إختصاص الدوائر التجارية

بقلم السيد عبد الرؤوف بن الشيخ

المدعي العام بوزارة العدل

تعتبر مسألة الإختصاص من أهم المسائل التي تميز القضاء التجاري بإعتبار أهميتها في تحديد المنازعات التجارية ومن البديهي في هذا الإيجاز أن نعطي أهمية لدراسة هذا الموضوع، إذ اليوم نعيش ما يسمّى بغزو القانون التجاري بسبب تغيير العلاقات الإقتصادية والضغط الذي تشهده الأعمال التجارية.[1]

فالبعض لا يتردد عن الحديث على تعميم الروح التجارية لمجموع النظام القانوني Ordre Juridique[2] والأمثلة البارزة لاتساع نطاق القانون التجاري كثيرة نسوق منها تعميم الإنتفاع بنظام إنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات إقتصادية على كل الذوات الطبيعية والمعنوية التي تتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا[3] شمول نظام السجل التجاري للشركات عموما التي تتمتع بالشخصية المعنوية وهو مقصد واضح لنية المشرع في تعميم إجراءاته على جميع أنواع الشركات بما فيها الشركات المدنية[4] وإعطائها نظاما مأخوذا عن نظام الشركات التجارية.

---

(1) V. A.JAUFFRET « L'extension du droit commercial et des activités traditionnellement civiles » Melanges KAYSER.

(2) A. SAYAG, J. HILAIRE, Quel droit des affaires pour demain ? I.ITEC,1984 p. 21. Confédération syndicale des avocats, observations sur les eventuelles réformes qui pourrait être entreprises concernant les tribunaux de commerce. Gaz, Pal, 1982, I , doct. 170.

(3) الفصل 3 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية.

(4) الفصل 2 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 المتعلق بالسجل التجاري.

ولعلّ هذا ما جعل المشرع التونسي بعد فترة إنتظار طويلة وفي غمار الإصلاحات التشريعية الجديدة التي تعنى بالناحية الإقتصادية والتجارية[5] يضع التنقيح الجديد للفصل 40 من م.م.م.ت. الذي أحدث نظام القضاء التجاري،[6] الذي يختص بالنظر في النزاعات التجارية دون غيرها وذلك لما يؤدي هذا التخصص من تمرّس القضاة على فهم روح القانون التجاري وحلّ المشكلات التجارية الدقيقة، التي تكون عادة فيها مصالح كبيرة وتحدد في كثير من الأحيان مبادىء عرفية هامة.[7]

وقد خصّ التشريع الجديد عديد الفقرات في الفصل 40 جمعت مختلف جوانب هذا النظام، من تنظيم وإختصاص وطرق التقاضي خلافا لما توخّته جلّ التشاريع المقارنة التي ضبطت نظام القضاء التجاري بنصوص متعددة ومتفرقة على غرار التشريع الفرنسي.[8]

وبديهي أننا لن نشرح كل أحكام هذا النظام وإنّما سنبيّن جانب الإختصاص القضائي الذي له أهمية كبرى في القضاء التجاري وفي حاجة إلى إشارة مستفيضة بإعتباره يعنى بالبحث في مشمولات نظر الدوائر التجارية التي كما سنرى قيّدها القانون الجديد بميزات خاصة عند وضعه تعريف الدعوى التجارية التي ترجع لها بالنظر. علما أن المشرع التونسي أعطى صلب النصّ الجديد صلوحيات أخرى للدوائر التجارية وهي صلاحيات توفيقية صلحية وصلاحيات

---

(5) الأستاذ نور الدين الغزواني "تعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية" أوروبيس 1996 ص 331.

(6) القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 رائد رسمي عدد 37 المؤرخ في 9 ماي 1995.

(7) أنظر: الدكتور علي البارودي: "القانون التجاري (الأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية)" منشأة المعارف بالإسكندرية 1986 ص 80.

(8) Georges RIPERT, René ROBLOT . T. I, 16 édit. LGDJ. 1996 n° 109.

المحكمين المصالحين أو ما إصطلح على تسميته بالتحكيم القضائي التجاري[9] ويجب التذكير بادىء ذي بدء أنّ الدوائر التجارية هي دوائر إستثنائية لا تنظر إلاّ في النزاعات التي خوّل القانون لها النظر فيها.

فهي لا تتعهد بالنظر خارج صلوحيتها[10] وكلما قلنا إختصاص إستثنائي نعني أن قواعده آمرة تؤدي مخالفتها إلى المساس بالنظام العام.

وإذا ما تحدثنا على الإختصاص يجب التمييز بين الإختصاص الحكمي أو الموضوعي والإختصاص الترابي، فإذا كان الأوّل سنخصص له معظم التحليل في هذه الدراسة، فإنّ الثاني لا يثير صعوبة تذكر وسوف نتعرض له بالإشارة مع بعض الإشكاليات الأخرى التي يثيرها النصّ الجديد. فمرجع النظر الترابي للدائرة التجارية هو مرجع النظر الترابي للمحكمة الإبتدائية المحدث بها تلك الدائرة التجارية إذ المنطق يفرض كما يرى البعض أنّ الأمر المحدث للدائرة التجارية سيتناول فقط وجودها دون حدود مرجع نظرها الترابي الذي هو محدد بطبيعته بالمحكمة الموجودة بها الدائرة.[11]

أما من حيث الإختصاص بالنظر فحسب المقتضيات العامة للفصل 30 من م.م.م.ت. وما بعده وما لم يتوجّد شرط مخالف فإن "المطلوب شخصا كان أو ذاتا معنوية تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقرّه الأصلي أو مقرّه المختار. أما في حال تعدد المطلوبين فالطالب مخيّر في رفع نازلته لحاكم الجهة التي بها مقرّ أحدهم".

---

[9] القاضي السيد محمد الحبيب الشريف الصلح والتحكيم لدى الدوائر التجارية مجلة القضاء والتشريع عدد 7 جويلية 1996 ص 26.

[10] Cass. Com. 21 Oct.1963. J. C. P. 1964, II, 3519.

[11] القاضي السيد الطيب اللومي "القضاء التجاري في تونس" مجلة القضاء والتشريع عدد 7 جويلية 1996 ص 16.

فإذا كان المطلوب ذات معنوية فمقرها هو المكان الذي يوجد به الهيكل الإداري والمسيّر لها، أما إذا كانت للذات المعنوية عدّة فروع لها محلات مستقلّة عن المحل الأصلي فيمكن مقاضاتها بالجهة التي بها أيّ من الفروع المذكورة.

وإذا كان الأمر لا يثير أيّة صعوبة بالنسبة لإسناد الإختصاص لمحكمة المقرّ المتفق عليه للنظر في الدعوى مثل الإتفاق على أن يكون المكان الذي يقع فيه الخلاف أو مقرّ الطالب، أو الذي يكون فيه التسليم الفعلي أو مكان تنفيذ الخدمة، فإنّ الأمر خلاف ذلك في المجالات التي يكون فيها شرط إسناد الإختصاص مبيّن بنسخ العقود والفواتير والمراسلات في شكل نصّ جاهز ومطبوع، فقد يحصل الخلاف حول رفض قبوله من الأطراف، ولا نجد في القانون التونسي خلاف للمشرّع الفرنسي[12] نصّا صريحا لحلّ هذا الغموض باستثناء بعض الحالات التي عرضت لنظر قضائنا وقبلت فيها محكمة الإستئناف بتونس صحّة الشرط المسند للإختصاص لفائدة المحكمة الأجنبية[13] وهو نفس الإتجاه الذي توخاه فقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية.[14]

---

[12] في الفصل 48 من مجلة المرافعات المدنية الجديد. الذي يعتبر الشرط غير صحيح إذا لم يقع إبرامه وإمضاءه من كل الأشخاص الذين لهم صفة التاجر ولم يقع تضمينه بكل وضوح في إلتزام الطرف الذي وقعت معارضته بهذا الشرط.

– هذه المقتضيات تولّد عنها فقه قضاء :

- Cass. Com. 10 Fev. 1981, Gaz.Pal 1981.2. 47506 DUPICHOT.
- Cass. Com 2 Oct. 1985 Bull.Cass. 1985. 4. n° 227.

[13] إستئناف عـ19221ـدد بتاريخ 5 أفريل 1995 (غير منشور) وقد ورد بحيثية الحكم ما يلي: "حيث بالرجوع إلى أوراق القضية وخاصة الفواتير المثبتة للصفقات المبرمة بين الطرفين المتنازعين أنها تضمنت شرطا صريحا، أن تأويل الصفقات والطلبات وكل خلاف بينهما يقع عرضه أمام محاكم دائرة "سان دوني" التي لها الإختصاص المطلق مما يجعل النزاع الراهن خارج أنظار المحاكم التونسية".

[14] Il est très généralement admis que l'art 48 nouveau C.Pro. Civ. ne fait pas obstacle à la validité de principe de la clause attributive de juridiction en matière internationale (cass. civ 17 dec 1985 D. S. 1986 I. R. 265. obs. AUDIT.

ومن الإشكاليات الأخرى المطروحة حول موضوع الإختصاص التي يثيرها النصّ الجديد مسألة تحديد إختصاص نظر الدوائر التجارية لمعرفة هل أنه يشمل جميع الدعاوى التجارية مهما كانت قيمتها وبالتالي هو إختصاص مطلق (Compétence exclusive) ؟ أم هل أنّ نظرها محدد في الدعاوى التجارية، التي يفوق مقدارها سبعة آلاف دينار على أن يبقى قاضي الناحية المختص بالنظر في الدعاوى التجارية التي دون ذلك المبلغ ؟

يظهر من مدلول نصّ الفصل 40 من م.م.م.ت. أنّ المشرع أقصى من الإحتمال الإختصاص المطلق عندما خصّ الدوائر التجارية بالنظر إستئنافيا في النزاعات التي تدخل في إختصاصها، معنى ذلك أنها تنظر إستئنافيا في الدعاوى التجارية، كما عرّفها الفصل 40 من م.م.م.ت.، التي ينظر فيها قاضي الناحية بصفة إبتدائية تفضيلا منه بحكم أهمية تركيبة الدائرة التجارية (تجلس بخمسة أعضاء) عندما تنتصب كمحكمة درجة ثانية بالنسبة لأحكام قاضي الناحية في الدعاوى التجارية، مراعاة لأهمية هذه المرحلة من التقاضي وتخصص أعضائها.[15]

وما دمنا نتحدث عن الإشكاليات التي يثيرها النصّ الجديد من الناحية الهيكلية، وعلاقتها بالإختصاص، نشير إلى أنّ أمر إحداث الدوائر التجارية بالمحاكم الإبتدائية[16] إكتفى في مرحلة أولى على إقتصار إحداثها تبعا لعنصر التوزيع الجغرافي على مستوى إنتصاب محاكم الإستئناف وإعتماد التدريج في تركيز هذه الدوائر، وحسب المذكرة الإيضاحية فهذا يرجع لإعتبارات تهم النشاط الإقتصادي وأهميته بتلك الجهات وحجم القضايا التجارية، يعني ذلك وأنّ هذا النظام غير معمم كنظام قانوني موّحد على كل المحاكم في مرحلة أولى وإنما هو

---

(15) الأستاذ نور الدين الغزواني (نفس المرجع السابق) ص 340.

(16) الأمر عدد 427 لسنة 1996 المؤرخ في 11 مارس 1996 ر. رسمي عدد 24 المؤرخ في 22 مارس 1996.

إختصاص حسب الجهات، فكل دائرة تجارية إذا ما توجدت تعتبر ذات كيان مستقل ويثار أمامها الإختصاص التجاري الحكمي فتكون مختصة وفقا لما إذا كانت الدعوى تجارية طبق ما عرّفها الفصل 40 فقرة 5 من م.م.م.ت. أو غير مختصة، فتقضي بالتخلي لعدم الإختصاص إذا كان النزاع من أنظار محكمة أخرى أو من مشمولات المحكمة الإبتدائية في تركيبتها العاديّة.[17]

بعد هذه البسطة الوجيزة نضع هذا البحث حول إختصاص الدوائر التجارية في إطاره وهو الإختصاص الحكمي لهذه الدوائر، والفائدة الكبرى من دراسة هذا الجانب تكمن أساسا في الإسهام لوضع حدّ لما يمكن أن ينشأ من جدل حول مشمولات نظر هذه الدوائر خاصة أننا لا نزال في المراحل الأولى من التطبيق، ويصعب في غياب فقه قضاء في هذا المجال ضبط المعايير التطبيقية التي يمكن أن تعتمدها المحاكم في فصل النزاعات التجارية خاصّة بالنسبة للتعريف القانوني الذي وضعه المشرع في الفقرة الخامسة من الفصل 40 من م.م.م.ت. (جديد) لمفهوم الدعوى التجارية والذي سنحاول توضيحه إعتبارا أنّ المشمولات الأخرى التي نصت عليها الفقرة السابعة من الفصل 40 من م.م.م.ت. لا تبرز نفس الصعوبات لوضوح موضوع تلك الدعاوى على الأقل من حيث طبيعتها. على أنّ ذلك لا ينفي الجدل الذي يمكن أن يثيره الإختصاص الحكمي بالنسبة للنزاعات الأخرى التي لا تخضع لا للتعريف الذي وضعته الفقرة الخامسة المذكورة ولا للنزاعات الواردة بالفقرة السابعة، والذي يطرح إشكاليات يمكن حصرها من حيث طبيعة هذه النزاعات أو من حيث مبدأ الإختصاص.

فما هي الدعوى التجارية حسب تعريف القانون الجديد **(1)** وما هي الإشكاليات التي يثيرها إختصاص الدوائر التجارية حسب نفس النصّ **(2)**.

---

[17] الأستاذ الغزواني (نفس المرجع السابق) ص 341.

1) مفهوم الدعوى التجارية حسب القانون الجديد :

إنّ تحديد الإختصاص الحكمي للدوائر التجارية يؤدي إلى التساؤل حول معرفة ماهي النزاعات التي تنظر فيها الدوائر التجارية؟ ومثلما سبق الإشارة إليه فما دام أن هذه الدوائر هي ذات إختصاص إستثنائي فإن تحديد مشمولاتها يحدّده نص قانوني. وقد وردت الفقرة الرابعة من الفصل 40 من م.م.م.ت. بتخصيص الدوائر التجارية بالنظر في الدعاوى التجارية التي عرفتها الفقرة الموالية بكونها : "الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخصّ نشاطهم التجاري".

يتبين من هذا التعريف أنّ المشرع التونسي حدّد إختصاص الدوائر التجارية بتوفر شرطين أوّلهما أن يكون الطرفان المتنازعان لهما صفة التاجر وثانيهما أن يتعلق ذلك النزاع بنشاطهما التجاري.

ومثلما ورد في هذا التعريف فالمشرع التونسي أراد بحصر الإختصاص إعطاء معنى إمفهوم الدعوى التجارية وإستبعاد جملة من المنازعات التي قد تعرض للتاجر عند ممارسة نشاطه التجاري.[18]

وفي هذا الصدد غالبا ما ستكون الدوائر التجارية أمام مثل هذه الوضعيات عندما تتعهد بالنظر باعتبار أنّ أوّل ما سيثار لديها مسألة الإختصاص، وتوفّر شرط قيام صفة التاجر وإثبات العلاقة هل أنها تتعلق بالنشاط التجاري، والتي على الدوائر التجارية البتّ فيها قبل النظر في جوهر الدعوى، علما أنّ بعض النزاعات بسبب طبيعتها لا يمكن أن تنظر فيها إلاّ المحاكم المدنيّة حتى ولو كان طرفيها لهما صفة التاجر مثل دعاوى الملك التجاري[19] ودعاوى المسؤولية والتعويض الناجمة عن العربات البرية.

---

(18) القاضي السيد الطيب اللومي (نفس المرجع السابق) ص 17.
الأستاذ الغزواني (نفس المرجع السابق) ص 377.

(19) الواردة بها أحكام بالقانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977.
- V. PEDAMON. Rev. trim. dr. com. 1989, 650.

وبديهي من مقتضيات النصّ الجديد أن الطرفين لا يمكنهما مخالفة قواعد الإختصاص الحكمي، فإذا ما توفّر شرط صفة التاجر وتعلق موضوع النزاع بنشاطهما التجاري، وإعمالا بقاعدة عدم جواز مخالفة قواعد مرجع النظر الحكمي لمساسه بالنظام العام (فصل 14 من م.م.م.ت.)[20] فإنّه لا يمكن لهما الإتفاق على التنازل عن الإختصاص الحكمي للدوائر التجارية لفائدة قضاء الدوائر المدنيّة، وهو المبدأ الذي يقرّه فقه القضاء الفرنسي[21] الذي لا يقبل في غير الإستثناءات الواردة بالقانون مخالفة الأطراف لقواعد الإختصاص الحكمي الواردة بالفصل (631 م.ت.ف.).

على أنّ هذا الجانب الأول المتعلق بضبط المعيار العام لمفهوم الدعوى التجارية لتحديد الإختصاص أرفقه التشريع الجديد بصور أخرى من النزاعات التي تتعلق بالقضايا الخاصة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلّها أو تصفيتها أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات إقتصادية أو تفليسها واعتبارها من مشمولات نظرها أيضا على أنّ هذا لا يخلو من إثارة بعض الجدل خاصة في تحديد طبيعة هذه النزاعات المطروحة ومدى تقيّدها بمبدأ الإختصاص العام.

1.1- المعيار القانوني العام:

وردت الفقرة الخامسة من الفصل 40 م.م.م.ت. جديد بوضع تعريف الدعوى التجارية بأنها "الدعوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخصّ نشاطهم التجاري"، وأقل ما يمكن أن نسوقه من ملحوظات في هذا الصدد أن جل النصوص التشريعية الجديدة أصبحت تضع تعريفا لمدلول النصوص القانونية وهذا ينمّ على نضج تشريعي يجب العمل على إقراره وتعميمه حتى تتحقق

---

[20] القاضي السيد الطيب اللومي (نفس المرجع السابق) ص 16.

[21] Sur l'incompétence du tribunal du commerce pour une vente d'immeuble faite entre deux personnes non commerçantes (com. 21 oct 1963: JCP. 1964 II. 13519).

النجاعة المرجوة في فهم النصوص القانونيّة وحسن تطبيقها. وبوضع تعريفا للدعوى التجارية يعني المشرع تحديد نطاق نظر القاضي التجاري وضبط حدود إختصاصه في الدعاوى المعروضة عليه والتي كما وردت بالنصّ، التي بين التجار وفيما يخصّ نشاطهم التجاري وهما شرطان متلازمان لا يقوم تحديد الإختصاص إلاّ بهما معا، ومن هذا المنطلق فإنّ القاضي التجاري لا يكون مختصا إلاّ إذا تعلق النزاع بتاجرين وفي موضوع يخص نشاطهما التجاري.

1.1.1- الدعوى بين التجار :

ليس من السهل ضبط هذا النوع من الدعاوي في هذا الإيجاز، لكن من موضوع الدراسة لتحديد الإختصاص يمكن أن نقتصر على ضبط التعريف الذي قصده المشرع بأنها الدعوى المقامة بين التجار فيما بينهم.

ولئن كان الغموض قائما حول تعريف التاجر فإن الجدل المعروف بين وجهة التصور الذاتي والتصور الموضوعي في تعريف القانون التجاري لم يعد يثير إهتماما كبيرا اليوم ولهذا الغرض سنكون مختصرين في التحليل.

1.1.1.1- الجدل الفقهي :

وهو النزاع القائم بين وجهة النظر الذاتية والموضوعية فالأولى يظهر فيها القانون التجاري قبل كل شيء كقانون يهتم بالحرفة مخصّص للأشخاص الذين يمارسون المهن التي يعبّر عنها بالتجارية[22] فالتجار وحدهم أي الأشخاص المسجيلين بسجل خاص (السجل التجاري) يمكن لهم القيام بعمليات تجارية التي لا يهتم بها إلاّ بصفة ثانوية ولا يزال الفقيه Ripert يدافع على هذا الإتجاه.[23]

---

(22) R. Houin M. PEDAMON, Dt commercial 7è. edi 1980 P 55.

(23) Ripert et Roblot, op; cit n° 6.
« GIVERDON, le droit commercial, droit des commerçant » J.C.P., 1949 P 770.

أما التصور الثاني فهو يعرّف التجارة قبل تعريف التاجر، فإذا كان التاجر خاضعا لقواعد خاصة فلأنه يقوم بصنف معين من الأعمال، فالأساس هو الإنطلاق من تعريف العمل التجاري الذي يتّصف بجملة من العناصر الخاصة به بصرف النظر عن الشخص الذي يقوم به، فكل عمل يتصف بهذه الخصائص يكون خاضعا للقانون التجاري مهما كان الشخص الذي يقوم به تاجرا أو غير تاجر. فمن وجهة نظر منطقية بحتة وهي نظرة الفقه المعاصر فالمعيار مشترك يطبّق عليه التصور الموضوعي والذاتي.

ويرى الفقيه M. Y. CHARTIER أنّ القانون التجاري هو في نفس الوقت قانون التجار... والأعمال التجارية[24] وهو المفهوم الذي يمكن أن نحتفظ به بالنسبة للذين يفكّرون في وضع تعريف للقانون التجاري ويبقى على كل إتساع قواعد القانون التجاري لا يمكن أن ننكرها، وهناك إتجاه في تطبيق عدد كبير من الآليات القانونية التي أساسها عالم التجارة على غير التجار الذين أصبحوا معنيين أكثر فأكثر بالحياة الإقتصادية[25] وهذه الظاهرة تدل على تجاوز القانون التجاري الكلاسيكي.

اللجنة الفرنسية لمراجعة المجلة التجارية والقوانين المتعلقة بالشركات المحدثة بالأمر المؤرخ في 24 جوان 1947 عملت منذ بداية أشغالها على وضع تعريف العمل التجاري وصفة التاجر. ومثلما بينته الأستاذة E. G. DE LAGRANGE[26] فإن المشرع التونسي إستلهم من إحدى الصيغ المتعاقبة للمشروع الفرنسي، الفصول الأربعة الأولى من المجلة التجارية. إنّ هذه النصوص ذات النظرة الحديثة والتي تتماشى مع العصر تعطي من الوهلة الأولى حلاً للمشاكل التي إعترضت فقه القضاء الفرنسي بعد عام 1807[27] ولعل أهم ما يبرز من مختلف الأراء الفقهية

---

(24) Dt des affaires; TI. L'entreprise commerciale, P.U.F, coll. « themis » 1984. P 35.

(25) R. HOUIN et M. PEDAMON op. cit. P 58.

(26) « Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les articles 1er à 4. du code de commerce Tunisien RTD 1963-1965.

(27) الأستاذة دو لاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 14.

أنها لم تقدم تعريفا موحدا لمفهوم التاجر الذي كما سبق بيانه هو أحد الشروط التي وضعها المشرّع لتحديد إختصاص الدوائر التجارية حسب القانون الجديد لذا يكون بدّا من وضع تعريف له.

2.1.1.1- من هو التاجر ؟

لم تضع جل التشاريع المقارنة مفهوما واضحا لتعريف التاجر فالتشريع الفرنسي عرّف التاجر في الفصل الأول من المجلة التجارية "بالشخص الذي يقوم بالأعمال التجارية ويجعلها حرفته المعتادة"، مما جعل مفهوم الحرفة يأخذ نطاقا متنوعا في القانون المعاصر.[28]

أما التشريع التونسي فهو أيضا لم يحد عن هذا المنهج فقد عرف الفصل 2 من المجلة التجارية التاجر طبقا لطبيعة الأعمال التي يقوم بها إذ ورد ناصا على أنه "يعدّ تاجرا كل شخص إتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط".

ويظهر أنّ هذا الإتجاه مثلما يراه بعض الفقهاء قد يكون توطئة للفصلين الموالين له ويميّز بين التجار الذين يباشرون بعض أنواع العمليات على وجه الإحتراف (الفصل 2) وغير التجار الذين يقومون عادة ولغرض الربح بنفس العمليات (الفصل 3).[29] وبقراءة أوّلية لهذين النصّين يتبيّن الدور المشابه الذي أعطاه المشرع التونسي لمفهوم الحرفة والإعتياد في تحديد صفة التاجر، إذ تظهر فيها صفة التاجر مقترنة بالنشاط المهني.

ويمكننا أن نستنتج دليلا على ذلك من السياق العام الذي صيغت به تلك النصوص إذ أنّ تعداد الأعمال التجارية من جهة والوجه الذي تباشر بموجبه تلك

---

(28) RIPERT et ROBLOT op. cit. n° 135.

(29) الأستاذة دو لافرانج (نفس المرجع السابق) ص 14.

الأعمال والرّوح التي تنعشها، كلها تساعد على تعريف التاجر.[30] أما القانون الجديد للسجل التجاري[31] فقد وضع من تسجيل الذات الطبيعية بالسجل التجاري قرينة على ثبوت صفة التاجر، فالتسجيل إذن يقوم دليلا على توفّر تلك الصفة ويبقى يرتب آثارها ويتحمل صاحبها تبعتها إزاء الغير حتى القيام بعملية التشطيب على إسمه من السجل التجاري، وعلى كل فإن المشرع التونسي وضع منها قرينة بسيطة مثل المشرع الفرنسي تقبل المعارضة بكل الوسائل.[32]

وتعريف التاجر يجب أن يكون مكملا للمعيار الموضوعي للأعمال التجارية التي تخضع أصحابها للقانون التجاري إذا ما وقع مباشرتها على وجه الإحتراف والعادة. فصفة التاجر لا تكتسب إذن إلاّ بإحتراف القيام بعمل من الأعمال التجارية التي نصّ عليها الفصل الثاني من المجلة التجارية والإعتياد هو شرط لاكتساب صفة التاجر.

وتبعا لذلك فإننا إذا أردنا وضع تعريف للتاجر فهو كل شخص يقوم بالأعمال التجارية على وجه الإحتراف أو الإعتياد.[33]

1.2.1.1.1- معيار إحتراف الأعمال التجارية :

تتعدد الأراء في ضبط مفهوم الإحتراف والمعنى المتداول هو ممارسة الأعمال التجارية بصورة مستمرّة ومنتظمة باعتبارها موردا للرزق وعلى وجه الإستقلال، والمجلة التجارية التونسية لا تعطي تعريفا لهذا النمط من النشاط الوارد وصفه بالفصل الثاني إلاّ أنه يمكن تحديد مفهوم الحرفة باعتماد عناصر ثلاثة إذا ما تجمعت تكسب صاحبها صفة التاجر، فأوّلها تكرار العمل بصفة

---

(30) الأستاذة دولافرانج (نفس المرجع السابق) ص 15.

(31) القانون عدد 44 سنة 1995 السابق الإشارة إليه.

(32) JAUFFRET, refondu par Jocelyne VALLANSAN, juris- class 1993. Registre du commerce et des sociétés Fasc. 115, n° 41 et s.

(33) القاضي السيد الطيب اللومي (نفس المرجع السابق) ص 17.

منتظمة إذ الإستمرار يكشف هذا النمط من الحياة الذي لا يمكن أن يخفى بطريقة سهلة على العموم.[34]

على أنه لا يدخل في معنى الإحتراف الشخص غير التاجر (المزارع) الذي يقوم من وقت لآخر بعمل تجاري بصفة عرضية لا يصل إلى درجة الإحتراف وبذلك فإنّ الشخص لا يكتسب صفة التاجر إلا إذا كانت حرفته تنصبّ على العمل التجاري.

أمّا العنصر الثاني فهو أن يكون الإحتراف لغاية الإرتزاق، إذ هناك من الأعمال التجارية لا تكسب من يمارسها صفة التاجر ولو كانت متكرّرة. إذا لم تكن الغاية الإرتزاق كأن يحرر شخص على نفسه سند لأمر كلما إشترى شيئا لإستهلاكه الخاص.

والعنصر الثالث هو الإستقلال في ممارسة حرفة التجارة يعنى ذلك أن يمارس الشخص عملا من الأعمال التجارية لحسابه الخاص لا لحساب الغير فالأجير الذي يمارس تلك الأعمال لا يكتسب صفة التاجر وإنما يكتسبها صاحب العمل الذي يعمل الأجير لحسابه.

ويظهر من خلال بيان جملة هذه العناصر أن الحرفة مثلما يراها الفقيه Ripert هي إقرار للنشاط بكيفية أصلية وإعتيادية لإنجاز بعض الأعمال لغرض الحصول على الربح،[35] باعتبار أن الحرفة تفترض الإستمرار وبعض التخصص وهو ما يدعّمه التطبيق في ميدان المعاملات فالتاجر الذي يستغل أصله التجاري يعمل به كامل وقته ومنه مصدر دخله فهو يكرر على وجه الإعتياد نفس الأعمال فبدون هذا التكرار والإعتياد لا يبرز مفهوم الإحتراف.

---

(34) RIPERT et ROBLOT op.cit. n° 140.

(35) RIPERT et ROBLOT op. cit. n° 136.

غير أنه ولئن كان الإعتياد هو عنصر نجده في الحرفة إلاّ أنه لا يمكنه خلقها باعتبار أن الإعتياد يمكن أن يتوجّد في غير إطار الحرفة فهل يكفي الإعتياد لاكتساب صفة التاجر ؟

2.2.1.1.1- معيار الإعتياد في ممارسة الأعمال التجارية :

يرى بعض الفقهاء أنّه لا يوجد فرق بين الوضعيات التي ينصّ عليها الفصل 2 و3 من المجلة التجارية فالمعني بالأمر فيها هو التاجر مع وجود فارق في أن بالنسبة لأحدهم له حرفاء حول أصل تجاري أو مشروع منظم بحكم الإحتراف في حين أنّ الآخر يقوم بوجه الإعتياد بأعمال تجارية بدون مشروع أو أصل تجاري.[36]

ويمكننا على ضوء ذلك إعتبار النصّ الوارد بالفصل الثالث من المجلة التجارية ينطبق على الذين ليسوا تجارا أي الذين يباشرون أعمالا تجارية في غير إطار الحرفة فالمشرع أراد بذلك وضع إطار قانوني لمن يعتاد القيام بالعمليات التجارية الوارد تعدادها بالفصل الثاني دون أن يكون محترفا لها. ومن هنا يمكن أن تظهر التفرقة بين الإعتياد المعني بالفصل الثاني والإعتياد حسب الفصل الثالث، فتأويل الفصل الثالث يكون تبعا لذلك بمعنى إخضاع المضارب بالإعتياد للقوانين التجارية التي ليست لصالحه بدون أن ينتفع بالإمتيازات التي يتمتع بها أصحاب المهنة وخاصة منها التسوية القضائية إذا ما توقف عن الدفع بل على العكس فإنّ حرّية الإثبات في المادّة التجارية يمكن إثارتها ضدّه وكذلك التمسك ضدّه بعدم مسك حساباته.

---

(36) الأستاذة دو لاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 15.

ويرى البعض أنّ التطبيق أظهر وضعيات مختلفة منها أن يكون الشخص يتعاطى الفلاحة ويقوم بأعمال تجارية بصفة إعتيادية خارج أو إضافة إلى نشاطه الفلاحي...

فأحكام الفصل 3 تخضعه بدون أي شكّ أو قيد لقوانين وعرف التجارة وخلاف هذا يفرغ النصّ من معناه[37] وبذلك يكون هذا التأويل مركزا على المعيار الموضوعي للتجارة، فالأعمال هي التي تصنع التاجر سواء حصلت بعنوان الحرفة أم لا. ومثلما ترى الأستاذة "دولاقرانج" أن مجرّد التكرار يكفي لوضع صاحب العمل المتكرر تحت طائلة القانون التجاري ومنحه الصفة التي تنعكس على بعض أعماله المدنية. ويبقى الأمر في يد فقه القضاء الذي سيتاح له تقدير هذا الجدل[38] على أننا نضيف أنه يجب التركيز على المعيار الشكلي لإثبات صفة التاجر طبق ما جاء بقانون السجل التجاري.[39]

لكن ليست صفة التاجر فقط هي التي تحدّد إختصاص الدوائر التجارية وإنما أيضا يجب أن يكون النزاع متعلقا بالنشاط التجاري.

2.1.1- تعلق النزاع بالنشاط التجاري :

إذا كانت المجلة التجارية لا تعرّف النشاط التجاري فإنّ الفصل الثاني منها يعطي الصبغة التجارية لأعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط وهو حسبما يراه بعض الفقهاء تعريف للأعمال التجارية عموما[40] يضاف له التعداد الوارد بالفقرات التي اعتبر المشرع على وجه الخصوص تاجرا، كل من يباشرها على وجه الإحتراف، يعني ذلك أنها ليست قائمة حصرية لإثبات الصبغة التجارية

---

(37) الأستاذة دولاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 17.

(38) الأستاذة دولاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 18.

(39) القاضي السيد الطيب اللومي (نفس المرجع السابق) ص 17.

(40) الأستاذة دولاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 19.

للنشاط، وهي قابلة للتوسع بالمقارنة مع الفصل 632 من المجلة التجارية الفرنسية وما بعده الذي وضع تعدادا للأعمال المعتبرة تجارية ليحدد إختصاص المحاكم التجارية وهذا التعداد ظهر من أوّل وهلة منقوصا بسبب تطوّر بعض الأنشطة الإقتصادية (الإشهار، التأمين البرّي، النشر...).

على أنه يمكن من القائمة الواردة بالفصل الثاني من المجلة التجارية إستنتاج معيار أو عدّة معايير عامة للأنشطة التجارية بكيفية تمكن من توسيع القانون التجاري ويكون من المفيد إستعراض بعض النظريات المقترحة التي ولئن كانت تصلح لتحديد مفهوم النشاط التجاري فهي في نفس الوقت تبرز تناقضات وتفكك نظرية الأعمال التجارية.

1) بالنسبة للبعض يكون عملا تجاريا كل عمل وساطة في تداول الثروات (الفقيه Thaller) فالعمل التجاري يتوسط عمل الإنتاج وعمل الإستهلاك ولئن كان البعض من المنتوجات على غرار المنتوجات الفلاحية تبقى خارج القانون التجاري طبق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني من المجلة التجارية، فالتوسط هو فكرة واسعة يمكن أن تلحق بها جلّ الأنشطة التجارية، فبالنسبة للأنظمة الإقتصادية الحديثة التي تتميّز بالتشعب فكل حلقة من حلقاتها تدخل فيها عملية التبادل التجاري حتى بالنسبة لأصحاب المهن الحرّة، بينما هؤلاء لا يخضعون لنظام القانون التجاري وكذلك صاحب الحرفة التقليدية التي يقوم بتداول الثروات في حين أنه يخضع للقانون المدني.

وإذا كان ممكن قبول هذه الفكرة في القانون التونسي باعتبارها تعتبر عملا تجاريا يضفي على من يتخذه حرفة صبغة النشاط التجاري، فإنّ الفقه الفرنسي رفضها كمعيار لتحديد النشاط التجاري.[41]

---

(41) R. HOUIN et M. PEDAMON. op cit P 63.

2) معيار المضاربة يشكل معيار الصبغة التجارية كما عرفها الفقيهان Lyon-Caen et Renault[42] باعتبارها الهدف من تحقيق الأرباح عن طريق المضاربة في تحويل المواد الأولية أو المواد المصنعة وفي نقلها وفي تبادلها... ويمكن ربط مجموع أعمال الإنتاج والتداول وحتى التوسط الواردة بالفصل 2 بهذا المفهوم ولهذا السبب مثلما تراه الأستاذة "دولاقرانج" كان لعبارة "المضاربة" معنى غامض عندما نعني بها صنف يختلف عن الأعمال الثلاثة المذكورة، ولهذا السبب أيضا لا نجد النية في التحصيل على الربح في الفصل الثاني في حين نجدها في الفصل الثالث وهو نصّ يمكن أن يشكّ البعض من كونه يضع تعريف للتاجر.[43]

وترى في نفس الوقت أنه يجب على القضاة قبول هذا المعيار كلما عرض عليهم نزاع لإثبات صفة التاجر لأحد الطرفين باعتباره يشكل معيارا حقيقيا للحرفة التجارية.[44]

إلاّ أن بعض الفقهاء يعارضون هذا المعيار كأساس لإثبات النشاط التجاري وهو بعيد كل البعد على أن يعمّم، فبعض الأطباء والمحامين يحققون أرباحا أكثر من الأرباح التي يحققها التجار الصغار ونجد مكاتب عدول يشابهون من حيث نشاطهم المصانع كما نجد مؤسسات فلاحية كبرى تحقق أرباحا كبيرة ولا تدخل في نطاق القانون التجاري وحتى التعاضديات التي ليس هدفها تحقيق الربح تتجه في جانب كبير نحو تحقيق القيمة المضافة عن طريق رفع سعر المنتوجات إنطلاقا من مكان الإنتاج.[45]

---

(42) Traité de droit commercial T.I. n° 103.

(43) الأستاذة دولاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 18.

(44) الأستاذة دولاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 18.

(45) A. Couret « Activités agricoles et activités commerciales » cette revue 1980 P 306.

3) نفس ما قيل في المضاربة يمكن أن يطبق على المعيار الثالث المقترح وهو فكرة المنشأة entreprise لتحديد مفهوم النشاط التجاري وهي النظرة التي دافع عنها الفقيه Jean Escarra [46] ففيها يتبلور جوهر النشاط التجاري ويتميّز عن التاجر الفرد، وهو على درجة معيّنة من الأهمية يمكن أن يكون في شكل شركة كبيرة وقادرة على الإستمرار والإنتقال من مالك إلى مالك حيث سيستمرّ الشخص المعنوى بإستمرار النشاط التجاري.[47]

ونرى أنّ المشرع التونسي لم يضع مفهوم المنشأة التجارية معيارا للنشاط التجاري ولم يتحدث عنه إلا عرضا في الفقرتين قبل الأخيرة من الفصل 2 وخصّه بنشاط الملاهي العمومية، والإشهار، والطباعة، والأخبار والأنباء، والإرشادات ونقلها.

وعلى كل فإن كانت المنشأة يمكن إعتبارها المنشّط لقانون الأعمال[48] فهي لا تشكل معيارا عاما للنشاط التجاري إذ كلّما وقع إعتمادها كأساس للتعريف ظهر الإختلال، فالمنشأة الفلاحية، والمنشأة الحرّة والمنشأة التعاضدية، والتعاونيات، والجمعيات (ويمكن أن تظهر أشكال أخرى من هذه المنشأة أكثر منها تعقيدا) كلها لا تخضع للقانون التجاري في حين أنها تستعمل نفس النظم القانونية التي تعتمدها المؤسسات التجارية أو الصناعية (طريقة التصرف، المحاسبة، الإشهار، الخضوع لقوانين السوق ...).

وهكذا فالبحث عن معيار عام للنشاط التجاري ينتهي دوما بخيبة أمل.

على كل فإذا كان لابدّ من إعطاء تعريف للنشاط التجاري ومن خلال ما سبق بيانه من مختلف الآراء نقول أن الأعمال الواقع تعدادها بالفصل الثاني من المجلّة التجارية

---

(46) Cours de Droit commercial, éd. 1952 P 61.

(47) - R. Houin et M. Pedamon op.cit. P 63.
- G. Grelon, « Les entreprises de service. Economica P 319.

(48) CL. CHAMPAUD, le droit des affaires, P.U.F., coll « Que sais-je ? » 1982.

بإستثناء الشراء والبيع وتأجير المكاسب التي يمكن أن تكون عمليات مدنية أو تجارية فإنها لا يمكن أن تظهر في غير النطاق التجاري إذا ما وقع مباشرتها على وجه الإحتراف بما تضمّنه هذا المفهوم من معنى المضاربة وتكرار نفس العمليات، وتداول الثروات، فالإحتراف الوارد بالفصل 2 أليس العلامة على النشاط التجاري ؟ [49]

2.1- الدعاوى المخصوصة بنظر الدوائر التجارية :

لعلّ أنّ أهم ما يثيره هذا العنصر من جدل يكمن في كون الدعاوى التي وضعها المشرع في الفقرة السابعة من الفصل 40 (جديد) من إختصاص الدوائر التجارية، هل هي مقيدة بالمعيار العام الذي وضعه بالفقرة الخامسة ؟ وقبل ذلك فيجدر بيان طبيعة تلك النزاعات.

1.2.1- طبيعة النزاعات المخصصة لنظر الدوائر التجارية :

لقد وردت الفقرة السابعة المذكورة بتخصيص الدوائر التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات إقتصادية أو تفليسها.

ووجه التفرقة بين الدعوى التجارية العادية والدعاوى التجارية المخصوصة مثلما يراه البعض هو أن المشرّع أعطى أهمية لهذا النوع من الدعاوى لا لقيمة النزاع وإنما لطبيعته والأثر الإقتصادي على المؤسسة.[50]

1.1.2.1- النزاعات المتعلقة بالشركات :

كما ورد بالنص الجديد فكل الدعاوى المتعلقة بتكوين الشركات، تكون من إختصاص الدوائر التجارية وليس من الضروري تعداد الحالات التي يمكن أن تحصل

---

[49] الأستاذة دو لاقرانج (نفس المرجع السابق) ص 22.

[50] القاضي السيد الطيب اللومي (نفس المرجع السابق) ص 19.

فيها النزاعات إذ شأن عقد تكوين الشركة كشأن بقية العقود مع مراعاة خصوصيات أنواع الشركات فهناك النزاع حول الشروط الموضوعية العامة لتكوينها وهي الرضاء والسبب والأهلية والشروط الخاصة، كتعدد الشركاء وتقديم حصة رأس المال وإقتسام الأرباح والخسائر وتوفر نية الإشتراك الخ....كما هناك الشروط الشكلية المتعلقة بكتابة العقد، وإشهاره فالقانون نظم كل نوع من أنواع الشركات ووضع أحكاما خاصة قد تثير العديد من النزاعات ترجع بالنظر للدوائر التجارية بتركيبتها الخماسية كما نصت على ذلك الفقرة السابعة من الفصل 40 المذكور.

غير أنّ أول الصعوبات التي يمكن إثارتها في صياغة نصّ الفقرة السابعة أنّ المشرع إستعمل عبارة الشركات دون وضع تخصيص لنوع تلك الشركات هل التجارية أم المدنية ويبدو أن التشريع التونسي لحدّ وضع تنقيح الفصل 40 م.م.م.ت. لا يعرف هذا النوع من الشركات المدنية باستثناء القواعد العامة للشركات طبق ما جاء بمجلة الإلتزامات والعقود ولا يمكن تبعا لذلك أن نتصور غير الشركات التجارية.

على كل يمكن القول أنّ المشرّع التونسي إنتهج في صياغته للنصّ الجديد للفصل 40 م.م.م.ت. باستعمال عبارة الشركات دون تخصيص، منهجا سليما، مثلما فعل بالنسبة للفقرة 2 من الفصل الثاني من قانون السجل التجاري الذي تزامن صدوره مع صدور تنقيح الفصل 40 م.م.م.ت. وذلك تحسّبا لظهور الشركات المدنية، التي لا تقلّ أهمية عن الشركات التجارية مثلما سبق بيانه علما أن أحد أنواع هذه الشركات المدنية وهي الشركات المهنية للمحامين هو بصدد الإعداد في مراحله الأخيرة.

غير أنّ ما يتطلب أكثر بيان، الإشكالات التي يمكن أن تطرح أثناء قيام نشاط الشركات. فكل الدعاوى المتعلقة بالعمليات والأعمال التي تقوم بها الشركة في نطاق نشاطها تكون مبدئيا من إختصاص الدوائر التجارية، وكذلك النزاعات

بين الشركاء التي تدخل في نطاق حياة الشركة فهي ترجع بالنظر أيضا للدوائر التجارية باعتبار أنّ موضوعها يكون مداره مصالح الشركة intérêts sociaux[51] وبعبارة أخرى فإنّ النزاع الذي ينشأ بين الشركاء فيما بينهم أو بين الشركاء والشركة يكون له إنعكاس على العقد الإجتماعي.[52] وهو ما أكدته محكمة التعقيب الفرنسية من أن "الدعاوى التي تقوم بها الشركة ضد أحد الشركاء لإلزامه بتنفيذ إلتزاماته كشريك بدفع حصصه التي وعد بدفعها أو بقية الحصص أو المساهمات في رأس المال فهي من إختصاص المحكمة التجارية ولو أنّ الشريك ليس له صفة التاجر".[53]

وكل نزاع بين الشركاء هو من إختصاص الدوائر التجارية وكذلك الأمر بالنسبة للنزاعات الممكن أن تثار بين أحد الشركاء والمدير أو الوكيل مهما كان موضوع العمل مدني أو تجاري كلما كان يتعلق بشركة تجارية. وقد اعتبر فقه القضاء الفرنسي أن مجرّد كون وكيل شركة ذات المسؤولية المحدودة ليس تاجرا فذلك لا يحول دون مقاضاته لدى الدوائر التجارية الواقع دعوته إليها بسبب أفعال متصلة مباشرة بإدارة الشركة التي تشكّل منافسة غير مشروعة منسوبة إليه والتي إقترفها بمناسبة ممارسته لها بصفة نائب الشركة باعتباره هو وكيلها القانوني[54] والنص الجديد لا يعارض هذه الفكرة باعتبار أن الأمر يهم الشركة ونشاطها.

غير أنه ولئن كانت الدوائر التجارية مختصّة في النزاعات المتعلقة بحل الشركات[55] أو تصفيتها فإن القانون الجديد لم يتعرض لصورة البطلان وهي حسب إعتقادنا لا تخرج عن الحالات الواقع تعدادها باعتبار أنّ البطلان أكثر

---

(51) Tri. Gr. inst. Seine; 29 Nov. 1960 RTD com. 1961, 109, obs. Rodière.
(52) Paris 17 oct. 1960 D. 1961, 199 note HEMARD.
(53) Rep. 25 oct. 1899. S. 1900. 1. 65.
(54) Cass. Com. 7 Avril 1967 D. s. 1968, 61, Note calais Auloy.
(55) Cass. Civ. II 13 Juill 1967 GP. 67.2. Somm. 13.

حالاته تكون ناتجة عن تكوين الشركات كوجود خلل في إجراءات التأسيس المتشعبة على غرار الشركات الخفية الإسم[56] مثل بطلان مداولات الجمعية العامة، أو بطلان الإكتتاب في رأس المال....).

2.1.2.1- النزاعات المتولدة عن الصعوبات المالية للشركات :

لقد احدث القانون عدد 34 لسنة 1995 لإنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات إقتصادية نظام التسوية القضائية غير أنه لم يتعرض لمسألة الإختصاص في النزاعات المتولدة عن تطبيق أحكامه وسرعان ما تدارك المشرع التونسي هذا الخلل الإجرائي بإصدار الفصل 40 م.م.م.ت. (الجديد) الذي أوكل مهمة النظر في هذه النزاعات للدوائر التجارية بتركيبتها الخماسية.

وبديهي أنّنا إذا تحدثنا عن الإختصاص الموضوعي فالأمر يمس بالنظام العام ولا يمكن الإتفاق على إسناد الإختصاص لغير الدوائر التجارية باعتبار أنّ تلك الشروط لا عمل عليها. لكن ما يمكن أن نسوقه في مجال إختصاص هذه الدوائر للنظر في النزاعات المتولدة عن تطبيق مقتضياته هو أن هذا النظام مثلما جاء بأحكام الفصل الثالث من القانون ينتفع به كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا وبالتالي فإن معيار الإختصاص يمكن أن يحدد بصفة الأشخاص موضوع التسوية القضائية.

فكل النزاعات المتولدة عن الصعوبات الإقتصادية للتجار والذوات المعنوية التي تتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا تكون من إختصاص الدوائر التجارية وهو المبدأ الذي أقره التشريع الفرنسي الخاص بالتسوية القضائية.[57]

---

(56) Cass. Civ. 10 Nov. 1897. S, 97, I, 505.

(57) L. n° 85-98, 25 Janv. 1985 art. 7
- M. Jeantin. Droit commercial; instruments de paiement et de crédit. Entreprise en difficulté 2ème edit. 1990. Dalloz. n° 608.

لكن بعض الصعوبات يمكن أن تثار بالنسبة للذوات المعنوية التي يمكن إعتبارها تجارية بالنظر إلى نشاطها مثل المجموعات ذات المصلحة الإقتصادية (نوع لا يزال غير معروف حاليا في القانون التونسي) الشركات المدنيّة، الجمعيات، فبالنسبة للنوع الأوّل يبدو أنّ فقه القضاء الفرنسي إعتبرها ذات نشاط مدني في غياب حجة مخالفة وإستبعد إختصاص المحاكم التجارية للنظر في دعواها.[58]

لكن هذا الحذر في إختصاص القضاء التجاري في النزاعات التي تخص بعض الجمعيات التي ينضوي تحتها نادي كرة قدم محترف إستبعده فقه القضاء الفرنسي الذي إعتبر أنّ هذه الجمعيات تمارس بطريقة إعتيادية أعمال تجارية بطبيعتها في إطار أعمال المضاربة، إذ أنّ جل مداخيلها لم تعد مخصصة لمواصلة نشاطها كجمعية وإنّما لمجابهة الكلفة الباهضة للاعبين المحترفين واعتبرت أن المحكمة التجارية مختصّة بالنظر في مآل الدعاوى التي تقيمها هذه الجمعيات.[59]

2.2.1- شرط التقيد بالمعيار العام :

يبدو هذا الجدل سابق لأوانه من ناحية كون النزاعات المنصوص عليها بالفقرة السابعة من الفصل 40 م.م.م.ت. عندما تحدثت عن الشركات قلنا أنها تعني بذلك وإلى صدور ما يخالفها الشركات التجارية وكل ما ينشأ من نزاعات تخص تكوينها أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها، أو النزاعات المتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات إقتصادية أو تفليسها وهي المؤسسات التي تتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا...، وعليه فإنه بحكم طبيعتها القانونية فهي إما تجارية بحسب القانون أو تجارية بحسب طبيعة الأعمال التي تمارسها

---

(58) CA. Paris, 1er ch. 9 déc. 1987. Bull. Joly, 1988. P 89 § 22; Rev. Sociétés, 1988 P. 104, obs. Y. Guyon.

(59) - CA. Amiens 3e ch. 20 Janv. 1989, A.S. Beauvais: Juris- Data n° 047976.
- T. Com. Marseille, 8 Avril. 1980 Olympique de Marseille: RDT com. 1980 P 589 obs. R. Houin et 1981 P 606 obs. Ph. Merle.

مثلما سبق بيانه، لكن الإشكال المطروح وبصرف النظر عما يمكن أن يثيره التطبيق حول إختصاص الدوائر التجارية بالنظر في عديد النزاعات الأخرى التي سوف نستعرضها في الجزء الثاني من هذه الدراسة فالذي يثير التساؤل هو عبارة نصّ الفصل 40 م.م.م.ت. الذي خصّ في فقرته الرابعة والخامسة الدوائر التجارية بالنظر في الدعاوى التجارية التي عرّفها ووضع شروطها أي يفهم منه الإطلاق من جهة ومن أخرى عبارة الشركات الواردة في الفقرة السابعة التي منها المدنية وكذلك الجمعيات. والقانون الفرنسي يجعل بعض أنواع الجمعيات تخضع للتسوية القضائية[60] فهل يستلزم لإخضاع هذه الشركات في نزاعاتها إلى نظر الدوائر التجارية تطبيق المعيار العام ؟ يبدو أن الجواب يكون بالنفي، إذ أنّ المشرع مثلما سبق أن وضحناه إستعمل عبارة الشركات دون تخصيص تحسبا لظهور هذا النوع الجديد من الشركات والتي أثبتت الحياة العملية أهميتها شيئا فشيئا في الدورة الإقتصادية.

2) الإشكالات التي يثيرها إختصاص الدوائر التجارية حسب النص الجديد :

من البديهي أن يثير إختصاص الدوائر التجارية حسب النص الجديد للفصل 40 عديد الإشكاليات حول الدعاوى التي لا تخضع للمعيار العام لتعريف الدعوى التجارية ولا للنزاعات الواردة تعدادها والتي ترجع بالنظر لها، ويرى البعض من الفقهاء أن في تحديد الإختصاص قصد المشرع إستبعاد جملة من النزاعات التي قد تعرض للتاجر عند ممارسته لنشاطه التجاري مثل الأعمال المختلطة (Les actes Mixtes)[61]

---

(60) T. com. Marseille 8 Avril 1980 préc.

(61) القاضي السيد الطيب اللومي (نفس المرجع السابق) صّ 18.
الأستاذ نور الدين الغزواني (نفس المرجع السابق) ص 337.

ولو كانت المعاملة حائزة على الصفة التجارية بحكم القانون كما لو تعلق الأمر بالتعامل بواسطة الكمبيالة، أو إستبعاد الأنشطة التجارية العرضية.

ولعل أنّ هذا النوع من الدعاوى لا يثير صعوبات من حيث التطبيق لوضوح المعيار بالنسبة لها فالدعاوي المبنية على عمل تجاري مختلط تعتبر تجارية بالنسبة لطرف واحد فقط من طرفيها بينما تظل مدنية بالنسبة للطرف الآخر حتى لو كانت المعاملة موضوعها ورقة تجارية وهي أكثر ذيوعا نظرا لكثرة عدد المستهلكين للسلع الذين يشترون حاجياتهم يوميا من التاجر.

فبديهي أن يخضع النزاع المتعلق بالعمل التجاري المختلط للنظام القانوني المدني وموقف المشرع من إستبعاد نظرها لفائدة القضاء المدني واضح، ولو أننا نحبّذ لو أنّ المشرع منح إمكانية خيار التقاضي للطرف غير التاجر حين يرفع دعواه على التاجر بين المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية وهو ما يعبّر عنه بنظام الخيار.[62]

أما الدعاوى المبنية على عمل تجاري عرضي فهي الأخرى لا تخضع لاختصاص الدوائر التجارية باعتبار أن التاجر الذي يتعامل مع شخص غير محترف التجارة كالفلاح حين يشتري إنتاجه الفلاحي فإن العمل هو مختلط فضلا عن كون الإستغلال الفلاحي بطبيعته عملا غير تجاري.[63]

إلاّ أنّ هناك بعض الحالات تطرح صعوبات في التطبيق نظرا لكونها تدخل في ممارسة العمل التجاري ويجب البحث في نظامها القانوني لتحديدها من حيث الإختصاص.

---

(62) Ripert et Roblot op. cit. n° 338.

(63) Ripert et Roblot op. cit. n° 177.

1.2- النظام القانوني لبعض أنواع النزاعات التجارية :

نعني بهذه النزاعات التي تخص الأعمال التجارية بالتبعية أي المرتبطة بالحرفة التجارية، والأعمال التي تظهر تجارية وهي في الحقيقة ليس لها تلك الطبيعة.

1.1.2- الأعمال التجارية بالتبعية :

لقد أورد الفصل الرابع من المجلة التجارية تأكيدا على كون الأفعال والأعمال القانونية التابعة لممارسة التجارة هي أعمال تجارية بالتبعية لكن هذا المعيار يصعب ضبطه إذ يجب البحث عن الغاية التي يرمي إليها ذلك العمل لمعرفة هل أنه يتعلق أم لا بالميدان التجاري.

والواقع أن هذه الفكرة مرّت بتطور كبير في تفسير معنى التبعية فانتقلت من الضرورة إلى الفائدة والمنفعة حتى وصل إلى مجرّد الإرتباط المادي بين العمل وصفة التاجر، فالعمل إذا تمّ بمناسبة الحرفة التجارية يكون تجاريا[64] دون أن يشرط أن يكون ضروريا لها، ولا حتى أن يكون فيه فائدة.

ولعل فقه القضاء الفرنسي يجسم هذه الفكرة بأن قضى باعتبار عملية شراء التاجر منزل لسكناه يكون قريبا من موقع محله التجاري لتسهيل عملية الاستغلال التجاري وكذلك قيامه بعمليات الترميم على منزله فيما بعد، هي كلها من قبيل الأعمال التجارية.[65]

إلاّ أنّ هذه النظرية أي الأعمال التجارية بالتبعية لا تستند فقط إلى أحكام الفصل الرابع من المجلة التجارية بصفته الأساس القانوني وإنما تستند كذلك إلى أسس واقعية جعلت القضاء يتوسع في مثل هذا التطبيق باعتماد نظرية الفرع يتبع

---

(64) Ripert et Roblot op. cit. n° 305.

(65) Trib. Seine. 15 Mars 1966 Gaz. Pal 1966. 2. P 11.

الأصل ويطبق نظاما قانونيا واحدا عليها بحيث يطبق القانون التجاري على كل ما يتبعه من أعمال باعتبارها فروعا تتبع الأصل ليشمل ذلك أيضا قاعدة الإختصاص، ويضاف لها كل الأعمال المتشعبة المختلفة التي يقوم بها التاجر وهو يمارس حرفته التجارية إذ أنّ النشاط القانوني والعملي للتاجر هو ذا أهمية ومعقّد وتختلط فيه الأعمال تجارية ومدنية لها إرتباط بنشاطه التجاري وطالما كان الهدف الأخير هو خدمة النشاط الأصلي فيكون من المصلحة أن تنطبق قواعد القانون التجاري على كل عناصر هذا النشاط.[66]

والأساس الأخير الذي يعتمده الفقهاء في تبرير تبعية العمل التجاري للأصل مصدره ناشىء عن موقف فقه القضاء الذي لم يعد يكتفي باعتبار الأعمال التي يقوم بها التاجر في نطاق نشاطه تعتبر كلها تجارية وإنما وضع قرينة على أنّ كل الأعمال التي يقوم بها التاجر تعتبر لضرورة إستغلاله لتجارته واعتبر هذه القرينة قاعدة قانونية ملزمة لقضاة الموضوع[67] مع إستثناء صنف معين من الأعمال التي بطبيعتها تبقى أعمال مدنية كعقود الزواج والقسمة والإرث.

ومن ذلك كله يتبيّن مدى إتساع تطبق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية حتى تشمل كل الأعمال التي تحيط بحرفة التاجر وتطبّق عليها نظاما قانونيا واحدا هو نظام القانون التجاري بما يشمله من تطبيق القواعد الموضوعية وقواعد الإختصاص.

2.1.2- الأعمال التجارية بحسب الظاهر :

ليس هذا النوع من الأعمال نوعا جديدا وإنما حتمه واقع المعاملات التجارية إذ القانون التجاري لا يصرّ على معرفة واقع الحق وإنما يستند للظاهر فيقبل السندات بدون أن يبحث عن سببها القانوني[68] وبالتالي فهو يتجنب كثير

---

(66) Ripert et Roblot op. cit. n° 306.
(67) Ripert et Roblot op. cit. n° 307.
(68) Ripert et Roblot op. cit. n° 73.

النزاعات بناء على هذه الفكرة مما جعل كثير الفقهاء وشرّاح القانون التجاري يولون أهمية كبرى للوضعيات الظاهرة[69] والتي يسميها البعض وضعية التاجر الفعلي، إذ في أغلب الأحيان وبمناسبة إثارة الإختصاص القضائي تكون المحكمة مدعوة للتصريح بأن الشخص الطبيعي أو المعنوي له صفة التاجر أم لا.

والبحث في نظرية الظواهر يمكّن على الأقل من تذليل بعض الصعوبات التي تعترض فقه القضاء في مسألة تحديد الإختصاص. فممارسة الحرفة تتطلب نمطا من الحياة لا يمكن إخفاؤه على العموم. فالتاجر بحكم علاقته مع حرفائه يكوّن ويحافظ عليهم بما يضعه على ذمتهم من تجهيزات وما يقدمه لهم من منتوج وبتواجد ما يسمّى بالأصل التجاري يمكن معرفة التاجر. لكن هناك حالات يمارس فيها الشخص الأعمال التجارية مستترا وراء شخص آخر مستخدما إسمه فيبدو هذا الشخص الظاهر وكأنه هو التاجر والخلاف في هذا النوع من النشاط يتمحور حول معرفة من يكتسب صفة التاجر؟ فحسب مقتضيات الفصل 46 م.ت. تعرض المشرع التونسي إلى ضبط هذه الروابط القانونية في نوع معين من الشركات وهي شركات المحاصّة واعتبر أنه "لا يكون لغير الشركاء رابطة قانونية إلاّ بالشريك الذي تعاقدوا معه". وهو بذلك يقبل الشخص الظاهر دون الشخص المستور. بينما هناك من يرى أنّ الشخص المستور هو التاجر الحقيقي وهي الفكرة التي تبناها فقه القضاء الفرنسي في بعض قراراته بأن "الشخص الذي يقوم بأعمال تجارية مستترا يمكن إخضاعه لإجراءات التسوية القضائية".[70]

فاعتماد هذه النظرية له أهمية عملية في القانون التجاري مما يبرّر قبولها كنظام قانوني لإقرار مبدأ قيام مسؤولية صاحب الأصل التجاري الذي لم يشهر عقد الوكالة الحرّة، والشركة الباطلة التي تعتبر شركة فعلية، وقيام مسؤولية

---

(69) J. CALAIS - AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial Thèse Montpellier, 1959; LESCOT, le Mandat apparent, J. C. P. 1964. I. 1826.

(70) Aix 9 Mai 1978; D.S. 1980, I.R. , 9, obs. Vasseur.

الشركة إزاء الغير الذي تعامل مع الهياكل الظاهرة للمؤسّسة، والإعتراف بحق حامل السند بمجرّد كونه حائزه، واعتبار الأملاك التي في حوزة المدين تابعة لأموال المؤسسة التي في طور التسوية القضائية.

فكلّ هذه الحالات تبرز مدى أهمية الأعمال الظاهرة في إكساب صفة التاجر إزاء الغير ولو كانت عناصر الإحتراف غير متوفّرة فيه، بجعله يلتزم بآثار إكتساب تلك الصفة وتحمله تبعتها كأن يقع مقاضاته لدى القضاء التجاري.

2.2- الإشكاليات المطروحة من حيث مبدأ الإختصاص التجاري :

مثلما سبق أن أشرنا إليه سابقا فإنّ الدوائر التجارية ذات إختصاص إستثنائي أي لا تتعهّد بالنظر خارج إختصاصها فهي تنتصب كهيئة قضائية حكمية في الدعاوى التجارية سواء إبتدائيا أو إستئنافيا.

وإذا أثيرت أمام الدائرة التجارية مسألة توفيقية Une question préjudicielle من إختصاص غير الدائرة التجارية، أو دعوى فرعية أو عارضة، أو معارضة حصل دفع بعدم الإختصاص أو تنازع فيه أو إعتراض أو تداخل فكلها صور من شأنها أن تحدث صعوبات حول موضوع الإختصاص يتعيّن التلميح لها ولو بإيجاز.

1.2.2- الإختصاص في المسائل التوقيفية :

لا تنظر الدوائر التجارية إلا في الدعوى التي حدّدها لها النصّ القانوني. لكن يحدث أن يثير الطرف المطلوب مسألة واضحة لا يتوقّف من جرّائها النظر، بحيث يبتّ فيها القاضي التجاري كبقية عناصر القضية ولا تتميّز على غيرها، وإذا ما إستوجبت الدعوى نظرا خاصّا، ومستقلا كأن تطرح أمام القاضي التجاري مسألة ترجع بالنظر أصلا للقاضي المدني كمعرفة طبيعة أشغال أو طبيعة عقد فعليه توقيف نظره في الدعوى وإرجاء الحكم، لتمكين الأطراف من الرجوع إلى القاضي المختصّ، ثم يتولّى القضية من جديد على ضوء ما قضي به

في المسألة التوقيفية[71] بسعي من الطرف الأحرص، وليس للدائرة التجارية أن تبتّ فيها بدعوى أنها تصدر أحكامها باسم المحكمة الإبتدائية أو أنها دائرة من دوائر تلك المحكمة[72] إذ أنّ الدوائر التجارية بموجب قانون إحداثها أصبحت ذات كيان مستقلّ، وهي التي يثار أمامها الإختصاص التجاري النوعي فتكون مختصّة أو غير مختصّة وفقا لما كانت الدعوى تجارية أو غير تجارية.

2.2.2 - الإختصاص في الدعوى العارضة أو الفرعية أو المعارضة :

الدعوى العارضة أو الفرعية مثلما عرّفها الفصل 226 م.م.م.ت. هي التي يدعى فيها الطالب ما دامت القضية بصدد التحضير بأيّة دعوى متعلّقة بالدعوى الأصلية والتي لا تقبل إلاّ إذا كانت أسبابها موجودة وقت القيام بالدعوى الأصلية.

فهذه الدعوى لا يمكن القيام بها أمام الدائرة التجارية المتعهّدة بالنظر بالطالب الأصلي إلاّ إذا كانت أسبابها ترجع بالإختصاص الموضوعي لتلك الدائرة بناء على قاعدة الإختصاص القانونية لهذه الدائرة أي أنها لا تنظر فيما أثير لديها إذا لم يكن من مشمولات نظرها حكميا، وعليها حسب مبدأ الإختصاص أن تتخلّى على ذلك الطلب الفرعي لفائدة الهيئة القضائية المختصّة للبتّ فيها فيصبح ما أثير لديها كطلب فرعي، أصلي لدى المحكمة المختصة.[73]

وكذلك الشأن بالنسبة للدعوى المعارضة التي كيفما عرفها الفصل 228 م.م.م.ت. هي من مشمولات المطلوب لردّ الدعوى الأصلية أو المقاصة أو طلب غرم الضرر المتسبب عن النازلة، فهي لا تكون إلاّ في حدود الإختصاص الموضوعي لتلك الدائرة[74] غير أنه في الصورة التي يكون فيها النزاع غير قابل

---

(71) Civ. 24 Oct. 1904. D.P. 1907, I, 382.
Civ. 6 Fév. 1924. D.P. 1924, I, 161.

(72) الأستاذ نورالدين الغزواني (نفس المرجع السابق) ص 341.

(73) Civ. 30 Juin 1938. D.H. 1938. 467.

(74) Paris 5 Mai 1982 Gaz pal. 1982. I. Somm. 66.

للتجزئة كوجود دين في نفس الوقت له صبغة مدنية وتجارية فإن النزاع المثار حوله يبقى من أنظار القضاء المدني مثله مثل الدعاوى التي أساسها عمل مختلط.[75]

3.2.2 - الإختصاص في التداخل والإعتراض :

تثير هذه المسألة أيضا بعض الصعوبات من حيث إختصاص الدوائر التجارية التي لا تنظر إلا في الدعاوى التي بين التجار وتهمّ نشاطهم التجاري.

والتداخل مثلما جاء بالفصل 224 من م.م.م.ت. هو إمكانية خولها القانون للغير الذي له مصلحة في القضية الذي لم يقع إستدعاؤه فيها أن يتداخل فيها في كل طور من أطوارها ليكون الحكم منسحبا عليه.

فإذا شمل هذا التداخل شخصا غير تاجر فكيف يمكن مقاضاته أمام الدائرة التجارية في حين أن نظرها يقتصر على الدعاوى بين التجار؟ والأمر كذلك بالنسبة للإعتراض باعتبار أن هذا الإجراء خوّله الفصل 168 م.م.م.ت. كذلك لكل شخص لم يسبق له إستدعاء للتداخل في النازلة، الإعتراض على الحكم الصادر فيها والمضرّ بحقوقه، فالأمر بالنسبة لهذين الصورتين يمكن أن يكون الطرف سواء المتداخل أو المعترض شخص غير تاجر.

لعل أنه قياسا على ما إعتمده التشريع الفرنسي في هذا المجال بالنسبة للإجراءات الجماعية الخاصة بالتسوية القضائية يمكن تطبيقه بالنسبة لصورتي التداخل والإعتراض ذلك أن أحكام الفصل 7 من قانون التسوية القضائية[76] التي تعرض إلى إختصاص المحاكم التجارية في هذه المادة جاء ناصا على أنه "إذا ظهر أن الإجراءات المفتوحة يمكن أن تمتد إلى أطراف أخرى فإن المحكمة المختصة في الأول تبقى هي المختصة بالنظر"[77] ضمانا لوحدة إجراءات التقاضي.

---

(75) Paris 2 Mai 1983 : D. 1984. 347.

(76) Loi n° 85 - 98 du 25 Janv. 1985 (J. O. 26 Janv. 1985).

(77) M. Jeantin op. cit. n° 608.

4.2.2- تنازع الإختصاص :

يمكن أن تثار مسألة تنازع الإختصاص نظرا لعدة إعتبارات، إذ يرى بعض الشرّاح أن هناك سببين رئيسيين يتمثّل الأول في إختصاص الدائرة التجارية، وهو إختصاص إقصائي أي أنّ الدعاوى التجارية إذا ما توفّرت شروطها فهي تكون من أنظارها دون المحكمة الإبتدائية متألّفة من القضاة العدليين، أما الثاني فهو في طبيعة الدعاوى التي تنظر فيها والتضييق في نطاق إختصاصها.[78]

ولعلّ في هذا المجال يتعيّن توضيح بعض المسائل التي يمكن أن يثيرها التطبيق في هذا النوع الجديد من الإختصاص.

فالشخص الذي يثير عدم إختصاص المحكمة المتعهّدة بالنظر في الدعوى فهو يدفع بعدم الإختصاص وهذا الدفع يجب إثارته وتأييده قبل كلّ جواب في الأصل.

إلاّ أنّ القاضي الذي أثير لديه الدفع بعدم الإختصاص وقبله عليه التخلّي لعدم الإختصاص إذا كان النزاع من مشمولات محكمة أخرى بدون بيان هاته المحكمة المختصّة.

والقاضي الذي يرفض الدفع ويقبل النظر في الدعوى له أن يبتّ في الإختصاص مع الأصل عملا بمبدأ "قاضي الأصل هو قاضي الدفع".

ولقد أثير الجدل في هذه المسألة لدى القضاء الفرنسي بناء على أن فقه القضاء ذهب إلى إعتبار أنه إذا صرحت المحكمة التجارية بالإختصاص فإن نظرها في أصل الموضوع يكون له نفوذ ما إتصل به القضاء[79] وكان هذا الإتجاه قد أكّدته محكمة التعقيب الفرنسية في قضية كان صاحبها ممثل شركة وقع مقاضاته من طرف هذه الأخيرة لدى المحكمة التجارية فأثار مسألة عدم الاختصاص باعتباره يشتغل كنائب

---

(78) الأستاذ نور الدين الغزواني (نفس المرجع السابق) . ص 340.

(79) Ass. plén. 26 Mai 1967. D. 1967 Somm. 96; Bull. civ. n° 4 p 5.

متجول يخضع لنظام النواب المتجولين والوكلاء المروّجين الذي تنظّم أحكامه مجلة الشغل، فقبلت المحكمة التجارية هذا الدفع بعدم الإختصاص، فقام ممثل الشركة أمام مجلس العرف بقضية في طلب تعويض الغرامات، غير أن مجلس العرف وبدون الأخذ بعين الإعتبار حكم المحكمة التجارية قضى بدوره بعدم الإختصاص بمقولة أن الطالب ليس من صنف النواب المتجوّلين وأقرت محكمة الإستئناف الفرنسية قرار مجلس العرف معللة ذلك بأن الحكم المتعلق بعدم الإختصاص ليس له نفوذ ما إتصل به القضاء بالنسبة لأصل الدعوى.

لكن لم يكن ذلك موقف محكمة التعقيب التي نقضت القرار الإستئنافي بسبب أن البحث في طبيعة العقد قد أحرز على نفوذ ما إتصل به القضاء بإعتباره عقد غير تجاري[80] ولعل أن هذا الإتجاه هو الذي دعّمه الفصل 95 م.م.م. فرنسي جديد الذي إقتضى أنه "إذا أصدر القاضي حكما في مسألة الإختصاص ثم بت في الموضوع من حيث الأصل فإن حكمه في المسألة الأصلية يكون له نفوذ ما إتصل به القضاء". وهو إتجاه عارضه الفقهاء باعتبار أن الحكم الصادر حول الدفع بعدم الإختصاص في حدّ ذاته ليس له نفوذ ما إتصل به القضاء إلا فيما يخصّ ذلك الدفع.[81]

والقاعدة المطلقة في تنازع الإختصاص هي القاعدة الإجرائية العامة إذ يرى البعض من الفقهاء أنه ليس على الدائرة التجارية أن تحيل ملف القضية التي تخلت عنها إحالة إدارية إلى المحكمة الإبتدائية ولو كانت هذه الأخيرة هي المختصة بالنظر بحيث عليها أن ترفع يدها عن القضية بمجرّد أن تصرّح بالحكم فيها بعدم الإختصاص وما على الأحرص من الطرفين إلا إعادة نشر القضية من جديد أمام المحكمة المختصة أو الطعن في الحكم أمام محكمة الإستئناف.[82]

---

(80) Rev. Trim. dr. civ. 1964, 799, obs. HEBRAUD.

(81) Solus et Perrot, Droit Judiciaire Privé T. 1 p 288 n° 311; voir aussi t. 2. n° 693 et 785.

(82) الأستاذ نور الدين الغزواني (نفس المرجع السابق) ص 341.

تطور القضاء التجاري بتونس

بقلم السيد محمد الصالح السبري

قاضي بالدائرة التجارية

بالمحكمة الإبتدائية بتونس

لئن كانت التجارة من أقدم المهن التي عرفها الإنسان فإن المنازعات التجارية التى تنشأ بين التجار عرفت بدورها منذ أقدم العصور. وقد عمل المسؤولون في كل حقبة من الحقبات التاريخية على إيجاد من ينظر فيها ويتعامل معها بنفسية وطبيعة وسلوك أصحابها التجار. فلم تخرج الألواح الاثني عشر لحمورابي عن هذه القاعدة وتضمنت بدورها أحكاما تتعلق بالتجار وفض النزاعات الناشئة بينهم وكذلك الأمر بالنسبة للقانون اليوناني والروماني.

والمحاكم التجارية تجد أصولها في تاريخ أوربا للقرن الرابع عشر إذ ظهر بإيطاليا ما يعرف بالقضاء القنصلي الذي تطور فيما بعد إلى قضاء المعارض ثم إلى المحاكم التجارية التي انتشرت بأكبر المدن الأوروبية التي تطورت فيها التجارة.

أما فرنسا التي صدر بها منذ منتصف القرن السادس عشر أول نص يتعلق بالمادة التجارية أي سنة 1350 وذلك بإعلان صادر عن "فيليب السادس" فقد انفردت بفكرة إرساء القضاء التجاري وتكوين محاكم تجارية بعد أن عدلت عن هذه الفكرة عديد "الدول التجارية" مثل هولندا التي حذفتها سنة 1827 واسبانيا سنة 1868 وايطاليا سنة 1888. في حين ان دولا أخرى لم تعرفها إطلاقا مثل سويسرا. ففي سنة 1560 صدر في فرنسا نص يتعلق بفض المنازعات بين التجار عن طريق التحكيم ووفق قواعد العرف التجاري في باريس وليون

وليموج. ثم سرعان ما عرفت فرنسا المحاكم التجارية بشكل مكتمل وواضح وذلك في عهد الملك شارل التاسع وهي تتركب من قضاة من التجار يسمون بالمستشارين.

والجدير بالذكر ان المحاكم التجارية في فرنسا تعتبر من المؤسسات التي تمكّنت من تجاوز الازمات المتتالية والفترات التشريعية التي صاحبت الثورة الفرنسية فظهر أول قانون منظم لها سنة 1790 قانون 16-24 أوت. ولعل أكبر مبرر للإبقاء على وجود القضاء التجاري واستمراريته - إبان الثورة الفرنسية رغم تقويضها لكامل النظام القضائي الفرنسي الموروث والسابق لحدوثها سنة 1789، هو اعتماد هذه المحاكم مبدأ الانتخاب لأعضائها. وما لمبدأ الانتخاب من تأثير في ذلك الوقت وهي طريقة تتماشى مع طبيعة الثورة الفرنسية الرامية لتحقيق الديمقراطية في جميع المجالات المتعلقة بالسلطة بصفة عامة.

وقد كان للقضاء التجاري أنصار من فقهاء القانون دافعوا عنه باعتبار سرعته في البتّ في القضايا ومصاريفه غير المشطة واعتماده في فصل النزاعات على الصلح وتطبيق قواعد العدل والإنصاف. بالإضافة إلى كونه يتألف من تجّار لهم دراية ومعرفة بعرف التجارة ونفسية التاجر.

وفي المقابل هناك من يناهض هذا الصنف من القضاء باعتباره يتألف ممّن لا دراية لهم بالعمل القضائي وليس لهم معرفة دقيقة بالنصوص القانونية والقدرة على تفسيرها وتأويلها. كما أن القضاء لا بدّ أن يكون بأيدي القضاة حتى لا يكون هناك من يصدر أحكاما من غير القضاة ومن يرغب في الإلتجاء لغير السلك القضائي فعليه بالتحكيم.

ولعل السبب في عدم وجود محاكم تجارية بتونس يرجع إلى مسألة السيادة وفكرة الوحدة المهنية بعد الاستقلال التي سيطرت على كامل مظاهر الحياة السياسية والتنظيمية فوقع توحيد القضاء ووحّد هيكلي الوكلاء والمحامين.

غير أن الحقيقة أن بلادنا لم تجهل فكرة القضاء التجاري ففي تاريخها الحديث ما يفيد وجود هيئات مختصة للنظر في النزاعات بين التجار ومن ذلك ما يسمى "لجنة العشرة" التي وجدت في القرن السابع عشر ومؤسسة "الأمين" الذي كانت له مهمات مختلفة ومن ذلك زيادة على مراقبة أحوال الحرفة وحماية المستهلكين فضّ النزاعات التي قد تنشب بين الحرفيين وأجرائهم من جهة وفيما بين الحرفيين الذين لبعضهم صفة التاجر كذلك من جهة أخرى (الجزء الأول).

أما اليوم فإن بلادنا إيمانا منها بأنّ المهم في العمل القضائي هو نجاعته وفصله للنزاع بأسرع ما يمكن مع المحافظة على جعل القضاء هو المختص في فضّ النزاعات بين مختلف فئات المواطنين مهما كان نوع نشاطهم حفاظا على وحدة هيكل القضاء فقد تمّ إرساء نظام القضاء التجاري وذلك بأن وقع المزج بين النظام الفرنسي الذي يجعل المحكمة التجارية تتركب من تجار فقط والنظام الذي يأخذ بفكرة القضاء يكون بيد قضاة محترفين موفقا بذلك بين النظامين (الجزء الثاني).

والملاحظ أن الدافع إلى إحداث نظام القضاء التجاري هو ضرورة جعل المنازعات بين التجار يُبتّ فيها بمشاركة التجار أنفسهم لما لهم من معرفة بميدانهم التجاري أكثر من غيرهم وما يتوفر لديهم من حسّ تجاري ومعرفة ودراية بضرورة فصل المنازعات التي تنشأ بينهم بمناسبة عملهم التجاري في أسرع وقت ممكن تماشيا مع طبيعتهم التجارية وعرفهم التجاري وكرامة وشرف المهنة.

والقضاء التجاري تعريفا هو قضاء استثنائي مختص بالنظر في القضايا والنزاعات التجارية ويمتاز بكونه يضمّ إلى جانب قاض محترف أو أكثر أعضاء من صنف التجار.

بعد هذه المقدمة التي ترمي إلى تحديد جوانب الموضوع سنحاول أن نلقي نظرة تاريخية على تطور القضاء التجاري بتونس.

الجزء الأول - القضاء التجاري بتونس في العهد القريب :

الحقيقة أن تونس لم تجهل فكرة القضاء التجاري ففي تاريخها القريب ما يفيد وجود هيئات مختصة بالنظر في النزاعات القائمة بين التجار وخاصة في الفترة التي سبقت مرحلة الحماية وقد تواصل عمل هذه الهيئات إلى ما بعد انتصاب الحماية الفرنسية بتونس. وبعد إحداث المجالس الإبتدائية التونسية وما تبعها من محاكم الاستئناف أصبحت هذه المحاكم تعالج القضايا التجارية على ضوء العرف والمبادئ العامة التي وردت بالمجلة التي صدرت فور الإعلان عن عهد الأمان.

الفرع الأول - القضاء التجاري بتونس قبل الحماية وأثنائها :

في ظل الحكم المطلق الملكي بتونس بدأ التدخل الأجنبي ينال من السيادة الوطنية نيلا خطيرا. هذا التدخل كان من أبرز مظاهره تعدّد المحاكم القنصلية المنبثقة عن المعاهدات المبرمة بين عديد من الدول الأوروبية وبين الماسكين بزمام الحكم المطلق في تونس وقد كان القناصل يعملون في غير توان على تأويل صلاحياتها تأويلا عاما ليشمل القضايا التي يشجر فيها خلاف بين التونسيين والأجانب. وأكثر القضايا التي كانت تنشأ بين هذين الطرفين انما هي القضايا التجارية. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أهم ما تعنى به تلك المعاهدات إنما هي المجالات التجارية حتى اصطلح على تسميتها "بمعاهدات سلم وتجارة".

تلك الحقبة التاريخية أخذت تعجّ بدعاة الإصلاح الذين واكبوا التفتح الذي هل فجره في الشرق بصفة عامة قبل الاحتلال الفرنسي لتونس من أمثال محمد العربي زروق والجنرال حسين والجنرال خير الدين وأحمد بن أبي الضياف وغيرهم ممن كانوا يعملون على الإطاحة بالحكم المطلق الملكي بتونس.

وقد كانت مجموعة الاصلاح عهد ذاك تتبرّم من التدخل الأجنبي على حساب التجارة التونسية خاصة بعد أن أصبحت تونس مجالا هاما للمعترك التجاري من طرف كثير من البلاد الأوروبية المطلة على حوض البحر الأبيض المتوسط : لذلك عملت تلك المجموعة على بثّ الوعي التجاري في كثير من الطبقات التونسية مصطبغا للوعي القومي الهادف للدفاع عن الكيان الوطني. وكان التجني الذي تبديه بعض القنصليات وخاصة القنصلية الفرنسية هي العقبة التي تعترض طريقهم الاصلاحي خاصة وأن الباي طالما وهن أمام بعض التعسّفات التي كان يبديها بعض القناصل.

بيد أن عرفاء التجارة من التونسيين الذين كانوا معترفا لهم بصلاحية البتّ في الخلافات التجارية التي تنشأ بين التونسيين وبين الأجانب طبقا للعرف التجاري التونسي كانوا من الدراية والصمود ما يجعلهم يقفون دائما إلى جانب ما يرونه الحق في ما يعرض عليهم من قضايا خاصة منها ما يعرضه عليهم الباي أو أحد الوزراء من الخلافات التجارية الناشئة بين أجانب وتونسيين. ذلك أنهم كانوا يبدون رأيهم البات في وجه الفصل الذي يرونه ويشهدون على ذلك عدلين يتوليان إشهار الحكم طبق ما هي الطريقة في ذلك الصدد ومن ذلك القبيل. من ذلك الخلاف الذي شجر بين التاجر صالح بن صالح وبين باولو نياكواريتا من أجل صفقة زيت باعها الأول للثاني ثم ادعى هذا الأخير بعد مضي أعوام أن البضاعة أرسلت لإحدى البلاد الاوروبية وتبين عند وصولها لأربابها أن بها غشا. فقد قرّر العرفاء من التونسيين عن سبيل الحكم أنه لا يمكن سماع هذه الدعوى نظرا لما اقتضاه العرف من "أن الشيء الذي يقبض بالكيل أو بالعد أو بالوزن لا جهل فيه لمن قبضه ولا رجوع لقابضه بعد ذلك على الدافع" حسب الحجة العادلة المؤرخة في 16 من رمضان سنة 1253 الموافق لسنة 1837.

ومن يطلع على الحجج العادلة المحفوظة بخزينة الوثائق وكذلك المراسلات التي كانت تتداول بين أمين التجارة المرحوم حسونة الوزير وغيره من الأمناء وبين بعض الوزراء يلحظ المدى الوسيع الذي كانت تتناوله أحكام العرفاء المعينين من طرف السلطة في القطاع التجاري وخاصة ما يهم موضوع التفليس في أدق صوره ومشكلاته بما لا يبعد عن الأحكام المتعارف عليها في القوانين المعاصرة في خصوص نتائج الحكم بالتفليس وإدارة أموال المفلس وعرقلة مكاسبه وتحرير الديون التي عليه والصلح بأقسامه وإعادة الأعتبار... والكثير من هذه المحررات كان المشهد فيها أو محررها حسونة الوزير الذي تشهد الآثار الكتابية على انه كان يمثل التفتح الذهني في المجال التجاري والضلاعة فيما جرى به العمل التونسي وسانده الكثير من القوانين الأجنبية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن طائفة المصلحين الذين كانوا يعملون على التنقيص بقدر الإمكان من نفوذ المحاكم القنصلية اغتنموا فرصة الظروف التي كانت تدعو لإصدار قانون عهد الأمان فعملوا من ناحيتهم على حمل محمد باي ثم أخيه الصادق باي في أن يقع إصدار ذلك القانون لتضمنه في جملة ما تضمنه احداث محكمة خاصة بالتجارة.

وبالفعل تم الاعلان عن ذلك العهد من طرف محمد باي ثم اصداره من طرف أخيه الصادق باي على ما هو معروف. وفي خصوص المحكمة التجارية كان محمد باي أصدر في 22 ذي الحجة سنة 1274 الموافق لـ 9 سبتمبر 1857 منشورا عرض فيه لما يعتزم إجراءه من إصلاحات دستورية وقضائية وقد ورد بفقرته السابعة بالخصوص ما يلي : "أن نجعل مجلسا للتجارة برئيس وكاتب وأعضاء من المسلمين وغيرهم من رعايا أحبابنا الدول للنظر في نوازل التجارة بعد الاتفاق مع أحبابنا الدول العظام في كيفية دخول رعاياهم تحت حكم المجلس كما يأتي إيضاح تفصيله قطعا لتشعب الخصام".

وقد كانت هذه الفقرة مملاة من طرف الطائفة المصلحة من التونسيين على اعتبارها مرحلة ربما تؤدي إلى التنقيص من نفوذ المحكمة القنصلية في ناحية هامة هي ناحية التجارة التي لها وثيق الاتصال بالاقتصاد الوطني.

ومن المعروف ان الصادق باي الذي أصدر عهد الامان قد عمل على نفاذ البعض من مقتضياته بانتصاب المجالس لممارسة الحكم. وفعلا تمّ انجاز ذلك في اليوم الخامس عشر من شوال سنة 1277 الموافق لأفريل 1861، فيما عدا المحكمة التجارية.

ذلك أن سنّ القانون التجاري قد تأخّر نظرا لما كان يهدف إليه دعاة الإصلاح من اضفاء الصلاحية للمحاكم التجارية التونسية في أن تقضي فيما يشجر بين التونسيين وبين غيرهم من الأجانب طبقما أشارت له الفقرة السابعة من المنشور الآنف الذكر. وقد طال الجدل في هذا المجال بين الطرف التونسي وبين قناصل الدول الأجنبية. وعمل الطرف الثاني على الإطاحة بعهد الأمان الذي حاول بالأخص فتح ثغرة في حصين التدخل القنصلي في القضاء. غير أن رواد الإصلاح لم تفتر عزائمهم رغم ذلك، فلا يزالون بالباي حتى انصاع لهم في بعض المناهج. وفي مجال القضاء التجاري أصدر الباي أمرا مؤرخا في 2 ربيع الثاني سنة 1279 سبتمبر 1863 يقضي بانتداب لجنة يرأسها الوزير محمد خزندار مؤلفة من الشيخ محمد الطاهر بن عاشور والشيخ أحمد بن أبي الضياف ومحمد العزيز بوعتور وأحمد الوزير وحسونة الحداد لتدوين قانون التجارة على أن تجتمع اللجنة بالوزارة الكبرى كل يوم ثلاثاء من كل أسبوع لتحرير أصول ما ذكر وفصوله. والتأمت تلك اللجنة في عديد الاجتماعات وانتهت لتحرير لائحة قانون تجاري ذي مائتين وثلاثة وخمسين فصلا وعرضت على الباي تلك اللائحة. فأصدر أمرا ثانيا مؤرخا في 10 جمادى الثانية سنة 1280 (نوفمبر 1863) تضمن الإذن لأعضاء اللجنة في تلاوة اللائحة تلاوة ثانية فاجتمعت

وقد كانت هذه الفقرة مملاة من طرف الطائفة المصلحة من التونسيين على اعتبارها مرحلة ربما تؤدي إلى التنقيص من نفوذ المحكمة القنصلية في ناحية هامة هي ناحية التجارة التي لها وثيق الاتصال بالاقتصاد الوطني.

ومن المعروف ان الصادق باي الذي أصدر عهد الامان قد عمل على نفاذ البعض من مقتضياته بانتصاب المجالس لممارسة الحكم. وفعلا تمّ انجاز ذلك في اليوم الخامس عشر من شوال سنة 1277 الموافق لأفريل 1861، فيما عدا المحكمة التجارية.

ذلك أن سنّ القانون التجاري قد تأخّر نظرا لما كان يهدف إليه دعاة الإصلاح من اضفاء الصلاحية للمحاكم التجارية التونسية في أن تقضي فيما يشجر بين التونسيين وبين غيرهم من الأجانب طبقما أشارت له الفقرة السابعة من المنشور الآنف الذكر. وقد طال الجدل في هذا المجال بين الطرف التونسي وبين قناصل الدول الأجنبية. وعمل الطرف الثاني على الإطاحة بعهد الأمان الذي حاول بالأخص فتح ثغرة في حصين التدخل القنصلي في القضاء. غير أن رواد الإصلاح لم تفتر عزائمهم رغم ذلك، فلا يزالون بالباي حتى انصاع لهم في بعض المناهج. وفي مجال القضاء التجاري أصدر الباي أمرا مؤرخا في 2 ربيع الثاني سنة 1279 سبتمبر 1863 يقضي بانتداب لجنة يرأسها الوزير محمد خزندار مؤلفة من الشيخ محمد الطاهر بن عاشور والشيخ أحمد بن أبي الضياف ومحمد العزيز بوعتور وأحمد الوزير وحسونة الحداد لتدوين قانون التجارة على أن تجتمع اللجنة بالوزارة الكبرى كل يوم ثلاثاء من كل أسبوع لتحرير أصول ما ذكر وفصوله. والتأمت تلك اللجنة في عديد الاجتماعات وانتهت لتحرير لائحة قانون تجاري ذي مائتين وثلاثة وخمسين فصلا وعرضت على الباي تلك اللائحة. فأصدر أمرا ثانيا مؤرخا في 10 جمادى الثانية سنة 1280 (نوفمبر 1863) تضمن الإذن لأعضاء اللجنة في تلاوة اللائحة تلاوة ثانية فاجتمعت

اللجنة من جديد وأعادت تلاوة اللائحة وأجرت بها بعض التحوير والتنقيح ثم رفعت إلى الباي في اليوم العاشر من شعبان سنة 1280 الموافق ليوم 14 جانفي 1864 لائحة ثانية ذات مائتين وسبعة وثلاثين فصلا ممضاة من رئيس اللجنة وسائر أعضائها.

وعن الأبواب التي تضمنتها اللائحة فهي خمسة عشر آخرها في أعمال المجلس وفيه خمسة عشر فصلا وهو باب إجرائي وتنظيمي. وقد جاء فيه أنه يتركب مجلس التجارة من ستة أعضاء مسلمين منهم الرئيس وكاهيته ومن عضو من اليهود ونصابه على الأقل أربعة منهم الرئيس أو كاهيته في نوازل المسلمين، وحضور العضو اليهودي بخصوص نوازل اليهود ولا يمضي حكم بدون الأربعة.

ويحضر من أعيان تجار رعايا الدول الأجنبية في نوازل رعايا تلك الدول عدد بقدر التوانسة المذكورين بالفصل الأول بترتيب يقع عليه الاتفاق لمباشرة النوازل المذكورة على مقتضى القانون.

أما مجلس تحقيق الأحكام التجارية فيتركب من رئيس أو كاهيته وأعضاء طبقما يتركب مجلس التجارة وشرط الانتخاب بالنسبة للأعضاء المروءة الانسانية وسلامة العرض ومعرفة الكتابة وأحوال التجارة مع مباشرتها وأن يكون سن الواحد ثمانية وعشرين سنة على الأقل.

ويكون بمجلس التجارة وتحقيقها كتاب ومترجمون وخدمة ودفاتر بقدر الحاجة.

والعمل في المجلسين على رأي الأكثر فإن استوى العدد فالعمل على الشق الذي فيه الرئيس أو كاهيته أما عن المدة المعينة لانتصاب المجلس فهي أربعة أيام متوالية مبدؤها يوم السبت من كل أسبوع. ومدة الانتصاب لفصل النوازل في أيام الخدمة أربعة ساعات تنتهي بمضي ساعة بعد الزوال. والداخل للمجلس

يكون خطابه مع الرئيس وحده. وإذا توقف أحد من الأعضاء في فهم مسألة له أن يسأل أحد الخصمين بواسطة الرئيس وعلى الكتاب قراءة الحجج على الأعضاء بالمجلس. وما يقع في المجلس من النوازل المتجرية يقيد مضمونه في دفتر المجلس على الوجه الذي انفصلت به النازلة. ومضمون الحجج التي بني عليها الحكم ويعرض على الملك مضمون المهم من ذلك مختصرا في تقرير.

ولعلّ من أهمّ ما يلاحظ هو الإصرار على أن يشمل النظر الحكمي للمجلس التجاري رعايا الدول الأحباب (الأجانب) مع ضمان مصالحهم بحضور من يمثلهم في الهيئة الحكمية وأيضا تقرير احداث مجلس لتحقيق الأحكام التجارية أي إحداث محكمة استئنافية خاصة بالقضايا التجارية.

والجدير بالذكر أن لائحة القانون التجاري ورغم رفعها للباي قبل ثلاثة أشهر فقط من تاريخ الإعلان عن إيقاف العمل بعهد الأمان. فإنها لم تظفر بالنظر لمحتواها طالما كانت وليدة عهد كان الباي يزمع الإعلان عن التنكر له. وفعلا فانها لم تحظ بالمصادقة عليها وأهملت من حيث النفاذ.

غير ان المسيرة التونسية في مجال البتّ في القضايا التجارية لم تقف بإيقاف العمل بعهد الأمان بل إنها تواصلت على النظام السابق. وزادت دراسة حسونة الوزير للائحة القانون التجاري تعمقا في الإحاطة بما يلزم أن يفرغ على العادات المتجرية التي هي القاعدة الأصلية في الأحكام من مبادئ تزيدها تركّزا وحيوية وأصالة. ولم يفتر قطّ نفوذ الأمناء الذين لم ينازع أحد في مبدأ الرجوع لأحكامهم في القطاع التجاري. وكان العدول إلى جانبهم يضطلعون بما يضطلع به العدول المنفذون من حيث إبلاغ الدعاوى والإشعار بالأحكام وما يضطلع به كتبة المحاكم في الآونة نفسها والسلطة الوحيدة التي كان لها حق مراجعتهم إنما هي الباي خاصة إذا كان الأمر ماسّا بأجنبي تذمّر لفائدته قنصله العام للملك أو الوزير الأكبر وفي بعض الأحيان وزير الخارجية.

وما يلفت النظر في هذا الصدد أن الأمناء كانوا متمسكين بمظهر السيادة التونسية وبلغ بهم الأمر إلى رفض طلب التدخل القنصلي الرامي إلى المطالبة بأن الأمناء ينتقلون إلى المحكمة القنصلية إذا كان الأمر يتعلق بخلاف تجاري ناشب بين تونسي وأجنبي. فكانوا يمتنعون عن ذلك حسبما يتضح من موضوع الرسالة الموجهة من حسونة الوزير إلى الوزير الأكبر خير الدين في 10 جمادى الأولى سنة 1291 الموافق لجوان 1874. ومن أجل زيادة تركيز النفوذ الأجنبي بتونس كان توجه قنصل فرنسا العام إلى الصادق باي يوم 22 من ذي القعدة سنة 1280 الموافق لـ 1864/4/29 مطالبا باسم حكومته الإعلان عن إبطال عهد الأمان إبطالا باتّا وعدم الإكتفاء بالإعلان عن إيقاف العمل به فقط.

ورغم ذلك فقط تواصل عمل الأمناء في حسم النزاعات التجارية سواء على سبيل المصالحة أو عن طريق البتّ. وأصبح لديهم رصيد ثريّ مما يسمّى بجريان العمل يستندون إليه وينصاع له الخصوم.

وتعهّدهم بالقضايا كان إما تلقائيا وهو الغالب وأحيانا نفاذا لإذن صادر عن الوزارة الكبرى. وكان الأمناء يطلبون في بعض الحالات تدخّل الوزارة إن كان في الإجراءات التي يتخذونها ما يدعو إلى الإتصال ببعض الهيآت الراجعة بالنظر إلى القنصل ويظهر ذلك بكثرة في قضايا التفليس. ومن ذلك ما ورد بالرسالة المؤرخة في 23 جمادى الأولى سنة 1292 (1875) المحررة من طرف الأمين حسونة الوزير مخاطبا بها الوزير الأكبر. فقد ورد فيها ما نصّه : "بمقتضى إذن السيادة بإحضار الطالبين لدافيد الصباغ وبنرودر الصباغ أرسلت لهم فحضر جول فروتي وكيل بانكة بمرسيليا ويوسف نائب عن أخيه موسى ورضيا بعدم تفليس بنرودر الصباغ ودافيد الصباغ. وأرسل بعض الطالبين كتبا اقتضى ذلك وطلب "بلبتي" وكيل نطاف و"فونتيسنوا" التفليس ووافقه على ذلك "ديمرك". وحيث كان عرف متجر البلاد قاضيا بأن طلب التفليس يجاب له، وقع الطبع على الأشياء

المتعلقة بالتجارة التي لبنرودر دافيد، ويوم التاريخ أرسلت لمحلّ البوسطات وعرقلت الكتائب التي تردّ باسم المطلوبين المذكورين تعرقيلا وقتيا حتى يصدر إذن السيادة له عن طريق قنصلاته فقبله من محمل البوسطات على الوجه المذكور. المطلوب مكاتبة قناصل محلّ البوسطات بأن المكاتيب التي ترد باسم بنرودر الصباغ ودافيد الصباغ ترسل لمحلّ عبدكم... إلخ.

هذا ولتركيز نفوذ الأمناء في الميدان التجاري بعد أن تعذّر إحداث المحكمة الوارد بإحداثها عهد الأمان عمل روّاد الإصلاح على حمل الصادق الباي على إصدار الأمر المؤرخ في 11 رجب سنة 1295 الموافق لـ 11 جويلية 1878 والقاضي بتأسيس مجلس تجاري بتونس يتألف من الأمناء. وهذا نصّ الأمر المذكور "وبعد فإننا أذنا المكرّمين أبناءنا الاثني عشر نفرا أعيان التجار المذكورين أعلاه في الحضور مع الأمثل الوجيه أمير الآلاي ابننا حسونة الوزير أمين التجارة بالحاضرة عند وقوع النزاع بين التجار في أمورهم ليحكموا بالقوانين العرفية ويفصلوا بينهم بالعادة السابقة الرضية ويواصلوا كل ذي حقّ بحقه على الأوجه المقرّرة عندهم الجلية، وعليهم في ذلك بتقوى الله العظيم عالم الجهر والخفية".

وقد تواصلت ممارسة الأمناء لأعمالهم سواء بتونس العاصمة أو داخل التراب التونسي. كما مارس المجلس أعماله بمدينة تونس. والظاهر أن تعهدّه كان منحصرا في خصوص القضايا الهامة ذلك أن الأمناء كانوا يباشرون منفردين ولوحدهم مسألة الفصل في القضايا الاعتيادية.

وخلاصة القول أن عمل الأمناء التجاريين قد تواصل إلى ما بعد انتصاب الحماية الفرنسية بتونس حسبما يتضح من الحجة العادلة المؤرخة في 29 صفر 1313 الموافق لـ 20 أوت 1895 والتي تضمنت حضور أمين التجارة في عهده لدى عدليها واشهادهما "بأن تاجرا في العطرية حضر لديه وسلم له مفتاح دكانه الكائن بنهج

حوانيت عاشور وذلك لعجزه عن دفع ما ترتّب عليه من الديون لأرباب السلع طالبا إفلاسه وعلى ذلك فالأمين يعرض الكتب (أي الحجة العادلة) على أرباب الديون فمن رضي منهم بذلك فليضع خطّ يده أسفل الكتب إعلاما منه برضائه".

إذا فمباشرة الأمناء لمهامهم على النحو السابق ذكره تواصل إلى غاية إحداث المجالس الإبتدائية بتونس التي صدر بتأسيسها الأمر المؤرخ في 18 مارس 1896 والتي ابتدأت ببعث مجلسي سوسة والقيروان بالأمر المؤرخ في 25 فيفري 1897 ثم مجلس الكاف بالأمر المؤرخ في 17 ماي سنة 1898 ثم محكمة تونس الأبتدائية (مجلس الدريبة) بالأمر المؤرخ في 23 ماي سنة 1900... ذلك أنه وبمجرّد بعث المحاكم المذكورة وما تبعها من محاكم استئناف أصبحت هاته المحاكم تنظر في القضايا التجارية على ضوء من العرف والمبادئ العامة التي وردت بالمجلة التي صدرت فور الإعلان عن عهد الأمان.

غير أنه وإثر إعلان الحماية في تونس وانتصاب المحكمة الفرنسية أصبحت هذه الأجنبية مختصة بالنظر في عامة القضايا التي تهمّ الأجانب مهما كانت جنسيتهم وانتزعت لفائدتها مسألة النظر في كثير من فروع القضايا التجارية حتى وإن كانت هذه القضايا لا تهم غير التونسيين من ذلك قضايا التفليس التي أصبح معها المفلس مسلوب الأهلية للتقاضي أمام محكمة بلاده.

وتبعا لذلك فلم يمض على صدور الأمر بتأسيس المحكمة الإبتدائية بتونس (الدريبة) سوى بضعة أيام حتى طفقت مناشير السيد بيرج مدير العدلية التونسية عهد ذاك تلاحق المحاكم الواقع احداثها مطالبة ايّاها بعدم التعهّد بأي قضية تشمل تونسيا مقضيّا عليه بالتفليس من طرف المحكمة الفرنسية ومن ذلك المنشور المؤرخ في 10 صفر سنة 1318. وفي 7 جوان سنة 1900 الذي ورد به ما نصه "نعرفكم بأنه يتعيّن عليكم في المستقبل أن تصرّحوا دائما بعدم شمول أنظاركم لجميع النوازل التي يقع الإدلاء بها لديكم وتكون متعلقة بأحد الرعايا

حل النزاعات التجارية طبق مبادئ العدل والإنصاف [1]

بقلم السيد عبد المنعم كيوة
قاضي بإدارة المصالح العدلية
والسيد أنس الحمادي قاضي
بالمحكمة الإبتدائية بالمنستير

« Combien il est important que le magistrat
puisse êre considéré comme un homme de paix
et non pas seulement comme l'homme des conlfits »
Henri. Boulard [2]

المقدمة

إن الدور التقليدي المسند للقاضي هو فصل النزاعات التي تعرض عليه تطبيقا لقواعد القانون، فهو الذي يبعث في النص القانوني الحياة بشرحه وتأويله وملاءمة تطبيقه حسب الوقائع المعروضة عليه، فمهمة القاضي الأساسية هي قول حكم القانون في النزاع Dire le droit .

لكن هل يمكن له إدخال إعتبارات العدالة والإنصاف في أحكامه ؟

إن الآراء غير موحدة في الموضوع، فيذهب إتجاه إلى القول أنه طالما أن القاضي مطالب بتطبيق القانون فإجتهاده مرتبط بما جاءت به النصوص من أحكام،و تخويله إدخال إعتبارات العدل والإنصاف عند فصله في النزاعات هو

---

(1) مداخلة منقحة ومزيدة ألقيت بملتقى"الدوائر التجارية" الذي نظمته وزارة العدل يوم 14 فيفري 1997 بنادي القضاة بسكرة.

(2) « L'experience versaillaise de l'amiable composition » G.P 1995 Doc p 1328 et s spe p 1331.

أمر خطير قد يمس من إستقرار المعاملات[3] ففضلا على أن عبارات العدل والإنصاف غير محددة المفهوم فإنها تخضع للتقدير الشخصي للقاضي ولا يمكن أن تكون تبعا لذلك محل مراقبة قانونية. وفي رأيهم فإن تحقيق العدل والإنصاف يكون في تطبيق القانون.

ويذهب إتجاه آخر تقوده نزعة أخلاقية إلى القول أن القاعدة القانونية قد يؤدي تطبيقها في بعض الأحيان إلى الإضرار أو إرهاق أحد أطراف العلاقة القانونية بما يفقد الموازنة الضرورية التي من الواجب أن تقوم بين مصالح كل واحد منهما ولذا وجب تدخل القاضي لتعديل هذه الموازنة وهو الأمر الذي لا يتيسر له إلا عن طريق مبدأ سام وهو العدل والإنصاف[4] ليتحرر من السلطان المطلق للنصوص القانونية التي بطبيعتها فاقدة للشعور والإحساس الإنساني ولذا يعتبرون أن تحقيق العدل والإنصاف هو من صميم العمل القضائي.

---

(3) خلافا لذلك يرى الأستاذ حسين بن سليمة أن " أمن الروابط القانونية لايتنافى مع العدل والإنصاف... فما يحتاجه المتقاضون ليس فقط الأمن بل كذلك العدل الذي هو أساس الإستقرار والعمران" "حسن النية في تنفيذ العقد حسب احكام الفصل 243 من المجلة المدنية" تعريب محمد بن سالم سراس 1993. ص 94 (بتصرف).

(4) وهي الامكانية التي يرى الأستاذ حسين بن سليمة انها مخولة له في المادة التعاقدية بموجب الفصل 243 من م.ا.ع. اذ يمكنه من "إدخال المرونة على الروابط القانونية وتهذيبها أخلاقيا" ويدعم ذلك بفقه القضاء الفرنسي الذي "أنشأ انطلاقا من نص مماثل في المجلة المدنية الفرنسية عدة التزامات كالالتزام بالمعاضدة والالتزام بالارشاد والحقهما بالعقد وذلك بهدف ملاءمة مضمون العقد مع الاوضاع الاقتصادية وارساء عدالة أكثر بين الأفراد" مرجع سابق ص 93-94. (بتصرف).

في نفس المعنى :

Salaheddine Mellouli : « Le juge et l'équité (rèflexions sur le recours à l'équité en droit privé interne) » Revue tunisienne de droit 1983 p 507 et s spè p. 511 et s.

وفي الحقيقة فإن القاضي لا يمكن أن يتجرد من هاته المبادئ السامية في عمله القضائي فيحاول قدر الإمكان وحسب الوقائع المعروضة عليه تحقيق المعادلة الصعبة في كثير من الأحيان بين تطبيق النصوص القانونية وتحقيق العدل والإنصاف وهو هاجس دائم ملازم له. وهو أمر تسمح به المرونة التي تتميز بها النصوص القانونية في غالب الأحيان.[5] لكن إذا تعذر عليه الأمر فهو حتما سيتقيد بتطبيق القانون إحتراما لوظيفته الأساسية.[6]

ولذا ظهر إتجاه تشريعي في عديد الأنظمة القانونية[7] لم تكن تونس بمعزل عنه في تنويع سلطات القاضي بتطوير طرق تدخله لحل النزاعات فأقر بداية ما أصطلح على تسميته بالقضاء الصلحي Justice conciliation [8] وأدخل لأول مرة

---

(5) Eric Agostini : « L'equité » Receuil Dalloz Sirey 1978 chronique p. 7 et s.spe p. 8 n° 5.

(6) جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب الفرنسية ما يلي :

« Tenu de trancher le litige conformement aux règles de droit qui lui sont applicables, le juge ne peut; dans un souci d'apaisement; condamner arbitrairement le débiteur à la moitié de la somme réclamée au motif que les frais d'expertise judiciaire seraient supérieurs au montant du litige » Cassation civ 19 jan 1983 bull civ II n° 10 - G.P 1983. 1. somm 177 obs Guinchard.

(7) الكويت (المادة 57 من القانون عدد 97 لسنة 1983) لبنان (الفصل 487 من مجلة المرافعات المدنية) فرنسا : الفقرة 5 من الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية الجديدة (تنقيح 1971) حيث جاء بها ما يلي :

« Le litige né, les parties peuvent aussi; dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur sous réserve d'appel si elles n'y ont pas specialement renoncé ».

(8) يراجع في ذلك : صابر الغربي والمنصف الكشو "النظام القانوني للصلح" أعمال الدورة الدراسية بالمعهد الاعلى للقضاء حول قاضي الناحية 18 19 نوفمبر 1994 ص 25 وما بعدها.

أنظر كذلك : Serge Braudo : « Propos sur la médiation en matière civile » G.P 1995 Doc p 467.

بموجب الفقرة 11 من الفصل 40 جديد من مجلة المرافعات المدنية والتجارية[9] نظام التحكيم القضائي[10] Arbitrage judiciare وحصره في النزاعات التجارية[11] إذ جاء بها ما يلي : "يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة (التجارية) في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف".[12]

إن تبني المشرع التونسي لنظام التحكيم القضائي يبرره ما يوفره هذا الأخير من مزايا وإيجابيات[13] مقارنة بالقضاء العادي (طبق قواعد القانون) وكذلك

وكذلك فاطمة الزهراء بن محمود " الصلح في العمل القضائي " محاضرة افتتاح السنة القضائية 1993 1994 مجلة القضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1993 ص29.

وعموما يراجع العدد الثاني لسنة 1997 من المجلة الدولية للقانون المقارن : « Les modes alternatifs de règlement des conflits » : « Revue internationale de droit comparé » ; p. 310-435.

(9) القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 رائد رسمي عدد 37 بتاريخ 9 ماي 1995 ص 1047.

(10) إن تخويل القضاء الرسمي فصل النزاعات طبق مبادئ العدل والإنصاف يعبر عنه فقهيا بعبارة التحكيم القضائي وهي مؤسسة تختلف عن تلك التي يكون فيها القاضي مختار كمحكم خارج إطار عمله القضائي الرسمي (التحكيم الخاص) وكذلك عن الوساطة Mediation وعن المصالحة Conciliation.

(11) خلافا لذلك فإن القانون الفرنسي أجاز اللجوء للتحكيم القضائي بالفصل 12 فقرة 5 من مجلة المرافعات المدنية الجديدة في جميع الدعاوى ولم يحصرها في النزاعات التجارية.

(12) يقول الأستاذ Bruno Oppetit في هذا المجال أن التطور الحاصل في القضاء الرسمي من خلال تكريس مؤسستي الصلح والتحكيم القضائيين جعل الفوارق بينه وبين التحكيم الخاص ذاهبة نحو التقلص ان لم يكن الإضمحلال. أنظر في ذلك مقاله :
« Justice étatique et justice arbitrale » Etudes offertes à Pierre Bellet Litec Paris 1991 p 415 et s.

(13) أنظر في ذلك :
Jean Pierre Brouillaud « Plaidoyer pour une renaissance de l' amiable composition judiciaire » Dalloz 1997 chronique p 234 et s.- spe n° 3 et s.

بالتحكيم الخاص مع التفويض بالصلح[14] L'amiable composition يمكن حصرها في النقاط التالية :

أولا- مقارنة بالقضاء العادي تبرز إيجابيات القضاء طبق مبادئ العدل والإنصاف في كون القاضي يتمتع بسلطات أوسع عند بحثه لحل للنزاع المعروض أمامه وهو ما يجعله في وضع أريح من القاضي العادي الذي يجد نفسه في بعض الأحيان مكبلا بقواعد القانون وهو الأمر الذي قد يفضي به الى إصدار أحكام على مضض contrecoeur[15] تنافي نظرته لطبيعة دوره كمحقق للعدل والإنصاف بين أفراد مجتمعه[16] وهو ما يتيحه له نظام التحكيم القضائي طالما يعفيه من تطبيق قواعد القانون كما سيأتي بيانه.

ثم إن إعتماد مبادئ العدل والإنصاف بطلب من الخصوم من التجار في فصل نزاعاتهم يتماشى وطبيعة العلاقات القائمة بينهم والتي تتطلب البحث عن

---

(14) وهي الإمكانية المخولة لهم بالفصل 14 من مجلة التحكيم الوارد بالباب الأول المتعلق بالأحكام المشتركة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي إذ جاء به "يجب على المحكمين أن يطبقوا القانون موضوعا،ما لم يفوض لهم الأطراف صفة المحكمين المصالحين في إتفاقية التحكيم. وفي هذه الصورة لا يتقيد المحكمون بتطبيق القواعد القانونية ويتبعون قواعد العدل والإنصاف".

أنظر كذلك الفصل 73 فقرة 3 من نفس المجلة الوارد بالباب المتعلق بالتحكيم الدولي.

(15) يقول الأستاذ J. P. Brouillaud في هذا الصدد بمقاله المذكور فقرة 5 ص 235 ما يلي :

« Parfois les juges prennent à contrecoeur des decisions ou ils estiment injustes sans le dire parce qu'ils se sentent liés par le droit. Le recours à l'article 12 est un moyen d'éviter ces situations fausses et de permettre au magistrat de faire prévaloir l'equite lorsque le droit ne s'accorde pas à celle-ci ».

(16) François OST : « Juge- pacificateur¡ juge- entraineur. Trois modèles de justice » in « Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements » publications des facultés universitaires Saint - Louis B.19 p eps.s te 1p 1983 sellexur.

حلول سلمية للنزاعات الناشئة عنها في أقصر الآجال ولا تمنع من تواصل التعامل التجاري بينهم مستقبلا خاصة إذا تعلق الأمر بعقود طويلة الأمد.

ثانيا - مقارنة بالتحكيم مع تفويض بالصلح arbitrage amiable composition

فمن جهة فان الحكم الصادر عن القضاء طبق مبادئ العدل والانصاف يتمتع بالصيغة التنفيذية تماما كالحكم الصادر طبق قواعد القانون بينما تبقى الأحكام التحكيمية خاضعة لطلب الإكساء طالما أن مصدرها لا يتمتع بالسلطة النافذة.L'imperium ومن جهة أخرى فإن الأطراف يبقوا متمتعين بمجانية التقاضي هذا إذا ما لاحظنا أن التحكيم العادي أصبح اليوم مكلفا لطرفيه[17] فضلا عن الميزة التي يوفرها نظام التحكيم القضائي بالإستفادة من خبرة القضاة في فصل النزاعات وضمان حيادهم عند اصدار أحكامهم.

وبصفة عامة يمكن القول أن انتصاب القضاء الرسمي كقضاء يفصل في النزاعات طبق مبادئ العدل والإنصاف "يتيح الجمع بين ما للتحكيم بوجه عام من إيجابيات كمرونة الإجراءات وعلاقة الثقة التي تربط بين الأطراف والمحكمين من جهة وما للقضاء من ميزات كإستقلالية القضاة وحذقهم فصل النزاع".[18]

غير أن الفقرة 11 من الفصل 40 من م.م.م.ت. المكرسة لنظام التحكيم القضائي موضوع هذا التعليق جاءت مقتضبة نوعا ما وهو ما يجعل قيام إشكالات قانونية عند دخولها حيز التطبيق الفعلي أمرا واردا، وتتمحور هذه

---

[17] Pierre Hébraud « Observations sur l'arbitrage judiciaire » Melanges Marty 1978 p 635 ets spe p 660

[18] نور الدين الغزواني "التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية الأحكام العامة والاختصاص" أوربيس 1996 ص 343.

أنظر في نفس المعنى :

Phillippe fouchard « L'arbitrage judiciaire » Etudes Pierre Bellet 1991 p 167 et s spe p 192 n° 47.

الإشكالات التي قد تساهم الحلول المقترحة لها في هذا البحث والمستوحاة من عبارات النص ودلالاته في رسم معالم نظام قانوني للتحكيم القضائي حول مسألتين إثنتين تتعلق الأولى بشروط إنتصاب الدائرة التجارية للفصل في النزاعات طبق مبادئ العدل والإنصاف **(المبحث الأول)** بينما تتعلق الثانية بالسلطات المخولة لها في هذا المجال **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول- شروط إنتصاب الدائرة التجارية للنظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف :

لم يتوسّع المشرع في بيان النظام القانوني للتحكيم القضائي وإقتصر على القول أنه "يجوز للاطراف أن يطلبوا من الدائرة (التجارية) في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف". ورغم ما هو عليه هذا التنصيص من إختصار وإقتضاب في المعنى فإن ذلك لا يمنع من البحث عن المبادئ الأساسية التي يجب أن يرتكز عليها وأولها شروط قيامه.

إن إعمال نظام التحكيم القضائي يفترض وجود إرادة صريحة من الأطراف لحل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف من جهة **(الفقرة الأولى)** وقابلية الحقوق التي يتعلق بها النزاع للفصل طبقا لتلك الطريقة من جهة أخرى **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى- وجود إرادة صريحة من الأطراف لحل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف :

إن إرادة الأطراف في منح الدائرة التجارية سلطة الفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف على غرار التحكيم العادي مع التفويض بالصلح يجب أن تكون صريحة لا يعتريها أي لبس أو غموض فهي تقوم بالدلالة لا بالإستنتاج ولا يهم في ذلك اللفظ المستعمل ويكفي أن يكون المعنى واضحا.

لكن يطرح هذا الشرط مع ذلك عدة إشكاليات قانونية في التطبيق تتعلق أساسا بشكل التعبير عن تلك الإرادة (أ) وزمنه (ب) وموضوعه (ج).

أ- شكل التعبير عن إرادة الأطراف لحل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف:

لم يشترط المشرع شكلا معينا لتعبير الأطراف عن إرادتهم في حل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف لكن لا يعني ذلك أنه يمكن أن تستنتج ضمنيا بل يجب أن تكون معلنة فإما ان تكون الإرادة موجودة أو غير موجودة ووجودها مقترن بالتعبير عنها صراحة.[19]

إن الشكل الذي يمكن أن يتخذه طلب الأطراف من الدائرة التجارية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف لا يخرج عن أحد أمرين : فإما أن يكون بواسطة عريضة موحدة يحررها كلا الطرفين ويمضيان عليها أو يحررها أحدهما ويصادق عليها الآخر بما يدل دلالة صريحة على قبول كليهما إخضاع النزاع للبت فيه طبق مبادئ العدل والإنصاف[20] وهي الإمكانية التي يخولها القانون الفرنسي صراحة بالفصل 57 من مجلة المرافعات المدنية الجديدة.

وإما أن يعبر كلا الطرفين أمام الدائرة التجارية بجلستها العلنية (عندئذ تضمن بمحضر الجلسة) أو بناء على تحريرات مكتبية لدى القاضي المقرر ممضاة من طرفهما عن رغبتهما في أن يقع النظر في النزاع القائم بينهما طبق مبادئ العدل والإنصاف.

ويترتب عن هذا القول أنه مهما كان شكل التعبير عن إرادة حل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف (سواءا كان عن طريق عريضة موحدة أو عن

---

(19) بالنسبة للتحكيم الدولي طبق مبادئ العدل والإنصاف إشترط المشرع أن تكون ارادة الأطراف صريحة (الفصل 73 فقرة 3 من مجلة التحكيم).

(20) V. Pierre Estoup : op. cit. - p. 621.

طريق محضر جلسة أو بناء على تحريرات مكتبية) فإنه يترك دائما أثرا كتابيا كاف لإثبات وجود تلك الإرادة.

ويثار هنا سؤال دقيق يتعلق بمدى جواز تولي محاميي الطرفين التعبير مكانهم وفي حقهم عن رغبتهم في حل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف ؟

تبدو هذه الإمكانية مستبعدة "ضرورة أن المشرع أجاز للأطراف الطلب من الدائرة التجارية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف وهو ما يدل على أنه حصر ذلك الطلب في الأطراف بصفة شخصية دون من ينوبهم ولعل ذلك راجع بالأساس إلى الأهمية التي يكتسيها اختيار حل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف وإختلاف الحلول التي قد يؤدي إليها بما يستوجب أن يصدر ذلك الإختيار بصفة شخصية ومباشرة عن طرفي النزاع أنفسهم دون محامييهم الذين لا يزال ينظر إليهم على أنهم وكلاء خصام وليسوا وكلاء وئام"[21] ولو أنه لا شيء يمنع من أن يكونوا كذلك على غرار زملائهم في البلدان التي تعتمد النظام القضائي الأنقلو سكسوني.

ولقد عبر بعض رجال القانون في تونس عن ضرورة تعبير أطراف النزاع بصفة شخصية عن رغبتهم لحل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف بالقول : "إن طلب النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف راجع للأطراف الذين عليهم أن يطلبوا ذلك من الدائرة التجارية وهو ما يتماشى تماما وأحكام الفصل 14 من مجلة التحكيم... فإن إتفق الطرفان على ذلك أصبحت الدائرة مقيدة بطلبهم ومجبرة على إتباع المسلك الإجرائي الذي إتفقا عليه وإن لم يتفق الطرفان على ذلك الأمر تصبح الدائرة التجارية مدعوة للبت في النزاع طبق القواعد الإجرائية المعمول بها في المرافعات المدنية والتجارية".[22]

---

[21] أنس الحمدي "الدوائر التجارية" رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء 1997 ص 281.

[22] أنظر : محمد الحبيب الشريف "الصلح والتحكيم لدى الدائرة التجارية" مجلة القضاء والتشريع عدد 7 1996 ص 32-33.

غير أن هذا القول لا ينفي الدور الكبير الذي يجب أن يلعبه المحامون لبعث الروح في الفقرة 11 في الفصل 40 جديد من م.م.م.ت. وإنجاح التحكيم القضائي كوسيلة لحل النزاع وذلك من خلال تشجيع منوبيهم على سلوكها والإستفادة من إيجابياتها بل يمكن القول أن مستقبل التحكيم القضائي ذاته مرتبط بمدى قيام المحامين بهذا الدور.[23]

ب- زمن التعبير عن إرادة الأطراف لحل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف:

تضمنت الفقرة 11 من الفصل 40 جديد من م.م.م.ت. أن الإمكانية المخولة للأطراف في إختيار التحكيم القضائي تكون في "أي طور من أطوار القضية". ويتضح من ذلك أن المشرع منحهم زمنا متسعا في التعبير عن ذلك الإختيار حثا منه لهم على إعتماده غير أن العبارة تخفي في طياتها بعض الإستفهام تتعلق أساسا بالمعنى المقصود من كلمة "الطور" وهل يعني إستعمالها إشتراط قيام نزاع حتى يمكن اللجوء للتحكيم القضائي ؟

أولا - مقصد المشرع من عبارة "أي طور من أطوار القضية" :

يتحمل مقصد المشرع من عبارة أي طور من أطوار القضية معنيين إثنين. يتضمن المعنى الأول أن أي طور من أطوار القضية يقصد به مجموع المراحل التي يفترضها نشر القضايا أمام مختلف دوائر المحكمة الإبتدائية بما في ذلك الدائرة التجارية والتي تتعلق أساس بالطور الأول أو طور تبادل التقارير وطور المرافعة فحجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم وبالتالي فإن أطراف النزاع بإمكانهم التقدم إلى الدائرة التجارية بطلب فصل الخصومة الناشبة بينهم طبق مبادئ العدل والإنصاف مهما كانت المرحلة القضائية التي بلغتها القضية حتى وإن تم حجزها للمفاوضة والتصريح بالحكم وطالما لم يقع البت في موضوعها وبالتالي فإنه كلما كان ملف القضية تحت سلطتها جاز للأطراف طلب النظر فيه طبق مبادئ العدل والإنصاف.

---

(23) Pierre Estoup - op. cit. p. 621.

ويتضمن المعنى الثاني أن أي طور من أطوار القضية يقصد به مختلف الأطوار الحكمية التي تمر بها الدعاوى من طور إبتدائي وطور إستئنافي وطور تعقيبي وبالتالي يمكن للأطراف طلب حسم النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف طالما لم يصدر في النزاع حكم قاطع وبات أحرز على قوة إتصال القضاء.

ويبدو لنا المعنى الأول لعبارة أي طور من أطوار القضية أكثر منطقية وتماشيا مع الخصوصية والمميزات التي خص بها المشرع الدوائر التجارية دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى وذلك بالإستناد إلى التخصيص الذي جاءت به الفقرة 11 من الفصل 40 جديد من م.م.م.ت. حيث نصت على أنه يجوز للأطراف أن يطلبوا من **الدائرة**... والمقصود بذلك الدائرة التجارية وحدها دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى، ولعل ما نص عليه المشرع بالفقرة 12 من نفس الفصل من أن الحكم الصادر طبق مبادئ العدل والإنصاف لا يقبل الطعن بالإستئناف يؤكد أن طلب النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف محصور في الدائرة التجارية كلما كانت القضية من أنظارها إبتدائيا.[24]

لكن هل يعني ذلك أن المشرع يشترط أن تكون إرادة اللجوء للتحكيم القضائي لاحقة لقيام النزاع بحيث لا يعتد بالإرادة السابقة عنه ؟

ثانيا – مدى إشتراط قيام نزاع لصحة اللجوء للتحكيم القضائي :

إن تنصيص المشرع على أن طلب الأطراف من الدائرة التجارية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف يكون في أي طور من أطوار القضية يسمح بالإعتقاد أنه يشترط قيام نزاع فعلا وبالتالي فلا يمكن لهم بحال أن يتفقوا مسبقا

---

[24] يثور هنا التساؤل أيضا عن إمكانية النظر في النزاع المرفوع أمام الدائرة التجارية كمحكمة إستئناف لمحاكم النواحي في الدعاوى التجارية طبق مبادئ العدل والإنصاف ويبدو أن النص لا يمنع ذلك.

مثلما هو الحال بالنسبة للتحكيم العادي على إخضاع النزاع الذي قد ينشب بينهم للنظر فيه طبق مبادئ العدل والإنصاف.

ومن أبرز المبررات التي يمكن الإستناد إليها للتأكيد على ضرورة سابقية نشوب النزاع حتى يمكن للأطراف طلب النظر فيه طبق مبادئ العدل والإنصاف هو أن يكونوا على بينة من أمرهم بحيث يملكون كل عناصر التقدير لحقوقهم المكتسبة ولحظوظهم في النزاع. على أن هذا الرأي غير خال من النقد لسببين إثنين أولهما عملي وهو أن وقوع النزاع يفقد روح الود مما يجعل إعفاء القاضي المحكم المصالح من التقيد بالقانون أمرا بعيد المنال فمن يكتسب حقا بعد وقوع النزاع من الصعب أن يتخلى عنه. وثانيهما قانوني وهو أن إعفاء القاضي من تطبيق القانون لا يمنعه من تطبيقه ومن ثم يصبح شرط أسبقية النزاع غير ذي أهمية.

وبالرجوع إلى الفقرة 11 من الفصل 40 جديد من م.م.م.ت. يمكن القول أنه طالما لم ينص المشرع بصفة صريحة على ضرورة إندلاع النزاع حتى يمكن طلب البت فيه طبق مبادئ العدل والإنصاف فإنه لا يمكن الأخذ بهذا الشرط،[25] إضافة إلى كون المشرع عند إستعماله عبارة في أي طور من أطوار القضية أراد بذلك توسيع مجال تطبيق التحكيم القضائي وتخويل الاطراف طلب النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف لمدة طويلة تمتد بإمتداد نظر الدائرة التجارية في القضية وما من شك أن في ذلك نزعة توسيعية لا تضيقية وهو ما يجعلنا نقر أن اتفاق الأطراف من التجار على تفويض الدائرة التجارية النظر في النزاعات المحتملة التي قد تنشأ عن معاملاتهم التجارية طبق قواعد العدل والإنصاف

(25) وما يؤكد هذا الرأي هو أنه عملا بالفصل 532 من م.إ.ع. فإن "نص القانون لا يتحمل الا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الإستعمال ومراد واضع القانون".

بموجب شرط تعاقدي هو إتفاق صحيح قانونا طالما كان صريحا وثابتا على غرار القانون الفرنسي.[26]

ج- تحديد النزاع المراد حلّه طبق مبادئ العدل والإنصاف :

إن تولي الدائرة التجارية الفصل في النزاع المعروض امامها طبق قواعد العدل والانصاف بطلب من الاطراف يستوجب ان يتولى هؤلاء تحديد موضوعه فقد تتجه ارادة الاطراف نحو حل النزاع الناشئ بينهم بتلك الطريقة في البعض منه وليس كله.

ويعني عدم تحديد موضوع النزاع المراد فصله طبق قواعد العدل والانصاف من قبل الأطراف أنه ينصرف لجميع جوانبه أما في صورة قيامهم بذلك فان على القاضي التقيد بالسلطة الممنوحة اليه في هذا المجال فلا يجوز له تطبيق مبادئ العدل والانصاف الا في الحدود التي رسمها له الاطراف والا كان حكمه معرضا للنقض.

لكن لسائل أن يتساءل عن امكانية تجزئة النزاع من جهة اذ قد لا يتيسر ذلك في بعض الاحيان وعن جواز تجزئة الحكم بالطعن بالاستئناف فيما قضى به وفق القانون وبالتعقيب فيما قضى به وفق مبادئ العدل والانصاف باعتباره الطعن الوحيد الممكن في هذا المجال. (الفقرة 12 من الفصل 40 م.م.م.ت.).

إن التطبيق القضائي لأحكام الفقرة 11 من الفصل 40 جديد هو السبيل الوحيد للإجابة عن مثل هذه التساؤلات نظرا للإقتضاب الشديد الذي جاءت فيه.

---

(26) وهي الإمكانية التي يخولها المشرع الفرنسي في الدعاوى التجارية (الفصل 631 من المجلة التجارية) بينما يمنعها في الدعاوى المدنية اذ يستوجب فيها لإعمال نظام التحكيم القضائي في شأنها قيام نزاع Litige né (الفقرة 5 من الفصل 12 المذكور).
راجع في ذلك مقال الأستاذ Brouillaud السابق الذكر ص 237 فقرة 23.

الفقرة الثانية – تعلق النزاع بحقوق قابلة للفصل طبق مبادئ العدل والإنصاف :

إن نظر الدائرة التجارية في نزاع بموجب طلب من أطرافه طبق مبادئ العدل والإنصاف يفترض بالضرورة قابلية موضوع ذلك النزاع للفصل فيه بتلك الطريقة ودون تقيد بالقواعد القانونية.

لكن متى يكون النزاع قابلا للفصل طبق مبادئ العدل والإنصاف ؟

بالنسبة للقانون الفرنسي، نص المشرع صراحة بالفقرة الأخيرة من الفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية الجديدة على وجوب تعلق النزاع بحقوق يملك الخصوم حرية التصرف فيها[27] « Les droits dont les parties ont la libre disposition ».

أما في القانون التونسي فإن الفصل 40 جديد في فقرته 11 لم يتضمن تنصيصا خاصا من شأنه أن يدل على إشتراط قابلية الحقوق موضوع النزاع للفصل طبق مبادئ العدل والإنصاف حتى يقع إخضاعه لهذه الوسيلة على أن ذلك يجب أن لا يؤدي بنا إلى القول أن المشرع إستبعد هذا الشرط الأساسي بقدر ما يؤدي بنا إلى التاكيد على أنه أراد من وراء ذلك إحالتنا إلى القواعد العامة الخاصة بالتحكيم والصلح والإلتزام بوجه عام.[28]

وبالفعل فإنه بقراءة أحكام مجلة التحكيم نلاحظ أن المشرع نص بكل صراحة ودقة على ضرورة قابلية خضوع النزاع للحل عن طريق التحكيم وذلك من خلال اشتراطه توفر شرط أهلية التصرف في الحقوق لدى الأطراف من جهة (الفصل 8 من مجلة التحكيم) ومن خلال تحديده للميادين التي لا يجوز فيها التحكيم من جهة ثانية (الفصل 7 من نفس المجلة). وترتيبا على ذلك فإن شرط

---

(27) أنظر تحليلا لهاته الفقرة مقال الأستاذ J. Viatte المذكور ص 566-567.

(28) ينص الفصل 67 من م.إ.ع. في هذا الصدد على أن "الإلتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه.
والسبب الغير جائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العمومي".

قابلية النزاع للفصل طبق مبادئ العدل والإنصاف يجب أن ينظر إليه من جانبين شخصي personnel وموضوعي objectif.

بالنسبة للجانب الأول فانه يتطلب في الأشخاص أطراف النزاع أن يكونوا متمتعين بالأهلية اللازمة للإلتزام وتبعا لذلك لا يصح الاتفاق الصادر عن القاصر (ولو كان مأذونا بتعاطي التجارة والصناعة حكميا) والمجنون والسفيه في حل النزاعات التي تربطهم بالغير "إلاّ بواسطة من له النظر عليهم" (الفصل 5 من م.إ.ع.) في الحدود المسموح بها قانونا.

كذلك لا يصح نفس الإتفاق الصادر عن المفلس ما دام في حالة تفليس (الفقرة 1 من الفصل 457 من المجلة التجارية) وهو أمر طبيعي طالما أنة جميع ما له من حقوق ودعاوى يباشرها أمين الفلسة (الفقرة 2 من الفصل 457 من المجلة التجارية).

لكن هل يحق لهذا الأخير أن يطلب في حق المفلس في الدعاوى التي يباشرها ان يفع حل النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف ؟

لا بد في رأينا هنا من التفريق بين الوضعية التي يكون فيها المفلس دائنا أو مدينا ففي الحالة الأولى لا يمكنه اللجوء للتحكيم القضائي إلاّ باذن خاص من الحاكم المنتدب للفلسة عملا بالقواعد العامة للتصفية الواردة بالمجلة التجارية. وهو ما يتماشى مع الواجب المحمول عليه المتعلق ب "صيانة الحقوق التي للمفلس على دائنيه" (الفصل 492 من المجلة التجارية). أما في الحالة الثانية فلا مانع أن يطلب الأمين أن يفصل النزاع المتعلق بحقوق الغير تجاه المفلس حسب مبادئ العدل والإنصاف بل هو أمر مستحب طالما هو لفائدة المفلس.

بالنسبة للجانب الموضوعي لقابلية النزاع للفصل طبق مبادئ العدل والانصاف والمتعلق بموضوعه يمكن الرجوع كذلك لمجلة التحكيم التي نص الفصل السابع منها على أنه "لا يجوز التحكيم :

أولا – في المسائل المتعلقة بالنظام العام[29]

ثانيا – في النزاعات المعلقة بالجنسية

ثالثا – في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية بإستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعا – في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح

خامسا – في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدرايـة والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية إقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

وبغض النظر عن المسائل المتعلقة بالجنسية والحالة الشخصية التي تخرج بطبيعتها عن الدعاوى التجارية (التي يجيز القانون حلها طبق مبادئ العدل والإنصاف عملا بالتنقيح موضوع هذا الملتقى) فإن بقية المسائل الأخرى المذكورة تبقى منطبقة بالنسبة للتحكيم القضائي، فالدائرة التجارية المرفوع أمامها النزاع للنظر فيه طبق مبادئ العدل والانصاف يجب أن تمتنع عن ذلك اذا رات انه يمس بمقتضيات النظام العام (وهو اقتصادي بالاساس في هذا المجال) أواذا رات انه لايجوز فيه الصلح.

غير أن الأمر يبقى محل تساؤل عندما تكون الدولة او احد الجماعات العمومية طرفا في النزاع :هل تقبل الدائرة النظر فيه طبق مبادئ العدل والانصاف أم لا ؟

---

(29) جاء بالفقرة الثانية من المادة 130 من القانون المدني العراقي أنه "يعتبر من النظام العام بوجه خاص، الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال، والاجراءات اللازمة للتصرف، في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة. وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

في رأينا وطالما أن الدولة اكتسبت صفة التاجر فلا مانع أن تكون طرفا في دعوى تجارية تحل بهذه الطريقة خاصة وان هذه الأخيرة شرعت لتحقيق مصلحة ولايمكن بالتالي ان تكون مضرة بمصالح الدولة اذا ما اقتنعنا بايجابيات الحكم الصادر طبق مبادئ العدل والانصاف.[30] ثم إن قبول الدولة كتاجر يفترض إعمال النظام القانوني المنطبق على التجار بما في ذلك نظام التقاضي خاصة في ظل التحررية الاقتصادية التي نعيشها اليوم والتي أدت الى التخلي عن عديد المفاهيم الواقع تكريسها في ظل نظام الاقتصاد الموجه أو المقيّد.

المبحث الثاني- سلطات الدائرة التجارية عند الفصل في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف :

ان اتفاق أطراف النزاع على تخويل الدائرة التجارية فصل النزاع المعروض امامها طبق مبادئ العدل والانصاف يخرجها من ميدان عملها العادي المتمثل في تطبيق القواعد القانونية ويجعلها امام مهمة جديدة وهي البحث عن حل عادل ومنصف للنزاع.

لكن ماهي السلطات المخولة للدائرة التجارية عند النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والانصاف ؟

ان ضبط مسالة الصلاحيات المخولة للدائرة التجارية للنظر في النزاع طبق مبادئ العدل والانصاف له ابعاد تطبيقية في جوهره يقوم على اعتبارات نظرية تتعلق اساسا بالمعني الذي يمكن ان نلحقه بعبارة "الفصل طبق مبادئ العدل والانصاف". ولكن دون ان ندخل في نقاش نظري قد يطول يمكن القول ان عبارة العدل والانصاف هي عبارة غير محددة المفهوم مسبقا بل تخضع لتقدير شخصي ولا يمكن بحال ان تكون موضوعية وهي

---

[30] ولو أن هناك من يرى أن كل ما يتعلق بأموال الدولة يعد من النظام العام على غرار المادة 130 فقرة 2 المذكورة انفا.