المعهد الأعلى للقضاء — محكمة الاستئناف بتونس

الملتقى الوطني حول

" الدور الاقتصادي للقضاء المختص "

يوم السبت 26 جوان 2004

9.00 - افتتاح الملتقى :

-كلمة السيد عبد المجيد بن فرج

الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف بتونس.

- كلمة السيد حسن بن فلاح

المدير العام للمعهد الاعلى للقضاء.

-كلمة الافتتاح لمعالي وزير العدل وحقوق الانسان .

السيـــد البشـــير التكـــاري

9. 30 – التقرير التمهيدي :

– السيد عبد المنعم كيوة قاضي ناحية بتونس .

9. 45 – المداخلة الاولى : قاضي السجل التجاري

– الاستاذ الحبيب الشطي المحامي لدى التعقيب .

10. 15 – استراحة

10. 30 – المداخلة الثانية : المحاكم التجارية

– السيدة ماجدة بن جعفر مدعي عام لدى محكمة التعقيب.

11. 00 – المداخلة الثالثة : المساعدة القضائية في ادارة الشركات التجارية.

– السيد عبد الله هلالي الرئيس الاول السابق لمحكمة التعقيب.

11. 30 المداخلة الرابعة : الهدف الاقتصادي لقانون انقاذ المؤسسات

–السيد نذير بن عمو استاذ جامعي.

12. 00 - نقـــــــاش :

13. 00 - التقرير الختامي للسيدين :

–عبـــد الرحمـــان بـــوراس.

–واينـــاس معطـــر .

قاضيان لدى المحكمة الابتدائية بتونس .

13. 30 - مادبة غـــداء .

الجمهورية التونسية

وزارة العـــدل وحقـــوق الإنســـان

المعهد الأعلى للقضاء

محكمة الاستئناف بتونس

الملتقـــى الوطنـــي حـــول

" الـــدور الاقتصـــادي للقضـــاء المختص "

يوم السبت 26 جوان 2004

بنزل افريكا بتونس

التقـــريـــر التمهيـــدي

بقلم السيد :

عبد المنعم كيوة

قاضي ناحية بتونس

اقتصاد السوق : أي دور للقضاء المختص ؟

بسم الله الرحمان الرحيم

رؤسائي الأفاضل
زملائي الأعزاء
ضيوفنا الكرام

إن اختيار تدارس الدور الاقتصادي للقضاء المختص موضوعا لهـــذا الملتقـى الوطني الذي تدأب محكمة الاستئناف بتونس على تنظيمه سنويا بالاشتراك مع المعهد الأعلى للقضاء جاء ليعكس مرة أخرى حاجة ملحة لتدارس تفاعل القضـــاء مـع الاقتصاد وادراكا لأهمية تكوين القضاة في الميدان الاقتصادي لكونه أصبح يشـكل جزءا كبيرا من النزاعات المعروضة عليهم.

قامت تونس ولا تزال في اطار برنامج شامل للإصلاح الهيكلي للاقتصاد الوطني بتنفيذ إجراءات التحرير الاقتصادي ويسعى هذا البرنامج للتخلص من التشـوهات الاقتصادية التي تسبب فيها التوجه السابق في التركيز على القطاع العام في التنميـة وفي توجيه الدولة للاقتصاد ، فاستبدل هذا التوجه بتشجيع القطاع الخاص وتبـني آليات السوق بالتركيز على القدرة التنافسية للمؤسسات الوطنية.

وكان من الطبيعي أن تدخل على قوانينا الاقتصادية حركية تشريعية تهدف إلى ملائمتها مع الواقع الاقتصادي الجديد فتلاحقت النصوص التشريعية والترتيبية المتدخلة في المجال الاقتصادي إذ أن التحرر الاقتصادي لا يجب أن يؤدي إلى فوضى قانونية ذلك أن النشاط الاقتصادي كغيره من السلوك البشري لا يمكن أن يكون بمنأى عن الضوابط القانونية.

فكانت النصوص المتعلقة بالاصلاح الجبائي باصدار مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والشركات ومجلة الأداء على القيمة المضافة ومجلة التسجيل والطابع الجبائي ، وقانون تجارة التوزيع وقانون المنافسة والأسعار ومجلة الاستثمار والقانون المتعلق بالمناطق الاقتصادية الحرة والقانون المنظم للسجل التجاري والقانون المتعلق بالمنافسة غير المشروعة عند التوريد والتصدير وقانون البيع بالتقسيط والقانون المتعلق بالاشهار التجاري والقانون المتعلق بالايجار المالي والقانون المتعلق بالسوق المالية والقانون المتعلق بالتجارة الخارجية والقانون المتعلق بمؤسسات القرض والقانون المتعلق بالفائض المشط والقانون المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية ومجلة التحكيم ومجلة القانون الدولي الخاص ومجلة الشركات التجارية ومجلة الحقوق والاجراءات الجبائية ....

و يعني اليوم اقتصار تدخل الدولة في وضع ضوابط للأنشطة الاقتصادية ، تحول نظام اقتصاد الدولة من نظام موجه تحتفظ فيه الدولة بسلطة التشريع والتسيير والمشاركة *Etat opérateur* إلى نظام حر احتفظت فيه الدولة بسلطة التشريع لاغير *Etat régulateur* مما جعل البعض يقول أن موقع الدولة أصبح خارج السوق بعد أن كان في عمقه.

ولكن ما يلفت الانتباه في جل القوانين المنظمة للميدان الاقتصادي في القـــانون التونسي هو أنها أسندت للقضاء العدلي اختصاصا موسعا في المادة الاقتصادية يمكـــن وصفه بالاختصاص العام وأفردت أحيانا أخرى بعض الهيئات الخاصة / هيئة السوق المالية ، مجلس المنافسة ... / اختصاصا خاصا للنظر في مسائل محددة.

وعلى رأي الفقيه *Savatier* "فإن أجبر القانون على أن يكون اقتصاديا فقد أجبر الاقتصاد على أن يكون قانونيا" [1] . ونضيف لذلك بالقول أن القضاء أجبر اليـــوم أيضا أن يكون اقتصاديا.

فاذا انطلقنا من معطى كون كل قرار أو حكم قضائي يحمل في طياتـــه خيـــارا اقتصاديا على الأقل بالنظر الى النتائج المترتبة عنه[2] فلا يكفي أن يكون القاضي ملما بالنصوص القانونية والحلول التي أتت بها الاجتهادات القضائية بل لا بد أن يكـــون مدركا للآثار الاقتصادية لما يصدره من أحكام وهو ما يفترض أن يأخذ في حســـبانه الاعتبارات الاقتصادية عند فصله للنزاعات [3].

---

1 Cité par Henry Max : « Essai sur le particularisme des infractions économiques » , thèse. Montpellier 1976. P31

2 «Toute décision de justice est en un sens un choix économique, au moins si on envisage le résultat qu'elle produit » , Ph.Jestaz : «Jurisprudence et Economie» in « L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil » éditions Cujas 2000 p 73 et s spéc p 75.

3 «C'est une mutation dans les rapports entre le juge commercial et le fait économique .De tout temps , le litige qui était soumis au juge commercial a comporté inévitablement un arrière plan économique ;Les causes étaient le plus souvent d'ordre économique , Le fait qu'il fallait constater pour appliquer la règle de droit était un fait économique ; La sentence était un acte lourd de conséquences financières ou commerciales . Mais le donné économique ne jouait qu'un rôle indirect et médiat par rapport à la décision ; Le litige se cristallisait sur un problème juridique ; Le juge le tranchait en fonction de normes purement juridiques , si par exemple , un commerçant cessait ses paiements , le juge devait choisir entre la faillite et le règlement judiciaire en fonction de la conduite du débiteur et non pas des conséquences de l'une ou de l'autre formule . Mais , depuis quelques années , le fait économique tend à jouer un rôle direct et immédiat dans la sentence. Aujourd'hui , le juge est parfois appelé à décider en fonction d'une appréciation d'opportunité économique ... ». M. Michel Cabrillac : « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques » Travail de l'association Henri Capitant . p 152 .

لكن هل بالرجوع للأحكام الصادرة عن المحاكم التونسية يمكننـــا القـــول أن القاضي التونسي يراعي في اصدار أحكامه الاعتبارات الاقتصادية للآثار التي يمكـــن أن تترتب عنها ؟

في الحقيقة أمكن لي في هذا الخصوص رصد ثلاث مواقـــف في فقـــه القضـــاء التونسي وهي :

- خيار اقتصادي معلن : أعلن صراحة في القضايا الجبائيـــة وفي القضايـــا المتعلقة بالاستثمار.

1. ورد بحكم إستئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتـــاريخ 22 فيفـــري 1989 ما يلي : " حيث أن العقود الداخلية هي التي لا يترتب عنها إدخال عملة او إخراجها بصفة مباشرة او غير مباشرة وهذه العقود يجب أن تبرم بالدينار فقط دون أية عملة أجنبية حسب أحكام الفصل 4 من قانون 18 أكتوبر 1958 .

وحيث أن المنع الوارد بهذا النص المنظم للعملة يشمل العملة الأجنبية بوصفـــها وحدة دفع او بوصفها وحدة حساب ولا يمكن حصره على اســـتعمال الاول لأن الخطر الذي يهدد اقتصاد البلاد من استعمال عملة أجنبية كوحدة حساب ليس أقل من الخطر الناشئ عن استعمالها كوحدة دفع خصوصا بعد أن تعددت وسائل الدفع ولم تعد مقصورة على النقود.

وحيث أن هذا المنع يهم النظام العام الإقتصادي ولا يجوز لأي جهة مخالفتـــه او الإذن بمخالفته لأن القانون الذي أسسه لم يترك مجالا لأي استثناء مما يجعل العقـــد الذي يخالفه باطلا بطلانا مطلقا ".

2. جاء بحكم استئنافي صادر في مادة التحكيم عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 6969 بتاريخ 9 مارس 2004 ما يلي : " حيث طالما منحت الطالبة مبلغ القرض بالعملة الأجنبية فمن حقها المطالبة باسترجاعه بالعملة الأجنبية و لا يجوز للمطلوبة الاحتجاج ضدها بمخالفة ذلك لقانون الصرف للبلاد التونسية لأن ذلك سيؤدي حتما الى تشجيع المطلوبة وهي تونسية الجنسية على التفصي من التزاماتها التعاقدية وسينجر عنه خرق النظام العام الاقتصادي التونسي على معنى القانون الدولي الخاص والذي يشجع الاستثمارات الأجنبية بتونس تدعيما للإقتصاد الوطني ".

- خيار اقتصادي خفي : وهو يبرز خصوصا في مجال القضايا المتعلقة بأداء واستخلاص الديون التجارية.
- خيار اقتصادي غائب : تبين لي خصوصا بالاطلاع على مجموعة من الأحكام الصادرة في مجال مسؤولية النقل البحري للبضائع.

والنتيجة التي يمكن أن نخرج بها من دراسة فقه القضاء أنه في غياب نزاع اقتصادي قلما يبحث القاضي التونسي عن الانعكاسات الاقتصادية / التجارية والمالية / لأحكامه وربما يكون مرد ذلك أمران هما :

أولا: نحن ننتمي الى ما يسمى ببلدان القانون المدني *Pays de droit civil* مما يعني أننا متمسكين بالتقنية القانونية *Technique juridique* والتي تفرض التمسك بقواعد القانون الصرف *Pur droit* وما يترتب عنه التقيد بدغمائية القواعد القانونية والتي تتغلب على النظرة الواقعية للأمور.

ثانيا: نحن نعيش في إطار تصادم محتمل بين قضاة الموضوع وقضاة القانون والذي تفرضه "تقنية التعقيب" *Technique de cassation* مما قد يجعل سعي قضاة الموضـــوع إلى الأخذ بعين الاعتبار للمعطيات الاقتصادية في اصدار الاحكام محل رفض من قبـــل قضاة القانون.

السادة الحضور

تبرز الحاجة اليوم في اطار الزخم الهائل من النصوص القانونيـــة ذات الطـــابع الاقتصادي أو التي تحمل في طياتها انعكاسات اقتصادية وتنامي ما يمكن أمن نســـميه بالنزاعات الاقتصادية إلى ضرورة ايجاد " قاض اقتصادي" مما يعني تكريس القضـــاء المختص في نظامنا القضائي من جهة وتوسيع نطاق تدخله من جهة ثانية.

1. تكريـــس قضاء مختص وإجراءات قضائية مرنة خاصة بالميدان الاقتصادي

أ : على مستوى التقاضي : تكريس القضاء المختص

ترتبط نجاعة العمل القضائي أمام زخم النصـــوص القانونيـــة وتعقـــد الظواهـــر الاقتصادية بالتخصص القضائي باعتبار أن القاضي المختص تتوفر له فرصة الالمـــام بالمادة التي يعالجها ومواكبة متغيراتها ومن ثم اكتسابه للخبرة التي تساعده على ايجاد الحلول الملائمة للنزاعات ولما لا المساهمة في تطوير النصوص القانونية المتعلقة بهـــا. فكان خيارا تكرس تدريجيا في النظام القضائي التونسي.

- احداث خطة القاضي الفردي بموجب القانون عدد 114 لسنة 1993 المؤرخ في 22 نوفمبر 1993. وأسند له الاختصاص للبت في جرائم الشيك بدون رصيد وجرائم البناء بدون رخصة والجرائم الاقتصادية الواردة بالبلب الاول من العنوان الرابع من قانون المنافسة و\لأسعار

- إحداث مؤسسة قاضي المؤسسة / القاض المراقب / بموجب القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.

- إحداث الدوائر التجارية بموجب القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995/ مداخة السيدة ماجدة بن جعفر/

- إحداث مؤسسة قاضي السجل التجاري بمقتضى القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995./ مداخلة الأستاذ الحبيب الشطي/

- إحداث خطة قاضي السجل العقاري بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية.

- إحداث مؤسسة قاضي الضمان الاجتماعي بموجب القانون عدد 15 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003.

- التكريس الفعلي للدوائر الجبائية بالمحاكم الابتدائية.

ب : على مستوى الاجراءات القضائية

وهي الاجراءات التي تتعلق أساسا بالتنفيذ واستخلاص الديون تمثلت بالخصوص في :

- تكريس مايسمى بقضاء التسبيقات الاستعجالية *Référé provision* بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 المتعلق بتنقيح واتمام أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وتوفر مؤسسة قضاء التسبيقات توفير السيولة المالية اللازمة للمؤسسات الاقتصادية لممارسة أنشطتها بامكانية منحها لتسبقة ديونها إذا كان غير متنازع فيها بصورة جدية.

- تعزيز سرعة ونجاعة خلاص الديون التجارية / الفصل 317 م ت ، الفصل 408 م ت /

2. منح سلطات قضائية موسعة في المجال الاقتصادي

- تعزيز الدور الصلحي للقضاء في الميدان الاقتصادي

- تعزيز التدخل القضائي للمساعدة في انقاذ المؤسسات الاقتصادية وإدارة الشركات التجارية / مداخلتي الأستاذين نذير بن عمو وعبد الله هلالي /

لكن فيم يمكن أن يتمثل الدور الاقتصادي للقضاء ؟

1. دور القضاء في حماية النظام العام الاقتصادي

- ارتباط مفهوم النظام العام الاقتصادي بالسياسة الاقتصادية للدولة
- وسائل الحماية القضائية للنظام العام الاقتصادي

* القضاء الجزائي : الجرائم الاقتصادية

* القضاء المدني : البطلان والتعويض

2. دور القضاء في حماية الاستقرار الاقتصادي

إن غاية الدولة من تنظيم المعاملات الاقتصادية و تأطير النشاط الاقتصادي هي ضمان المحافظة على الاستقرار و الأمن الإقتصادي وهو غاية كل الشعوب. وتمر حماية الاستقرار الاقتصادي بضرورة توفير الحماية القانونية للمعاملات من جهة وحماية الأطراف الفاعلة في الدورة الاقتصادية ونعني بذلك المؤسسات الاقتصادية والمستهلكين من جهة ثانية.

- حماية المعاملات
- حماية المؤسسة الاقتصادية
- حماية المستهلك

السادة الحضور

بالأمس القريب لم نكن نعلم الشي ء الكثير عن عقد الايجار المالي بل كان من الأمور التي كانت تدرس في نطاق ضيق جدا وفي ماض ليس ببعيد لم نكن ندرك معنى خطر الصرف ولكن بتنامي المعاملات الاقتصادية وتأثرها بمحيطها الدولي لم يعد

يخف عن أحد اليوم مدى أهمية الايجار المالي في تمويل المشاريع الاقتصادية ولم تعد مسألة خطر الصرف تغيب عن أوساط المال والأعمال. بل أصبحتا اليوم من المسائل التي تعرض يوميا على محاكمنا حتى أنه يمكننا الحديث عن فقه قضاء غزير بخصوصهما.

وتطلعنا من يوم لآخر مفاهيم ومؤسسات مستحدثة في القانون كمفهوم عقد مبادلة الأصول المالية المنقولة *swap* لذلك لا مناص من تدعيم القضاء المختص في مجال المنازعات الاقتصادية / التجارية والمالية / حتى يمكن لقضائنا أن يكون مواكبا للحركية الاقتصادية التي تعيشها بلادنا خاصة وأن اندماج اقتصادنا في محيط دولي يتسم بالمنافسة الحادة والشرسة يفترض أن يكون لدينا قضاء فاعلا ومدركا لدوره ومستعدا لايجاد الحلول الملائمة والعاجلة لمنازعات مستحدثة.

لكن السؤال الذي يطرح هل نملك الوسائل لأن نعد قضاة متخصصين للمرحلة القادمة ؟

لا شك أن المعهد الأعلى للقضاء بدوراته التكوينية وأيامه الدراسية يساهم بدور كبير في اعداد قضاتنا الشبان ليكونوا قضاة متخصصين في المنازعات ذات العلاقة بالميدان الاقتصادي الا أنه لا بد من تمكينهم من الوسائل التكنلوجية الحديثة التي تتيح لهم الحصول على المعلومة القانونية بيسر وسرعة من جهة وتبادل المعطيات والأفكار والاجتهادات بينهم من جهة ثانية وهنا لا بد من التفكير في تجهيز المحاكم بالأنترنيت ووضع شبكة بين المحاكم لتبادل المعلومات ووضع قاعدة بيانات للقوانين ولفقه القضاء على غرار ما هو موجود في البلدان المتطورة .

في نهاية هذا التقرير الإفتتاحي أترك لعنايتكم متعة الاستماع لما سيتولى السادة المحاضرون بسطه عليكم من إشكاليات قانونية وحلول قضائية ولا شك أن كفاءتهم المهنية وخبرتهم العملية ستضفي على ملتقانا هذا القيمة العلمية الثابتة وتضمن حتما للجميع الإفادة والاثراء ولا شك أيضا أن مساهتكم بالنقاش والحوار ستمكننا من تقييم تجربة القضاء المختص في الميدان الاقتصادي ببلادنا والخروج بملتقانا بأفكار ومقترحات تهدف الي تفعيل الدور الاقتصادي للقضاء عموما والقضاء المختص على وجه الخصوص.

فشكرا لكل من ساهم في إعداد هذا الملتقى باختيار موضوعه والسهر على تنظيمه والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

تونس في 21 جوان 2004

الجمهورية التونسية

وزارة العـــدل وحقـــوق الإنســـان

المعهد الأعلى للقضاء

محكمة الاستئناف بتونس

الملتقـــــى الوطنـــي حـــول

" الـــدور الاقتصـــادي للقضـــاء المختص "

يوم السبت 26 جوان 2004

بنزل افريكا بتونس

قاضي السجل التجاري

بقلم الاستـــاذ :

الحبيب الشطي

المحامي لدى التعقيب

قـاضـي السجـلّ التجـــاريّ

للأستـاذ الحبـيب الشطّـي

المحامي لـدى التعقيـب

******

لقـد نتـج عن التـحـوّلات الاقـتـصـاديّـة في العـالم تطـوّر في الدّاخـل للمؤسّسات القانونيّـة المرتبطـة بالحيـاة الاقتصاديّـة مثـل مـؤسّسـة السجـلّ التـجـاريّ التـي بعـد أن كانـت منظّمـة بـأمـر يـرجـع تاريـخـه إلى 16 جويليـة 1926 أعـيـد تنظيـمـها بالقـانـون عـدد 44 لسنـة 1995 الـمـؤرّخ في 2 مـاي 1995 . وهـذا القانـون الـذي جـعل مسك السجـلّ التـجـاريّ بيـد كاتـب الـمحكمـة الابتدائيّـة جعل مـراقبـتـه بيـد رئيسـها أو قـاض يعيّنـه يسمّـى قـاضي السجـلّ التـجـاريّ .

وفي إطـار هـذا الـملتـقى الوطـنـيّ كلّفـت بـأن أتحـدّث عـن هـذا القـاضـي ، وهـو مـا سـأتناولـه فـي قسمـيـن اثنيـن يتعلّـق أوّلهمـا بـمـا أريـد لقـاضـي السجـلّ التـجـاريّ وثـانيهمـا بـمـا آل إليـه أمـره .

ا - القسم الأوّل : <u>مـا أريـد لقـاضـي السجـلّ التـجـاريّ</u> :

تضمّـن الفصل 2 من قـانون السجـلّ التـجـاريّ أنّـه يـمسك بكلّ مـحكمـة ابتـدائيّـة سجـلّ تجـاريّ مـحلـيّ . كـمـا تضمّـن فـصلـه 6 أنّـه يـمسك بالـمعهـد القـومـيّ للمـواصـفـات والملكيّـة الصنـاعـيّـة سجـلّ تجـاريّ مـركـزيّ . فـالسجـلّ التـجـاريّ هـو إذن محلـيّ على مستـوى كلّ محكمـة ابتدائيّـة وهـو بالتـالي متعـدّد (23) ومـركـزي على مستـوى الـمعهـد الـمذكـور وهـوبالتـالي وحيـد .

والسجـلّ التـجـاريّ الـمحلـيّ تـمسكـه إمّـا كتابـة الـمحكمـة الابتدائيّـة تحت مـراقبـة رئيسـها أو قـاض يعيّنـه للغـرض (الفصل 5) وإمّـا مـؤسّسـة عـمـوميّـة أو خاصّـة طبـقـا لكـرّاس شـروط يصـادق عليـه بأمـر على أن تبـقـى الـرّقـابـة على السجـلّ في هاتـه الصّـورة من مشمولات رئيس الـمحكمـة أو من يكلّفـه من القضاة للغـرض (الفصل 6) . فـمراقبـة السجـلّ التـجـاريّ الـمحلـيّ
على مستـوى كلّ مـحكمـة ابتـدائيّـة تبـقـى من أنظـار القـاضي سـواء كان مـاسك السجـلّ منتميـا إلـى القطـاع العمـومـيّ أو إلـى القطـاع الخاصّ .

ولهـذه الـمراقبـة غـايـة ووسيلـة .

الفقرة الأولى : غاية المراقبة

الغاية من مراقبة القاضي لمسك السجلّ التجاريّ المحلّي هي تطبيق القواعد التي وضعها قانون 2 ماي 1995 لمسك هذا السجلّ وهي قواعد تدور حول 3 محاور :

1 - محور الشموليّة :

وسّع قانون 2 ماي 1995 في نطاق التّسجيل إذ جعله يمتدّ إلى جميع أصناف التجّار سواء كانوا أشخاصا طبيعيّين أو أشخاصا معنويّين فقد تضمّن فصله 2 أنّ السجلّ التجاريّ المحليّ يسجّل فيه بمقتضى تصريح :

- الذّوات الطبيعيّة التي لها صفة التّاجر على معنى المجلّة التجاريّة وكذلك الطبيعيّة التي تباشر نشاطا تحت أسم شركة فعليّة وتتوفّر فيها صفة التّاجر والأجانب المباشرون لنشاط تجاريّ بالجمهوريّة التونسيّة ،

- الشركات التي لها مقرّ بالجمهويّة التونسيّة وتتمتّع بالشخصيّة المعنويّة ،

- الشركات التجاريّة الأجنبيّة والنيابات التي تستغلّ فرعا أو وكالة بالجمهوريّة التونسيّة وكذلك الشركات غير المقيمة ،

- المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصناعيّة والتجاريّة ،

- الذّوات المعنويّة الأخرى التي تنصّ قوانين أو تراتيب خاصّة على وجوب تسجيلها .

كما وسّع قانون 2 ماي 1995 في نطاق السجلّ بجعله يمتدّ أيضا إلى المعلومات حول الأشخاص الخاضعين إلى التّسجيل . فقد خصّ القانون هذه المعلومات بباب كامل وهو الباب الثاني تحت عنوان « التّصاريح المحمولة على الخاضع للتّسجيل » والحاوي للفصول من 8 إلى 24 . وقد صنّف هذه المعلومات إلى أصناف ثلاثة :

- صنف يتعلّق بالمعلومات التي يجب تقديمها في البداية عند تقديم مطلب التّسجيل الأصليّ (الفصلان 9 و11) وهي تتعلّق أساسا بالنّسبة للشخص الطبيعيّ بهويّته وجنسيته وعدد بطاقة تعريفه وحالته الزوجيّة وعنوان محلّه وموضوع النّشاط الذي يمارسه وتاريخ بداية الأستغلال وبالنّسبة للشخص المعنويّ بتسميته وشكله ورأس ماله ومقرّه ونشاطه ومدّته وممثّله ،

- صنف يتعلّق بالمعلومات الخاصّة بما يفتحه التّاجر من محلاّت ثانوية في نفس دائرة المحكمة الابتدائيّة الواقع لديها التّسجيل الأصليّ أو في دائرة أخرى . ويتمّ تقديم هذه المعلومات عن طريق تقييد جديد يسمّى في الحالة الأولى بالتّسجيل الثانوي وفي الحالة الثانية بالتّقييد التكميلي (الفصول 14 و15 و18 و19) ،

- صنف المعلومات اللاحقة التي يتعيّن تقييدها عند حدوثها لتحيين بيانات السجلّ التجاريّ حتّى لا يقع تجميده سواء تعلّقت هذه المعلومات بالتّاجر بصرف النّظر عن كونه شخصا طبيعيّا أو معنويّا أو بالمحلّ بصرف النّظر عن كونه موضوع تسجيل أصليّ أو تسجيل ثانويّ أو تقييد تكميليّ (الفصول 16 و17 و20 و21 و22 و23 و24) . ويدخل في هذا الصّنف من المعلومات :

. كلّ التغييرات التي تلحق شخص التاجر مثل الوفاة والتوقّف عن النشاط ،

. وكلّ التنقيحات التي تدخل على القانون الأساسيّ للذّات المعنويّة مثل تغيير تسميتها أو التّرفيع في رأس مالها أو حلّها ،

. وكلّ الأحكام التي لها تأثير مباشر على وضعيّة التّاجر مثل قرار التّسوية وحكم التفليس وحكم الحجر ...

2 - <u>محور المصداقيّة</u>

لقد كان السجلّ التجاريّ في بداية ظهوره تاريخيّا وسيلة لاشهار المعلومات التي تهمّ التجّار دون أيّ ضمان لمراقبة صحّة هذه المعلومات ودون أن تكون لهذه المعلومات آثار قانونيّة تذكر . ثمّ تطوّر السجلّ ليصبح أداة لنشر الثقة ودعم الائتمان بين التجّار . وقد تمّ هذا بالتحقّق من صدق المعلومات ومن تحيينها . ولكن إذا كانت البيانات المضمّنة بالسجلّ تعتمد في المقام الأوّل على ما يصرّح به التاجر نفسه من معلومات حول وضعه القانونيّ ونشاطه فإنّ تحقيق المصداقيّة المنشودة يصبح غير مضمون دائما لذلك وضع المشرّع جملة من الوسائل تضمن هذه المصداقيّة و تتمثّل أساسا في :

- أن جعل التّسجيل وجوبيّا خلال أجل محدّد وجعل تحيين المعلومات المسجّلة وجوبيّا أيضا في آجال محدّدة ولم يترك ذلك لمجرّد الاختيار (الفصول 8 و10 و14 و16 ...)

- أن جعل الادلاء بالوثائق المثبتة لما تضمّنته التّصاريح وجوبيّا (الفصل 25 والفصول من 44 إلى 53)

- أنّ رتّب آثارا مدنيّة على ترك واجب التّسجيل أو التّحيين أو إيداع الوثائق الواجب إيداعها تتمثّل :

. في أعتبار التّسجيل بالسجلّ التجاريّ قرينة على ثبوت صفة التّاجر بالنّسبة للشخص الطبيعيّ ، تجعل عبء الاثبات محمولا على من يدّعي خلافه (الفصل 60) ،

. في حرمان الشخص الطبيعيّ من التمسّك بصفة التّاجر إزاء الغير إذا لم يطلب تسجيله وعدم أكتسابه تلك الصفة إلاّ من تاريخ التّسجيل ، دون أن يستفيد من هذا الحرمان للتفصّي من المسؤوليّة والالتزامات المحمولة على التّاجر مثل إمكانيّة التّصريح بتفليسه (الفصل 61) ،

. في حرمان التّاجر المسجّل من التمسّك بإحالة أصله التجاريّ أو كرائه للتّفصي من دعاوى المسؤوليّة المقامة ضدّه في خصوص الالتزامات التي أبرمها خلفه إلاّ من يوم التّشطيب أو ترسيم البيان المتعلّق بحصول الاحالة أو الكراء (الفصل 61) ،

. في حرمان الشخص الطبيعيّ من معارضة الغير بكلّ الأعمال والتصرّفات التي تكون موضوع تنصيص أو إيداع واجبين والتي لم تدرج بالسجلّ التجاريّ أو لم تودع به إلاّ من تاريخ التّنصيص أو الايداع ما لم يثبت أنّ الغير كان على علم بذلك (الفصل 62) ،

- أن رتّب عقابا جزائيّا على عدم التّسجيل أو طلب التّحيين (الفصل 68) وآخر على التّصريح الكاذب المتمثّل في الادلاء عن سوء نيّة ببيان غير صحيح أو ناقص (الفصل 69) .

3 - <u>محور الشهر الشخصيّ</u> :

كثيرا ما يقارن السجلّ التجاريّ بالسجلّ العقاري لأنّ كليهما يعتمد على جمع المعلومات ووضعها على ذمّة العموم لضمان الثقة في التعامل وتنشيط الائتمان الماليّ عن طريق توفير الشموليّة والمصداقيّة في بيانات السجلّ وأعتماد نظام في الاشهار لتحقيق العلنيّة .

وإذا كان المشرّع التونسيّ قد أختار للسجلّ العقاري نظام الشهر العينيّ لأن التّسجيل فيه يعتمد على العقار فإنّه أختار للسجلّ التجاريّ نظام الشهر الشخصيّ الذي يعتمد التّسجيل فيه على شخص الخاضع

للتّسجيل لا على المحلّ أو المحلاّت التي يشغلها . فقد نصّ الفصل 3 من قانون 2 ماي 1995 أنّ التّسجيل بالسجلّ التجاريّ يكتسي صبغة شخصيّة وأنّه لا يجوز التّسجيل أكثر من مرّة في سجلّ واحد .

ولغاية إشهار بيانات السجلّ التجاريّ أتّبع قانون 2 ماي 1995 مسلكين :

- الأوّل أنّه فرض بالفصل 67 على كلّ شخص مسجّل أن يبيّن بقائماته ومطالب شرائه وجداول أسعار بضاعته وإعلاناته ومكاتبه والمقتطعات المتعلّقة بنشاطه أسم المحكمة التي هو مسجّل بها وعدد ترسيمه بالسجلّ التجاريّ ،

- والثاني أنّه نظّم بالفصول من 63 إلى 66 حقّ كلّ شخص في الحصول من كتابة المحكمة على نسخ أو مضامين أو شهادات من التّرسيمات المضمّنة بالسجّل التجاريّ أو من الوثائق المودعة بملحقه .

الفقرة الثانية : وسيلة المراقبة

وسيلة القاضي لمراقبة مسك السجلّ هي إشرافه على عمل الكاتب إداريّا وبتّه في النّزاعات المتعلّقة بالسجلّ .

1 - الاشراف إداريّا :

أ - الاشراف على عمليات التّسجيل :

تقدّم مطالب التّسجيل إلى كاتب المحكمة (الفصل 25) الذي يتثبت في صحّة المطلب ويتأكّد من موافقة بياناته للمقتضيات التشريعيّة والترتيبيّة وللوثائق المقدّمة (الفصل 29) . فالكاتب يجري رقابة أوليّة وهي رقابة سريعة وشكليّة تختلف تماما عن الرّقابة التي يجريها حافظ الملكيّة العقارية على الصّكوك التي تقدّم للتّرسيم تطبيقا لمبدإ الشرعيّة . فرقابة كاتب المحكمة ليست رقابة موضوعيّة ولا تكسب البيانات والوثائق موضوع المراقبة حجيّة خاصّة . إلاّ أنّها مراقبة تمكّن من تلافي النقائص الظاهرة في البيانات والوثائق .

وقد نصّ الفصل 30 من قانون 2 ماي 1995 أنّ كاتب المحكمة يتولّى إجراء التّرسيم في أجل الخمسة أيّام الموالية لتلقّي المطلب وإذا تبيّن له أنّ المطلب لم يكن وفقا للمقتضيات الواردة بأحكام هذا القانون فعليه في نفس الأجل رفع الأمر للقاضي المكلّف بمراقبة السجلّ ويتعهّد قاضي السجلّ بالموضوع ويقرّر ما يراه بشأنه بوصفه المشرف على مسك السجلّ .

وقد خوّله الفصل 25 في هذا الإطار صلاحيّة منح إعفاء من تقديم وثيقة من الوثائق المطلوبة سواء بصفة نهائيّة مثل إعفاء الشركات المدنيّة من تقديم ما يفيد التصريح بالوجود أو بصفة مؤقتّة مثل إعفاء الشركات التي تستغلّ مقاه من تقديمنفس التصريح على أن يقع تقديمه لاحقا في أجل معيّن . وفي الحالة الأخيرة يقع التّشطيب على الترسيم إذا لم تقدّم الوثيقة في الأجل المضروب .

ب - <u>الاشراف على تحيين السجلّ</u> :

تضمّن الفصل 33 من قانون 2 ماي 1995 أنّه يمكن لكاتب المحكمة في كلّ وقت أن يتأكّد من مدى استمرار تطابق البيانات المقيّدة حسب المقتضيات الواردة بالفصل 29 من هذا القانون . وإذا اتّضح له أنّ البيانات لم تعد مطابقة للواقع فعليه أن يعلم الخاضع لتسوية وضعه بالسجلّ التجاريّ بموجب إشعار في الغرض وإذا لم يمتثل لذلك في ظرف شهر من تاريخ الاعلام يرفع الكاتب الأمر إلى القاضي المكلّف بمراقبة السجلّ الذي خوّل له الفصل 43 من قانون 2 ماي 1995 اتّخاذ قرارات في إبطال كلّ التّرسيمات الوجوبيّة النّاتجة عن معلومات تبيّن عدم صحّتها . والغاية من هذا هي تحقيق مصداقيّة السجلّ التي أوكلت مراقبتها لقاضي السجلّ .

وفي نفس هذا الاطار نشير إلى أنّ القرار الصّادر عن وزير العدل في 22 فيفري 1996 والمتعلّق بإجراءات السجلّ التجاريّ مكّن في فصله 7 قاضي السجلّ التجاريّ من طلب بطاقة السجلّ العدليّ عدد 2 للأشخاص الآتي ذكرهم :

- الذّوات الطبيعيّة الخاضعة للتّسجيل
- الذّوات الطبيعيّة المنصوص عليها بالفصل 11 من قانون السجلّ التجاريّ
- وكلاء الشركات المدنيّة .

وإذا ثبت من السجلّ العدليّ وجود تحاجير تمنع على هؤلاء الأشخاص ممارسة التّجارة أو كان سلّط عليهم عقاب يمنعهم من ممارسة النّشاط المزمع مباشرته فإنّ القاضي المكلّف بمراقبة السجلّ التجاريّ يأذن بالتّشطيب على ذلك التّسجيل أو التّقييد .

وفي هذا أيضا تأكيد على إشراف قاضي السجلّ على تطبيق قاعدة المصداقيّة وهي قاعدة من قواعد مسك السجلّ التجاريّ .

2 - البتّ في النّزاعات :

أوجب قانون 2 ماي 1995 على التّاجر تسجيله في أجل شهر من بداية النّشاط إلاّ أنّ التّاجر قد يتّخذ سلوكا سلبيّا ويتخلّف عن القيام بتسجيل نفسه أو يتخلّف عن تحيين ترسيم سابق له بالسجلّ التجاريّ بموجب تنقيح أو تشطيب فتنشأ بذلك وضعيّة غير قانونيّة بالسجلّ تؤدّي إلى الاخلال بمبدأي شموليّة السجلّ لكافّة الخاضعين له ومطابقة التّرسيمات للواقع .

وتجنّبا لمثل هذه الوضعيات خوّل الفصل 54 من قانون 2 ماي 1995 لقاضي السجلّ إمّا مباشرة أو بطلب من النّيابة العموميّة أو من كلّ شخص له مصلحة أن يصدر قرارا يلزم التّاجر بالقيام بطلب التّسجيل . كذلك الشأن في صورة تخلّف شخص مسجّل عن القيام بالتعديلات اللاّزمة في الآجال المحدّدة فقد خوّل نفس الفصل في فقرته الثانية لقاضي السجلّ إلزام هذا الشخص بالقيام بهذه التّعديلات . كذلك أيضا في صورة وقوع خلاف أثناء التّسجيل فإنّ الأمر يرفع لقاضي السجلّ الذي ينظر ويبتّ فيه بقرار (الفصل 55) .

كلّ هذه النّزاعات التي تنظر ويبتّ فيها قاضي السجلّ في إطار مراقبته لمسك السجلّ تخضع لاجراءات نصّ عليها قانون 2 ماي 1995 تتمثّل أساسا في :

- الاعلام :

يقع إعلام المعنيّ بالأمر بالقرارات الصّادرة عن قاضي السجلّ من طرف كاتب المحكمة بواسطة مكتوب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ (الفصل 56 -فقرة أولى) . ويضمّن بالاعلام طريقة الطّعن في القرار وأجله مع التّنصيص على العقوبات المستوجبة عند الاخلال بالقواعد المتعلّقة بالأصل التجاريّ (الفصل 56 - فقرة 2) .

- الطّعن بالاعتراض :

يقبل قرار قاضي السجلّ الطّعن بالاعتراض أمام المحكمة الابتدائيّة وهي المحكمة التّابع لها قاضي السجلّ (الفصل 57 -فقرة 3) . ويقدّم الاعتراض في شكل تصريح كتابيّ إلى كتابة المحكمة (الفصل 57 - فقرة 3) في أجل الخمسة عشر يوما من تاريخ الاعلام بالقرار (الفصل 57 - فقرة 2) .

وتبتّ المحكمة في الاعتراض في أوّل جلسة لها بحجرة الشّورى (الفصل 57 - فقرة 3) وبدون لزوم الاستعانة بمحام (الفصل 57 - فقرة 5) وبدون مشاركة قاضي السجلّ الذي أصدر القرار (الفصل 57 - فقرة 4) .

ويوجّه كاتب المحكمة التي نظرت في الاعتراض نسخة من الحكم إلى كتابة المحكمة التي تمّ بها التّسجيل الأصليّ للتّنصيص على مضمونه . وعلى هاته الأخيرة إعلام المعنيّ بالأمر (الفصل 57 - فقرة 6) .

- التّنفيذ :

ينفّذ الحكم الذي بتّ في الاعتراض خلال الخمسة عشر يوما من تاريخ صيرورته نهائيّا (الفصل 57 - فقرة 7)

وإذا لم يذعن الخاضع للتّسجيل للقرار أو لحكم القاضي بإتمام الاجراء فإنّ الكاتب يعلم النّيابة العموميّة ويوجّه لها نسخة من القرار أو الحكم (الفصل 58 - فقرة 1) .

ويمكن للمحكمة التي قضت بالتّشطيب أن تأذن للكاتب بترسيم الحكم بمكتوب مضمون الوصول (الفصل 58 - فقرة 2) .

II - القسم الثاني : ما آل إليه أمر قاضي السجلّ :

رأينا في القسم السّابق من هذه المداخلة كيف أنّ مشرّع 1995 أراد بسنّه لقانون السجلّ التجاريّ أن يجعل من هذا السجلّ مرآة للحياة الاقتصاديّة ومرصدا للمعلومات التي تهمّ نشاط التّاجر وكيف أوكل إلى القاضي مهمّة مراقبة هذا السجلّ بالإشراف عليه أداريّا وبالبتّ في النّزاعات المتعلّقة به .

والملاحظ أن المشرّع أولى عناية فائقة بمؤسّسة السجلّ التجاريّ من قبل صدور قانون 2 ماي 1995 باعتبارها آلية لتنشيط الائتمان وأداة لتطهير الحياة الاقتصاديّة والماليّة . وقد تأكّدت هذه العناية بصدور قانون 2 ماي 1995 وتدعّمت فيما بعد بصدور جملة من القوانين التي جعلت السجلّ التجاريّ مرجعا وملجأ في كثير من الميادين الاقتصاديّة وجعلت بالتّالي وظيفة قاضي السجلّ في غاية من الأهميّة الاقتصاديّة والقانونيّة .

لكن هذا التّأكيد في الأهمية صحبه نقائص في الامكانيات جعلت السجلّ دون ما أريد له وجعلت قاضيه قاعدا عمّا خصّ به .

الفقرة الأولى : التّأكيد على أهميّة السجلّ

تأكّدت أهميّة السجلّ التجاريّ وبالتّالي أهميّة وظيفة القاضي المشرف عليه بصدور جملة من القوانين اللاّحقة لقانون 2 ماي 1995 (2) إلاّ أنّ هذه الأهميّة برزت من قبل صدور هذه القوانين بل من قبل صدور قانون السجلّ التجاريّ نفسه (1) .

1 - قبل صدور قانون السجلّ التجاريّ في 2 ماي 1995 :

أ - بصدور قانون الاصلاح العقاري في سنة 1992 :

وهو القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 والذي نقّح وتمّم بعض فصول مجلّة الحقوق العينيّة ومنها الفصل 377 جديد الذي أوجب على محرّري الصّكوك المتعلّقة بالعقارات المسجّلة أن يضمنوا بهذه الصّكوك جملة من التّنصيصات للتّعريف بالأطراف من بينها عدد التّرسيم بالدّفتر التجاريّ بالنّسبة للشركات . فكان هذا النصّ أوّل تشريع يربط الصلة بين السجلّ العقاري والسجلّ التجاريّ ويبرز بالتالي أهمّيته .

ب - بصدور قانون إنقاذ المؤسّسات :

وهو القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرّخ في 17 أفريل 1995 والمتعلّق بإنقاذ المؤسّسات التي تمرّ بصعوبات اقتصاديّة والذي أوجب التّنصيص بالسجلّ التجاريّ على جميع الأحكام والقرارات التي تصدر في مادّة إنقاذ المؤسّسات وخاصّة :

- الاتّفاق مع الدّائنين في فترة التّسوية الرضائيّة (الفصل 13) ،

- القرار القاضي بفتح فترة المراقبة (الفصل 24) ،

- القرار الصّادر بإسناد التّسيير للمتصرّف أو بوجوب إمضائه مع المدين (الفصل 27) ،

- التّحجير على مسيّر المؤسّسة بالقيام بعملية تفويت أورهن في أسهمه أو في حصصه دون إذن من المحكمة (الفصل 28) ،

- الحكم بالتّشطيب على التّاجر من السجلّ التجاريّ إذا تبيّن أنّه توقّف عن نشاطه وليس له من الممتلكات ما يكفي لتغطية مصاريف القضيّة (الفصل 39) ،

- الحكـــم الصّادر بتفليس المدين عند انعدام إمكانية الانقـاذ (الفصلان 39 و40) ،

- قرار المحكمة بمنع التّفويت في بعض ممتلكات المؤسّسة الضروريّة لاستمرار نشاطها (الفصل 42) .

ج - <u>بصدور القانون المحدث للدّوائر التجاريّة</u> :

وهو القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرّخ في 2 ماي 1995 والمتعلّق بتنقيح وإتمام الفصل 40 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة الصّادر في نفس اليوم الذي صدر فيه قانون السجلّ التجاريّ محدثا دوائر تجاريّة بالمحاكم الابتدائيّة تختصّ بالنّظر في الدّعاوى التجاريّة وهي الدّعاوى المتعلّقة بالنّزاعات بين التجّار فيما يخصّ نشاطهم التجاريّ . وبما أنّ صفة التّاجر طالبا أو مطلوبا في النّزاع تثبت بقرينة التّرسيم بالسجلّ التجاريّ فإنّ مركز السجلّ في تحديد اختصاص هذه الدّوائر يصبح هامّا جدّا .

2 - <u>بعد صدور قانون السجلّ التجاريّ في 2 ماي 1995</u> :

أ - <u>بصدور مجلّة الشركات التجاريّة</u> :

بالقانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرّخ في 3 نوفمبر 2000 وهو القانون :

- الذي أوجب في فصله 14 ترسيم الشركات التجاريّة بالسجلّ التجاريّ وأوجب إيداع وثائقها التأسيسيّة ،

- والذي أخضع في فصله 16 لنفس إجراءات الاشهار والايداع أعمال الشركات التي تهمّ :

. تحوير العقود الأساسيّة ،

. تسمية مسيّري الشركة أو تجديد مهامهم أو انقضائها أو انحلال الشركة أو حلّها ،

. إحالة حصص أو أسهم الشركاء باستثناء تلك التي تخصّ شركة مدرجة ببورصة الأوراق الماليّة أو شركة خفيّة الاسم لا ينصّ عقدها التأسيسيّ على شروط الاحالة ،

. الاندماج أو الانقسام أو المساهمة الجزئيّة أو الكليّة للأصول ،

. التصفية ،

. الاعلان عن ختم الحسابات بعد حلّ الشركة أو تصفيتها أو اندماجها أو انقسامها أو بعد تحقيق مساهة جزئيّة أو كليّة للأصول ،

- والذي رتّب في فصله 17 عن عدم شكليات الاشهار بطلان الشركة أو العقد أو المداولة .

ب - بصدور القانون المتمّم لمجلّة الشركات التجاريّة :

وهو القانون عدد 117 لسنة 2001 المؤرّخ في 6 ديسمبر 2001 والذي أضاف إلى الكتاب الخامس من مجلّة الشركات التجاريّة عنوانا سادسا تحت أسم « تجمّع الشركات » . وقد أورد هذا القانون الفصل 470 الذي أوجب على كلّ شركة أمّ (Société mère) أن تتولّى التّنصيص بالسجلّ التجاريّ على الشركات المنتمية إلى تجمّع الشركات (Groupe de sociétés) وعلى كلّ شركة منتمية إليه أن تتولّى التّنصيص بالسجلّ التجاريّ على انتمائها إليه وعلى انتهاء انتمائها إليه وعلى الشركة الأمّ التي لها نفوذ عليها . كما أوجب على الشركة القابضة (Société Holding) أن تنصّ بالسجلّ التجاريّ على صفتها كشركة قابضة وعلى انتهاء صفتها تلك إن حصل ذلك .

ج - بصدور قانون 3 أوت 2002 المنقّح لبعض فصول مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة :

وهو القانون عدد 82 لسنة 2002 الذي أوجب التّنصيص على التّرسيم بالسجلّ التجاريّ ومكانه بالمحاضر التي يحرّرها العدول المنفّذون (الفصل 6 جديد) وعرائض الدّعوى التي تقدّم لقاضي النّاحية (الفصل 43 جديد) وللمحكمة الابتدائيّة (الفصل 70 جديد) .

الفقرة الثانية : النّقائص في الامكانيّات

يتّضح ممّا سبق أنّ مؤسّسة السجلّ التجاريّ تجذّرت وتأكّدت وتأكّد دور قاضي السجلّ وتجذّر معها بوصفه المشرف عليه . وإذا كان قانون 2 ماي 1995 مكّن هذا القاضي من الصّلاحيات التي يحتاجها في عمله من إشراف وبتّ فإنّ التطبيق أفرز أنّ مؤسّسة السجلّ التجاريّ تشكو نقائص في الامكانيّات من شأنها أن تحدّ من عمل قاضيها وهي نقائص يتوجب إيجاد الحلول لتجاوزها .

1 - أشكال النقائص :

أ - القصور في النّهج الاعلامي :

نظرا لكثافة المعلومات التي أوجب التّشريع تضمينها بالسجلّ التجاريّ ونظرا لكثرة الوثائق التي أوجب تقديمها فإنّ معالجة هذه

المعلومات وهذه الوثائق لا يمكن أن يتمّ إلاّ عن طريق الاعلاميّة بهدف تضمين المعلومات بكلّ دقّة وسرعة وربط بعضها ببعض ومتابعة مسالك الوثائق وتحقيق الارشاد الآلي .

وقد توخّت وزارة العدل وحقوق الانسان هذا النّهج ووضعت تطبيقة إعلاميّة لتحقيق هذه الأهداف . إلاّ أنّ هذا النّهج كان قاصرا عن بلوغ أهدافه إذ لوحظ في التّطبيق :

- أنعدام الرّبط بالاعلاميّة بين السجلاّت المحليّة والسجلّ المركزي الذي يمسكه المعهد القوميّ للمواصفات والملكيّة الصناعيّة ،

- أنعدام الرّبط مع قباضات الماليّة في خصوص الوثائق التي تسجّل والتي تخضع للايداع والتّنصيص بالسجلّ التجاريّ والتي غالبا ما يغفل أو يتقاعس أصحابها عن الادلاء بها لكتابة المحكمة ،

- أنعدام الرّبط بالاعلاميّة في المحكمة الابتدائيّة الواحدة بين كتابة السجلّ التجاريّ وكتابة الدّائرة التجاريّة ودائرة التّقاديم والدّوائر المدنيّة التي تصدر أحكاما وقرارات تخضع للتّنصيص بالسجلّ التجاريّ .

ب - <u>القصور في تنظيم الأرشيف</u> :

السجلّ التجاريّ تنصيصات ووثائق خاصّة بالنّسبة للشركات التجاريّة التي تدلي بوثائق تأسيسها ووثائق تعديلها ووثائق تسييرها ووثائق حلّها . وهذه الوثائق التي يبلغ وزنها بمرور الزمن الأطنان تحتاج إلى أرشيف بكلّ محكمة ابتدائيّة منظّم يعتمد ملفّا لكلّ شركة كوحدة للتّنظيم . وواقع الأمر أفرز أنّ هذه الوثائق في كثير من الأحيان لا تنال حظّا من العناية لقلّة الاطار وضيق المكان ولا ترتّب في ملفّات الشركات ممّا يفقد المستعمل أمرين أوّلهما الحصول بسهولة على نسخة طبق الأصل من هذه الوثائق وثانيهما الحصول بسهولة على نسخة كاملة من ملفّ الشركة بما فيه من التّنقيحات التي دخلت عليه .

ج - <u>فصل دفاتر الأصول التجاريّة عن السجلّ التجاريّ</u> :

تضمّن الفصل 205 من المجلّة التجاريّة أنّ امتياز بائع الأصل التجاريّ لا يثبت إلاّ إذا كان محرّرا بحجّة رسميّة أو بكتب بخطّ اليد وقيّد بدفتر عموميّ بكتابة المحكمة التي بدائرتها الأصل التجاريّ . كما تضمّن أنّ الامتياز المترتّب عن الرّهن يتقرّر بتقييده بالدّفتر العموميّ الذي يمسك بكتابة المحكمة التي يقع بدائرتها الأصل التجاريّ .

وهذه الدّفاتر مستقلّة عن الأصل التجاريّ وغير ممسوكة بالاعلاميّة وهو ما أدّى إلى أنّ كاتب المحكمة يسلّم لطالبه مضمونا من السجلّ التجاريّ خاليا من كلّ امتياز للبائع أو رهن في حين أنّه موظّف عليه امتياز أو رهن . وهو ما من شأنه أن يحدث بلبلة لم يردها المشرّع خاصّة بعد صدور القانونين :

- عدد 61 لسنة 2000 المؤرّخ في 20 جوان 2000 والمتعلّق بتنقيح وإتمام بعض فصول المجلّة التجاريّة وهو القانون الذي أورد بالفصل 231 جديد وجوب بيان الرّهون والدّائنين المرسّمين إن وجدوا بملخصّ عقد الكراء الذي ينشر بالرّائد الرسميّ وبجريدين يوميتين وبالفصل 242 جديد وجوب إدلاء المالك الذي يقوم بدعوى في فسخ عقد كراء محلّ يتسغلّ فيه أصل تجاريّ بشهادة تفيد عدم وجود تقييدات وفي صورة وجودها وجوب إعلام الدّائنين بالقيام وإلاّ كانت الدّعوى باطلة .

- وعدد 31 لسنة 2003 المؤرّخ في 28 أفريل 2003 والمتعلّق أيضا بتنقيح المجلّة التجاريّة والذي أضاف إلى الباب الثاني من هذه المجلّة فصلا يحمل عدد 189 مكرّر أورد به وجوب تحرير العقود المتعلّقة بالأصول التجاريّة بواسطة محام غير متمرّن وإلاّ تكون باطلة بطلانا مطلقا وإلزام المحرّر بالتّنصيص بمحرّراته على أنّه اطّلع على السجلّ التجاريّ والدّفتر العموميّ لرهون الأصول التجاريّة وعلى ما ورد بهما من بيانات في خصوص الأصل التجاريّ موضوع العملية .

2 - <u>الحلـــول</u> :

النّقائص التي أشرنا إليها يمكن تداركها بأمرين :

أ - <u>إعداد منظومة إعلاميّة متطوّرة</u> :

ويتمّ هذا بإعداد تطبيقات إعلاميّة تربط بين السجلاّت المحليّة من جهة والسجلّ المركزي وقباضات الماليّة من جهة أخرى وتربط في إطار نفس المحكمة الابتدائيّة بين كتابة السجلّ والكتابات الأخرى التي لها علاقة به وتربط كذلك بين الدّفتر العموميّ للأصل التجاريّ والسجلّ التجاريّ . وبهذا يصبح بالامكان الحصول على معلومة حينيّة ودقيقة ومحيّنة ومطمئنة وهو ما من شأنه أن يخدم التّجار والتّجارة ويسهّل دور قاضي السجلّ .

ب - العهد بمسك السجلّ إلى مؤسّسة خاصّة :

- وهو ما يبيحه الفصل 5 من قانون السجلّ التجاريّ ،
- وما يندرج في سياسة الدّولة الحديثة التي تعهد ببعض المرافق العموميّة إلى الخواص للتّخفيف من أعباء المجموعة الوطنيّة ،
- وما يسمح بتنفيذ منظومة إعلاميّة متطوّرة تتطلّب أموالا طائلة ،
- وما يمكن من تكوين الاطارات العليا وتوفير الأماكن اللاّزمة وهي كلّها تتطلّب أيضا أموالا وافرة قد لا ترى الدّولة أولويّة في توفيرها .

الجمهورية التونسية

وزارة العـــدل وحقـــوق الإنســـان

المعهد الأعلى للقضاء

محكمة الاستئناف بتونس

الملتقـــــى الوطنـــي حـــول

" الـــدور الاقتصـــادي للقضـــاء المختص "

يوم السبت 26 جوان 2004

بنزل افريكا بتونس

المحاكم التجارية

بقلم

السيدة ماجدة بن جعفر

مدعي عام لدى محكمة التعقيب

الدور الاقتصادي للقضاء المختص

- الدوائر التجارية -

بقلم السيدة :

ماجدة بن جعفر مدعي عام

لدى محكمة التعقيب

ان ظهور المحاكم التجارية المتخصصة في فض النزاعات بين التجار لم يكن فكرة هذا العصر فهي تجد أصولها في القرن الرابع عشر بما عرفته البلاد الايطالية من قضاء قنصلي Les Tribunaux consulaires تمركز في بعض الموانئ الايطالية اثر الحروب الصليبية بحكم ازدهار التجارة فيها . ثم تطور فيما بعد الى قضاء المعارض Les Tribunaux des foire بحكم توسع رقعة المبادلات التجارية بين التجار بفضل المعارض الدورية التي كانت تشهدها هذه المدن والتي ترسخت بمقتضاها بعض القواعد التجارية وانبثقت عنها ما اسمى بقانون التجار Jus mercatoruim ثم انتشر هذا القانون في كامل انحاء اوروبا ونشأت منه الانظمة الأساسية التي تعاصرنا اليوم مثل الكمبيالة والإفلاس وبعض أنواع الشركات والقضاء التجاري الذي تبلور في فرنسا وبدا بظهور التحكيم التجاري بمقتضى قانون 1560 الا ان تواجده اقتصر على بعض المدن الهامة مثل باريس وليون وليموج وشاتوليه ثم سرعان ما تطورت هذه الفكرة وتوسعت بإرساء محاكم تجارية خاصة بأتم معنى الكلمة وتركزت في عديد من المدن في عهد الملك شارل التاسع الا ان نظرها كان مقتصرا على النزاعات المتعلقة بالتجارة البرية اما تلك المتعلقة بالتجارة البحرية فقد كانت في عهدة محاكم امارة البحر Les Tribunaux d'amirautes.

واثر الثورة الفرنسية صدر قانون 16-24 اوت 1790 الذي ثبّت المحاكم التجارية ووسع مشمولات نظرها الى النزاعات المتعلقة بالتجارة البحرية رغم ان الثورة الفرنسية كانت معادية للنظام الطائفي في حين تخلت عدد من البلدان الاوروبية مثل إسبانيا وهولاندا وإيطاليا عن مثل هذه المؤسسة القضائية *.

أما في بلادنا فان فض النزاعات بين التجار كان من صلوحيات امناء السوق فرادى او ضمن المجلس الذي وقع تاسيسه في تونس العاصمة للنظر في الهام من الدعاوى التجارية بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 11 رجب سنة 1925 هجري الموافق لـ11 جويلية 1878 بعد ان فشل احداث المحاكم التجارية بموجب ايقاف العمل بعهد الامان .

---

* V.G Ripert et Robl. t "Traite de droit Commercial T1.V1 P 302 et suivantes

وقد تواصلت مباشرة الأمناء لمهامهم الى غاية إحداث المجالس الابتدائية بتونس التي تاسست بالامر المؤرخ في 18 مارس 1896 بيد ان هذه المجالس لم تكن تنظر في القضايا التي يكون فيها طرف اجنبي مهما كانت جنسيته . علاوة على خروج عدد من القضايا التجارية عن ولايتها مهما كان أطرافها تونسيون ومنها قضايا التفليس وذلك الى غاية الاستقلال * .

وحتى بعد إصدار القانون التجاري التونسي فان النزاعات التجارية بقيت من نظر المحاكم العادية ووفقا للإجراءات المقررة في المادة المدنية وبقي العمل على هذا الحال الى تاريخ تنقيح الفصل 40 م م م ت بمقتضى القانون عدد 42 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 والذي قرر المشرع بموجبه احداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية ذات تركيبة مزدوجة تجمع بين قضاة مختصين وبين اعضاء تجار دورهم استشاري بحت تقع تسميتهم بقرار من وزير العدل لمدة ثلاث سنوات من ضمن قائمة تقررها المنظمة المهنية الاكثر تمثيلا .

توجه جديد اختلفت أسسه وابعاده عن تلك التي كانت منطلق نشاة القضاء التجاري الذي انتصب في بدايته في اطار طائفي ولتامين مصلحة هذه الفئة ، نظر القضاء كان فيه مقصورا على فض النزاعات التي تثور بين التجار المحترفين طبقا لقواعد اصطلحوا على اتباعها فيما بينهم .ثم تطورت هذه القواعد وانتشرت بحكم توسّع رقعة المعاملات التجارية وأساليبها لتتشكل في أنظمة قانونية متلائمة وخصوصية المعاملات التي تحكمها ونوعية العلاقات التي تربط بين أطرافها في مناخ من الحرية ارساها التوجه الليبرالي المنادى بسلطان الارادة الذي تراجع نسبيا بعد ازمة 1929 لتتدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية توجيها وحماية ، حدا من تغلغل نفوذ الشركات الكبرى التي باتت ذات قوة اقتصادية مؤثرة وحماية للاقتصاد الوطني الذي هو اساس نماء البلاد وتحقق امنها واستقرارها .

وعملت الدول على اختلاف درجة تقدمها الى وضع القواعد والآليات الكفيلة لضمان اقتصادها ونمائه وأسهمت مؤسساتها كل من جهتها على انجاح هذا التوجه .

وقد كان للمؤسسة القضائية سيما في البلاد الاجنبية شأن كبير في حماية البيئة الاقتصادية وفي بلورة القواعد التي تحكمها بما يخدم المصلحة الاقتصادية في ضوء المستجدات العملية والتطورات الاقتصادية بما اسهم في بناء القاعدة القانونية احيانا فيما استقر عليه فقه القضاء مثل ذلك ارساء نظرية الظاهر والشركات الفعلية وتحديد مفهوم التوقف عن الدفع ... فحافظت على استقرار المعاملات ودعمت الاقتصاد عموما بنجاعة الاحكام التي تصدرها .

وبان ما للتخصص القضائي من جدوى في انجاح هذا المسار واستقرّ راي المشرع التونسي سنة 1995 على مواكبة هذا التوجه وحرص في الاصلاحات التشريعية التي اقدم عليها خلال هذه العشرية الاخيرة في مجال

---

* انظر القاضي محمد الصالح السيري "تطور القضاء التجاري التونسي " .
م ق ت حانفي 1998 ص 47 وما يليها .

الاقتصاد على احداث دوائر تجارية بالمحاكم الابتدائية افردها باختصاص مسند واقصائي يحـــدد ولايـــة نظرها ويعدم اختصاص غيرها من الهيآت القضائية لدى المحاكم الابتدائية التي أحدثت بها فيما اوكل لها مـــن صلوحيات

ولاية نظر تتجاوز في نطاقها المجال التجاري الى جانب هام من المجال الاقتصادي من حيـــث مرجـــع نظرها ومن حيث الصلوحيات الموكولة اليها خدمة للمصلحة الاقتصادية .

فهذه الدائرة تتعهد بفصل النزاعات بين التجار ذوات طبيعية كانوا او ذوات معنوية فيما يخص نشـاطهم التجاري.

كما تختص احيانا بفض النزاعات بين التجارمن الذوات المعنوية وغير التجار بما انها تنظر في النزاعـــات المتعلقة بتكوين الشركات او تسييرها او تصفيتها ومن المعلوم ان الشركات خفية الاســـم يمكـــن ان يكـــون المساهم فيها غير تاجر . ومن جهة اخرى فان الفقرة السابعة من الفصل 40 م م م ت قد اخضعت ايضا لنظـر الدائرة التجارية القضايا المتعلقة بانقاذ المؤسسات وهو نظام يمكن ان تنتفع به المؤسسة التجارية او الصناعيـة او الحرفية .

وانسلاخ المشرع عن المعيار الشخصي (صفة التاجر) لتحديد مرجع نظر الدائرة التجارية يمكن ان يلمس ايضا عند انتصاب الهيئة كمحكمة استئناف لاحكام محاكم النواحي .

فتجارية النزاع تحدده طبيعة العمل موجبه وأطرافه ومدى خضوعهم للقانون التجاري واصوله العرفيـــة ومن ثمة فان اختصاص قاضي الناحية بالنظر في اداء الديون التجارية و منها الدين موضوع كمبالية باعتبارهـــا عملا تجاريا على معنى الفصل 269 م ت وكل عمل مترتب عنها يعتبر تجاريا يكون من نظر الدائرة التجاريـــة استئنافيا وكذلك الشان بالنسبة للاعمال المختلطة التي تقع بين التجار وغير التجار من القروض البنكية لغـــير التاجر واعمال البورصة * .

وتتميز هذه الدوائر بما أوكل لها المشرع من نفوذ لاداء مهمتها تتراوح بين النفوذ القضائي العـــادي والنفوذ الموسع نسبيا بما اخرجها عن دورها الاعتيادي لاداء دور اقتصادي حرص المشرع لانجاحها فيه علـــى دعم عملها بمساعدة اهل الاختصاص في هذا المجال وذلك عند فصلها للنزاعات I او عند توليها نظر الدعاوى المتعلقة بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية II .

---

* ماجدة بن جعفر تنظيم اختصاص الدوائر التجارية " مداخلة القيت بالمعهد الاعلى للقضاء في اطار دورة دراسية في 2003/12/4 .

I- فصل النزاعات في كنف المصلحة الاقتصادية

1- بين تسهيل المعاملة التجارية ودعمها عمل المشرع على تخصيص البيئة التجارية بقواعد تراوح بين ضمانة السرعة والائتمان ، بيد ان هذه القواعد الخاصة لم تستطع في كل الأحوال مجاراة النسق الاقتصادي المتطور الذي املته حركيته الدائمة وتغيره بحكم الزمان والمكان فكان تدخل المشرع في الغالب لاحقا لظهور تقنيات اقتصادية جديدة عاشت ردحا من الزمن تحت طائلة القواعد العامة للقانون المدني **(1)** الذي اجتهدت المؤسسة القضائية وليس دون معاناة في اسقاطها عليها بحثا عن الحل العادل والمنصف لفصل الخلافات بين اطرافها تحت لواء حرية التعاقد والنظام العام الاجتماعي .

2- ولكن ، وبما ان القانون التجاري هو خاص بحكم موضوعه وأطرافه وأهدافه ولا ينبني مثل القانون المدني على المنطق المجرد وحده بل هو ثمرة التاريخ والتطور في البيئة التجارية ومستحدثاتها فقد تطورت القاعدة القانونية التجارية نحو تنظيم العلاقات بين اشخاصها وتوجيه جهودهم نحوما يحقق المنفعة الجماعية ويؤمن النجاعة الاقتصادية اكثر منها قاعدة لفض النزاعات بينهم .

3- فالقانون التجاري او لنقل بالاحرى قانون النشاط الاقتصادي Le droit de l'activité economique - على راي الفقه المعاصر بات رهين المصلحة الجماعية التي يترجمها معيار النظام العام الاقتصادي .

هذه المصلحة التي تجد اساسها في تحقيق المنفعة الاقتصادية " Le bien economique" **(2)** .

4-ومعنى ذلك في الحقيقة ان هذا التقنين هو تكريس لسياسة اقتصادية تطغى على احكامه روح التنظيم الاقتصادي L'ordre economique اكثر منه التنظيم القانوني L'ordre juridique بهدف تامين العدالة الجماعية بتحقيق الرخاء للجميع اذا ازدهرت الحياة الاقتصادية .

---

(1) - الاستاذ محمد كمال شرف الدين **"الضمانات القانونية في الايجار المالي "**
محاضرة القيت بمناسبة الملتقى الوطني حول **"الايجار المالي تقنية اقتراض متطورة واشكاليات مستحدثة"** محكمة الاستئناف بتونس والمعهد الاعلى للقضاء 2003/6/21 بتزل افريكا .

(2) - V.R .Savatier « l ordre public economique ».
Recueil Dalloz Sirey 1965 p 37 et siuvantes

5–والمؤسسة القضائية مدعوة الى تحقيق نجاعة السياسة الاقتصادية بتطبيقها الحازم للنصوص القانونية الآمرة بما انها تفصح في صياغتها عن ارادة المشرع وتحدد بذاتها النظام العام الذي اراد حمايته ببعديه الاقتصادي والاجتماعي أي في شكله الحمائي L'O.P de protection اوفي شكله التوجيهي L'OP de direction (3) وكذلك عند تطبيقها القاعدة القانونية بصورة عامة على اشخاص القانون التجاري وهذا المنشد لا يتجاف مع دور القضاء بل هو من صميم عمله والقاضي مطالب به اكثر منه مدعو اليه فالقواعد العامة الواردة بالمجلة المدنية تؤكد ذلك وليس ادل من الفصل 532 م ا ع الذي يرجع لتفسير النص القانوني الى ارادة المشرع وكذلك الفصل 557 م ا ع الناص على انه اذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة و لم يمكن التوفيق بينهما قدمت العامة .

وما استقرار راي المشرع على تاهيل جهاز القضاء وتعصير ادارته وتوسعة صلوحياته باحداثه لدوائر تجارية متخصصة (أ) الا دفعا جديدا نحو تامين النجاعة المنشودة في قضائه بما يعاضد مجهودات الدولة في سياستها الاقتصادية ومسيرتها التنموية (ب) .

أ– تاهيل المؤسسة القضائية استجابة لمقتضيات الحياة الاقتصادية .

6– لا اختلاف في ان التخصص القضائي هو من أهم الضمانات لتحقيق النجاعة المنشودة في جميع المجالات عموما وفي المجال الاقتصادي خصوصا لما يتيحه للقاضي من المام اكثر بجزئيات المادة القانونية التي يعالجها وبتقنياتها فيكتسب معرفة وقدرة تمكنانه من اداء مهمته على احسن وجه سيما مع التضخم التشريعي الذي نعيشه اليوم (4) ومواجهة القاضي لملفات معقدة يدخل النزاع فيها تحت طائلة اكثر من قانون لتشعب وقائعها ولتشابك المصالح فيها.

---

(3) –V.G Farjat « le droit economique » 2e edition 1982 puf p 398 et suivantes

–V.J.Guesthin « traite de droit Civil » La formation du contrat » Delta L.G.D.J P.88 ET S .

(4) على سبيل الذكر لما صدر من قوانين اقتصادية في هذه العشرية الاخيرة نشير الى :

–قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية عدد 35 لسنة 1995 المورخ في 17 افريل 1995 نقح في سنة 1999 كما وقع تعديله بمقتضى قانون عدد 79 لسنة 2003 بتاريخ 2003/12/29 .

–قانون عدد 35 لسنة 1995 مورخ في 2 افريل يتعلق بالمام وتنقيح بعض الاحكام من المجلة التجارية .

–القانون عدد 36 لسنة 1994 المورخ في 24 فيفري 1994 يتعلق بالملكية الادبية والفنية .

–قانون السجل التجاري عدد 44 لسنة 1995 المورخ في 1995/5/2 .

–قانون عدد 117 لسنة 1994 مورخ في 14 نوفمبر 1994 متعلق بإعادة تنظيم السوق المالية .

– قانون عدد 118 لسنة 1994 مورخ في 14 نوفمبر 1994 يتعلق بالمام القانون عدد 107 لسنة 1992 المورخ في 1992/11/16 متعلق بإحداث ادوات مالية جديدة لتوظيف الادخار.

–قانون عدد 94-89 لسنة 1994 المورخ في 1994/7/26 متعلق بعقود الايجار المالي .

–قانون عدد 90 لسنة 1994 ومورخ في 26 جويلية 1994 يتعلق باحكام جبائية خاصة بالايجار المالي .

–قانون عدد 25 لسنة 1994 مورخ في 7 فيفري 1994 يتعلق بتنقيح القانون عدد 51 لسنة 1967 المورخ في 7 ديسمبر 1967 المنظم لمهنة البنوك .

–قانون عدد 24 لسنة 1992 مورخ في 9 مارس 1992 متعلق باصدار مجلة التامين .

–قانون عدد 93 لسنة 2000 مورخ في 2000/11/3 يتعلق باصدار مجلة الشركات التجارية

علاوة على خصوصية النزاعات التجارية من حيث اطرافها وموضوعها واثارها مما اخضع قواعدها الى احكام خاصة واستثنائية تتسم بالمرونة احيانا وبالصرامة احيانا اخرى اقتضاء لمتطلبات البيئة التجارية (5)

7 – وكان احداث الدوائر التجارية التي هي في الواقع ذات ولاية نظر اقتصادية اكثر منها تجارية ذلك ان مناط نظرها يتخطى النزاعات بين التجار باصنافهم فيما يتعلق باعمالهم التجارية ليشتمل الصناعيين والحرفيين وحتى الذوات الطبيعية المدنية (6) .

8 – وسعيا الى تحقيق اوفر حظ من النجاعة والجدوى في قضائها أخذ المشرع بعين الاعتبار اهمية النزاعات التي تنظرها الدائرة حيث اخضع البسيطة منها لنظر هيئة ثلاثية في حين جعل النزاعات الهامة بحكم موضوعها او درجة التقاضي فيها من انظار الدائرة بهيئة خماسية .

9– كما استقر رأي المشرع التونسي على تمييز هذه الدائرة بتركيبة مزدوجة بتشريك تجار في هيئتها ويرجع اهل الراي هذا الخيار الى عدة عوامل من اهمها نذكر .

1) خضوع المعاملات التجارية للقواعد العرفية وهي من مصادر القانون التجاري بقوة القانون (7) واهل المهنة من التجار ادرى بوجودها ومضمونها .

2) تقنية المعاملة التجارية تتطلب معرفة خاصة ودراية فنية بدواليبها مما يستدعي تشريك اهل المهنة في فض النزاعات متعلقها بما فيه الصلاح وتحقيق المنفعة الجماعية .

3) انبناء السياسة التشريعية الحالية على التشجيع على التصالح واعتماد قواعد العدل والانصاف في تسوية النزاعات بين التجار دون القواعد القانونية لما تحققه من مزايا تتمثل في الحد من تكاليف النزاع وسرعة في فصله بما يؤمن استقرار المعاملات التجارية ويسهم في النهوض بالنشاط الاقتصادي ، والتجار بحكم صلتهم المهنية هم الاقدر على فهم نفسية التجار ومشاكلهم والانسب لايقاع الصلح بينهم .

10–لكننا نعتقد في الحقيقة ان هذه الحجج ليست جد مقنعة ومقوضاتها اقوى من مقوماتها .

1) فالقواعد العرفية بصدد التلاشي امام سياسة التقنين المنتهجة حاليا تحت راية النظام العام الاقتصادي ولتدخل الدولة في السياسة الاقتصادية توجيها وحماية الى حد جعل رجال الفقه يتحدثون عن تقلص حرية الارادة وافولها في المعاملات الاقتصادية (8) والمعلوم ان العرف والمادة لا يقومان بتواجد نص صريح (9).

---

(5) –مصطفى كمال طه " القانون التجاري " مقدمة الاعمال التجارية والتجار الشركات التجارية والملكية التجارية والصناعية –منشأة المعارف بالاسكندرية ص 9
V.A Jauffret " manuel de droit commercial 32 e ech LGDJ Delta p 5 a16.

(6) – القاضي عبد الرؤوف بن الشيخ " اختصاص الدوائر التجارية " م ق ت حانفي 1998
- القاضي ماجدة بن جعفر "تنظيم واختصاص الدوائر التجارية " محاضرة القيت في اطار دورة دراسية بالمعهد الاعلى للقضاء يوم 2003/12/4

(7) – الفصل 3 م ت .
الفصل 597 م ت .

(8) -Jaques Ghestin : Traite de droit civil La formation du contrat –3e Edition p 175 et 43

(9) – الفصل 543 م ا ع .

ومن جهة اخرى فان الاحتجاج بالقواعد العرفية يتطلب اثباتها وهذا محمول على المستند اليـــها (10) لا على التجار من أعضاء الدائرة الذين باتوا مقيدين بمبدا حياد القاضي بحكم انتمائهم الى هيئتها . امـــا بالنســبة للقواعد العرفية الامرة فان معرفتها لا يحتاج فيه اللجوء الى التجار بما ان القانون ذاته من يرجع اليها ومثل ذلك ما نص عليه الفصل 145 سادسا من مجلة التجارة البحرية من عرف نقص الطريق المعفى من الضمان المحمـــول على الناقل البحري.

اما تحديد كنه العرف فاننا لا نعتقد ان اعضاء الدائرة التجارية من تجار قادرون عليـــه اذ انهـــــم لا يمثلون في كل الاحوال صنف المهنة التي ينتمي اليها طرف النزاع المستند الى العرف ويمكن للمحكمة اللجـــوء في ذلك الى اهل الخبرة من ميدان النزاع .

2 – ان فض النزاعات التجارية لا يستدعي معرفة لتقنية المعاملة موضوعها بقدر ما يستدعى معرفة تقنية القانون التجاري الذي يحكم المعاملة بتفسيره التفسير الصحيح حسب ارادة المشـــرع التي تصطبغ في الغالب بنظرة اقتصادية وهذه التقنية لا يملك معرفتها التجار اذ ان انتدابهم لا يقوم على اساس مؤهلاتهـــم العلمية في الاقتصاد او في القانون بل على تجربتهم المهنية (11) .

3 – ايقاع الصلح لا يتطلب معرفة بالبيئة التجارية بقدر ما يتطلب ملكة وحدس في معرفـــة نفســية الأشخاص وهذه تتكون في القاضي بحكم ممارسته اليومية للناس في فترة خلافاتهم وما ادل على ذلك من ان المشـــرع اوكل تقدير قابلية النزاع للصلح من عدمه للقاضي دون بقية اعضاء الدائرة من تجار اضافة الى انه جعل تعهيد العضو التاجر بمحاولة الصلح امر جوازي للمحكمة يعود اليها تقدير مدى نجاعته من عدمها .

ومن جهة اخرى فان الدور الرئيسي في الحكم على اساس قاعدة العدل والانصاف يعود للهيئة القضائيـــة وان كان للتاجر المستشار قول فهو لا يعدو ان يكون استشاريا ضف الى هذا ان فض النزاعات على هذه الشاكلة لم يجد تجاوبا من قبل متقاضي الدوائر التجارية اذ لم نظفر رغم الجهد الذي بذلناه ولا على حكم واحد صدر علـــى هـــذا النحو ولعل ذلك يعود حسب اعتقادنا الى ان قاعدة العدل والانصاف هي احادية المصلحة بما انها لا تخدم الا الدائـــن المهمل الذي تخلف عن تحصين حقوقه على النحو المقتضى قانونا فيسعى برغبته في تحكيم قواعد العدل والانصـــاف الى تحقيق العدالة باظهار الحقيقة الواقعية اكثر منها الحقيقة القانونية لكن وبما ان الاحتكام الى هذه القواعد لا يكـــون الا باتفاق طرفي النزاع فان هذه الالية بقيت حبرا على ورق و لم تخرج الى واقع القضايا.

---

(10) – الفصل 544 م ا ع .

(11) – مداولات مجلس النواب عدد 36 جلسة يوم الثلاثاء 25 افريل 1995 الفصل 40 من قانون عدد 43 لسنة 95 ا مؤرخ في 2 / / 1995 المتعلـــق بتنقيح واتمام الفصل 40 م م م ت

–امر عدد 88 لسنة 1996 المؤرخ في 24 جانفي 1996 متعلق بضبط شروط تراتيب تعيين الاعضاء التجار بالدوائر التجارية بالمحاكم الابتدائية

–القاضي الطيب اللومي " القضاء التجاري في تونس" م ق ت جويلية 1996 ص 9 .

11– وفي كل الاحوال فاننا ندعو الى فتح النقاش على هذا المستوى بعد تجربة عمل الدوائر التجارية لفترة ناهزت التسع سنوات حول الدور الايجابي او الاضافة التي يمكن ان تكون حصلت من اعتماد هيكلة مزدوجة مع التاكيد ان تشكيكنا في جدوى هذه الهيكلة ليس خاص بقضاءنا ولا ببنتنا فعديد البلدان قد طرحت هذه المسالة سواء تلك التي ترسخت هذه الهيكلة في عاداتها مثل فرنسا والتي تبحث حاليا في اصلاح هذه المؤسسة .

القضائية رغم سعي اعضائها الى التسلح بالعلوم المعرفية اذ انهم يخضعون الى التكوين المستمر والرسلكة و عدد منهم يؤم بطيب خاطر الجامعات للحصول على شهادات عليا في التجارة كما ان عدد اخر من البلدان الاوروبية قد اختار الاستغناء عن الدوائر التجارية المعتمدة في تركيبتها على غير القضاة مثل انقلترا او استغنى مطلقا عن المحاكم التجارية مثل اسبانيا سنة 1868 وايطاليا منذ سنة 1888و بلدان اخرى مثل سويسرا والولايات المتحدة لم تعرف مطلقا مثل هذه المؤسسة القضائية (12).

12– جانب اخر لفت انتباهنا بالنسبة لهذه الدوائر فاحداثها كان لتامين متطلبات البيئة الاقتصادية التي تقوم على سرعة المعاملات واستقرارها وهذا ما يقتضي افراد النزاعات متعلقها باجراءات تقاضي تؤمن ذلك ، الا ان المشرع لم يتدخل على هذا المستوى وابقى اجراءات التقاضي لديها خاضعة لنفس اجراءات النزاعات المدنية فلا تبسيط بشانها ولا اختصار في اجالها.

13– ضف الى ذلك ان عدم تخصيص الدوائر التجارية بتنظيم اداري محكم ومستقل من شانه ان يدخل بعض الارباك العملي على اجراءات التقاضي لديها سيما ان ولاية نظر هذه المحاكم هي ذات طابع مسند واقصائي بحيث ان النزاعات المرفوعة امامها والتي ليست من اختصاصها تجابه بالرفض شكلا والامر وخيم اذا كانت المسالة تتعلق باستئناف احكام قضاة النواحي اذ ان الحق في التقاضي ينبني على درجتين يهدر وان رات بعض المحاكم انه ليس للدائرة التجارية اختصاص اقصائي وانها مجرد تقسيم اداري داخلي (13) –فالفصل 72 م م م ت ينص على ان عريضة الدعوى يقدمها المحامي الى كتابة المحكمة ويتولى كاتب المحكمة تقييد القضية بالدفتر المخصص لها والفصل 70 م م م ت لم يورد صلب التنصيصات الوجوبية التي تتضمنها عريضة الدعوى تحديد الدائرة المعروض على انظارها النزاع بما ان النزاع يعرض على المحكمة الابتدائية التي تتوفر بها كتابة موحدة (14) خاصة وان تحديد الدعوى

---

(12)-. G. Ripert/ R.Roclot –Traite de droit commercial T1 V.1 page 303

(13) -قرار استئناف تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة تحت عدد 598 بتاريخ 2003/5/13 (غير منشور)

(14) – الاستاذ ناجي البكوش "الدوائر التجارية الاشكاليات الدستورية والقانونية " دراسات قانونية 1997 عدد 5 كلية الحقوق بصفاقس ص 32 .

التجارية رجوعا الى العمل سندها والذي يحدد اختصاص الدائرة التجارية ابتدائيا بهيئتها الخماسية او استئنافيا عند نظرها كمحكمة درجة ثانية (15) لازالت تطغى عليه الضبابية لدى المحاكم (16)

فهذه محكمة الاستئناف بصفاقس قد نقضت قرارا صادرا عن الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية بصفاقس لعدم الاختصاص الحكمي اذ ان الدعوى كانت مؤسسة على عقد كفالة لم يكن عملا تجاريا لا اصالة ولا بالتبعية رغم انها في قضية مماثلة اعتبرت المحكمة التجارية مختصة بعدم اثارتها لمسالة الاختصاص الحكمي رغم انها من النظام العام (17) .

14– وعلى كل الاحوال فان المعتقد لدينا راسخ انه رغم الملحوظات التي سقناها في شان هيكلة هذه المؤسسة القضائية واجراءات التقاضي لديها فان ذلك لا يقلل من ادائها لدور اقتصادي غير مشكوك فيه وان كنا نطمح الى عطاء انجع بإحكام هيكلتها وتنظيم اجراءات التقاضي امامها .

ب–ولاية نظر ذات بعد اقتصادي

15– اسلفنا القول ان النزاعات التي لولاية نظر الدوائر التجارية هي خاصة من حيث اطرافها وموضوعها اذ انها تتعلق بطائفة معينة من الاشخاص هم التجار وبصنف معين من الاعمال هي الاعمال التجارية .

وفي هذا التذكير تاكيد على اهمية القواعد التي تحكم المعاملات بين اشخاص هذه الطائفة مما يجعل في حسن تطبيقها من قبل الدوائر التجارية لا محالة نفع للاقتصاد التونسي .

16 – فالمعاملة التجارية ترد على منقولات معرضة لتقلبات الاسعار او قابلة للتلف تتطلب السرعة في ابرامها (18) وسرعة في فض النزاعات بشانها حرصا على استقرار الاوضاع الاقتصادية سيما في عصر تحكمه حرية المنافسة وتميزه التقنيات الحديثة التي اخرجت المعاملة من اطارها المباشر الى التعامل عن بعد في الاقتصاد والخدمات .

"كما ان المعاملة التجارية تتم في الغالب باجل والتاجر والصناعي يلجؤون الى الاقتراض بغرض الانتاج والتوزيع أي لتمويل استثماراتهم لذا كان دعم الثقة والائتمان من اهم مقومات التجارة (18 مكرر) اذ لا يخفى ما يمكن ان ينجر عن التخلف عن الوفاء بالديون عند حلول آجالها من اضطرابات في المعاملات يستتبعه احيانا عجز سلسلة الدائنين عن اداء الديون يمكن ان تؤدي الى اقصائهم من الدورة الاقتصادية ضف الى ذلك ما يمكن ان يترتب عن انعدام الضمانات في اداء الديون من عزوف التجار عن منح الائتمان لمن يطلبه وما لذلك من اثر سلبي على الانتاج والتوزيع اذا شحت وسائل الاستثمار .

---

(15)– ماجدة بن جعفر "تنظيم واختصاص الدوائر التجارية ".

(16) –قرار استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 1054 بتاريخ 2000/12/18 (غير منشور).

(17) –قرار استئنافي تجاري عدد 2603/2002 بتاريخ 2002/7/15 صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس (غير منشور).

(18) و (18 مكرر) الدكتور مصطفى كمال طه " **القانون التجاري** " ص 9 و 10 مرجع سابق الذكر.

17–فكانت قاعدة حرية الاثبات المقررة لتامين عامل السرعة في المعاملات التجارية من القواعد التي تعاملت معها المحاكم بكل امانة حيث لم يخل التذكير بها في العديد من الاحكام (19) .

رغم بعض الافراط احيانا في تطبيق هذه القاعدة ليونه (20) وتشددا (21) .

18– ومن القواعد المؤمنة للسرعة التي كانت المحاكم التجارية حريصة على تطبيقها تلك المتعلقة بالاجال المسقطة في بعض المعاملات الخصوصية التي اوردها المشرع في آماد مختصرة بغاية حث التجار على تطهير وضعياتهم القانونية المتنازع بشانها حرصا على استقرار الاوضاع الاقتصادية مثل اجل سقوط الدعاوى المرفوعة من الدائنين على الشركات والمقررة بثلاث سنوات (الفصول 55 و 100 و 104 من مجلة الشركات التجارية) وكذلك اجل سقوط الدعاوى الناشئة عن عقود نقل الاشخاص المحدد ايضا بثلاث سنوات اما بالنسبة للمعاملات التجارية العادية فقد استقر فقه القضاء على اعتبارها خاضعة في سقوطها للامد الطويل (15 عاما) لاعتبارات دعم الثقة بين التجار (21مكرر) .

19– وتتحقق السرعة في المعاملات التجارية من خلال قابلية الحقوق التجارية للتداول في صكوك بمجرد التسليم اذا كانت للحامل او بتظهيرها اذا كانت ذاتية وميزة هذا الاجراء تكمن في تلاؤمه ومتطلبات الحياة الاقتصادية التي تقتضي المرونة والسهولة في تداول الحقوق والثروات وتضمن الى حد ما تمويل الاستثمارات وهذا الاجراء يوفر النجاعة القانونية من حيث ان الاحالة تطهر السند مما يمكن ان يشوبه من اخلالات من جهة العلاقات الشخصية التي تربط بين اطرافه ذلك ان الحقوق موضوع هذه السندات تكون مندمجة في السند ذاته ولا يشتمل غيرها فلا يمكن للمدين ان يعارض المحال له بما كان له ان يعارض به المحيل (22) وهو ما

---

(19)– حكم تجاري صادر عن ا بتدائية تونس تحت عدد 9326 بتاريخ 2002/3/16 (غير منشور) اعتبرت بمقتضاه المحكمة الفواتير الممضاة من قبل الشركة المدينة والمختومة بختمها دون أي احتراز فواتير مقبولة ومثبتة للدين على معنى الفصل 598 م ت .

–حكم تجاري صادر عن ابتدائية بنعروس بتاريخ 2003/1/2 تحت عدد 1030 (غير منشور) اعتمدت المحكمة في قضائها على مجموعة من القرائن المتظافرة لاعتبار الدين ثابت على معنى الفصل 598 م ت بفقرته الاخيرة .

(20)–قرار تعقيبي عدد2916 مورخ في 1996/2/6 م ق ت 19969 ص 8 وما يليه ا – نقضت محكمة التعقيب الحكم التجاري الذي اعتمد دفاتر تاجر كحجة لفائدته رغم عدم مسكها حسب التراتيب المقتضاة .

(21)–تعتبر محكمة التعقيب ان اثبات قيمة الاضرار الحاصلة بالبضائع المنقولة بحرا لا يقبل اذا لم يتم تقديرها بواسطة مراقب الخسائر البحرية وذلك في العلاقة بين المرسل والمرسل اليه . –قرار تعقيبي عدد 11082 بتاريخ 2001/12/29

–قرار تعقيبي عدد 13533 بتاريخ 2002/3/27

–قرار تعقيبي عدد 6012 بتاريخ 2002/11/16

كل هذه القرارات نقضت احكام استئنافية اعتبرت امكانية اثبات قيمة الاضرار البحرية باية وسيلة اثبات مقنعة بجدية الضرر المطلوب .

(21) مكرر –حكم تجاري صادر عن محكمة سوسة تحت عدد 2730 بتاريخ 2000/12/5

–حكم تجاري صادر عن ابتدائية تونس في 16 مارس 2002 تحت عدد 9326 .

(22)–الفصول 340 و 341 م ت .

يدعم ايضا الائتمان بتقوية ثقة الدائنين في امكانية استخلاص ديونهم دون اشكالات (23) .

20– ومن مظاهر دعم الائتمان ما اقره المشرع من قاعدة التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية وكذلك ما اقره من مبدا المساواة بين الدائنين في استخلاص ديونهم في اطار الاجراءات الجماعية الذي عرف بعض الاستثناءات في اطار نظام انقاذ المؤسسات (الجزء الثاني من المداخلة).

21 –بيد ان قواعد مقومات البيئة التجارية هذه التي انطلقت على اساس حرية التعاقد والتي تمظهرت في بدايتها بانعدام الشكليات شانها او احتشامها احيانا قد اقتضت مسايرة للتطورات الاقتصادية الجديدة ومتطلباتها تنظيما محكما وتدخلا مستمرا من المشرع توجيها وحماية بما اعطى للقضاء التجاري دو ا اقتصاديا باتم معنى الكلمة اذ باتت مهمته تتجاوز فصل النزاعات بين المتقاضين استنادا الى ارادتهم الى دور الساهر على تطبيق سياسة الدولة الاقتصادية التي تترجمها النصوص الامرة التي تقيده او من خلال الصلوحيات الموسعة الموكولة اليه في تطبيق هذه السياسة .

22– صحيح ان الارادة تبقى هي اساس المعاملات لكن هذه الارادة باتت حاليا في أغلب مظاهرها رهينة شكل لصحة المعاملة موضوعها او لترتب بعض اثارها وعلى راي العميد كربونيي D .Carbonier فان التزام المتعاقدين بهذه الشكليات هو ضرورة لنجاعة المعاملة بينهم اكثر منه ضرورة لصحتها (24).

23– فالشكلية في المعاملة التجارية تؤمن السرعة وتدعم الائتمان تحت ضمانات قانونية فالشيكات والاوراق التجارية وغيرها من تقنيات الاقتراض المستحدثة (25) تخضع لشكليات صارمة الا انها في المقابل تضمن حقوق المتعاملين بها وتدعم ثقتهم في التعامل على اساسها بما ييسر تداول الثروات ويوفر ادوات الاستثمار والانتاج دون تاخير .

24–والشكليات الواردة على بعض العقود فيها حماية ايضا لارادة الطرفين التي تظهر بجلاء من خلال الكتائب بما تتضمنه من تنصيصات وجوبية شان المعاملة "اطرافها وموضوعها وتاريخها واجل الاداء ومكانه

---

(23)-لمسنا في عدد من الاحكام الصادرة عن الدوائر التجارية خلطا بين مفهومي المؤونة ووصول القيمة في الكمبيالة وفي وضعية المتعاملين بها اخرج هذه الوثيقة عن نظامها الصحيح والملزم فاعدم قيمتها كسند تجاري واهدر الغاية منها وذلك لما اعتبرت البضاعة المتوصل بها ساحب الكمبيالة على نفسه مؤونة وحملت عبء اثبات وجودها او عدم تعيبها على المستفيد من الكمبيالة معتبرة اياه ساحبها وقد عللت هذه المحاكم قضاءها استنادا الى احكام والفصل 275 م ت بفقرته الاخيرة المتعلق باثبات المؤونة في العلاقات بين الساحب والمسحوب عليه .

(24)-Le formalisme designe toutes les exigences de forme aux quelles les parties sont dans la necessite pratique de se soumettre pour assurer au contrat son efficacité et non pas seulement sa validite .

مقولة أوردها الأستاذ Jaques Ghestin

Traite de droit Civil : La formation du Contrat page 337

(25)-خرقت المحاكم في عديد من احكامها شرط ورود عقد الايجار المالي كتابيا انظر " الايجار المالي في فقه القضاء التونسي" القاضي السيد عامر بوروو ملتقى الايجار المالي تقنية متطورة واشكاليات مستحدثة نزل ، افريكا يوم 21 جوان 2003 المعهد الاعلى للقضاء ومحكمة الاستئناف بتونس

وطريقته وتحديد لطبيعة المعاملة ذاتها " بما يغني عن تاويلات العقود الغامضة بحثا عن ارادة الاطراف وهـــذه الشكليات نجدها خاصة في العقود الهامة مثل عقود تكوين الشركات ، وعقود الرهن ، والاقتراض والسـندات التجارية .

25– وفي الشكلية ايضا ضمانة للغير اذ ان اشتراط تحرير بعض العقود الهامة من طرف سـلك مختـص ووجوبية اشهارها يدعم صحة مضمونها ويحمي الدائنين وكل راغب في التعامل على موضوع هذه العقود مـن المفاجآة غير السارة بشانها ويخول لاصحابها معارضة الغير بالحقوق المكتسبة على اساسها هذا الغير الـذي يتعاقد في الغالب على اساس الظاهر من الامور .

26–ولعل اهمّ منشد في اشتراط الشكلية في عدد من المعاملات الهامة هو حماية النظا العام الاقتصـادي بتحقيق الجدوى من هذه المعاملات فتدخل السلط لتوجيه ارادة الاطراف نحو شكل معين من العقـود فيـه تخطيط وتنظيم للاقتصاد ، ومن ذلك توجيه نشاط انواع معينة من الشركات نحو غايات محددة كتخصيـص الشركات الخفية الاسم للمشروعات الكبرى "شركات تامين وبنوك ومؤسسات قرض وبقية المؤسسات المالية ..." والشركات المحدودة المسؤولية للمشروعات الصغرى (26) .

وهذا متأت من اهتمام الدولة بالانتاج وتداول الثروات الذي يقتضي الوسائل الانجع لتحقيقها وايضـا لحماية الدائنين الذين يسهمون في الاستثمار .

27–ومعاضدة المؤسسة القضائية للدولة في تطبيق سياستها الاقتصادية لا يقتصر على حسـن تطبيقـها للقاعدة الامرة ففي الصلوحيات الموكولة اليها من الدلالة ما يكفي للجزم بان القضاء قد خـرج عـن دوره التقليدي المقتصر على فصل النزاعات بين المتعاقدين لاداء دور اقتصادي هو من مهامـه المتمثلة في تحقيـق العدالة لكن بمدلول اشمل والحديث هنا عن تامين عدالة جماعية اكثر منها عدالة فردية .

28–فالنزاعات التجارية في ظاهرها ذات مصلحة شخصية والتقاضي في شانها تحكمه صفة ومصلحـة القيام ومبدا تقيد القاضي بالدعوى التي هي ملك اطرافها دون غيرهم واصل مرجعه في الحكم فيها اتفاقـاتهم المبنية على ارادتهم المطلقة الا ان خصوصية هذه النزاعات واثرها على المجموعة قد اسقط جانب مـن هـذه المبادىء في اغلب مظاهرها بعنوان المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية .

29–فنظر المحكمة في الدعوى يتحرر من قيد المبدا القائل بانها ملك لاطرافها في عدد من الاحوال باجازة من المشرع ومن ذلك ان المكانة المتميزة التي يوليها المشرع للمؤسسة باعتبارها الخليـة الاساسـية للحيـاة الاقتصادية جعلته حريصا على حمايتها طالما انه بمكانها اداء دورها الاقتصادي والاجتماعي لذا اقـر امكانيـة تصحيح الاخلالات التي شابت اجراءات تكوينها والتي يترتب عنها مبدئيا بطلانها حتى بسعي مـن المحكمـة المقيدة بالنظر في دعوى بطلان الشركة المرفوعة امامها والتي لها تعليق نظرها في هذه الدعوى وتعيين اجل

---

(26)- الفصل 94 من مجلة الشركات التجارية .

لتلافي هذا البطلان (27) والحكم نفسه مقرر في دعاوى بطلان القرارت المتخذة من الجلسة العامة في الشركات الخفية الاسم والمخالفة للعقد التاسيسي او المضرة بمصالح الشركاء او المتخذة لفائدة بعض المساهمين او احدهم او لمصلحة الغير (28).

30– ومن جانب اخر فان المبدأ الذي انبنت عليها النظرية العامة للالتزامات والعقود والقائل بالقوة الملزمة للعقود قد شهد بدوره تراجعا في المجال التجاري وبات من صلوحيات المحكمة ان تلغي العقد بأكمله او بعض من بنوده استنادا الى مرجع قاعدي عام او نص خاص صريح مثل ذلك اذا كان موضوع العقد على شيء او عمل غير ممكن من حيث طبيعته او من حيث القانون (29) او كان الالتزام مبني على سبب مخالف للقانون او للنظام العام (30) كحصول اندماج شركات لغاية غير مشروعة مثل التهرب من الاداءات او لتحقيق احدى الغايات الممنوعة باحكام الفصول من 5 الى 8 من القانون المتعلق بالمنافسة والاسعار .

اما الصور المخصوصة بنص صريح فانها يمكن ان تتعلق بشرط اعفاء الوكيل من مسؤولية الخطا الذي يرتكبه اثناء مباشرته لوكالته والمتخذ من قبل الجلسة العامة للشركة المحدودة المسؤولية (31).

او الغاء شرط التبري من العهدة بالنسبة للبائع المدلس الذي تحيّل على المشتري في اخفاء العيوب عليه وكان سببا فيها (32) .

31– كما لمسنا من قضائنا التجاري احيانا تعاملا بنفس اقتصادي مع القاعدة العامة الواردة بها مجلة الالتزامات والعقود والناصة على امكانية تغيير طبيعة عقد باطل باحلال اخر محله ابقاء على المعاملة التجارية وذلك اعمالا لاحكام الفصل 329 م ا ع الناص على انه " اذا بطل الاتزام وكانت به من الشروط ما يصبح التزام اخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام ".

---

(27)– الفصل 107 م ش ت بالنسبة للشركات المحدودة المسؤولية.
الفصل 179 م ش ت يتعلق بالشركات خفية الاسم.
الفصل 425 م ش ت يتعلق باندماج الشركات .
(28) –الفصل 290 م ش تجارية .
(29)– الفصل 64 م ا ع .
(30)– الفصل 69 م ا ع .
(31) الفصل 119 م ش ت .
(32) الفصل 674 م ا ع – حكم تجاري صادر عن ابتدائية تونس تحت عدد 11626 بتاريخ 2003/11/8 .

32– وتدخل النيابة العمومية بوصفها ممثلة للحق العام في مثل هذه الدعاوى وارد اذا كان لها مساس بالنظام العام اذ لها ان تحضر بكل جلسة وان تطلع على القضايا التي ترى لزوم تداخلها فيها .

كما انه للمحكمة ان تقرر من جهتها تمكينها من الاطلاع على القضايا مع طلب ملحوظاتها فيها ان رات في ذلك فائدة وذلك عملا باحكام قاعدة الفصل 251 م م م ت .

الا ان ما تجدر ملاحظته ان الامر يبقى جوزاي بالنسبة اليها واختياري بالنسبة للمحكمة الذي يعود اليها تقدير المنفعة في عرض الملف على النيابة واخذ رايها في الموضوع .

ولعل هذه الصبغة الاختيارية اضافة الى كثافة العمل لدى المحاكم تجعل هذا النص مستبعد التطبيق بالنسبة لولاية نظر المحكمة التجاري المتعلقة بفصل النزاعات اما اذا كانت المسالة التي لنظرها تتعلق بانقاذ المؤسسات فان حضور النيابة العمومية في الهيئة وجوبيا ويترتب عن الاخلال به بطلان الحكم .

II – المحاكم التجارية وانقاذ المؤسسات .

33–تختلف ولاية نظر المحاكم التجارية عند نظرها في دعاوى انقاذ المؤسسات عن الاختصاص العادي للقضاء المتمثل في فصل النزاعات على حقوق احتكم اليها فيها اصحابها بقوة القانون ذلك ان نظرها في دعاوى انقاذ المؤسسات لا يقوم على منازعات حول حق شخص بل ينصب على معالجة اوضاع مؤسسات اقتصادية عليلة بقطع النظر عن حقوق اصحابها ومصالحهم في محاولة لانقاذها وارجاعها للدورة الاقتصادية بهدف المحافظة على النسيج الاقتصادي وعلى مواطن الشغل دون اهمال مصالح الدائنين وهو الهدف المعلن بالفصل الاول من قانون انقاذ المؤسسات الصادر تحت عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/4/17 والذي اعتمدته المحاكم التجارية كمعيار لتفسير احكام القانون المذكور وضابط لاستنباط الحلول الكفيلة لبقاء المؤسسة التي تمر بصعوبات ظرفية في غياب الحلول التشريعية الصريحة (33) .

34 –ويتضح للمتمعن في قانون انقاذ المؤسسات الاداة التشريعية الرئيسية لعمل ا لدوائر التجارية عند نظرها في دعاوى الانقاذ انه عبارة عن مخطط توجيهي لسياسة الدولة الرامية الى دعم النسيج الاقتصادي وتنميته بتلافي اندثار المؤسسات التي تمر بصعوبات ظرفية لما في ذلك من انعكاسات سلبية على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي للبلاد .

ففي اندثار المؤسسة لا محالة فقدان لخلية انتاج وتسويق يستتبعه فقدان لمواطن شغل راختلال في مستوى عيش المواطن كما انه في عدم اداء الديون زعزعة لثقة المستثمرين وانخرام في مقومات البيئة الاقتصادية التي تقوم على الائتمان .معادلة صعبة بين مختلف المصالح لكن مطلوب تحقيقها

---

(33) –حكم ابتدائي صادر عن ابتدائية قرمالية تحت عدد 19 بتاريخ 2000/11/13 .

35– لذا جاء قانون انقاذ المؤسسات متضمنا لاجراءات وقواعد تدعم هذه الاهداف حرص المشـــرع على احكامها بتدخله كلما اقتضت الضرورة ذلك في ضوء ما افرزته المعطيات الواقعيـــة مـــن اشـــكالات والتطبيقات القضائية من حلول وتدخل في مناسبتين متقاربتين نسبيا لتعديل القانون عدد 34 لسنة 1995 المـــؤرخ في 17 افريل 1995 الاولى بمقتـــضى قانـــون عدد 63 لسنـــة 1999 المـــؤرخ في 15 جويليـــة 1999 والثانية بمقتضى القانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003 وفي ذلك دلالة كافية علـــى قناعته بهذا التوجه واصرار على انجاحه (34) .

وقد اوكل الى المؤسسة القضائية مهمة تنفيذه في قيد مبدا "إنقاذ المؤسسة الاصل وتفليسها الاســـتثناء" وهو ما صرح به بالفصل 27 من القانون والمتضمن "... ان انعدمت امكانية التسوية تصرح المحكمة بتفليـــس المدين ..." وكذلك ضمن الفصل 54 جديد من التنقيح الاخير الوارد بما يلي " تســـبق اجـــراءات التســـوية القضائية بالنسبة للمؤسسات الخاضعة لهذا القانون وجوبا اجراءات التفليس ..."

36–وقد اتسمت احكام هذا القانون بالتوجيه والحماية في صبغة آمرة لمساسه بالنظام العام الاقتصـــادي وقد اوكل المشرع للمحاكم التجارية نفوذا ذو صبغة خاصة نوعا وطبيعة فهو من جهة نفوذ مقيـــد بقواعـــد اجرائية صارمة تقتضيها الاهداف التي يحميها هذا القانون (أ) ومن اخرى هو نفوذ موسع نسبيا (ب) تقتضيـــه ملاءمة حلول الانقاذ ووضعية كل مؤسسة بحسب طبيعتها القانونية وموجب الصعوبات الـــــتي تجابهها ومواقف دائنيها وهي مسائل تقديرية ذات صبغة اقتصادية وتقنية تخرج العمل القضائي عن ادائـــه التقليدي المتمثل في تقدير الواقعة القانونية وانزال القاعدة القانونية المناسبة عليها الى تقدير الوضع الاقتصـــادي للمؤسسة لانزال الحل المناسب عليها بغاية انقاذها.

أ–الموجبات الاجرائية تامين لسلامة الاداء الاقتصادي

37– لا يخفي ما لعامل السرعة في فصل القضايا المتعلقة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية من اهمية في انجاح المنشد من هذا الاجراء الذي هو انقاذ المؤسسة قبل استفحال وضعها الاقتصادي الصعب وزيـــادة تازمه بما يمكن ان ينجز عنه تعذر انقاذها فتؤول الى التفليس واخراجها من الدائرة الاقتصادية لذا حرص المشرع على التقليص من الاجال بتحديدها في اقلها عمليا (35) او باختصارها بالنسبة لما كـــان عليـــه العمل في ظل القانون القديم قبل تنقيحه في 2003/12/29 ومثل ذلك وان كان الامر ليس في جانب المرحلـــة التي تتعهد فيها الدائرة التجارية والتي هي موضوع بحثنا استغناء المشرع مراعاة لمقتضى السرعة واحكاما

---

(34) – الى موفى سنة 2003 امكن بفعل قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية انقاذ 719 مؤسسة من مجمـــوع 1574 مـــرت بصعوبات اقتصادية (نسبة 47 % من المؤسسات والمحافظة على 66 % من مواطن الشغل وتسديد 72 % من الديون البنكية المسجّلة – المرجـــع جريدة الحرية عدد 5073 بتاريخ 2004/4/30 .

(35) – انظر مقالة راضية منتصر " الاجال في قانون انقاذ المؤسسات الاقتصادية " م ق ت عدد 7 جويلية 2002 ص 97 وما يليها.

للمراحل التي تمر بها اجراءات الانقاذ عن الفترة التمهيدية التي كانت تستغرق فاصلا زمنيا لا باس بـــه دونما فائدة بما ان وظيفتها يمكن ان تتكرر في فترة المراقبة التي تتم بعد تعهد الدائرة التجارية بالملف ولذا قانـــه من الضروري على المحكمة ان تلتزم بهذه الاجال وتلزم بها كامل الاطراف المعنية المتعهدة ببرنامج الانقاذ .

38– والى جانب هذا العامل الاجرائي الهام فان نجاعة قضاء الدائرة التجارية يكون في اصدارها لاحكام ناجزة حصينة ضد التصريح ببطلانها لدى جهة نظر الطعن وذلك بمراعاتها لاجراءات التقاضي من جهة صفـة المؤسسة ومدى انتفاعها بقانون انقاذ المؤسسات ومن جهة منطوق الحكم وما يجب ان يتضمنه من بيانـــات وجوبية وضرورية ومن اجراءات اشهار للحكم وللقرارات التي تتخذها والخاضعة لهذا الواجب مـــع تعليـــل احكامها بما يكسبها قوة تستمد من قرينة حسن الاجتهاد والتفسير .

39– فقانون انقاذ المؤسسات من النظام العام الامر الذي لم تتوان عن التذكير به محاكمنا (36) واحـترام اجراءاته ضروري لصحة الحكم لذا وجب على المحكمة اولا التحقق ان كانت المؤسسة بحكم نشـ اطها ممـــن تخضع لهذا القانون (37) كالتثبت ايضا رغم توافر هذه الصفة لديها ان لم يقع حرمانها من الانتفاع بهذا الاجراء جزاء اخلالها بضوابط العمل التجاري الذي يقتضي الشفافية التي هي من مقومات دعـــم الثقـــة والائتمـــان ويخضعها لواجب التسجيل اذ ان غير المرسم بالسجل التجاري من الذوات الطبيعية لا يمكن ان ينتفع بمزايـــا الانقاذ ولكنه يكون عرضة للتفليس (38).

اما اذا كان ذات معنوية فان صفة التقاضي هي التي تنعدم عنده اصلا بما انه لا يكسب الشخصية المعنوية الا بموجب الترسيم بالسجل التجاري (39) .

40– كما يحرم من الانتفاع بمزايا قانون انقاذ المؤسسات غير الخاضع للضريبة حسب النظام الحقيقـــي ما لم يكن معفى قانونا من ذلك لما في الالتزام بهذا النظام من قرينة على حقيقة وضع المؤسســـة الاقتصاديـــة وذلك اعمالا للمبدا القائل بان " المادة القانونية تنطبق على الواقع الحقيقي لا على الحالات الظاهريـــة الـــتي يصطنعها الاشخاص "(40) والمؤسسة غير الملتزمة هي في حكم معدومة الحجة على حقيقة واقعها الاقتصادي. كما ان المنطق القانوني يقتضي انه ليس لاحد ان يطالب بحق طالما لم يؤد ما عليه من التزامات سيما تلك الـــتي له تجاه الدولة .

---

(36) – قرار تعقيبي عدد 60042 صادر في 1997/12/14 : رضوان بالعائبة .

(37)– الفصل 3 من قانون عدد 39 لسنة 1995 المورخ في 1995/4/17 المتعلق بانقاذ المؤسسات والمنقح بمقتضى قانون عدد 79 لسنة 2003 المورخ في 2003/12/29 " ينتفع بهذا النظام كل شخص طبيعي او معنوي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطا تجاريا او صناعيا او حرفيا كما تنتفع بهذا النظام الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا او نشاطا في ميدان الصيد البحري .

(38)– الفصل 61 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المورخ في 2 ماي 1995 والمتعلق بقانون السجل التجاري .

(39) – قرار استئنافي عدد 8004 صادر بتاريخ 2003/7/2 عن محكمة الاستئناف بمدنين (غير منشور).

(40)–"قاضي الجباية ومبدا حرية تيسير المؤسسات الاقتصادية –احمد الورفلي م ق ت ديسمبر 1999 ص 63 .

والخضوع لنظام الضريبة يجعل المعلومة بشان وضع المؤسسة الاقتصادي تنساب للهياكل المعنية بواجب الاشعار مما يسمح بتلافي تدهورها وانقاذها بمجرد بوادر الصعوبات لديها كما يجعل تقصي المعلومة بشانها من قبل القاضي المراقب والدائرة التجارية يسيرا ولا غبار عليه على الاقل من الناحية القانونية ويكون بذلك انتفاعها بنظام التسوية القضائية مبني على قرينة صحة توقفها عن الدفع .

41– والتوقف عن الدفع هو شرط اساسي للانتفاع بالتسوية القضائية " وعلى المحكمة ان تقضي برفض المطلب كلما تبين لها ان المؤسسة لم تتوقف عن الدفع "(41) وقد اسال تحديد مفهوم هذا الشرط حبرا كثيرا وتارجح فقه القضاء حول تعريفه (42) بين اعتباره وضعية المؤسسة الميؤوس منها او بانه وضعية افلاس المؤسسة ليستقر في النهاية ويجمع على التعريف الذي تبناه منه المشرع ضمن الفصل 18 جديد من قانون عدد 79 لسنة 2003 المنقح لقانون انقاذ المؤسسات لسنة 1995 والذي جاء به " وتعد متوقفة عن الدفع على معنى هذا القانون على وجه الخصوص كل مؤسسة تكون غير قادرة على مجابهة الديون التي حل اجلها بما هو موجود لديها من سيولة ومن موجودات قابلة للتصرف على المدى القصير"(43) وفي وضع المشرع تعريف لمفهوم التوقف عن الدفع فائدة للعمل القضائي بما فيه من مرجعية تشريعية ملزمة للقضاة توحد الراي وتحصن ضد الاجتهادات التي يمكن ان يكون ضررها بالمؤسسة الاقتصادية اكثر من نفعها . بيد انه يلحظ من نص الفصل 18 جديد ان المشرع لم يغلق باب الاجتهادات في هذه المسالة بما اورده من عبارة "بالخصوص " في تعريفه للتوقف عن الدفع بمعنى ان وجود معايير اخرى وارد لتحديد هذا المفهوم وتبقى المسالة بيد القضاء مجددا .

42– ويكرر الفصل 54 جديد من تنقيح 29 ديسمبر 2003 شرطا جديدا للانتفاع باجراءات التسوية القضائية تطبيقا للفصل 3 من نفس القانون وهو عدم توقف المؤسسة نهائيا عن النشاط لمدة لا تقل عن عام .

43– وباستيفاء الصفة وانعدام عوارض الانتفاع بنظام التسوية القضائية تصدر الدائرة التجارية حكمها في المطلب الذي علاوة على ما يجب ان يتضمنه كل حكم من تنصيصات وجوبية جاء بها الفصل 123 م م م ت يتضمن :

1– تحديد فترة التوقف عن الدفع والتي وان كانت من التنصيصات الهامة لما فيها من حماية للدائنين الا انها ليست من الوجوبية بما يترتب على اغفالها بطلان الحكم اذ ان المشرع اقر انه في حالة عدم تحديد المحكمة في حكمها لتاريخ التوقف عن الدفع يعتمد تاريخ ايداع مطلب التسوية القضائية .

---

(41)- الفصل 38 فقرة ثانية من قانون 79 لسنة 2003 المورخ في 2003/12/29 المعدل لقانون انقاذ المؤسسات لسنة 1995 .

(42) – قرار تعقيبي عدد 99.71108 بتاريخ 1999/5/26 المجة القانونية التونسية 1999 مركز النشر الجامعي ص 299 وما يليه تعليق الاستاذ حمادي الرايس .

(43)- حكم تجاري عن ابتدائية تونس عدد 36 بتاريخ 1997/7/3 (غير منشور) حكم تجاري صادر عن ابتدائية تونس في 1997/10/30 تحت عدد 47 (غير منشور) .

2- تعيين مراقب اومراقبين لتنفيذ برنامج الانقاذ يمكن ان يكونوا من المتصرفين القضائيين او ممثلا للدائنين .

3-في صورة الحكم بكراء المؤسسة او اعطاؤها للغير في اطار وكالة حرة يجب ان يتضمن القرار القاضي بالمصادقة على برنامج الانقاذ المعيّن الافتتاحي للكراء او للوكالة الحرة الذي يقع تقديره من قبل خبير مختص كما ينص به على مدة الكراء (44) .

44-وبما ان هذا الحكم هو منشىء لوضعية قانونية جديدة بالنسبة للمؤسسة ويمكن ان يحد من صلوحيات اصحابها ومسيريها فانه لزاما حماية للغير ان يتم اشهاره بمجرد صدوره وذلك بترسيمه بالسجل التجاري وبنشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية (45) كما يتم ترسيم جميع القرارات الصادرة باسناد تسيير المؤسسة الى المتصرف القضائي او بوجوب امضائه مع المدين بالسجل التجاري (46) اما قرارات التحجير على مسير المؤسسة باتيان عمليات تفويت او تصرف او رهن في اسهمه او حصصه فانه علاوة على ترسيمها بالسجل التجاري يتم التنصيص عليها لدى هيئة السوق المالية وبرسوم الملكية العقارية بالنسبة للعقارات المسجلة .

45- ومع الالتزام بكل هذه الاجراءات يجب على الدائرة التجارية ان تصدر حكما معللا تمظهر ضمنه قيامها بما عليها من واجب تدقيق البحث والامعان لان التعليل هو كالعذر فيما ترتأيه من حكم تبرز فيه سلامة قضاءها باحترامها للاجراءات واحترام حق الدفاع وتطبيقها للقانون تطبيقا سليما مع حسن الاجتهاد والتفسير وتعليل الاحكام هو الواجهة المبرزة لكل هذه الامور والمرآة العاكسة لمجهود القاضي في واجب قول الحق بامانة ونزاهة وكفاءة بما يحقق العدالة للجميع .

ب- نفوذ الدائرة التجارية من حيث فصلها لاصل الدعوى .

46- تتعهد الدائرة التجارية بموجب احالة القاضي المراقب الذي يكون قد هيا الملف بمساعدة اطراف ذات اختصاص في المجال الاقتصادي هم المتصرف القضائي (47) الذي يتولى اعداد برنامج الانقاذ في اجل ثلاثة اشهر قابلة للتمديد من قبل رئيس المحكمة الذي له ان راي في ذلك فائدة تعيين خبير او أكثر مختصين في التشخيص (48) ليتولوا تقصي حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي والاجتماعي للمؤسسة ومساعدة المتصرف القضائي في اعداد برنامج الانقاذ .

---

(44) -الفصل 52 ثالثا من قانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/12/29 المنقح لقانون انقاذ المؤسسات لسنة 1995

(45)- الفصل 40 من نفس القانون .

(46) – الفصل 28 من نفس القانون .

(47)- في اطارة عناية الدولة بالمهن المساعدة للقضاء وحرصها على توفير الاطار القانوني الملاءم الذي من شانه ان يضمن اداء افضل للمهام الموكولة لهم ويؤثر ايجابيا على عمل المحاكم ومصداقية الاحكام التي يتم فيها الالتجاء اليهم ... جاء القانون لسد فراغ لاصناف هامة من مساعدي القضاء تسبب غيابه في حصول بعض التجاوزات والتاخير في ايصال الناس حقوقهم ..." التشريع الاقتصادي بعد عشر سنوات من التغيير من منشورات وزارة العدل –تقديم للقانون عدد 71 لسنة 1997 مؤرخ في 11 نوفمبر 1997 يتعلق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وامناء الفلسة والمتصرفين القضائيين ص 165

(48)-احداث جديد تضمنه تنقيح عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/12/29 .

47– وحرصا على توفير اكثر الضمانات لانجاح هذا التوجه اوكل المشرع للقاضي المراقب البحث من جانبه والتقصي من جهة لجنة مراقبة المؤسسات او من أي جهة اخرى عن كل ما يمكن ان يفيده في اتخاذ راي بشان انقاذ المؤسسة او تفليسها او تصفيتها ويرفع مقترحه بشانها الى الدائرة التجارية بمقتضى تقرير معلل ومنها تنطلق صلوحيات الدائرة التجارية ونظرها في الملف لاتخاذ القرار النهائي في موضوعه .

48– يبدو من تعديل 2003/12/29 ان الدائرة التجارية باتت مقيدة بمقترحات القاضي المراقب على الاقل فيما يتعلق ببرنامج الانقاذ . اذ تضمن الفصل 38 جديد انها " في صورة قبول المطلب ... تصادق على برنامج الانقاذ " كما يضيف الفصل 41 ان " تقرر المحكمة مواصلة المؤسسة لنشاطها استنادا الى تقرير المتصرف القضائي ..."

49– الا انه بتمحص احكام القانون عدد 79 لسنة 2003 يتضح ان تقيد الدائرة التجارية بمقترحات القاضي المراقب ينحصر في محوري برنامج الانقاذ الاساسيين وهما : ابقاء ملكية المؤسسة بيد اصحابها او حالتها للغير ويعود للدائرة التجارية حسب تقديرها واجتهادها وما خوله لها القانون امكانية اتخاذ حلول متفرعة عن هذين المحورين .

50 – ففي صورة الابقاء على ملكية المؤسسة بيد اصحابها يمكن للمحكمة ان تقرر :

1) – ابقاء التصرف في يد المدين تحت رقابة متصرف قضائي او بمساعدته وذلك مثلما يستبين من نص الفصل 26 من تنقيح 2003 والذي وان ورد في القسم الثاني والمتعلق بفترة المراقبة فانه يؤخذ من مضمونه انه يتعلق باجراءات تنفيذ برنامج الانقاذ اذ ان القرارات المتحدث عنها ضمنه تتعلق بتلك الصادرة عن المحكمة أي الدائرة التجارية

وفي هذه الصورة للدائرة التجارية مطلق النفوذ في اتخاذ القرارت التي تراها ملائمة لحسن تنفيذ البرنامج فتقيد صاحب المؤسسة في اعماله وتصرفاته كليا او جزئيا فتحجر عليه القيام ببعض الاعمال مثل الرهن او التفويت في بعض الممتلكات او تجعل تصرفه تحت رقابة المتصرف القضائي وتخضع بعض العمليات التي يمكن ان يتولاها لامضائه .كما لها ان تقرر ان رات في ذلك مصلحة لمواصلة المؤسسة لنشاطها بيع او احالة بعض الممتلكات او النشاطات الفرعية للمؤسسة او تغيير نظامها الاساسي مع ما يتبع ذلك من اجراءات .
وهذه القرارات مثلما سبقت الاشارة اليه تخضع لواجب الاشهار حماية للغير والاخلال بما تضمنته يمكن ان يترتب عنه ابطال الاعمال موضوعها في اجل ثلاث سنوات من تاريخ اتمامها او من تاريخ الاشهار ان كانت المعاملة خاضعة لواجب الاشهار .

2) – احالة التصرف للغير بكراء المؤسسة او باعطائها للغير في اطار وكالة حرة على ان لا تتعدى مدتها سبع سنوات وعلى المحكمة في هذه الصورة ان تحدد بقرارها القاضي بالمصادقة على برنامج الانقاذ المعين الافتتاحي للكراء او للوكالة الحرة الذي يتم تقديره من قبل خبير مختص .

51– اما في صورة تضمن برنامج الانقاذ المعد من قبل القاضي المراقب لمقترح احالة المؤسسة والذي قيده المشرع بتعذر انقاذها مع إبقائها بيد اصحابها (49) فانه للمحكمة اتخاذ الحلول التالية :

1)– احالة المؤسسة للغير كليا او جزائيا دون تعليق زمني لمفعول الاحالة وتباشر المحكمة اجـــراءات التنفيذ التي يتولاها القاضي المراقب الذي ياذن باشهار قرار الاحالة ويتولى مراقب التنفيذ ا(لمتصرف القضـائي او ممثل الدائنين) تحت اشراف القاضي المراقب اعداد كراس شروط يتضمن بيان الاحالة واهـــم موجـــودات المؤسسة

واصولها ووصفا موجزا لحالتها وعدد العملة واصنافهم المهنية مع ذكر النص الحرفي للفصل 49 من قانون عدد 79 لسنة 2003 كما تبين بالكراس الضمانات المطلوبة للتاكد من جدية العرض وكل الاجـــراءات الـــتي تسمح بزيارة المؤسسة مع إشهار طلب العروض .

ويبقى تقدير جدية العروض وانتقاء افضلها واصلحها من مشمولات المحكمة اعتبارا لما تضمنه من اســـتمرار مواطن الشغل وتغطية الديون .

52– حلول تقوم كلها على اعتبارات تقنية اعطت الدوائر التجارية دورا اقتصاديا من حيـــث هدفـــه ومضمونه ليس للقضاء ضلوع فيها وشعور من المشرع بجسامة المسؤولية وحرصا على نجاعة الاحكام وجدواها اسند العمل القضائي بدعم اختصاصيين في المجال الاقتصادي وارادهم من الخاصة مثـــل مـــا قـــرره بتنقيـــح 2003/12/29 باحداثه لخطة خبير مختص في التشخيص .

53– وهذه الاجراءات التي تولينا استعراضها بعجالة تخص بالاساس حماية المؤسسة ، وان كان لها اثـــر على المدين وتقوم على مبدئين اثنين "انقاذ المؤسسة اصالة" مع الابقاء عليها بيد اصحابها بقدر الامكان".

وذلك في ضوء ضوابط تتمثل في " امكانية الانقاذ " والمحافظة على مواطن الشغل بقدر ما امكن ".

54– اعتبار اخر يقوم عليه نظام انقاذ المؤسسات هو حماية الدائنين وقد حرص المشرع في احكام القانون على جعله هدفا ومعيارا في نفس الوقت لاهمية الدور الذي يقوم به هؤلاء في الحياة الاقتصادية لـــذا عمـــل المشرع على ارساء قواعد خاصة بهم تؤمن حماية مصالحهم جعلت العمل القضائي في معادلة صعبة بين واجب انقاذ المؤسسة وواجب انصاف من دفع امواله مستثيقا فافتقر بضياعها .

55–واولى ضمانات الدائنين هذه تكمن في انقاذ المؤسسة المدينة ذاتها باختيار انسب حلول الانقاذ لهـــا والسهر على حسن تنفيذها من قبل المحكمة .

---

(49)- الفصل 47 جديد " يمكن ان تاذن المحكمة باحالة المؤسسة الى الغير اذا تعذر انقاذها طبقا لاحكام الفصول من 41 الى 46 من هذا القانون وكان في ذلك ضمان لاستمرار نشاطها او الاحتفاظ بكل مواطن الشتغل فيها او ببعضها وتطهير ديونها ."

ففي انقاذ المؤسسة تحصيل فائدة للدائنين خاصة اذا كثرت ديونها وتعدد غرماؤها اذ ان تفليسها لن يصل من محصوله للدائنين الا النذر القليل هذا اذا كان منه محصولا خلافا لانقاذها الذي يمكن ان يعيد لهـــا الحيـــاة والقدرة على الاداء لذا كان توجه المشرع مشجعا على المساهمة في انقاذ المؤسسة واقر استثناءا لمبدا مساواة الدائنين الذي ينبني عليه نظام الاجراءات الجماعية لما اعتبر ان الافضلية في الامتياز تكون للديون الجديدة المترتب على المؤسسة بداية من انطلاق فترة المراقبة والتي لها علاقة مباشرة وضرورية بمواصلة نشاطها بما انهـــا تستخلص قبل غيرها من الديون الممتازة فيما عدى تلك المنصوص عليها بالفصلين 564 و 566 مـــن المجلـــة التجارية و 1 و 2 و 3 من الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية .

56–وقد تضمن قانون انقاذ المؤسسات عدة تقنيات اجرائية تؤمن من جهة انقاذ المؤسسة ومن اخـــرى تضمن مصالح الدائنين .

ومن ذلك ما اجازه المشرع للمحكمة من امكانية ابطال قرارت مسير المؤسسة السابقة لتاريخ تعهدها والـــتي تحول دون تنفيذ برنامج الانقاذ كابطال العقود التي من شانها ان تضر بمصالحها بمقابل كانت او بدونه وكـــل عملية من شانها تمييز دائن على اخر .

كما يمكن للمحكمة انهاء العمل بالعقود التي تربط المؤسسة بالغير اذا كانت غير ضرورية لمواصلـــة نشـــاطها وذلك بطلب من المتصرف القضائي او المدين.

ويتعطل تنفيذ الالتزامات السابقة بقطع النظر عن الشروط التي تضمنتها ومثل ذلك الغاء كل شـــرط يقضـــي بحلول باقي الدين اذا لم يقع خلاص قسط من اقساطه كما يتوقف سريان جميع الفوائض وغرامات التاخـــير وتتعلق اجال السقوط بشانها .

57–ومن مظاهر مبدا المساواة ما اقره المشرع من تعطيل كل تتبع فردي ضد المؤسسة اذا كان يـــهدف الى استخلاص دين سابق لفائدة بعض الدائنين هدرا لمصالح الاخرين .

ومن جانب اخر نص المشرع على جواز اعتماد جدولة الديون مع التخفيض في نسبة مـــن اصلـــها او مـــن الفوائض المترتبة عليها وقد اتجهت عدد من المحاكم في اجتهاداتها الى القول بان معارضة الدائنين في مبدا الحـــط من ديونهم لا يمنع من اتمام هذا الاجراء اذا تبين للمحكمة ان المصلحة العامة ومنها مصلحة الدائنين تكمـــن في جدولة الديون والتخفيض في نسبة منها اصلا وفائضا لضرورة انقاذ المؤسسة بما يمكن الدائنين من استيفاء جزء هام من ديونهم الذي يكون افضل من تفليس المؤسسة دون ان ينوبهم نائب (50) .

---

(50) – حكم تجاري صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 89660/89659 بتاريخ 25 جوان 2003 وقع اقراره من قبل محكمة التعقيـــب في 14 افريل 2004 تحت عدد 29596/2003 غير منشورين ورد بقرار محكمة التعقيب ما يلي : "حيث ان لا جدال في ان المشرع عوض بتنقيـــح 15 اوت 1999 شرط حصول المتصرف القضائي على موافقة الدائنين في خصوص الطرح من ديونهم الوراد بالفصل 39 بعبارات "الاخذ بآرائهم "

وحيث ان المعنى اللغوي للفصل 39 في صيغته الجديدة تدل على ما قصده المشرع من جعل راي الدائنين استشاري بدليل استغنائه على شرط الموافقة وحيث اعتبرت محكمة الاساس ان المتصرف القضائي لم يعد ملزما بالحصول على موافقة الدائنين لطرح جزء من ديونهم وبالتالي فالمحكمة حرة في ذلك بعـــد عرض البرنامج على الدائنين واستشارتهم دون التوقف على مصادقتهم وذلك حرصا من المشرع على توفير اوفر الحظوظ لانجاح عملية الانقاذ....

وحيث اصابت محكمة الاساس ..... . ووقفت على القصد الصحيح لواضعه.

وان كنا نرى في هذا الاتجاه سلامة منطقية ونجاعة عملية تسندها ما كانت عليه صياغة الفصل 39 من قانون انقاذ المؤسسات حسب تنقيح 15 جويلية 1999 الذي كان يسمح بهذا التاويل اذ تضمن " كما ياخذ (المتصرف القضائي) راي الدائنين حول الطرح من ديونهم " فان التعديل الذي تولاه المشرع بمقتضى قانون عدد 79 لسنة 2003 قد اغلق باب الاجتهاد من هذا الجانب بما تضمنته عبارة الفصل 43 جديد "انه لا يجوز للمحكمة الحط من دين الا برضاء الدائن ".لكن يبقى تاجيله جائز من قبلها فيما عدا الديون الممتازة المنصوص عليها بالفصلين 564 و 566 م تجارية وبالفصل 199 1 و 2 و3 من مجلة الحقوق العينية .

59– ومن اهم ما تتميز به ولاية نظر المحاكم التجارية في دعاوى انقاذ المؤسسات ان نظرها لا ينتهي بإصدارها للحكم مثلما عليه الامر بالنسبة للقضايا العادية فقانون انقاذ المؤسسات او كل لها مهمة متابعة التنفيذ بدءا بتحديد مدة لانجاز برنامج الانقاذ الى المتابعة المستمرة لمراحله بما هو محمول على مراقب التنفيذ من رفع تقاريره الى الدائرة بصورة منتظمة حول سير برنامج الانقاذ ومراحله وذلك في مدة اقصاها ستة اشهر اما اذا اعترضت المراقب صعوبات فانه يرفع وجوبا تقريرا خاصا بالمسالة لرئيس الدائرة التجارية.

وفي صورة كراء المؤسسة للغير او اعطائها له في إطار وكالة حرة يتولى اعلام المحكمة بمقتضى تقرير بمجرد انتهاء أمد الكراء وفي كل الأحوال في اجل الشهر من انتهائه يبين فيه نتائج العملية وان تم خلاص كافة الديون.

واسترجاع المدين للمؤسسة المكراة او المعطاة في إطار وكالة حرة يتم تحت رقابة المحكمة ايضا.

الخاتمة

مسؤوليات جسام محمولة على قضاة الدوائر التجارية تخرجها عن دور القضاء العادي سواء عند فصلها للنزاعات باتم معنى الكلمة او عند اضطلاعها بمهمة إنقاذ المؤسسة . فهي دوائر خاصة بما لهذا المفهوم من معنى وخصوصيتها تكمن في هيكلتها وأطراف الدعوى التي لنظرها وموضوعها ونوعية أدائها مما يجعلها في مفترق مصالح .

-مصالح فردية مؤتمنة عليها بحكم دورها في المجتمع كملجأ للمظلومين ومحتكم للمتنازعين .

-مصالح جماعات تختلف في نظمها وعلاقاتها وادوارها عن بقية اشخاص القانون هم الذوات المعنوية

-مصالح مجموعات هي مدعوة لمراعاتها في أحكامها والمقصود منها الفئات الشغيلة.

-مصالح الدولة على تنوعها "حباية نظم اجتماعية ..."

-المصالح العامة التي تتجسد في حق المجتمع في التنمية الاقتصادية بما يضمن للمواطن العيش الكريم وللبلاد الاستقرار والتقدم والازدهار.

معادلة صعبة منوطة بعهدة المؤسسة القضائية التي برهنت في اغلب مواقفها انها على قدر المسؤولية المحمولة عليها بيد ان طموحنا دائما للافضل .

لذا أوكل المشرع للدوائر التجارية مثلما استعرضنا بايجار نفوذا من نوع خاص فهو مرن احيانا يخولها استنباط الحلول الكفيلة و الملائمة لحماية مقومات البيئة التجارية او لانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية ظرفية حسبما تقتضيه كل وضعية. ونفوذ مقيد أحيانا أخرى تنظيما للبيئة التجارية وضمانا للنماء الاقتصادي .

وهذا النفوذ المسند الى الدوائر التجارية من السلطة العامة هو امانة مدعوة هي بموجبها لحماية الحريات الشخصية والمحافظة على التوازن بين علاقات البشر تجاه المجتمع والدولة بما تصدره من أحكام و هي بذلك مطالبة بتطبيق القانون الذي يكون ملزما احيانا فيقيد سلطتها واحيانا اخرى مرنا فتطوعه لاسباب تتعلق بتطبيق العدل بمفهومه الواسع.

ولنا ولكم التوفيق

الجمهورية التونسية

وزارة العـــدل وحقـــوق الإنســـان

المعهد الأعلى للقضاء

محكمة الاستئناف بتونس

الملتقـــــى الوطنـــي حـــول

" الـــدور الاقتصـــادي للقضـــاء المختص "

يوم السبت 26 جوان 2004

بنزل افريكا بتونس

المساعدة القضائية

في إدارة الشركات التجارية

بقلم السيد :

عبد الله هلالي الرئيس الاول السابق

لمحكمة التعقيب

ملتقى وطني

نظمته محكمة الاستئناف بتونس والمعهد الأعلى للقضاء في 26 جوان 2004
حول الدور الاقتصادي للقضاء المختص
المساعدة القضائية في إدارة الشركات التجارية

عبد الله هلالي

إن الشركة التجارية بوصفها شخصا معنويا يباشر نشاطا تجاريا يمكن أن تقع في نزاع مع الغير أو تتعرض لنزاع داخلي بين شركائها أو ينسب لها أو لمسيريها ما يخالف القانون الجزائي، ومن مهام القضاء فصل هذه المنازعات دون حاجة لنص قانوني يؤكد ذلك، ولكن الشركات التجارية تسترعي عناية المشرع بصفة خاصة لما لها من دور أساسي في الحياة الاقتصادية وتبعا لذلك في الحياة الاجتماعية والسياسية.

فالشركات التجارية لها دور مهم في اكتساب القدرة على العمل الاقتصادي الجماعي المنظم وفي اكتساب أدوات تنمية مجهزة بالمال وبالخبرات وبالمعدات وبأنظمة المحاسبة الحديثة، والثقة في مصداقيتها من أهم وسائل نجاحها، لذا حرص المشرع على اتخاذ عدة تدابير في شأنها من بينها إمكانية تدخل القضاء، ويظهر هذا الحرص بوضوح لما نجد كلمة قاض وقضاء ومحكمة ومحاكم تتردد أكثر من 90 مرة في 80 فصلا.

وقد يكون داعي التدخل مجموعة مصالح مترابطة كمصلحة الشركة في حد ذاتها أو مصلحة الشركاء أو مصلحة الغير، سواء للمساعدة في تأسيس الشركة أو المحافظة على بقائها أو إن تعذر فخروجها من الميدان بأقل ضرر ممكن.

ومهما يكون الداعي والهدف والوسيلة فإن التدخل قد يكون في الفترة الانتقالية من حياة الشركة وهي فترتا البداية والنهاية وهذا يخرج عن مجال مداخلة اليوم التي يحصرها العنوان في إدارة الشركة بما يفترض وجود شركة قائمة تباشر نشاطها متجاوزة طور التكوين ولم تصل إلى دور التصفية، وسوف نتعرض لصور التدخل في الفترات العادية من حياة الشركة كما جاءت في التشريع التونسي وخصوصا في مجلة الشركات التجارية لبيان مجاله ومداه مع توخي الاختصار الذي يقتضيه المقام وتجنب الأحكام الخاصة التي يقتضيها نوع النشاط.

نصت المجلة على صور متعددة من تدخل القضاء في حياة الشركة يمكن إدراجها في نوعين: تدخل يتعلق بوجود الشركة وقد يفضي إلى حلها أو تصحيحها وتدخل يتناول هياكل الشركة دون مساس بوجودها.

أولا : تدخل يتعلق بوجود الشركة

من المعلوم أن الشركة تتكون من تجمع الأموال والأشخاص في إطار محدد وبشروط معينة، وأي طارئ يؤثر على هذه العناصر يمكن أن يؤدي لحل الشركة وقد يسمح للقضاء بالتدخل لمساعدتها على البقاء أو على مغادرة المجال الاقتصادي، وقد نصت مجلة الشركات التجارية على حالات من هذا التدخل يتعلق بعضها بنقص رأس مال الشركة [الفصول 27 و 92 و 142 و 310 و 388 و 391]، ويتعلق البعض الآخر بتغيير في الشركاء نقصا أو زيادة [الفصول 23 و 156 و 157 و 93 و 387 و390 و 391]، وبعضها بتغير الوضع القانوني للشركة [الفصول 425 و 432 و 419 و 420 و 431]، وقد يكون التدخل بسبب عوامل مختلفة تخل بجودها [الفصلان 21 و 26]، وهو ما يعتبر تطويرا لدور القضاء في مجال الشركات التجارية عما كان عليه التشريع السابق لصدورها.

أ = تدخل لخلل في عنصر الشركاء

قد تختلف أهمية عنصر الشركاء بين أنواع الشركات ولكن فقدان بعض الشركاء أو زيادة عددهم يؤثر على وجود العديد من الشركات ويستوجب تدخل بقية الشركاء لتدارك الوضع وقد يكون للقضاء دور ما في هذا الصدد سواء بالاقتصار على حل الشركة أو بالمساعدة على تدارك الخلل، فعالجه المشرع في النصوص السابقة عن صدور مجلة الشركات التجارية كمجلة الالتزامات والعقود والمجلة التجارية ثم عالجه في مجلة الشركات التجارية.

1 - الخلل في عنصر الشركاء ومجلة الالتزامات والعقود

جاء بالفصل 1327 أنه " *إذا انحلت الشركة في الصور المبينة بالفصل 1323 أو بسبب التحجير أو التفليس لأحد الشركاء أو وفاته أو فقده أو عدم أهلية الوارث فللشركاء الباقين الاستمرار على الشركة فيما بينهم على أن يطلبوا من المجلس حكما بخروج الشريك الذي كان سببا في انحلال الشركة أو من قام مقامه ويحكم لهم المجلس بذلك...*" وينص الفصل 1323 على أنه "*يسوغ لكل من الشركاء أن يطلب فسخ الشركة ولو قبل انتهاء مدتها إذا كان هناك سبب معتبر كنزاع قوي بين الشركاء أو عجز بعضهم عن القيام بما التزم به أو مخالفته لذلك ...*".

فالفصل 1327 كما نرى يجيز التصحيح في الحالات التي يكون فيها حل الشركة بسبب خلل في وضع بعض الشركاء مما ورد بالفصلين المشار إليهما، واعتبر المحكمة ملزمة بالحكم طبق الطلب إذا توفر السبب وهو أن يكون الخلل في الشركة بسبب ذلك الشريك وقد يصدر الحكم عن المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف دون أجل محدد للقيام، لكن الغريب، أن هذا النص الذي يقر للقضاء دورا في مساعدة الشركاء على التخلص من الوضع القانوني أو المادي الذي ينشأ عن أحد الشركاء، لا يستثمر، وكثيرا من الحالات التي وقع فيها حل الشركة لأحد هذه الأسباب دون أن يطلب الشركاء الباقون إخراج الشريك رغم حرصهم على بقاء الشركة بينهم.

2 - الخلل في عنصر الشركاء والمجلة التجارية

لم تأت المجلة بنص عام بخصوص التغير في وضع الشركاء وهذا يبرره اختلاف أهمية الشريك بحسب نوع الشركة، فالفصول 39 و 40 و 41 منها تتعرض لوضع شركة المفاوضة إذا فقد الشريك ما يؤهله ليكون شريكا كفقد الأهلية والتفليس والوفاة، والفصل 48 يوجب أن لا يقل عدد الشركاء عن سبعة في الشركة خفية الاسم بما يجعل النقص أثناء حياة الشركة باختلاط الذمة موجبا لحل الشركة إن لم يقع تصحيح الوضع، والفصل 147 يوجب أن يكون عدد الأعضاء المكلفين بالمراقبة في شركة المقارضة ثلاثة على الأقل ولا يكون منهم من له صفة عضو مقارض.

ولم تشر المجلة لدور القاضي الذي يبقى في نطاق النصوص العامة فيتدخل لحسم الخلاف مع إمكانية تطبيق ما جاء في مجلة الالتزامات والعقود.

3 - الخلل في عنصر الشركاء ومجلة الشركات التجارية

وجاءت مجلة الشركات التجارية لتسند للقاضي دورا واضحا في إصلاح ما يعتري الشركات التجارية من الخلل في عنصر الشركاء، ولكن لا نجد ذلك في نص عام وإنما في نصوص متفرقة ذات مضامين مختلفة [الفصول 23 و156 و157 و 93 و387 و390 و391].

3 ـ1 في شركات الأشخاص

نص الفصل 23 من مجلة الشركات التجارية على أنه إذا تجمعت الحصص في ذمة واحدة فإن الشركة تفقد صفتها الأولى وعليها أن تتحول خلال سنة واحدة إلى شركة محدودة المسؤولية ذات شخص واحد أو تتعرض للحكم بحلها، لكن تصحيح وضعها ممكن إذا تم قبل صدور الحكم بالبطلان من قبل المحكمة الابتدائية، ويمكن للمحكمة أن تمنح أجلا لا يتجاوز ستة أشهر لإعطاء فرصة للتصحيح.

فالمشرع يحرص على التصحيح لكن يحدد الإمكانية خلال الفترة التي تسبق صدور الحكم الابتدائي دون أن يترك مجالا للتصحيح أمام محكمة الدرجة الثانية، وهو لا يريد من المحكمة أن تمنح آجالا طويلة فليس لها أن تمنح أجلا للتصحيح يتجاوز ستة أشهر، ولا شك أن منح أجل لأسباب أخرى لا تأثير له على الأجل الخاص بالتصحيح.

وهكذا نجد المشرع لا يغفل حرصه على إنهاء وضع مخالف للقانون في أجل قصير بعد أن منح الشركة سنة كاملة للحياة في وضع مخالف لطبيعتها وعنوانها وأضاف إليها فرصا أخرى لم تأت بنتيجة، فالحرص على التصحيح لا ينسينا الحرص على تطهير المجال الاقتصادي من شركات فاقدة لأهم مقوماتها.

3 ـ2 في الشركات ذات المسؤولية المحدودة

أحدثت المجلة صنفا جديدا من هذه الشركات هو شركة الشخص الواحد ولكل من الصنفين القديم والجديد أحكام مختلفة وأخرى مشتركة

ـ فبخصوص الشركة محدودة المسؤولية متعددة الشركاء فقد تعرض لها الفصل 23 وبحسبه فإنها إذا آلت إلى شخص واحد تنطبق عليها الأحكام التي تنطبق على شركات الأشخاص وقد سبق التعرض لها

أما الفصلان 23 و93 فقد نصا على أن الشركات ذات المسؤولية المحدودة يجب لا يتجاوز عدد الشركاء فيها خمسين شريكا.

فإذا زاد عدد الشركاء عن الحد الأقصى، منذ تكوينها فهو يؤدي إلى بطلانها طبق الفصل 104 وتصحيحها جائز طبق الفصل 107، أما إذا تكونت بعدد قانوني ثم آلت ملكية بعض الحصص إلى عدد من المالكين كما في حالة الإرث فإن الشركة يمكن حلها إذا مضى عام على وضعها دون تصحيح مع الترخيص للمحكمة المتعهدة بطلب حل الشركة في أن تمنح أجلا إضافيا لتمكين الشركاء من تصحيح وضع الشركة.

ونلاحظ هنا إطلاق يد المحكمة بالفصل 93 فلها أن تحدد الأجل كما تشاء دون حد أدنى أو أقصى ولا فرق بين محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الدرجة الثانية ولا نجد ذلك التشدد في التأجيل الذي نراه في الفصل 23 أو في الفصل 107.

ـ أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة مكونة من شخص واحد، فإن الخلل في العنصر البشري يفقد الشركة صفتها [الفصل 156] ويستوجب حلها غير أنه إذا آل راس المال إلى عدد من الشركاء فلهم تحوير عقدها التأسيسي لتصبح شركة ذات مسؤولية محدودة طبق الفصول من 90 إلى 147، فإن لم يفعلوا يجوز لكل معني أن يلجأ إلى المحكمة للنظر في البطلان [المقصود الحل]. " *وفي هذه الحالة تنظر المحكمة في المطلب وفقا للإجراءات المستعجلة* " [الفصل 157].

فالمشرع لا يسند للقاضي أي دور في المساعدة على تدارك وضع الشركة وإنما يسند له دورا في إنهاء وجودها بسرعة وبإجراءات مستعجلة.

3 ـ3 الشركة خفية الاسم وشركة المقارضة بالأسهم

وبخصوص الشركات خفية الاسم وشركات المقارضة بالأسهم فإن الفصول 378 و390 و391 توجب حل الشركة إذا تقلص عدد الشركاء إلى ما دون الحد الأدنى القانوني وهو سبعة شركاء في الشركة خفية الاسم وثلاثة من الشركاء المقارضين بالمال في شركة المقارضة بالأسهم، ويمكن للمحكمة أن تمنح الشركاء أجلا بستة اشهر لتسوية وضعها، وتدارك وضع الشركة قبل التصريح بالحكم يمنع المحكمة من الحكم بالحل، فهل أن هذا النوع من الشركات لا يحتاج إلى العناية التي تحتاجها شركة محدودة المسؤولية كما جاءت بالفصل 93 ؟

ولا يقف التساؤل عند هذا الحد فالفصل 387 ينص على تطبيق الفصل 21 الذي عدد أسباب انحلال الشركات عموما ومنها وفاة أحد الشركاء ولم أخذنا بظاهر النص فغن وفاة شريك في شركة خفية الاسم يؤدي إلى حلها حتى لو كانوا ألفا، فهل هذا حقا ما قصده المشرع؟ لا أظن أن أحدا يصدق ذلك وأحرى أن يعمل به القاضي، ولكن ذلك يدل على أن القاضي يجب أن يكون حذرا في تطبيق النصوص

التي وردت في المجلة لما لقراراته من تأثير على الحياة الاقتصادية وعلى كصالح الأفراد.

ب = تدخل لخلل في عنصر راس المال

من المعلوم أن راس مال الشركة التجارية عنصر أساسي لوجودها سواء بين الشركاء أو إزاء المتعاملين معها، وحجم راس المال يعطي للشركة قيمة مالية تعزز الثقة في التعامل معها فضلا عن كون الشرع فرض حدا أدنى لرأس مال بعض أشكال الشركات التجارية بقطع النظر عن طبيعة نشاطها، فإذا اعترى هذا العنصر ما أخل به فإن الشركة لا تبقى أداة نشاط اقتصادي بل نقطة ضعف فيه وخطرا على المتعاملين معها قبل الشركاء فيها، لهذا اهتم المشرع بحماية السوق من هذا الخطر بصيغ مختلفة حسب المرحلة التاريخية للنصوص وفي جميع الحالات يكون للقضاء دور قد يكون محدودا أو واسع المجال.

1 ــ ففي مجلة الالتزامات والعقود جاء الفصل 1318 بأن الشركة تنحل إذا تلف الشيء المشترك كله أو بعضه بحيث يتعذر الانتفاع به، وجاء بالفصل 1319 بأن الشركة تنحل إذا كان مناب أحد الشركاء عينيا وتلف ونص الفصل 1320 على النقص في رأس مال الشركة بالثلث يوجب على المديرين دعوة الشركاء للنظر في وضع الشركة أما إذا فقدت الشركة نصف رأس المال فهي تنحل إلا إذا قام الشركاء بتصحيح وضعها سواء بتدارك النقص أو تخفيض راس المال مع الإشهار.

وفي كل هذه الحالات لم يسند للقضاء دور معين ولا حدد أجل لقيام الشركاء بتصحيح وضع الشركة، ويبقى دور القاضي قائما في نطاق القواعد العامة للإجراءات فيحكم بحل الشركة إذا تحققت شروط الحل ولم يقع التصحيح من قبل الشركاء وليس هناك أجل محدد للتصحيح أو للحكم بحل الشركة، ولم يقع التنصيص أيضا على أن غير الشركاء يمكنهم القيام بطلب الحل وهو ما يجعل قيام غير الشركاء محتاجا لتأكيد مصلحة مباشرة شخصية طبق الفصل 19 م م م ت.

2 ــ ولما صدرت المجلة التجارية بالقانون عدد 129 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959 لم تضع حكما عاما بخصوص النقص في رأس المال وخصصت الشركة خفية الاسم والشركة محدودة المسؤولية بحكم مشترك يسمح لهما بمواصلة النشاط طالما لم تفقدا ثلاثة أرباع راس المال [الفصلان 135 و 176]، وهنا نجد المشرع ينص على دور للقضاء لكن يحصره في الحكم بحل الشركة ويخول القيام بطلب الحل لكل ذي مصلحة، فيتقدم خطوة محتشمة تبدو مجرد توضيح لما كان يسمح به القانون في أحكامه العامة.

3 ــ وجاءت مجلة الشركات التجارية التي صدرت بالقانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 لتؤسس موقفا مختلفا من خطر النقص في رأس مال الشركة التجارية وتسند للقضاء دورا أكبر في هذا المجال.

فهي تعود من جديد إلى مجلة الالتزامات والعقود عندما تجعل فقدان الشركة أي شركة تجارية لنصف راس مالها سببا يمكن أن يؤدي إلى حلها [الفصل 27]،

وتضع حدودا بمبالغ معينة ذات قيمة لبعض الشركات لا تقل عنها لاستبعاد الشركات الوهمية من السوق.

ولا يتضمن هذا الفصل ولا بقية فصول المجلة دورا معينا للقضاء أو توجها عاما حتى يتسع دور القضاء إلى كل الحالات التي يبدو فيها تدخله مفيدا، وإنما تسند له صلاحيات في نصوص متفرقة تؤكد وجود هذا الدور لكن بسلطات مختلفة من حالة إلى أخرى وهو ما قد يؤدي إلى اتساع الفروق في الاجتهاد القضائي.

ففي الشركة ذات المسؤولية المحدودة قد يهمل المشرع دور القاضي كما هو الحال عندما يصل النقص في راس المال إلى ما دون المبلغ الأدنى [الفصل 92] فكل ما عليه هو عدم الحكم بحل الشركة إذا وقع تدارك النقص من قبل الشركاء.

ويبرز دور القاضي عندما يكون النقص في راس مال هذه الشركة إلى ما دون النصف [الفصل 142]، فالقاضي يمنح أجلا للتصحيح لا يتجاوز ستة اشهر سواء في الطور الابتدائي أو في الطور الاستئنافي، وهذا بقطع النظر عن الأجل الممنوح للشركاء.

فإذا تعلق الأمر بنقص في رأس مال شركة خفية الاسم أو بشركة مقارضة بالأسهم فإن المجلة، ولئن أكدت مبدأ حل الشركة التي تفقد أكثر من نصف رأس مالها وأن القضاء يمكن أن يحكم بحل الشركة بطلب ممن يهمه الأمر، فإنها لم تتعرض لصلاحيات القاضي في التصحيح [الفصلان 391 و 388]، أي أن المجلة تعود بخصوص دور القاضي إلى المجلة التجارية دون أن يتضح سبب هذه التفرقة بين أنواع الشركات وحتى بين أسباب الحل في نفس نوع الشركة كما هو الحال في وضع نفس النوع من الشركات لما يتعلق الخلل بعنصر الشركاء.

ج = تدخل يتعلق بتغير الوضع القانوني للشركة

يمكن أن يتغير الوضع القانوني للشركة أثناء حياتها، وقد يكون ذلك نتيجة تغيير في شكلها وهو لا تأثير له على وجودها وقد يكون نتيجة اندماجها في غيرها أو انقسامها، وفي هذه الحالات نصت المجلة على تدخل القضاء للمساعدة في إتمام عمليات الاندماج والانقسام بما يحفظ حقوق الشركاء والغير ونجد ذلك في الفصلين 425 و 432.

يتعلق الفصلان 425 و 432 بتدخل المحكمة المتعهدة بالنزاع المتعلق باندماج الشركات أو بانقسامها لتأذن " ولو من تلقاء نفسها بتلافي البطلان ولها أن تمنح أجلا قدره شهران لتسوية الوضعية إن كانت قابلة لذلك ..." وقد يؤدي تدخلها لمنع عملية الاندماج أو الانقسام.

وأهم ما يلفت النظر هو ما جاء بالفصل 425 الذي مكن ***"الوزراء المعنيين"*** من معارضة تلك العمليات، فإذا كان تخويل الوزراء طلب إبطال عمليات الاندماج أو الانقسام مبررا من حيث ما لتلك العمليات من تأثير على الحياة الاقتصادية والمالية فإن الصياغة لا تخلو من غرابة ومن لبس، فأي الوزراء معني بأمر الشركات التجارية وأيهم غير معني بأمرها؟ وهل أن تدخل الوزراء أكثر جدوى

وأيسر من تدخل النيابة أو المعهد الوطني للملكية الصناعية أو المكلف العام بنزاعات الدولة ؟

د = تدخل في وجود الشركة لظروف غير محددة

أدرج الفصل 21 في أسباب حل الشركات التجارية عموما الحل القضائي، ثم نص الفصل 26 على أنه لكل شريك اللجوء للقضاء وفق الأحكام الخاصة بكل شركة لطلب الحكم بحلها لأسباب مشروعة.

وهكذا فالمشرع ينص على تدخل القضاء لحل الشركة وهو تدخل لا يحتاج لنص خاص، ولا يسند للقضاء صلاحيات تخص تدارك الوضع أو المساعدة على تداركه وهذا الفصل يختلف عن الفصل 1323 م إ ع الذي كان هو المرجع الوحيد في حل الشركات لأسباب مشروعة وهو ينص على صلاحيات للقضاء سبقت الإشارة إليها، فكأن المشرع يتردد بخصوص دور القاضي في الشركات التجارية بين التجديد والتوقف والتراجع.

ثانيا = تدخل في هياكل الشركة

قد يكون التدخل في هياكل الشركة متعلقا باتخاذ قرارات بتحريك أهم هيكل فيها لتسوية مشاكلها أو بتعطيل مقرراتها وقد يكون بتسمية أو عزل المسيرين أو بمراقبة التصرف في الشركة أو بفض الخلافات المعلقة بحقوق الأفراد بين الشركة والشركاء أو بينها وبين الدائنين.

أ= - تدخل في هياكل الشركة بتحريكها أو بتعطيل تحركها

يمكن أن يتخل القضاء في هياكل الشركة بدعوة الجلسة العامة للانعقاد أو بتكليف من يدعو لعقدها أو بإبطال مقررات الجلسة العامة أو مقررات صاحب شركة الشخص الواحد أو توفير كفالة لضمان التعويض عن الضرر الذي قد يلحق بالشركة من قرارات اتخذتها الأغلبية (الفصول 127 و 128 و 154 و 277 و 290 و 355 و 477)، ويمكن أن يلاحظ في تلك الأحكام ما يلي:

1ــ إنه بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة يختص القاضي الاستعجالي بالدعوة لعقدها وقد يصدر الأمر لوكيل الشركة أو مراقب حساباتها بعقدها أو يعين متصرفا قضائيا يتولى الدعوة إليها (127) بينما في الشركة خفية الاسم تعين المحكمة وكيلا لذلك (277)[22] فإذا تعلق الأمر بجلسة عامة لأصحاب الأولوية في الربح دون حق الاقتراع فلا يحتاج إلا لإذن قضائي قد يفسر بأنه إذن على العريضة أو يعتبر مثل هذا الإجراء غير كاف (الفصل 355).

2 ــ من يطلب عقد الجلسة العامة عن طريق القضاء هو الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وهو كل ذي مصلحة عند التأكد أو الشركاء الذين لهم 15 في المائة دون تأكد في الشركة خفية الاسم، وهو من له العشر من أصحاب الأسهم ذات الأولوية في الربح.

3 ــ وإبطال الجلسة العامة في شركة ذات مسؤولية محدودة هو مجرد معاينة من القاضي الاستعجالي الذي ليس له الحكم بالبطلان ولا منح أجل للتصحيح (الفصل 128)، بينما هو في الشركة خفية الاسم بحكم من المحكمة الابتدائية ولها منح أجل للتصحيح.

4 ــ يوجد فرق في الأشخاص الذين لهم الحق في طلب الإبطال، ففي الشركة خفية الاسم لا يخول الحق إلا لمن لهم عشرون في المائة من راس المال (الفصل 290) وليس لكل شريك كما هو الحال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (الفصل 127) أما بالنسبة للشركة القابضة فإن طلب أبطال مقرراتها يمكن أن يرفع أيضا من قبل من لهم عشرون في المائة من إحدى الشركات المنتمية لتجمع الشركات [الفصل 477] وهي حماية ضرورية لأن مقررات الشركة القبضة تؤثر على الشركاء في الشركات الواقعة تحت نفوذها.

5 ــ تضمن الفصل 290 أن القاضي الاستعجالي يمكنه أن يأذن بتقديم كفالة بنكية لضمان الأضرار المحتمل إلحاقها بالشركة، ويبدو أن الأمر يتعلق بالنزاع في مقررات اتخذتها الأغلبية واعتبرتها الأقلية مضرة بمصالح الشركة ولم تتمكن من إلغاء تلك المقررات، ويمكن التساؤل عما إذا كان من الضروري أن يكون الإذن بتوفير الكفالة من اختصاص القاضي الاستعجالي وحده أم أن المحكمة التي تتعهد بطلب الإبطال يمكنها تعويض البطلان بالكفالة؟ أعتقد أن ما يمكن أن يتعهد به القاضي الاستعجالي يمكن لمحكمة الموضوع أن تتولاه من باب أولى.

ويمكن التساؤل أيضا عما إذا كان نفس الإجراء من الممكن اتخاذه عندما يكون النزاع بين الشركاء في إحدى الشركات الواقعة تحت نفوذ شركة قابضة وهذه الشركة طبق الفصل 477 رغم أن هذا الفصل لم يتعرض لذلك؟ أعتقد انه لا موجب للتفريق بين الحالتين ولو باستعمال القياس

6 ــ وبالنسبة لشركة الشخص الواحد فإن وقف أعماله ومقرراته يمكن أن يتم بإذن القاضي (الفصل 154) دون بيان لطريقة الحصول على الإذن فهل هو بحكم استعجالي أم بإذن على العريضة، ويبدو من الأنسب اللجوء لإجراء في مواجهة صاحب الشركة لتجنب اتخاذ قرارات مهمة دون سماعه فيرفع للقاضي الاستعجالي.

ب: تدخل في هياكل الشركة بالتسمية والعزل

الفصول 122 و 195 و 243.

جاءت هذه الفصول بحالات لتدخل القضاء في هياكل الشركة بتسمية أو عزل بعض مسيرتها.

فالفصلان 195 و 243 يوكلان للمحكمة اتخاذ إجراءات تمكن من تسديد الشغور الحاصل في مجلس الإدارة أو في مجلس المراقبة بالشركة خفية الاسم، وهو إجراء يجنبها تعطل السير ويجنبها بالتالي نتائج ذلك التعطل ومنها تسمية متصرف قضائي لإدارتها كما كان يحصل أحيانا.

والفصل 122 يجيز للشركاء الذي يمثلون ربع راس مال الشركة طلب عزل الوكيل قضائيا إذا كان لديهم سبب مشروع وقد كان مبدأ حماية الأقلية معتمدا في القضاء التونسي دون نص في القانون وقد أحسنت المجلة بتبنية صراحة ولو أن النص حد من مجال الحماية لما قصرها على من يمثلون ربع راس المال مما يجعل الحق محصورا في عدد قليل جدا منة الشركاء

والملاحظ أن المجلة قصرت تدخل القضاء بعزل الممثل القانوني على الشركة ذات المسؤولية المحدودة بعد أن كان يجري به عمل الحاكم التونسية في جميع الشركات، ولم يكن موقوفا على طلب من يمثل نسبة معينة من رأس المال، وأسند لقاضي الموضوع بعد أن كان بيد القاضي الإستعجالي، وهذا يعني أن فقه القضاء السابق والمستمد من تأليف بين الفصل 1043 المعلق بالحراسة القضائية والفصل 201 م م م ت المتعلق بتدخل القضاء الإستعجالي يستوجب إعادة النظر فيه، والواقع أن المحاكم وإن أقرت مبدأ التدخل فإنها كانت تتجنب نصب متصرف قضائي يحل محل المسير الحقيقي كلما أمكنها ذلك.

ج: مراقبة التصرف

الفصول 139 و 266 و 264 و 243.

نصت المجلة على حالات من تدخل القضاء ترمي لمراقبة التصرف فيها ومن ذلك:

1ــ أن الفصل 139 خول لمن يمثل العشر من رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة سواء كان شريكا واحدا أو عددا من الشركاء أن يطلب من القاضي الاستعجالي الإذن بإجراء اختبار على عملية أو عدة عمليات تصرف وهو إجراء يمكن الشركاء من مراقبة تصرفات الوكيل.

وقد سبق لفقه القضاء التونسي أن طبق هذا الإجراء دون تقيد بنسبة ما يملكه القائمون في رأس المال، ولم يقصره على صنف من الشركات بينما لم تنص المجلة على هذا الإجراء في الشركات خفية الاسم واكتفت في شأنها بتمكين أصحاب العشر في رأس المال من الاطلاع على الوثائق (الفصل 284).

2 ــ أن الفصول 261 و 264 و 266 خول القاضي الاستعجالي التدخل في مهمة مراقبي الحسابات بعزلهم أو بتعويضهم أو بإعفائهم أو بمساعدتهم، فيمكن للقاضي الاستعجالي تعيين مراقب حسابات أو تعويضه عند الاقتضاء حسب الفصل 261، ويمكنه إعفاء مراقب الحسابات الذي أصبح في أحد الأوضاع المشار إليها بالفصل 264، ولم يجد المشرع في طبيعة النزاع ما يستوجب تدخل قاضي الموضوع. ولمراقب الحسابات اللجوء إلى القاضي المختص للحصول على المعومات التي توجد لدى المتعاقدين مع الشركة التي يتولى مراقبة حساباتها [الفصل 266]، ولم يحدد هذا الفصل إن كان يقصد القاضي الاستعجالي أو قاضي الموضوع لكن طبيعة الطلب تكفي لتدخل القاضي الاستعجالي خصوصا بالنظر لما جاء في الفصلين السابقين من توسيع لصلاحيات القضاء الاستعجالي في هذا المجال.

ـ بخصوص الشركاء تعرضت الفصول 109 و 321 و 391 لما قد يحدث من خلاف بين الشركة والشريك الذي يريد إحالة حقوقه في الشركة لغير الشركاء ودون تفصيل ما جاء بها نشير لما يأتي:

1 ـ أن مسألة الإحالة كانت محل خلاف في القضاء التونسي بين الإباحة والمنع مع ترجيح للإباحة فجاء القانون مطابقا لاتجاه فقه القضاء.

2 ـ أن المجلة اتخذت وسائل مختصرة لحل الخلافات تجنب اللجوء للتقاضي العادي وطول إجراءاته، فأسندت لرئيس المحكمة الابتدائية سلطة إنهاء الخلافات دون حاجة للجوء إلى المحكمة الابتدائية.

3 ـ فرقت المجلة بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة خفية الاسم فجعلت تدخل القاضي في الأولى يتم بمجرد إذن على العريضة سواء لتعيين خبير يقدر ثمن الحصة أو لمنح أجل للوفاء بالثمن بينما جعلت تدخل القاضي في الشركة خفية الاسم يتم بحكم استعجالي سواء لتعيين خبير يقدر الثمن أو لمنح أجل للشركة حتى تتخذ قرارها، ويمكن التساؤل عن سبب التفريق بين تعيين خبير يقدر حصة في شركة محدودة المسؤولية وآخر يقدر سهما في شركة خفية الاسم حتى يختلف الإجراء وهل أن منح أجل للوفاء بالدين أيسر من منح أجل للتفكير؟

4 ـ تجنبت المجلة التعرض لإحالة الحصص في شركات المقارضة بالأسهم، وأحالت على نصوص أخرى تفتح المجال لعديد التأويلات.

ـ وبخصوص الدائنين:

1 ـ جاء بالفصل 137 أنه يمكن للدائنين الذين ترتب دينهم قبل التخفيض في رأس مال الشركة أن يعترضوا على عملية التخفيض في ظرف شهر من تاريخ إشهار القرار، وخلال هذا الأجل يرفعون الدعوى أمام القاضي الاستعجالي الذي ينظر في جدية الاعتراض من حيث الحالة المالية للشركة ومدى نقص الضمانات فإن قبله يقضي إما باعتبار الدين حالا أو "بضمان كاف للوفاء بالدين"، والواقع أن القاضي لا يمكنه أن يقضي بضمان فليس له إبرام كفالة أو توظيف رهن وإنما هو يقرر قبول الضمان الذي تقدمه الشركة فان لم تقدم ضمانا أو اعتبر الضمان المقدم غير كاف قرر حلول الدين.

وهكذا يخول القاضي الاستعجالي البت في كفاية الضمانات وهي مسألة موضوعية لكنها تيسر سرعة فصل النزاع وتأثيرها يتوقف على حلول الدين وليس على تكوين حق.

2 ـ ونص الفصلان 419 و 431 على أنه عندما يعترض الدائنون على عملية اندماج شركات أو انقسامها فالمحكمة يمكنها مساعدة الدائنين كأن تقضي بخلاص ديونهم أو بتوفير ضمانات لهم في نطاق الإبقاء على الاندماج أو على الانقسام ومن الواضح هنا أن المحكمة المعنية هنا هي محكمة الموضوع.

خاتمة

إن التوجه العام في مجلة الشركات التجارية هو التحريض على تدخل القضاء في الشركات التجارية بما يحفظ لها دورها الاقتصادي، وقد يكون في النصوص التي وردت بها ما يوفر طرقا لعمل القضاء ويزيد من نجاعته ووضوح إجراءاته حتى لا يقتصر دوره على فض النزاعات أو على بطلان الأعمال غير القانونية بل يمتد إلى مساعدة الشركات على إصلاح أوضاعها بواسطة هياكلها أولا ثم بواسطته مباشرة عند الضرورة القصوى.

غير أن النصوص لا تتسم بوحدة التصور ولا تخلو من النقص في حالات ومن الغموض في أخرى وهو ما قد يعقد مهمة القاضي والمحامي ويحد من الفاعلية.

ولم تتعرض المجلة إلى رفع طلبات من قبل النيابة أو تداخل في قضايا إلا في حالات قليلة ولكن ذلك لا يعني أنه يمنع عليها القيام أو التداخل عندما ترى مصلحة عامة تستوجب تدخلها، فالقيام مخول لكل من يهمه الأمر في كثير من النصوص التي وردت بالمجلة. والنيابة يهمها أمر المجموعة، وهي عموما تداخل في القضايا أو تقوم بها كلما تعلق الأمر بمصالح المجموعة وتأسيس الشركات أو بقاؤها طبق القانون هو من تلك المصالح.

وعدم تنصيص المجلة على تسليط غرامة جبر لحمل جهة معينة على تنفيذ قرار التصحيح مثلا لا يعني منع المحكمة من ذلك فهو قد يكون طريقة فاعلة لتنفيذ ما تأمر به.

وإزاء ذلك فالقضاء مدعو لبذل جهد منسق ليتدارك بالتأويل الموسع ما غفل عنه النص أو لم يوفق في تنظيمه أو في صياغته فالكتابة النهائية للنصوص القانوني تتم بواسطة القضاء توفيقا أو إخفاقا فهو الذي يقول كلمة القانون.

ولا بد للفقه من أداء دور ضروري في هذا المجال دور يسبق تدخل القضاء ويصاحبه ويساعده بل قد يساعد المشرع في تدارك ما فاته وهذا اللقاء إحدى حلقات العمل الفقهي فشكرا وتحية لكل من ساهم فيه.

تونس في 24 جوان 2004

عبد الله هلالي