيرتها . محاضرة أقيمت بملتقى حول الإفلاس. المعهد الأعلى للقضاء.

2- باللغة الفرنسية :

- KNANI. Yousef : Le banquier et l'entreprise en difficulté .R.T.D.1996 P.6.
- RAACH : Les différentes fonctions du droit tunisien de procédure collectives : critiques et comparaison. R.J.L.N°7 juillet 1997.P29.

- REZGUI : La prévention : la notification des signes précurseurs des difficultés économiques R.T.D.P143
- VASSEUR Michel : La crédit menacé : Brèves réflexions sur le nouvelle législation relative aux entreprises en difficultés S.J.1985.3201.

الملتقيات و الدراسات

1- باللغة العربية :

- Les procédures collectives de liquidation ou de renfoilement des entreprises en droit comparé .Travaux et recherches de l'institut de dont comparé de paris. Université de paris II, sous la direction de René Rodiere.2ddition ECONOMTVCA.Paris 1976.

الرسائل و الأطروحات

1- باللغة العربية

- يوسف بوزاخر : التوقف عن الدفع في التسوية القضائية و الإفلاس. رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء 2001.
- لطيفة العرفاوي : دور القاضي في انقاذ المؤسسات. رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء.1994.

باللغة الفرنسية

- FEKI Nejib : La notion de cessation des paiements dans le droit de la faillits. Mémoire .D.E.S . Université de tunis 1979.
- KHALED. Salma : Les créanciers et le règlement judiciaire des entreprise en difficulté .mémoire .DEA .F.D.S.P.T.1996.