

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة - باتنة 1-

كلية العلوم الاقتصادية والتجارية

وعلوم التسيير



محاضرة في مقياس:

الافلاس والتسوية القضائية

أقيت على طلبة السنة الثالثة

تخصص: مالية + جباية

من إعداد:

أ/ الدكتورة:

عاقلي فضيلة

السنة الجامعية: 2019-2020

مقدمة:

مفهوم الإفلاس:

الإفلاس هو عبارة عن الحالة القانونية التي ينتهي إليها تاجر متوقف عن دفع ديونه، أو هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديونه في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على جماعة دائنيه قسمة غرماء .

وقد عرف هذا النظام منذ القدم وفي أغلب الأنظمة التي عرفت البشرية: بحيث ظهرت فكرة الإفلاس منذ أقدم العصور ولم تغفلها قواعد القانون الروماني ثم تغير المقصود من هذه الفكرة مع مضي الزمن حتى صارت إلى ما هي عليه الآن، واختلف تنظيم الإفلاس في شتى التشريعات بحسب الاتجاهات المختلفة ومهما يكن في اختلاف التشريعات فمن المقرر أنها تتفق جميعا في الخطوط الرئيسية التي توضح معالم الإفلاس أهمها توقيع الحجز الشامل على أموال المفلس وحرمانه من التصرف فيها إضرارا بدائنيه وتصفية هذه الأموال تصفية جماعية بقصد قسمة المبالغ الناتجة عنها بين الدائنين قسمة غرماء .

أولا: الإفلاس في القانون الروماني

في الأصل نظم قانون الألواح الإثني عشر الروماني العلاقة بين المقرض والمقترض في عقد القرض بحيث يجوز للمقرض بعد مضي 30 يوم المطالبة بمبلغ القرض وأن يقبض على المدين إذا لم يوف بما عليه من دين، ويصبح المدين رقيق للدائن يحق له حبسه لحين استيفاء دينه أو تأخيره للحصول على أجرته، كما يكون له بيعه أو قتله إن لم يتيسر له ذلك، وإن تعدد الدائنون كان لهم إقتسام الثمن الناتج عن بيع المدين أو إقتسام أشلائه عند قتله، واسترقاق المدين كان الخطوة الأولى في سبيل الحصول على ما يكون لديه من مال. إذ متى أصبح المدين عبدا للدائن فالقاعدة أن العبد وما ملكت يداه ملكا لسيده، وبذلك يتمكن

الدائنون من اقتسام أمواله بنسبة ديونهم، والظاهر من ذلك أن استيلاء الدائنين على شخص المدين كان ضروريا للوصول إلى ماله، ولذلك فكر الرومان في طريق آخر للوصول إلى مال المدين دون التتكيل به فاستعاضوا القبض على شخص المدين بعقد يبرم بين المدين ودائنيه يقرر لهم بمقتضاه التنازل عن أمواله في مقابل ما عليه من ديون لهم، فإذا امتنع المدين عن إجراء هذا التنازل كان لدائنيه طلب حبسه من أجل إكراهه على ذلك. كذلك كان للدائنين طلب حبسه فإذا لم يكن لديه مال يتنازل عنه لأنه يكون قد دلس عليهم، وارتكب غشا عندما تعامل معهم وهو يعلم أن ليس عنده مال يفي منه حقوقهم، غير أن الحبس في هذه الحالة بمثابة عقوبة للمدين على تقصيره على أموالهم، وبذلك اتجه النظر إلى أموال المدين دون شخصه وإن كان لابد من تدخل المدين لتمكين الدائنين من التنفيذ على أمواله بطريقة عقد التنازل.

ثم تطور بعد ذلك بفضل تدخل البريتور لقصد الضمان العام للدائنين على أموال المدين دون شخصه والاعتراف للدائنين بالتنفيذ مباشرة على هذه الأموال دون حاجة إلى إرضاء المدين أو القبض عليه كما كان الحال من قبل وهو لا يكون التنفيذ بمعرفة كل دائن على حده ولكن يختار الدائنون وكيلا عنهم يتولى وضع اليد على جميع أموال المدين لمصلحتهم جميعا، ثم يقوم هذا الوكيل ببيع هذه الأموال وتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء . وكان بيع أموال المدين يحصل أول الأمر جملة واحدة ثم تعدل الوضع بحيث أصبح للدائنين طلب بيع أموال المدين جملة واحدة أو بالتجزئة، ومع ذلك استثنيت الحالة التي يكون فيها المدين حسن النية سيء الحظ حيث أوجب القانون أن يكون البيع بالتجزئة حتى لا تتأثر سمعة المدين بسبب إجراء البيع جملة، ظهر من ذلك أن القانون الروماني رسم الخطوات العامة لنظام الإفلاس عندما قرر وضع اليد على جميع أموال المدين لحساب جميع دائنيه ثم إدارة هذه الأموال وبيعها بواسطة وكيل عن الدائنين يتولى توزيع ثمنها عليهم قسمة غرماء، ومع ذلك لم يكن القانون الروماني يعرف بعض أنظمة الإفلاس الجهرية. فلم يكن

الدائن يستطيع إبطال تصرفات المدين السابقة على وضع اليد على أمواله إلا إذا أثبت التواطؤ بين المفلس ومن حصل له التصرف أي عن طريق الدعوى البوليسية، فلم تنشأ في القانون الروماني نظرية إبطال التصرفات الحاصلة من المفلس فترة الريبة كذلك لم يعرف القانون الروماني نظام الصلح القضائي الذي يجيز للمدين التصالح مع أغلبية دائنيه على التنازل له عن جزء من الدين أو على منحه أجلا للوفاء أو على الأمرين معا، وعن القانون الروماني أخذ المشرع الفرنسي وعن هذا الأخير أخذ بها التشريع الجزائري والمصري.

ثانيا: الإفلاس في القرون الوسطى

لما ظهرت المدن الإيطالية في القرون الوسطى اهتمت بالتراث الذي ورثته عن القانون الروماني وسارت قدما في سبيل تطور الأنظمة القانونية وازدهارها، فعرفت نظام الصلح القضائي وتحدد المراد من فترة الريبة وأحكامها وقد انتقلت الأحكام السائدة في المدن الإيطالية إلى فرنسا بسبب الاتصال بينها ويتركز هذا الاتصال على مدينة ليون، حيث كان يجتمع التجار الوافدون إلى فرنسا من الخارج. ثم أصدر لويس الرابع عشر الأمر الملكي عام 1673 الخاص بتنظيم أحكام التجارة البرية وقد ظهر فيه تقنيين لأهم قواعد الإفلاس التي انتشرت في المدن الإيطالية وفي مدينة ليون، فلما حان وضع المجموعة التجارية في فرنسا سنة 1807 أعيد النظر في القواعد التي كانت سارية لسد ما بها من نقص وأهم ما نصت عليه المجموعة التجارية هو وجوب أن يتضمن حكم الإفلاس الأمر بحبس المفلس وبوضعه تحت المراقبة.

ولم يمض وقت طويل على وضع المجموعة المذكورة حتى ظهرت الأحكام التي تضمنتها معقدة وكثيرة الكلفة لذلك أعيد النظر في قواعد الإفلاس وصدر قانون 1838 الذي اهتم بتنشيط إجراءات الإفلاس والإقلال من النفقات التي كان يتطلبها فضلا عن دعاية المفلس والرفق به.

ثم أدخل المشرع الفرنسي على هذا النظام جملة تعديلات وأخصها قانون عام 1898 الخاص بتنظيم التصفية القضائية رعاية المدين حسن النية سيء الحظ، هذا النظام يهدف في مجموعه إلى تطبيق قواعد الإفلاس فيما عدا ما كان منها خاصا برفع يد المدين عن إدارة أمواله إذ تظل هذه الأموال تحت يده وتعين المحكمة مصفيا معاونة المدين في هذه الإدارة وتنتهي التصفية القضائية بالصلح أو بالإفقال لعدم كفاية أموال المدين أو التحويل الى التفليسة

وكذلك أصدر المشرع الفرنسي في سنة 1935 بعض المراسيم بقوانين خاصة بتبسيط إجراءات إفلاس وتنظيم قواعد إفلاس الشركات، وقد نقل المشرع المصري أحكام التشريع الفرنسي والتعديلات التي طرأت حتى صدور المجموعة التجارية المصرية سنة 1883. والإفلاس في نظر كل من التشريعين المصري والفرنسي نظام تجاري لا يسري على غير التجار من الأشخاص المدنيين وغير أن هذا الاتجاه لم يرق لبعض الفقهاء في فرنسا ومصر لذلك صدر في فرنسا عام 1969 القانون الخاص بالتسوية القضائية تصفية الأموال وقد رأى فيه المشرع أنه لا محل للتمييز بين الشركات التجارية والشركات المدنية من ناحية والجمعيات.

أما في مصر فقد بقي التشريع على حاله فالإفلاس نظام قاصر على التجار وحدهم أما غير التجار فيجوز شهر إيساره متى أصبحت حقوقه غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الاداء وسترى عندئذ الأحكام الواردة بالقانون المدني.

وقد بقيت جميع هذه القوانين نافذة حتى الثورة الفرنسية ونلاحظ أن القواعد التي تضمنتها لم تكن خاصة بفئة التجار فقط إلا أن ورودها في قانون 1679 في الفصل الخاص بالتجارة جعل الاجتهاد القضائي يميل إلى تطبيق نظام الإفلاس على التجارة فقط.

ثالثا: الإفلاس في الشريعة الإسلامية:

لما ظهر الإسلام احتوت شريعته على كثير من القوانين التي تنظم العلاقة بين الدائنين والمدين الذي يتخلف عن الوفاء بما عليه من ديون وتهدف هذه الأحكام إلى الحجز على المدين وبيع ما له وتقسيم ثمن ذلك بين الدائنين قسمة غرماء وبذلك لا يتاح للمدين التصرف في أمواله إضرارا بالدائنين أو ضحاياه بعضهم على حساب البعض الآخر ولكن لم تجز الشريعة الإسلامية للدائن استرقاق المدين كما كان في القانون الروماني وإن كان بعض الفقهاء المسلمين قد أجاز حبس المدين فترة قصيرة بحكم من القاضي بناء على طلب الدائن إذا خيف من أن يكون للمدين مال يخفيه عن الدائنين على أن بعض الفقهاء ذهب إلى أن حبس المدين هو بمثابة عقوبة لعدم الوفاء بما عليه للدائن.

ومهما يكن من أمر فإن حبس المدين لم يكن يستتبع تعذيبه أو إرهاقه والقسوة به ومتى انتهت مدة الحبس لم يكن للدائنين شأن بالمدين ومطاردته إلا إذا ظهرت أموال يمكن التنفيذ عليها حتى لا تتاح له فرصة التصرف فيها إضرارا بهم.

المبحث الأول: شروط شهر الإفلاس والتسوية القضائية

يشترط لشهر الإفلاس والتسوية القضائية شرطان موضوعيان هما صفة التاجر والتوقف عن الدفع ، وشرط شكلي هو صدور حكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية.

المطلب الأول : الشروط الموضوعية لشهر الإفلاس والتسوية القضائية.

نصت المادة 215 قانون تجاري جزائري ، على أنه يلزم لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية أن يكون المدين تاجرا شخصا طبيعيا أو معنويا خاضعا للقانون الخاص من جهة، وأن يتوقف عن الدفع من جهة أخرى.

الفرع الأول : صفة التاجر

الإفلاس و التسوية القضائية هما نظامان تجاريان و بالتالي يستلزم لقيامها توافر صفة التاجر في الفرد المتوقف عن الدفع. إلا أنه بالرجوع لنص المادة 215 ق، ت، ج فإن النظامين في القانون الجزائري يمكن أن يطبقا على غير التجار و هذا ما سيأتي بيانه من خلال التمييز بين حالة ما إذا كان المتوقف عن الدفع شخصا طبيعيا أو شخصا معنوي:

أولاً: الشخص الطبيعي

إذا كان المدين شخصا طبيعيا فيجب أن يتمتع بصفة التاجر أي أن يمارس الأعمال التجارية و يجعل منها مهنة معتادة له، ويقصد بذلك القيام بالأعمال التجارية بصفة مستمرة منتظمة ودائمة حتى يعتبر محترفا وتكون التجارة مصدر رزقه، أما المعتاد أو الذي يقوم عرضا بالأعمال التجارية فلا يعتبر تاجرا.

إضافة الى شرط الاحراف يجب ان يكون التاجر أهلا للقيام بالأعمال التجارية، أي له القدرة و الصلاحية للقيام بهذه الاعمال، ويقصد بذلك ان يكون بالغاً سن الرشد 19 سنة ميلادية كاملة و متمتعاً بكل قواه العقلية و الجسمية، بحيث لا يمكن للمجنون ولا المعتوه ولا السفهية و حتى (الطاعن في السن بقرار طبي) القيام بالأعمال التجارية.

سؤال: هل الآثار هي نفسها في حالة إفلاس الحرفي والتاجر؟

- الحرفي: و بالنسبة للحرفي و إن كان غير تاجر إلا أنه يخضع للإفلاس والتسوية القضائية إذا مارس بجانب نشاطه الحرفي نشاطا تجاريا بصورة معتادة ذلك أن المادة 37 من القانون الأساسي للحرفي أدرجت الإفلاس و التسوية القضائية ضمن حالات الشطب من سجل الصناعة التقليدية و الحرف، و يؤكد ذلك ما جاء في المادة 32 من نفس الأمر بأن للحرفيين القدرة على ممارسة نشاط تجاري ثانوي مرتبط بنشاطهم الرئيسي دون أن يكونوا ملزمين بالتسجيل في السجل التجاري.

. - أما القاصر:

فتميز بين القاصر الذي يمارس التجارة بإذن من واليه لهو الأب، أو الام عند غياب هذا الاخير أو من مجلس العائلة المتكون من أعضاء من عائلة الام وأعضاء من عائلة الاب او من القاضي وفي كل الحالات يصادق عليه القاضي، أي أنه مرشد لممارسة

التجارة و يمكن شهر إفلاسه ما دام يعامل كمن بلغ سن الرشد في إدارة تجارته، أما القاصر الذي يمارس التجارة دون إذن من القاضي فلا يمكن شهر إفلاسه لنقص أهليته أو انعدامها.

ولا يمكن هنا الاعتماد على الظاهر لاعتباره تاجرا يمكن شهر إفلاسه أو افتتاح إجراءات التسوية القضائية ضده.

- شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بالنسبة للممنوعين من ممارسة التجارة :
والممنوعون من ممارسة التجارة كالمحامين والموظفين والقضاة يمكن شهر إفلاسهم أو إعلان إجراءات التسوية القضائية في حقهم، لأن الخطر، المفروض عليهم لا يمنعهم من اكتساب صفة التاجر و إن كان يعرضهم لعقوبات تأديبية.

- شهر الإفلاس أو التسوية القضائية للممارسين للتجارة باسم مستعار:

معناه الشخص الذي يعمل لحساب غيره و يظهر أمام الغير أنه التاجر الحقيقي، فيمكن شهر إفلاسه، كونه يتمتع بصفة التاجر لظهوره بمظهر التاجر و تعامله مع الغير و كذلك الحال بالنسبة للشخص المستتر فيعتبر تاجرا و يشهر إفلاسه. و بثبوت الاتفاق القائم بين التاجر المستتر و التاجر الظاهر فإن المحكمة تطبق على كليهما الإفلاس و التسوية القضائية.

- شهر الإفلاس أو التسوية القضائية للتاجر المعتزل للتجارة: فالتاجر الذي اعتزل

التجارة يمكن شهر إفلاسه شريطة التحقق من توافر شروط الإفلاس أو التسوية القضائية في الوقت الذي كان يتمتع فيه بصفة التاجر، وبالرجوع للمادة 220 ق 2، ج فإن شهر الإفلاس أو التسوية القضائية يمكن أن يطلب خلال السنة الموالية لشطب المدين من سجل التجارة في حالة ما إذا كان التوقف عن الدفع سابقا لهذا القيد.

و نفس الحكم بالنسبة للشريك المتضامن المتمتع بصفة التاجر والذي يفقدها بانسحابه من الشركة فيمكن طلب الإفلاس أو التسوية القضائية خلال عام من قيد انسحابه من السجل التجاري، طالما كانت حالة التوقف عن الدفع سابقة للقيد وهذا طبقا للمادة 220 / 2 ق 2، ج.

- شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بعد موت التاجر: يمكن شهر إفلاس التاجر بعد وفاته شريطة أن تكون الوفاة خلال فترة التوقف عن الدفع، و أن يكون طلب شهر

الإفلاس أو شهر المحكمة له تلقائيا خلال العام الموالي لتاريخ الوفاة و بمرور مدة السنة فإنه يسقط الحق في إشهار إفلاسه .و يقدم طلب شهر الإفلاس أو افتتاح التسوية القضائية من أحد ورثته أو يطلب من أحد الدائنين و قد تبت فيه المحكمة تلقائيا. و نذهب مع هذا القول إلى أن ممارسة الورثة مباشرة لتجارة والدهم قبل مرور مدة السنة تلزمهم بتسديد الديون تحت طائلة شهر إفلاسهم الشخصي.

- شهر الإفلاس أو التسوية القضائية لمديري الشركات: نصت المادة 224 ق.ت،ج، على أنه في حالة شهر الإفلاس أو التسوية القضائية لشخص معنوي فيستتبع ذلك بشهر إفلاس أو افتتاح التسوية القضائية للمدير القانوني أو الواقعي ، الظاهري أو الباطني للشركة سواء كان مأجورا أم لا و ذلك في الحالات التالية:

1- إذا قام المدير بتصرفات لمصلحته و بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

2- إذا قام المدير باستغلال خاص لمصلحته الخاصة بشكل يؤدي حتما إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع. وفي هذه الحالة فإن شهر الإفلاس أو التسوية القضائية يشمل إضافة للديون الشخصية للمدير ديون الشخص المعنوي، و ذلك بصفة مطلقة بغض النظر عن نوع الشركة.

ثانيا - الشخص المعنوي: إذا كانت صفة التاجر شرطا لزومه مطلق بالنسبة للشخص الطبيعي فإن الأمر يختلف بالنسبة للشخص المعنوي ، حيث نصت المادة 215 ق.ت على أن نظامي الإفلاس و التسوية القضائية يطبقان على الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص و لو لم يكن تاجرا، الأمر الذي يستلزم بيان المقصود من الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص بشكل عام تاجرا كان أو غير تاجر.

1- الأشخاص المعنوية العامة : طبقا لنص المادتين 215 و 217 ق.ت فإن الأشخاص المعنوية العامة كالدولة و الولاية و البلدية لا تخضع لأحكام الإفلاس أو التسوية القضائية إذا مارست الأعمال التجارية فهي لا تكتسب صفة التاجر و لا تلتزم بمسك الدفاتر التجارية و لا بالتسجيل في السجل التجاري، و إن كانت أعمالها تخضع

لأحكام القانون التجاري. فالأشخاص المعنوية العامة ميسورة دائما و لا تخضع لطرق التنفيذ التي يخضع لها الأفراد إلا أن التساؤل يطرح بالنسبة للحالة التي تلجأ فيها الدولة لخلق أداة قانونية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري لحسابها .

يرى جانب من الفقه وجوب التمييز بين نوعين من الشركات العمومية، الأول يخص الشركات التي لها استقلالية في التسيير فإنها تخضع للإفلاس التجاري سواء كانت شركات وطنية أو محلية. و النوع الثاني يخص الشركات العمومية غير المستقلة سواء كانت وطنية أو محلية، و التي لا تخضع للإفلاس. التجاري لارتباط نشاطها بتنفيذ خطة اقتصادية للدولة، ثم أن رأسمالها و ذمتها المالية من أموال الدولة . و بالرجوع للقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 3 في المادة 03 منه ، نجد أن هذه المؤسسات تتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا وجد نص خاص، كما نصت المادة 7 منه على تمتعها بالأهلية القانونية الكاملة طبقا لقواعد التجارة و الأحكام التشريعية المعمول بها في مجال الالتزامات المدنية و التجارية.

كما أكدت المادة 20 منه على قابلية أموال المؤسسات الاقتصادية للتنازل و التصرف فيها و حجزها حسب القواعد المعمول بها في القانون التجاري باستثناء الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة. الأمر الذي يجعلنا نقول بخضوع هذه المؤسسات للإفلاس و التسوية القضائية و البيع في المزاد العلني و لو كان المشروع ملكا للدولة إلا أن حل هذه الشركات أو تصفيتها يخضع للمرسوم التنفيذي رقم 94/294 المتضمن كفيات حل و تصفية المؤسسات العمومية غير المستقلة و المؤسسات العمومية

ذات الطابع الصناعي و التجاري

إلا أنه بعد تعديل المادة 217 ق.ت بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25/04/1993 ، فإن الشركات ذات رؤوس الأموال العمومية كليا أو جزئيا أصبحت خاضعة بصراحة القانون لأحكام الباب المتعلق بالإفلاس و التسوية القضائية لكن دون أن تطبق عليها أحكام المادة 352 ق.ت المتعلقة بالبيع لأموال

المؤسسة، أين تتدخل السلطة العمومية المؤهلة عن طريق التنظيم بتدابير لتسييد مستحقات الدائنين.

2- الأشخاص المعنوية الخاصة: نصت المادة 215 ق.ت على تطبيق نظامي الإفلاس و التسوية القضائية على الأشخاص المعنوية الخاصة و لو لم تكن تاجرة. السؤال : ميز بين شركات الأشخاص و شركات الأموال في حالة الإفلاس؟
أ- الشركات المدنية: هي الشركات التي يكون موضوعها مدنيا و لا تكتسب صفة التاجر و مع ذلك يجوز شهر إفلاسها و إن كان هناك من يذهب إلى أن المشرع يخص بالأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص الشركات المدنية التي تتخذ شكل شركات المساهمة أو التوصية أو التضامن أو ذات المسؤولية المحدودة إلا أننا نرى أن المفهوم الذي قصده المشرع أوسع من ذلك كون الشركات المدنية التي تتخذ الأشكال السابقة تعتبر شركات تجارية طبقا لنص المادة 544 ق.ت، و بالتالي فالأشخاص المعنوية الخاصة الغير تاجرة تدخل تحت طيها الشركات المدنية التي لا تأخذ أحد الأشكال السابقة.
ب- الجمعيات : و بالنسبة للجمعيات كشخص معنوي خاص غير تاجر فإذا تخضع لنظامي الإفلاس و التسوية القضائية، وإن كان هناك من استثنائها من الأشخاص الخاضعين للنظامين كونها لا تكتسب صفة التاجر مهما باشرت من أعمال تجارية فنشاطها مدني. و الهدف منه تحقيق غرض اجتماعي أو مهني أو عملي دون غرض تحقيق الربح.

3- الشركات التجارية: و يجوز شهر إفلاسها متى توقفت عن الدفع باعتبارها أشخاص معنوية خاصة تاجرة.

أ- شركة التضامن : يشهر إفلاسها عند توقفها عن الدفع و يستتبع بإفلاس جميع الشركاء فيها لاكتسابهم صفة التاجر و التزامهم شخصا و بالتضامن عن ديون الشركة، فالذمة المالية لكل شريك ضامنة لديون الشركة و توقفها عن دفع ديونها معناه توقف تلقائي من جميع الشركاء و بالرجوع للمادة 223 ق.ت نجد أن المشرع نص على أن إشهار إفلاس شركة مشتملة على شركاء مسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة ينتج آثاره بالنسبة للشركاء أيضا

و تجدر الإشارة إلى أن إفلاس الشريك المتضامن و إن كان لا يؤدي إلى إفلاس الشركة فإنه يؤدي إلى انحلالها إلا في الحالة التي ينص قانونها الأساسي على استمرارها في حالة إفلاس أحد الشركاء أو فقدان أهليته أو منعه من ممارسة التجارة أو إذا قرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء طبقاً للمادة 563 ق ت. إلا أن إفلاس الشركة مستقل عن إفلاس كل شريك متضامن و ذلك لاختلاف أصول و خصوم كل منهم، فتفليسة الشركة تضم أموال الشركة و الأموال الخاصة للشركاء أما تفليسة الشريك فتضم أموال الشريك الخاصة فقط ، و باعتبار أن أموال الشركة هي ضمان خاص لدائنيها فإن إفلاسها لا يدخل فيه الدائنون الشخصيون للشركاء غير أنه لدائني الشركة التقدم إلى تفليسة الشركاء على أساس ما لهم من ضمان إضافي على أموال الشركاء الخاصة. ولا يكون لهم فيها مركز ممتاز بل يتزاحمون فيه مع الدائنين الشخصييين للشركاء حتى يستوفوا حقوقهم .

ب- شركة التوصية: من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي ولا تختلف عن شركة التضامن إلا من ناحية واحدة وهي أن الأولى تضم فرعين من الشركاء، شركاء متضامنون يسألون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة وشركاء موصون لا يكتسبون صفة التاجر ولا يسألون إلا في حدود حصصهم ، وطبقاً للمادة 563 مكرر ق ت فإن الأحكام الخاصة بشركات التضامن تطبق على شركات التوصية البسيطة ما عدا الأحكام الخاصة و بذلك فإن مركز الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة يتفق معه في شركة التضامن خلاف المركز القانوني للشريك الموصي الذي تقوم مسؤوليته في حدود قيمة الحصة التي قدمها من رأسماله ، و يترتب على هذه المسؤولية المحدودة للشريك الموصي أن إفلاس الشركة لا يؤدي إلى إفلاسه وهذا ما تؤكدته المادة 223 ق.ت. لكن التساؤل يطرح بالنسبة للشريك الموصي الذي يتألف عنوان الشركة من اسمه حيث نصت المادة 563 مكرر 2 ق.ت على أن يلتزم هذا الأخير من غير تحديد و بالتضامن بديون الشركة أي أنه يعتبر في مركز الشريك المتضامن الذي يسأل عن ديون الشركة بصفة شخصية و على وجه التضامن، و يكتسب صفة التاجر ، لذلك نرى أن يشهر إفلاسه بإشهار إفلاس الشركة.

ج- شركة المحاصة: وهي من شركات الأشخاص تكون في شكل مستتر حيث تنعقد بين شخص يتعامل باسمه مع الغير و شخص آخر أو أكثر، إلا أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية و لا تفرغ في الشكل الكتابي و لا تخضع للقيود في السجل التجاري و لا للنشر و بذلك لا يمكن شهر إفلاسها و إنما يقتصر الإفلاس على الشريك. الذي تعاقد مع الغير إذا كانت له صفة التاجر

د- الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المساهمة: من الشركات التجارية بحسب الشكل، لا يكتسب فيهما الشريك صفة التاجر و تكون مسؤوليته محدودة بحدود الحصة التي قدمها في رأسمال الشركة أو بحدود الأسهم التي اكتتب فيها، و بذلك إذا أفلسَت الشركة فهذا لا يؤدي لإفلاس الشريك. وحتى بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا ظهرت في شكل الشخص الواحد فإن استقلال ذمة الشريك الوحيد عن ذمة الشخص المعنوي الممثل له وفقا لمبدأ تخصيص الذمة الذي تبناه المشرع وعدم اكتسابه صفة التاجر يؤدي إلى عدم إفلاسه عند إفلاس الشركة.

الفرع الثاني : التوقف عن الدفع

إضافة لصفة التاجر اشترطت المادة 215 ق ت التوقف عن الدفع لتطبيق نظامي الإفلاس و التسوية القضائية، و دراسة هذا الشرط تستلزم البحث في المسائل التالية
أولا : ماهية التوقف عن الدفع:

لم يعرف المشرع المقصود بالتوقف عن الدفع و لا شروطه و لا كيفية تقديره و هو ما اعتنى به الفقه و القضاء، فيقصد بالتوقف عن الدفع العجز الحقيقي عن الدفع لدين أو عدة ديون مستحقة، و الناشئ عن مركز مالي ميئوس منه يستحيل معه متابعة التجارة بصورة طبيعية و هذا يعني أن التوقف عن الدفع هو الذي ينبىء عن مركز مالي مضطرب و ضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر و تتعرض لها حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال.

وعلى ذلك إن كان التوقف عن الدفع ناتج عن أزمة عابرة يمكنه تجاوزها فلا يشهر إفلاسه، كما أن التوقف عن الدفع لدين متنازع فيه أو غير معين المقدار أو غير مستحق الأداء لا يفيد العجز عن الوفاء المقصود، و لا عبرة في تقدير حالة التاجر المدين باليسر أو العسر و إنما بعجزه عن أداء ديونه في مواعيد استحقاقها و يترتب على ذلك:

* أن التاجر المدين الذي يقوم بأداء ديونه في مواعيد استحقاقها لا يشهر إفلاسه و لو كان معسرا لأن فكرة الائتمان التي تقوم عليها الحياة التجارية تمكنه من الحصول على مبالغ مالية لتغطية ديونه ، إلا إذا استعمل الغش لتأخير إفلاسه فيعتبر في حالة وقوف عن الدفع و يشهر إفلاسه .

* أن التاجر المدين الذي عجز عن أداء ديونه في مواعيد استحقاقها يشهر إفلاسه و لو كانت ذمته ميسورة ، كأن يكون سبب عجزه أن الجزء الأكبر من أصوله عبارة عن حقوق لدى الغير غير مستحقة الأداء حالا، أو أنه يملك عقارات يصعب بيعها بسرعة للحصول على سيولة للدفع ، و يختلف الوضع إذا كان المدين التاجر قادرا على الدفع و لكنه امتنع لمجرد العناد أو المماطلة دون أن تكون له أسباب مشروعة لهذا الامتناع إذ لا يجوز شهر إفلاسه و للدائنين توقيع الحجز الفردية على أمواله و المطالبة بالتعويضات عن الأضرار الناجمة عن المماطلة في الدفع.

وبناء على ما تقدم يتبين الفارق الأساسي بين التوقف عن الدفع و الإعسار المدني الذي هو عدم كفاية أموال المدين الحالة و المستقبلية للوفاء بديونه المستحقة الأداء ذلك أن المعسر لا يفي بديونه لأن الجانب السلبي من ذمته المالية يتجاوز الجانب الإيجابي، أما التاجر المتوقف عن الدفع فيمكن أن يكون مليئا قادرا على الوفاء .

وتكفي تصفية أمواله للوفاء بجميع ديونه و تجدر الإشارة إلى أنه يكفي لإعلان الإفلاس أو التسوية القضائية عدم الوفاء بدين واحد مهما كانت قيمته، فلا عبرة بعدد الديون التي توقف عن دفعها بل بتقدير الامتناع عن الدفع و المركز المالي للتاجر و هذا وفقا للرؤية الحديثة لمفهوم الإفلاس.

و يقع عبء إثبات التوقف عن الدفع على المدعي و يجوز إثباته بكافة الطرق باعتباره واقعة مادية، و الوقائع التي تنشأ عنها حالة التوقف عن الدفع كثيرة و متنوعة ، فيمكن أن تستخلص من تحرير احتجاج عدم الدفع ضد المدين لامتناعه عن دفع قيمة ورقة تجارية ، و من عدم تنفيذ المدين لحكم ملزم بالدفع، و من توقيع حجز عليه خاصة إذا انتهت بمحاضر عدم الوجود ، و إصدار شيكات بدون رصيد و لقاضي الموضوع تقدير الوقائع المعروضة عليه و كفايتها لقيام حالة التوقف القانوني عن الدفع.

ثانيا: الديون غير المدفوعة : يعتبر التاجر متوقفا عن الدفع إذا كانت الديون التي يطالب بها واجب عليه قانونا أن يؤديها حالا، و إن كانت المادة 215 ق.ت.ج قد سمحت بتطبيق الإفلاس و التسوية القضائية في حالة وجود توقف عن الدفع دون أن تعين طبيعة الديون التي توقف المدين عن دفعها و لا شروطها و لا عدد الديون التي تسمح بإعلان الإفلاس و التسوية القضائية فسنحاول بيان ذلك و تفصيله :

1-شروط الديون غير المدفوعة : لما كان التوقف عن الدفع معناه عجز التاجر عجزا حقيقيا عن الوفاء فيشترط ما يلي:

أ / أن يكون الدين الذي عجز التاجر عن دفعه تجاري .

إن الإفلاس و التسوية القضائية نظامان تجاريان يطبقان أصلا على التجار، لذلك فإن الإعلان عنهما يستوجب توافر شرط موضوعي يتمثل في الامتناع عن الوفاء بدين تجاري و بصورة استثنائية يجوز شهر إفلاس الأشخاص المعنوية الخاصة الغير تاجرة كالجمعيات و التعاونيات و الشركات المدنية في حالة توقفها عن الدفع لديون مدنية إلا أن هذا القول لا يمنع الدائن بدين مدني أن يطلب شهر إفلاس مدينه التاجر شريطة أن يكون المدين التاجر امتنع أيضا عن دفع دين تجاري

ب/ و لما كان التوقف عن الدفع معناه عجز التاجر عجزا حقيقيا عن الوفاء فيشترط أن لا يكون الدين الممتنع عن دفعه دينا متنازعا فيه أو غير معين المقدار أو غير حال الأداء .

ثالثا : طبيعة الدين الممتنع عن دفعه

نصت المادة 216 ق.ت.ج على جواز افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس بناء على تكليف الدائن بالحضور مهما كانت طبيعة دينه، و هو ما أثار نقاشا حول ما قصده المشرع بشأن طبيعة الدين غير المدفوع، فذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع قصد جواز شهر الإفلاس أو التسوية القضائية في حالة التوقف عن الدفع مهما كانت طبيعة ذلك الدين مدنيا أو تجاريا طالما أن المتوقف عن الدفع يخضع للنظامين و رأى جانب آخر أن الدين الغير مدفوع يجب أن يكون تجاريا ذلك أن عبارة " مهما كانت طبيعة دينه "تعود على التكليف بالحضور و الذي لا يعني بأي حال من الأحوال إعلان الإفلاس أو التسوية القضائية، على أساس أن الديون المدنية قليلة الأهمية بالنظر

لليون التجارية و لا يمكن تبعا لذلك إشهار إفلاس التاجر لامتناعه عن الوفاء بدين مدني مادام ذلك لا يترتب اضطرابات في الحياة التجارية مثلما يترتب عن عدم الوفاء بالديون التجارية ،إلا أننا نتصور رأيا آخر لمقصود المشرع و ذلك للاعتبارات التالية:-
-اعتبار أن المقصود من المادة 216 ق.ت.ج إمكانية شهر الإفلاس و التسوية القضائية مهما كانت طبيعة الدين الغير مدفوع تجاريا أو مدنيا ، لا يتماشى مع نظامي الإفلاس و التسوية القضائية باعتبارهما نظامين تجاريين و جدا للحفاظ على الحياة التجارية .

-أن قراءة المادة 216 ق.ت. لا يفهم منها إلا أن المشرع أجاز إمكانية افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية مهما كانت طبيعة الدين مدنيا أو تجاريا، و لا اعتبار للقول بأن عبارة " مهما كانت طبيعتها " تعود على التكليف بالحضور و لا تعني الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية، ذلك أن إجازة توجيه تكليف بالحضور بخصوص دين مدني أو تجاري يعني إمكانية صدور حكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية.
و بناءا على ذلك و محاولة منا للموازنة بين الاعتبارات السابقة فإننا نرى أن المادة 216 ق.ت.ج جاءت عامة فيما يخص طبيعة الديون بقصد من المشرع فالإفلاس و التسوية القضائية نظامان تجاريان يطبقان أصلا على التجار لذلك فإن الإعلان عنهما يستوجب توافر شرط موضوعي يتمثل في الامتناع عن الوفاء بدين تجاري، و يطبقان بصورة استثنائية على الأشخاص المعنوية الخاصة الغير تاجرة كالجمعيات و التعاونيات و الشركات المدنية في حالة توقفها عن الدفع لديون مدنية باعتبارها أشخاص لا تمارس التجارة،و هذا القول لا يمنع الدائن بدين مدني أن يطلب شهر إفلاس مدينه التاجر شريطة أن يكون المدين التاجر ممتنعا أيضا على دفع دين تجاري.

المطلب الثاني : صدور حكم معلن للإفلاس أو التسوية القضائية

إضافة للشروط الموضوعية الواجب توافرها لافتتاح الإفلاس و التسوية القضائية نصت المادة 225 ق.ت.ج على وجوب صدور حكم قضائي يعلن افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية و هو ما أكدته المواد 244 ق.ت.ج و ما بعدها الأمر الذي سنحاول التطرق إليه من خلال دراسة دعوى وحكم شهر الإفلاس و التسوية القضائية.

إلا أنه قبل ذلك يتعين علينا تحديد موقف المشرع الجزائري من نظرية الإفلاس الواقعي أو الفعلي التي تدلي بأن لا حاجة لصدور حكم بالإفلاس عن المحكمة المختصة لاعتبار التاجر مفلسا و استخلاص النتائج القانونية التي تترتب على التاجر المفلس، و يحق للمحاكم المدنية و الجزائية بذلك التثبت من توقف التاجر عن الدفع بصورة طارئة عند رؤية النزاع المعروض عليها و استخلاص النتائج القانونية دون انتظار صدور حكم بشهر .

فطبقا للمادة 225 / 2 ق.ت.ج يمكن للمحاكم الجزائية أن تلاحق تاجرا بجرم الإفلاس عن المحكمة المختصة الإفلاس التقصيري أو التدليسي دون صدور حكم بالإفلاس عليه، فتتحقق تبعا لذلك من الشروط اللازمة لحالة الإفلاس المتوافرة و تقدر العقوبة. والتساؤل يثور بالنسبة لإمكانية نظر المحاكم المدنية لتحقق حالة الإفلاس دون أن يصدر حكم بشهر الإفلاس، و إن كان هنالك من يذهب إلى أن المشرع الجزائري يعطي للمحاكم المدنية الحق في ذلك كما في حالة إقامة دعوى على تاجر لإبطال بعض تصرفاته الضارة بدائنيه باعتبارها جرت أثناء فترة الريبة، حيث لها أن تقرر بطلان التصرفات مؤسسين ذلك على المادة 226 ق.ت.ج.

إلا أننا نرى أن ذلك يخالف الصواب كون نص المادة 225 / 2 ق.ت.ج عندما تحدث عن إمكان تقرير حالة الإفلاس دون صدور حكم أجاز الإدانة بالإفلاس بالتقصير أو التدليس و هو من اختصاص القضاء الجزائي دون المدني و ما جاء في المادة 226 ق.ت.ج لا يمكن أن يفسر على إطلاقه بالإجازة للمحاكم المدنية النظر في ذلك.

و تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الجزائية لا يجوز لها التطرق إلى الحكم بشهر الإفلاس أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لافتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية، كما أن لا حجية للحكم الجزائي على المحكمة المختصة في تقرير حالة إفلاس التاجر سواء كان مضمونه البراءة أو الإدانة.

الفرع الأول : دعوى شهر الإفلاس أو التسوية القضائية

اشترط المشرع لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية اللجوء للمحكمة المختصة قانونا وفق إجراءات قانونية فيها ما يميزها عن القواعد الإجرائية العامة للتقاضي، الأمر الذي سيأتي بيانه فيما يليك:

أولا : المحكمة المختصة بإعلان الإفلاس أو التسوية القضائية :

1- الاختصاص النوعي: إن الاختصاص بإصدار حكم شهر الإفلاس أو التسوية القضائية يتعلق بالنظام العام، و بالرجوع للمادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية فإن المحاكم لها الولاية العامة للفصل في القضايا المدنية بما فيها التجارية، إلا أن القضايا المتعلقة بالإفلاس يؤول الاختصاص بنظرها إلى المحكمة المنعقدة بمقر المجالس القضائية دون سواها وهذا طبقا للمادة 8 من ق.ا.م.ج. على أن المحاكم الجزائية لا تخضع لهذا الاختصاص عند نظرها في تحقق حالة الإفلاس و حكمها في الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس كما جاء في المادة 225 من ق.ت.ج.

2 - الاختصاص المحلي : تختص محليا محكمة المكان الذي يقع فيه إعلان الإفلاس أو التسوية القضائية، أي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدين ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك طبقا للمادة 8 من ق.ا.م.ج و بالرجوع للمادة 37 ق.م.ج نجد أن الموطن هو مكان وجود الإدارة الرئيسية للأعمال التجارية بالنسبة للمدين التاجر و المركز الرئيسي للنشاط بالنسبة للمدين غير التاجر.

و يعود الاختصاص للمحكمة المختصة بشهر الإفلاس أو بالتسوية القضائية لنظر المنازعات المرتبطة بالإفلاس أو الناشئة عنه مدنية كانت أو تجارية متعلقة بمنقول أو عقار. ذلك أن هاته المحكمة قد فحصت حالة المدين المالية عند النظر في أمر شهر إفلاسه و كونت لنفسها فكرة عامة عن ظروف التفليسة و ملابتها و كذا تصرفات المفلس ضف إلى ذلك أن هذه المنازعات عادة ما تكون مرتبطة ببعضها البعض، . بحيث يستحسن عرضها على محكمة واحدة والاختصاص النوعي لمحكمة شهر الإفلاس أو التسوية القضائية ملازم للاختصاص المحلي ، و يعد هذا الاختصاص من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته و يمكن الدفع بعدم الاختصاص في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجوز للمحكمة

إثارته من تلقاء نفسها و بانتهاء التفليسة يزول اختصاص محكمة الإفلاس و يتم الرجوع إلى المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة.

ثانيا : أطراف دعوى شهر الإفلاس و التسوية القضائية :و يمكن شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بطلب من المدين أو بمبادرة من أحد دائنيه كما يمكن للمحكمة المختصة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

1 -شهر الإفلاس بناءا على طلب المدين:قضت المادة 215 ق.ت بأنه يتعين على المدين المبادرة خلال 15 يوما إلى إعلان توقيفه عن الدفع من أجل افتتاح إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية، فالدعوى تقام من قبل المدين كمدع ضد دائنيه كمدعى عليهم و هي حالة استثنائية من القواعد العامة في رفع الدعاوى التي تقتضي أن تقام من الدائن ضد المدين ، و تقرير المشرع لمبادرة المدين على هذا النحو دليل على حسن نيته فهو بذلك يبعد نفسه من خطر اعتباره مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس، و يأمل به إعطاءه فرصة إجراء اتفاق أو تسوية قضائية مع دائنيه تحت إشراف القضاء .

و إن كانت صيغة المادة 215 ق.ت سوت بين التسوية القضائية و الإفلاس أي أن للمدين طلب شهر إفلاسه كما له طلب إفتتاح التسوية القضائية، فهناك من يرى أن تقديم إقرار بالتوقف عن الدفع خلال 15 يوما هو حالة من حالات الاستفادة من التسوية القضائية و ليس الإفلاس ، فإن كان من مصلحة المدين أن يطلب شهر إفلاسه متى توقف عن الدفع لأن السكوت عن ذلك يزيد من اضطراب أحواله وارتباك شؤونه المالية، مما يؤدي إلى نقص أصوله و زيادة خصومه الأمر الذي قد يعرضه لانهايار تام لا يجدي إصلاحه وقد يعرضه للمساءلة الجزائية عن الإفلاس بالتقصير أو التدليس ،فالمنطق يتوافق مع اعتبار الإقرار المقدم من المدين حالة من حالات التسوية القضائية ذلك أنه و في أسوء الحالات من مصلحته طلب التسوية القضائية لا شهر الإفلاس.

مع الإشارة إلى أن القانون اشترط تقديم الإقرار من المدين و الإقرار لا يتطابق مع ما تقتضيه الإجراءات العملية في العمل القضائي ، لذلك نرى تقديم الإقرار في

صورتين إما بتحرير عريضة يضمنها إقرارا منه بالتوقف عن الدفع ، أو بتحرير إقرار بالتوقف عن الدفع في وثيقة مستقلة و يلحقه بالعريضة كأحد مرفقاتها. وفي الحالتين يتضمن الإقرار التصريح بصحة و مطابقة الوثائق المرفقة للواقع من طرف المدين و الأسباب التي حالت دون تقديم هذه الوثائق ، و يتعين أن يرفق بالإقرار الوثائق المنصوص عليها في المادة 218 ق.ت مؤرخة و موقعا عليها من طرف صاحب الإقرار.

و بالرجوع للمادة 219 ق.ت فإن وفاة التاجر و هو في حالة توقف عن الدفع يمكن معه رفع دعوى من أجل شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بإقرار من أحد ورثته في أجل عام من الوفاة. و يجب أن يشتمل الإقرار على قائمة بأسماء الشركاء المتضامنين و موطن كل منهم إن كان الأمر يتعلق بشركة تشتمل على شركاء مسؤولين بالتضامن.

وبرفع إقرار المدين للمحكمة لابد لها أن تتحقق من توافر شروط الإفلاس أو التسوية القضائية قبل الحكم به، و لها رفض طلب شهر الإفلاس إذا ثبت لها أن المدين غير متوقف عن الدفع، إنما في حالة ارتباك مالي أو أنه يريد من وراء تقديمه طلب شهر الإفلاس إرغام الدائنين على إبرائه من جزء من ديونه، و ذلك رغم اعترافه بتوقفه عن الدفع .

2- طلب شهر الإفلاس أو التسوية القضائية بناء على طلب الدائن :نصت المادة 218 ق.ت على أنه يجوز افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس بناء على تكليف بالحضور صادر من دائن مهما كانت طبيعة الدين، فيحق لكل دائن متى كان دينه حقيقيا و صحيحا، و مهما كانت قيمته و طبيعته مدنيا أو تجاريا، و كذا صفته عاديا أو ممتازا أو مضمونا برهن أو اختصاص تقديم طلب بذلك. و يحق لكل دائن أن يتدخل بصفة شخصية في دعوى شهر الإفلاس المرفوعة من أحد الدائنين و لا يؤثر رجوع المدعي عن دعواه على هذا التدخل باعتبار أن الإفلاس لا ينحصر أثره على المدعي و المدعى عليه بل يتعداهما إلى جميع الدائنين و للدائن بدين مؤجل أن يطلب شهر الإفلاس شريطة أن يقيم الدليل على أن المدين متوقف عن دفع ديونه الحالة.

إذا تعلق الأمر بشركة فإن الحق في طلب شهر الإفلاس يثبت لدائني الشركة و
حدهم دون الشركاء أو الدائنين الشخصيين للشركاء. على أن حق الدائن بطلب
شهر إفلاس مدينه الذي توفي و هو في حالة توقف عن الدفع أو افتتاح إجراءات
التسوية القضائية له ، يسقط بمرور عام من تاريخ الوفاة أو من تاريخ شطب
المدين من سجل التجارة إذا كان المدين قد شطب و هو في حالة توقف عن الدفع.
و تجدر الإشارة إلى أنه متى رفضت المحكمة شهر الإفلاس لعدم توافر شروطه فلا
يجوز للمدين طلب التعويض عما لحقه من ضرر كون الدائن استعمل حقا مقررا له
قانونا، إلا إذا ثبت أن الدائن كان سيء النية، قصد التشهير بالمدين.
3- شهر المحكمة للإفلاس أو التسوية القضائية من تلقاء نفسها: نصت المادة

216 ق.ت على حق المحكمة في إشهار إفلاس المدين أو افتتاح التسوية
القضائية من تلقاء نفسها وذلك بعد سماعه أو استدعائه قانونا، و في ذلك خروج
عن القواعد العامة التي تقضي بأن المحكمة لا تحكم بما لم يطلب منها، و مع ذلك
فإن في إعطاء هذا الحق للمحكمة حماية لمصالح الدائنين الغائبين أو الذين
منعتهم الضرورة من تقديم طلب للمحكمة، وهو مبرر بأن الإفلاس و التسوية
القضائية من النظام العام، ويبقى من الصعب على المحكمة معرفة أن المدين في
حالة توقف عن الدفع.

و يمكن للمحكمة أن تستعمل حقها بناء على تبليغ غير رسمي من قبل النيابة
العامة التي تلقت شكوى متعلقة بإحدى جرائم الإفلاس كما لها أن تقضي به من
تلقاء نفسها إذا ما عرضت عليها قضية تبين من خلالها حالة التوقف عند الدفع ،
كأن يطلب أحد الدائنين شهر إفلاس مدينه ثم يتنازل عنه فتحكم به المحكمة من
تلقاء نفسها متى تثبتت من شروطه . أو أن يكون طلب شهر الإفلاس أو التسوية
القضائية مرفوع من غير ذي صفة .

و تجدر الإشارة إلى أن هذا الحق يثبت للمحكمة دون المجلس القضائي، على
أنه يتعين على المحكمة قبل افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس أن تستمع
للمدين أو استدعيه قانونا، وكذلك الأمر بالنسبة للشريك المتضامن في حالة إعلان
إفلاس الشركة والورثة في حالة وفاة المدين و هو في حالة توقف عن الدفع .

إلا أننا نتساءل في هذه الحالة عن تحديد مراكز الأطراف في الدعوى وأي الطرفين الدائن أو المدين من يعتبر مدعى وأيهم يعتبر مدعى عليه

سؤال هل يمكن للنيابة العامة أن تباشر دعوى الإفلاس والتسوية القضائية؟

الفرع الثاني : الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية

إذا كان شهر الإفلاس أو التسوية القضائية لا يترتبان إلا بصدر حكم قضائي فإن هذا الحكم له ما يميزه عن الأحكام العادية نظرا لما يترتب من آثار لها أهميتها، وسنحاول بيان ذلك من خلال التطرق إلى طبيعته، مضمونه و كذا تنفيذه و طرق الطعن فيه. أولا: طبيعة الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية: إن طبيعة الحكم تتحدد بما يحكمه من الميزات التي قررها له القانون:

1- حجية حكم شهر الإفلاس أو التسوية القضائية: طبقا للمادة 338 ق.م.ج فإن حجية الأحكام نسبية إذ لا تسري الأحكام إلا على أطراف الدعوى وعلى نفس الموضوع وحول نفس الوقائع، غير أن حجية حكم الإفلاس أو التسوية القضائية مطلقة سواء من حيث الأشخاص الذين يسري عليهم أو الأموال التي يتناولها فبالنسبة للأشخاص فلحكم الإفلاس حجية مطلقة على الناس كافة دون تمييز بين من كان طرفا في الدعوى و من لم يكن ، فبصدر حكم الإفلاس عد المدين مفلسا بالنسبة لكافة الناس، أما بالنسبة للأموال فلحكم حجية مطلقة حيث يمتد أثره على جميع أموال المدين الحاضرة و المستقبلية، المتعلقة بتجارته أو غير المتعلقة بها، إذ يتعدى موضوع النزاع إلى ذمة المدين بأجمعها.

2- حكم شهر الإفلاس و التسوية القضائية منشيء: نصت المادة 225 ق.ت.ج على أن لا الإفلاس و لا التسوية القضائية يترتبان عن مجرد التوقف عن الدفع إنما بصدر حكم مقرر لذلك، و على الرغم من أن نص المادة جاء به عبارة "حكم مقرر لذلك" فإننا نرى أن الحكم بافتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس هو حكم منشيء لا مقرر، حيث ينشئ مركز قانوني جديد لم يكن موجودا قبل صدوره فلا يعتبر المدين مكتسبا لصفة المفلس أو المستفيد من التسوية القضائية إلا إذا صدر حكم بذلك أين تترتب آثار الإفلاس أو التسوية القضائية بقوة القانون، و إن كان هذا الحكم منشيء بالنسبة للإفلاس أو التسوية القضائية فهو مقرر لحالة التوقف عن الدفع، و حتى عبارة "حكم مقرر له" المذكورة في

المادة 225 ق. ت فتعود على حالة التوقف عن الدفع، أي أن الحكم الذي تطلب القانون صدوره هو مقرر لحالة التوقف منشئ للإفلاس أو التسوية القضائية. و حتى قضاء المادة 2/225 ق.ت بجواز الإدانة بالإفلاس بالتقصير أو بالتدليس دون حكم مقرر للتوقف عن الدفع، لا يعني بأي حال من الأحوال أنه حكم مقرر كون حكم المحكمة الجزائية لا حجية له على المحكمة المختصة سواء كان بالإدانة أو البراءة كما أنه لا يترتب أي أثر من آثار الإفلاس.

3- وحدة الإفلاس: إن الحجية المطلقة لحكم شهر الإفلاس أو التسوية القضائية و كذا الوصف المنشئ له يحول دون إمكان إفلاس التاجر أكثر من مرة واحدة في وقت واحد. وهو ما يعبر عنه بمبدأ وحدة الإفلاس المجسد في قاعدة لا إفلاس على إفلاس. ويترتب على هذه الوحدة ما يلي:

أ- أنه لا تختص بإفلاس المدين إلا محكمة واحدة وإن كان للتاجر عدة محال رئيسية الأمر الذي يؤدي لاختصاص عدة محاكم فإذا أصدرت إحدى هذه المحاكم حكمها تمتنع المحاكم الأخرى عن الفصل في الدعاوى المعروضة أمامها.

ب - إذا أذن للتاجر المدين بممارسة التجارة من جديد ثم توقف عن الدفع مرة أخرى قبل قفل التفليسة الأولى فلا يجوز شهر إفلاسه مرة ثانية، و إنما يشترك الدائنون الجدد في التفليسة التي مازلت قائمة.

ثانيا : مضمون الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية :

إذا كان شهر الإفلاس أو التسوية القضائية يترتب على صدور حكم فإن الحكم يجب أن يتضمن بيانات لها أهميتها تثبت قيام حالة الإفلاس أو التسوية القضائية، وأخرى أوجب القانون توافرها في الحكم، و عليه فإنه يتضمن إثبات شروط تقرير حالة الإفلاس أو التسوية القضائية و المتمثلة أساسا في وجوب توافر صفة التاجر أو الخضوع للقانون الخاص إذا كان الشخص معنويا و كذلك إثبات قيام حالة التوقف عن الدفع، وإضافة إلى ذلك تطلب القانون مجموعة من البيانات تتمثل فيما يلي:

1- تعيين الوكيل المتصرف القضائي و هو الشخص الذي يعهد إليه بإدارة التفليسة و تسيير أموال المدين المفلس أو المستفيد من التسوية القضائية

2- الأمر بتوقيع رهن عقاري لصالح جماعة الدائنين على جميع أموال المدين الحاضرة و المستقبلية و هذا طبقا لنص المادة 254 ق. ت.ج.

3- الأمر بوضع الأختام على الخزائن والحافظات و الدفاتر ، الأوراق التجارية والمخازن والمراكز التجارية التابعة للمدين، وفي حالة تعلق الأمر بشخص معنوي يؤمر بوضع أختام على كل أموال الشركاء المسؤولين طبقا للمادة 258 / 1 ق. ت.ج و في الحالة التي تكون فيها أموال المدين واقعة خارج دائرة اختصاص المحكمة فيوجه إعلان بذلك لقاضي المحكمة التي توجد أموال المدين في دائرة اختصاصها.

4- الأمر بتسبيق مالي لتغطية مصاريف التفليسة طبقا للمادة 229 ق. ت.ج.

5- ذكر اسم القاضي المنتدب و ذلك لإعلام الغير به عند نشر الحكم بشهر الإفلاس أوالتسوية القضائية حتى يعلم العامة بشخص القاضي المدير والمراقب لأعمال التفليسة، حيث أن تعيين القاضي المنتدب من قبل رئيس المجالس القضائي في بداية السنة القضائية ليس معن للغير.

6- تحديد تاريخ التوقف عن الدفع: إن عجز المدين عن أداء ديونه و تراخيه في الإعلان عن توقفه عن الدفع أو عمدته لتضليل دائنيه بإطالة حياته التجارية أو تصرفه بسوء نية في غفلة منهم بإخفاء أمواله أو تبيذرها أو إجراء تصرفات تشغل ذمته بما يضر الدائنين أدى بالمشروع لإخضاع التصرفات الناشئة خلال هذه الفترة للبطان وجوبا أو جوازا. على أن تحديد هذه الفترة المسماة بفترة الريبة يقترن مطلقا بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع. كونها تتحدد بالزمن الواقع بين التوقف عن الدفع و صدور حكم الإفلاس أو التسوية القضائية، و تستخلص المحكمة ذلك من ظروف الدعوى و تتبعها لأعمال المدين السابقة حيث تعين تاريخ اضطراب أعماله و انهيار ائتمانه كبدء للتوقف عن الدفع على ألا يكون هذا التاريخ سابقا ل 18 شهرا قبل صدور الحكم و 6 أشهر السابقة لهذه المدة بالنسبة لعقود التبرع فالمبالغة في تمديد فترة الريبة يفتح مجالا أوسع لإسقاط تصرفات تمت واستقرت مما يحدث اضطرابا في المعاملات و المراكز الثابتة.

والأصل أن يتضمن الحكم بشهر الإفلاس تاريخ التوقف عن الدفع و هو ما قضت به المادة 1/222 ق. ت.ج وذلك في أول جلسة يثبت فيها التوقف عن الدفع، وإذا لم

تحده المحكمة نظرا لعدم توافر العناصر اللازمة لذلك فإن تاريخ الحكم بشهر الإفلاس يعد ذاته تاريخ التوقف عن الدفع 2/222 ق.ت، وبالرجوع للمادتين 233 و 248 ق.ت.ج فللمحكمة تعديل تاريخ التوقف عن الدفع بموجب حكم منفصل لاحق لحكم الإفلاس بناء على طلب كل ذي مصلحة كالمدين ذاته أو الوكيل المتصرف القضائي و كل دائن أو صاحب حق كالموهوب له أو من المحكمة تلقائيا على ألا يقبل أي طلب بالتعديل بعد الفصل النهائي لكشف الديون.

ثالثا منطوق الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية : بتوافر الشروط الموضوعية لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية فإن القاضي المختص يصدر حكمه وفقا لمقتضيات القانون فيحكم بشهر الإفلاس في الحالات التي يستوجب فيها الحكم بذلك، ويحكم بالتسوية القضائية في الحالات الوجوبية لها وتقضي المحكمة بتحويل التسوية القضائية إلى إفلاس إن وجد المدين في الحالات المحددة قانونا لذلك.

الحكم بالتسوية القضائية الإجبارية: يتعين على المحكمة وجوبا الحكم بالتسوية القضائية شريطة توافر ما يلي :

- 1- أن يتقدم المدين تلقائيا خلال أجل 15 يوما من تاريخ التوقف عن الدفع بإقرار مكتوب يعلن فيه عن حالة توقفه عن دفع ديونه .
- 2- أن يرفق بهذا الإقرار الوثائق المنصوص عليها بالمادة 218 ق.ت: الميزانية - حساب الاستغلال العام - حساب الخسائر و الأرباح بيان التعهدات الخارجة عن ميزانية آخر السنة - بيان الوضعية - بيان رقمي بالحقوق و الديون مع إيضاح اسم وموطن كل من الدائنين مرفق ببيان أموال و ديون الضمان. جرد مختصر لأموال المؤسسة، قائمة بأسماء الشركاء المتضامنين و موطن كل منهم إن كان الإقرار يتعلق بشركة تشتمل على شركاء مسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة
- 3- أن تكون هذه الوثائق مؤرخة و موقع عليها مع الإقرار بصحتها و مطابقتها للواقع من طرف صاحب الإقرار.
- 4- تقديم بيان الأسباب بالإقرار إذا تعذر تقديم أي من هذه الوثائق أو لم يمكن تقديمها كاملة.

الحكم بالإفلاس إجباريا : و يتعين في هذه الحالة على المحكمة القضاء بالإفلاس،

كون المشرع حرم المدين من الحصول على التسوية القضائية لارتكابه أخطاءا جسيمة، و بالرجوع للمادة 226 ق.ت فيستوجب شهر إفلاس المدين في إحدى الحالات التالية:

1- إذا لم يتم بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 218 ق.ت و المتعلقة بإرفاق المدين لإقراره بالتوقف عن الدفع بمجموع الوثائق المجسدة لحالته التجارية مؤرخة و موقعة و مصادق على صحتها.

2- إذا كان قد مارس مهنته خلافا لحظر قانوني .

3- إذا كان قد أخفى حساباته أو بذر أو أخفى بعض أصوله أو أقر تدليسا في محرراته الخاصة أو بعض العقود العامة أو في تعهدات عرفية أو في ميزانيته بديون لم يكن مدينا بها.

4- إذا لم يمك حساباته طبقا لعرف المهنة و وفقا لأهمية المؤسسة.

الحكم بتحويل التسوية القضائية إلى إفلاس : إذا تحققت إحدى الحالات المنصوص عليها في المواد 337 و 338 ق.ت فإن المحكمة تقضي بتحويل التسوية القضائية إلى إفلاس و ذلك في جلسة علنية تلقائيا أو بناء على طلب من الوكيل المتصرف القضائي أو من الدائنين بناء على تقرير القاضي المنتدب و بعد سماع المدعي أو استدعائه قانونا و هذا طبقا للمادة 336 ق.ت. و اعتبارا من تاريخ الحكم تترتب آثار الإفلاس و يتبع الوكيل المتصرف القضائي القواعد الخاصة بالإفلاس بالنسبة لباقي الإجراءات 1 و تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

الحالات التي نصت عليها المادة 337 ق.ت :

1- إذا حكم على المدين بالتفليس بالتدليس

2- إذا أبطل الصلح.

3- إذا ثبت أن المدين يوجد في حالة من حالات الإفلاس الإجباري المنصوص عليها في المادة 2/226 ق.ت. ج. أي أنه وجد في حالة من حالات الإفلاس الإجباري بعد إفادته من التسوية القضائية.

الحالات التي نصت عليها المادة 338 ق.ت. ج

1- إذا لم يعرض على المدين الصلح أو لم يحصل عليه.

2- إذا حكم على المدين بالتفليس بالتقصير

3- إذا كان المدين بقصد تأخير إثبات توقفه عن الدفع قد أجرى مشتريات لإعادة البيع بأدنى من سعر السوق أو استعمل بنفس القصد طرقاً مؤدية لخسائر شديدة ليحصل على الأموال.

4- إذا تبين أن مصاريفه الخاصة ومصاريف تجارته مفرطة

5- إذا كان قد استهلك مبالغ جسيمة في عمليات نصيبية محضة.

6 - إذا كان قد أجرى عملاً مما ذكر في المادتين 246 و 247 ق.ت. ج. خلال مدة التوقف عن الدفع أو في 15 يوماً السابقة له .

7- إذا كان قد عقد لحساب الغير تعهدات تبين أنها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعيته عند التعاقد ولم يقبض مقابلها شيئاً

8- إذا كان قد ارتكب في ممارسة تجارته أعمالاً بسوء نية أو بإهمال كبير أو ارتكب مخالفات جسيمة لقواعد وأعراف التجارة.

رابعاً: شهر وتنفيذ الحكم بشهر الإفلاس أو بالتسوية القضائية:

لما كان حكم الإفلاس من الأحكام التي تحدث آثارها في مواجهة كافة الناس فمن اللازم أن يحاط الحكم بوسائل للشهر والعلانية حتى يعلمه كل من يهمه الأمر لاسيما الدائون الذين يوجب عليهم القانون التقدم بديونهم والاشتراك في إجراءات التفليسة، لذلك قضت المادة 228 ق.ت. بمجموعة من الإجراءات التي من شأنها إعلام الغير وتمثل فيما يلي:

-تسجيل الأحكام في السجل التجاري

-إعلانه لمدة 3 أشهر بقاعة جلسات المحكمة :

-نشر ملخص للحكم في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة ، وكذلك الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية كما يجرى نشر البيانات التي تدرج بالسجل في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوماً من النطق بالحكم ، ويتضمن هذا النشر بيان اسم المدين وموطنه أو مركزه الرئيسي ورقم

قيده بالسجل التجاري وتاريخ الحكم القاضي بالإفلاس أو التسوية القضائية ورقم عدد صحيفة الإعلانات القانونية التي نشر فيها ملخص الحكم، و يقوم كاتب الضبط تلقائيا بإجراءات النشر .

و بالنسبة لمصاريف النشر فقد نصت المادة 229 ق.ت على أن تدفع مصاريف الشهر من أموال التفليسة فإن لم تكن الأموال الخاصة بالتفليسة كافية على الفور لتغطية مصاريف التسوية القضائية أو شهر الإفلاس و الإعلان و نشر الحكم في الصحف و اللصق ووضع الأختام و رفعها فإن هذه المصارف يدفعها أحد الدائنين الذي رفع الدعوى مقدما أو تسبق من مصاريف الخزينة العامة إذا ما تولت المحكمة تلقائيا الفصل في القضية و تسدد هذه التسبيقات على وجه الامتياز من أول التحصيلات و تجدر الإشارة إلى أن إجراءات الشهر إذا لم تتم فإن الحكم المعلن ينتج آثاره فورا كون إجراءات الشهر مستلزما فقط من أجل سريان المدد المتعلقة بطرق الطعن ، و إذا أغفل كاتب الضبط شهر الحكم ، كان . مسؤولا عن الضرر الذي يصيب كل من تضرر من عدم العلم بصدور الحكم و نصت المادة 272 ق.ت بأن يكون الحكم الصادر بشهر الإفلاس معجل التنفيذ رغم المعارضة أو الاستئناف لأهمية الآثار التي يترتبها الحكم بشهر الإفلاس على أن أغلب الفقه يرى أن يقتصر النفاذ المعجل على اتخاذ الإجراءات التحفظية المقصود منها صيانة أموال المدين وحماية حقوق الدائنين كشهر الحكم ووضع الأختام على أموال المدين و غل يده عن إدارة أمواله و التصرف فيها ومنع الدائنين من اتخاذ الإجراءات الفردية أما الإجراءات التي لا تستلزم السرعة و لا يخشى عليها من التلف و ضياع حقوق جماعة الدائنين فلا يلزم القيام بها إلا بعد أن يصير الحكم نهائيا كذلك المتعلقة ببيع أموال المدين و توزيع ثمنها.

خامسا: الطعن في أحكام الإفلاس و التسوية القضائية :

تطرق المشرع في المواد من 231 إلى 234 ق.ت لطرق الطعن العادية في أحكام الإفلاس من معارضة و استئناف دون التطرق لطرق الطعن غير العادية، و على ذلك فإن هذه الأخيرة تخضع للقواعد العامة كما أنه درس الطعن في الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية ضمن مجمل الأحكام الصادرة في مادة الإفلاس والتسوية القضائية،

وعلى ذلك قضت المادة 232 ق.ت بعدم خضوع الأحكام التالية لأي طريق من طرق الطعن:

* الأحكام التي تصدرها محكمة الإفلاس وتقر فيها بوجه عاجل قبول الدائن في المداولات عن مبلغ تحدده في تحقيق الديون (287)
* الأحكام التي تفصل فيها المحكمة في الطعون الواردة على الأوامر الصادرة من القاضي المنتدب في حدود اختصاصه.

* الأحكام الخاصة بالإذن باستغلال المحل التجاري.

ويعود ذلك كون هذه الأحكام في مجموعها تتعلق بمسائل إجرائية لا يترتب عليها ضرر جدي بأحد الدائنين أو بالمدين كما أن المشرع قدر بأن محكمة الإفلاس هي أعلم جهة بظروف التفلسية لذلك فلا محل للطعن فيها.

1- المعارضة : جازت المادة 231 ق.ت الطعن في أحكام الإفلاس والتسوية القضائية بطريق المعارضة خلال 10 أيام يسري ميعادها من تاريخ الحكم و بالنسبة للأحكام الخاضعة لإعلانات النشر فإن ميعادها يسري من تاريخ آخر إجراء مطلوب ، فيجوز تبعا لذلك لكل ذي مصلحة و لو لم يكن طرفا في الخصومة المعارضة فيه وعند نظر المحكمة للمعارضة فعليها أن تنظر الدعوى من جديد و بخاصة التحقق من صفة المدين و كونه خاضع لنظامي الإفلاس أو التسوية القضائية و أنه في حالة توقف عن الدفع، إلا أنه لا يترتب على المعارضة في . الحكم وقف تنفيذه باعتباره معجل النفاذ

2- الاستئناف : طبقا للمادة 234 ق.ت فإنه يجوز استئناف الأحكام الصادرة في مادة الإفلاس والتسوية القضائية خلال 10 أيام تسري من تاريخ التبليغ وهذا ما يجعلنا نذهب إلى أن المشرع قصد أن الطعن بالاستئناف يجوز فقط لكل من كان طرفا في الدعوى الابتدائية أو عارض في الحكم الصادر عنها و بذلك يطعن هؤلاء بالاستئناف بعد 10 أيام تسري من تاريخ تبليغ الحكم الابتدائي لأطراف الدعوى الابتدائية أو من تاريخ تبليغ حكم المعارضة للمعارضين و يصدر قرار الاستئناف خلال 3 أشهر من رفع الاستئناف.

المحور الثاني: التسوية القضائية أو الصلح.

أولا/ التسوية القضائية.

1- تعريف التسوية القضائية:

-التسوية لغة: هي من الفعل سوى بمعنى عدل ووسط فيما بين لأمر، لذلك يقال سويت الشيء، ويقال أيضا رجل سوي الخلق أي مستو ومستقيم.
-والتسوية في القانون: هي إجراء يطبق على المدين في حالة التوقف عن الدفع سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا وذلك قصد تسديد ديونه.

2- الطبيعة القانونية للتسوية القضائية:

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للتسوية القضائية.

منهم من رأى التسوية القضائية التزام قانوني يجمع بين إرادة أغلبية الدائنين وإرادة المدين يخضع لتصديق المحكمة عليه، فهو يستمد قوته الإلزامية من هذه العناصر الثلاثة المتمثلة في الإرادتين وتصديق المحكمة.

انتقد هذا الرأي، كون المحكمة قد ترفض التصديق على الصلح الناجم عن التسوية القضائية رغم موافقة أغلبية الدائنين، كما أن هذا الرأي لم يحدد الجهة المختصة بتطبيق هذا الالتزام القانوني هل هم أغلبية الدائنين على الأقلية وعلى أنفسهم في الوقت ذاته؟ فلا يمكن أن يتصور طبقا للقواعد العامة أن تترك جماعة من الأفراد- أغلبية الدائنين- أن تتحكم وتفرض ما تريده من شروط على أقلية الدائنين، ما قد يخل بمبدأ المساواة المفترض بين جميع الدائنين أقلية و أغلبية.

ويذهب آخرون إلى أن التسوية القضائية عبارة عن حكم قضائي بالاستناد إلى السلطة الواسعة الممنوحة للمحكمة في رفض الصلح أو قبوله حسبهم أن حكم المحكمة هو الذي ينشئ الصلح ويلزم جماعة الدائنين.

انتقد هذا الرأي أيضا، كون المحكمة إذا كانت لها سلطة واسعة في رفض التصديق على الصلح أو قبوله وهذا لا خلاف عليه فإن المحكمة لا يمكن أن تصدق على صلح يرفضه جماعة الدائنين كما لا يمكنها أن تعدل شروطه سواء بالزيادة أو النقصان أو تغيير هذه الشروط.

ويرى فريق ثالث أن التسوية القضائية (الصلح) عقد بين المدين وجمعية الدائنين و أن تصديق القضاء ما هو إلا عنصرا قانونيا لا يشوه طبيعته العقدية، فيبقى تدخل القضاء مجرد حماية لمصالح الأقلية من الدائنين الذين لم يحضروه ولم يوافقوا على الصلح. ولعل المتصفح للنصوص القانونية المتعلقة بالتسوية يظهر له أنها تتطلب إرادتين، إرادة المدين المتمثلة في طلب الصلح، وهي شرط حتمي لابتداء الإجراءات كما يتطلب موافقة أغلبية الدائنين، فإذا تخلفت إحدى هاتين الإرادتين لم يكن هناك سبيل لإنجاح هذا الصلح أو التسوية.

ومما يؤكد الصفة العقدية للتسوية القضائية أيضا، هي قابلية إبطال الصلح الناجم عنها حتى بعد التصديق من طرف القضاء، وهو موقف المشرعان الجزائري والمصري. ومن جهتنا نؤيد هذا الرأي باعتباره التفسير المنطقي لطبيعة التسوية القضائية، فهي عبارة عن عقد بين المدين و الدائنين الذين وافقوا عليه، يتطلب لانعقاده التصديق عليه من القضاء كنوع من الشكلية والرسمية اقتضتها أغراض خاصة، مع أنه يسري في حق الأقلية استثناء من مبدأ نسبية العقود.

3- أحكام التسوية القضائية:

تطبق على التسوية القضائية كل الأحكام التي سبق وأن تم تناولها بصدد الحديث عن الإفلاس في المحاضرات السابقة، إلا ما يلي من أحكام:

أ- استمرار المدين المقبول في التسوية القضائية في إدارة أمواله: فالمدين في المقبول في التسوية القضائية يعتبر كالمفلس من الناحية القانونية ولكن لا تغل يده عن التصرف في أمواله، بل يجب أن يكون ذلك تحت إشراف وبمساعدة الوكيل المتصرف القضائي (المادة 01/277 تجاري)، وتكتسي هذه المساعدة الطابع الجبري. ولعل الحكمة المتوخاة من ذلك هي جعل المدين المقبول في التسوية القضائية تحت رقابة محكمة التفليسة.

كما أن بعض تصرفات المدين الخاضع للتسوية القضائية لا تحتاج فقط لمساعدة الوكيل بل تتطلب إضافة إلى ذلك حصول ترخيص من القاضي المنتدب.

-ب- عدم إمكانية الاحتجاج بتصرفات المدين في التسوية على الدائنين إذا قام بها دون مساعدة الوكيل المتصرف القضائي، أما تلك التي يقوم بها بمساعدة الوكيل فيحتج بها على الدائنين، كما يحتج بتصرفات الوكيل المتصرف القضائي، ومن بين التصرفات التي يجوز للمدين القيام بها:

-قبض ما يستحق من ديون قبل مدينه.

-بيع الأشياء القابلة للتلف.

-رفع دعاوى الشخصية المتعلقة بالمنقول والدعاوى العقارية.

-القيام بالأعمال الضرورية لسير تجارته إذا صرح له باستئنافها.

-ويجوز له القيام بالإجراءات التحفظية.

أما إذا رفض المدين الخاضع للتسوية القضائية القيام بأي عمل منوط به، فإن وكيل المتصرف القضائي يقوم وحده بهذا العمل بعد حصوله إذن من قاضي التفليسة.

4- طلب التسوية القضائية:

لا تختلف أحكام الإفلاس في رفع دعوى التسوية القضائية، ويعود الحق في ذلك للمدين نفسه أو الدائنون أو من المحكمة من تلقاء نفسها.

ويجب وفقا للقانون التجاري الجزائري أن يقدم المدين طلب التسوية خلال 15 يوما من تاريخ توقفه عن الدفع بقصد فتح التسوية، ويرفق بطلبه هذا الميزانية والمستندات التي نصت عليها (م. 218 تجاري).

تصدر المحكمة حكمها في التسوية القضائية، ويخضع هذا الحكم للطعن في بطرق الطعن العادية. (المعارضة والاستئناف)

هل يستفيد كل التجار من التسوية القضائية؟

حالات عدم الاستفادة من التسوية القضائية:

* المدين الذي لم يقم بالالتزامات الواردة في المواد: 215 و216 و217 و218 من التقنين التجاري.

* الأشخاص المحظورون من ممارسة التجارة كالموظفون والمحامون.

* التاجر الذي يبدد أو يخفي دفاتر حساباته أو يخفي جزء من أصول ماله، أو يزعم بسوء نية أنه مدين بديون.

* التاجر الذي لا يمك حسابات مطابقة لعرف المهنة.

- هذا وتنقسم التسوية القضائية إلى: تسوية إلزامية وتسوية اختيارية.

1- التسوية الإلزامية:

نصت عليها المادة 01/226 تجاري، فيجب على القاضي أن يحكم بالتسوية القضائية إذا:

- أعلن المدين عن توقفه عن الدفع خلال 15 يوماً من يوم توقفه عن الدفع. على أن

يرفق بإعلانه هذا كافة المستندات التالية ميزانيته - حسابات أرباحه وخسائره عن آخر سنة مالية - قائمة لمقدار ديونه - أسماء دائنيه وموطنهم - إضافة أن تكون هذه المستندات مؤرخة وان يوقع عليها التاجر وان يقر بأنها صحيحة وفي حالة تخلف أحد المستندات وجب ذكر أسباب تخلفه.

2- التسوية الاختيارية:

نكون أمام تسوية قضائية اختيارية إذا تقدم المدين بإعلانه بعد مرور 15 يوماً من توقفه عن الدفع، ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تعلن التسوية القضائية أو الإفلاس.

3- تحول التسوية القضائية إلى إفلاس:

للمحكمة الحق في أن تحول التسوية القضائية إلى إفلاس في الأحوال الآتية:

* إذا لم يحصل المدين على صلح من دائنيه.

* عدم سير إجراءات التسوية سيرا عاديا حتى ينتهي إلى الصلح أو حصول المدين على صلح لكنه يفسخ.

* إذا تم الحكم على المدين بجريمة الإفلاس بالتقصير وأحيانا حتى ولو لم يصدر حكما بذلك.

* إذا ثبت ارتكاب المدين أعمالا تتسم بسوء النية أو الإهمال الجسيم أو مخالفة خطيرة لقواعد والعرف التجاري.

غير أن القانون أجاز للمحكمة رفض طلب تحويل التسوية القضائية إلى إفلاس متى رأى أن الأفضل أن ينتهي الأمر إلى صلح مع الدائنين.

متى يطلب تحويل التسوية القضائية إلى إفلاس ؟

فيما عدا الحالات أدناه يجوز الحكم بتحويل التسوية القضائية إلى إفلاس في أي وقت خلال سير إجراءات التسوية ويجب أن تسمع أقوال المدين للحكم بالتحويل وإلا كان الحكم باطلا، ومن تم لا يجوز طلب تحويل التسوية القضائية إلى إفلاس إذا كان تم قفلها وعلى ذلك لا يجوز التحويل أن وافقت المحكمة على الصلح بحكم نهائي، كما لا يجوز التحويل بعد اجتماع آخر جمعية لاتحاد الدائنين.

4- آثار تحويل التسوية القضائية إلى إفلاس:

جرت العادة في فرنسا على الإبقاء على وكيل التفليسة في التسوية القضائية وكيلا في التفليسة إذا حولت إلى إفلاس مع تغير مهامه، وذلك راجع إلى أن التاجر المفلس تغل يده، فيحل محله الوكيل المتصرف القضائي بدلا من مساعدته كما عليه الحال في التسوية. كما يجوز للمحكمة أن تغير تاريخ التوقف عن الدفع طالما لم توضع قائمة للديون.

غير أن السؤال الذي يطرح هنا هو إذا كانت التسوية تتحول إلى إفلاس فهل يمكن أن يحدث العكس؟

لقد كان هذا مقترحا عند وضع تشريع التسوية القضائية 1955، أن يتاح للمحكمة حين يظهر لها أن حكم الإفلاس بني على أساس معلومات خاطئة، لكن مشروع 1955 لم يتعرض لهذا الحكم ولم يؤخذ بهذا الاقتراح. غير أن القضاء يسمح لنفسه بتحويل الإفلاس إلى تسوية قضائية عند نظر طعن في حكم الإفلاس. مصير التسوية القضائية:

تنتهي التسوية القضائية إلى الصلح، فإذا لم يتم أو إذا عقد الصلح ولكن لم تقره المحكمة انتهت التسوية كما في الإفلاس باتحاد الدائنين بقوة القانون، كما يجوز أن تتحول التسوية القضائية إلى إفلاس قبل الصلح، وقد تنتهي قبل الصلح كذلك لعدم وجود مصلحة الدائنين كما في الإفلاس، كما قد تقفل لعدم كفاية أصولها.

ثانيا/ الصلح.

ينقسم الصلح إلى ثلاثة أنواعا وهي:

1- الصلح الإتفاقي: يتم بمقتضى اتفاق بين المدين والدائنين وذلك بالموافقة عليه من جميع الدائنين بالإجماع. فهو عقد يخضع لأحكام العقود القانون المدني حيث يقبل الفسخ إذا لم يوف أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته، كما يترتب عليه أن يكون لكل دائن إذا لم يقم المدين بدفع دينه له أن يرفع عليه الدعاوى الفردية تطبيقا لأحكام القانون المدني.

2- الصلح الوافي: فهو يقي المدين من الإفلاس فيتم بين المدين ودائنيه بالأغلبية المطلقة وفقا للشروط معينة ولم يأخذ به التشريع الفرنسي الحالي وقد كان هنا كاقترح بإدخاله في مرسوم 1955 ولكن الحكومة لم توافق على هذا المقترح وهو موجود في بعض التشريعات الأجنبية مثل التشريع الألماني و السويدي والايطالي والمصري.

3- الصلح القضائي: هو اتفاق يبرم بين المدين و دائنيه مع التصديق عليه من قبل القضاء بمقتضاه يتعهد المدين بتسديد ديونه كليا أو جزئيا فورا أو بآجال على أن يصبح حرا اتجاههم و أن تغلق الإجراءات، و ينعقد الصلح برضى أغلبية الدائنين ليفرض عليهم جميعا بما فيهم الغائبين و المعارضين.

و بالنسبة للحالات التي يمكن أن يبرم فيها الصلح فإنه يتبين من المادة 317 ق.ت، أن الصلح القضائي يبرم في حالة التسوية القضائية و لا يمكن أن يتحقق في الإفلاس ذلك أن المشرع رتب اقتراح الصلح على قبول المدين في التسوية القضائية، ووفقا للمادة 322 تجاري توقف إجراءات الصلح في حالة قيام ملاحقات الإفلاس التديسي ويحرم من هذا الصلح إذا أدين التاجر بهذه الجريمة.

4- إبرام الصلح:

طبقا للمادة 314 ق.ت فإنه في حالة قبول المدين في التسوية القضائية يستدعي القاضي المنتدب الدائنين المقبولة ديونهم في مدى 03 أيام التالية لقفل كشف الديون أو من تاريخ القرار الذي تتخذه المحكمة إن كان ثمة نزاع.

و يكون استدعاؤهم بإخطارات تنشر في الصحف المختصة بالإعلانات القانونية أو برسائل موجهة إليهم فرديا من طرف الوكيل المتصرف القضائي، لتنعقد الجمعية بحضور الدائنين المقبولة ديونهم شخصا أو بمندوبين عنه، مع الإشارة لهدف الجمعية وهو إبرام الصلح مع المدين.

ولا يستدعى إلى هذا الاجتماع إلا الدائون الذين قبلت ديونهم ولو مؤقتا، ولكل دائن أن ينوب عنه وكيلا لحضور الاجتماع شريطة أن يقدم الوكيل مستندات وكالته (م.315 تجاري)، كما يستدعى المدين بموجب رسالة موسى عليها و يكون حضوره شخصا ولا يجوز أن ينوبه أحد إلا لأسباب قاهرة يقبلها القاضي المنتدب.

و تنعقد الجمعية برئاسة القاضي المنتدب و حضور الوكيل المتصرف القضائي الذي يعرض في البداية تقرير عن حالة التفليسة و الإجراءات التي نفذت و الأعمال التي تمت 316 ق.ت، كما يقدم المدين اقتراحات، و يحرر القاضي المنتدب محضرا يثبت فيه ما يحصل في الجمعية وما تقرر، كما يمكنه أن يؤجل اجتماع الجمعية إلى تاريخ لاحق إذا ما اقتضت ذلك مصلحة جمعية الدائنين.

أ- الاقتراع على الصلح:

يقوم قرار الجمعية- المذكور آنفا- على نتيجة التصويت، حيث أن الصلح يتقرر بالتصويت عليه بأغلبية مزدوجة، أغلبية الأصوات و تتحدد بأكثر من أو ما يساوي 01+50، وأغلبية ثلثي (2/1) الديون المقبولة نهائيا أو وقتيا أكبر من أو تساوي ثلثي الديون.

وهذا دون احتساب الدائنين الغائبين ولا الدائنين المتمتعين بتأمينات عينية إلا إذا تنازلوا على تأميناتهم (319ق.تجاري) و يسقط التأمين بقوة القانون إذا أدلى الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز بصوته في الاقتراع على الصلح.

و بتوافر الأغلبية المزدوجة يتم التوقيع على الصلح في الجلسة أما إذا لم يتم الحصول على الأغلبية فيرفض الصلح نهائيا و يصبح الدائون في حالة إتحاد.

وإذا حصلت أغلبية في جانب واحد فالجمعية تؤجل لمدة 8 أيام و لا يلزم هنا حضور الجمعية الثانية من الدائنين الحاضرين للجمعية الأولى و الموقعين على محضرها فقرارات الدائنين بالموافقة نهائية ما لم يعدلها الدائن في الاجتماع الأخير أو أن المدين قد عدل اقتراحاته خلال المهلة.

المعارضة في الصلح:

لما كان قرار الأغلبية السابقة يلزم الأقلية، فقد قرر المشرع حق المعارضة لجميع الدائنين الذين كان لهم حق المشاركة في الصلح أو الذين حصل إقرار بحقوقهم عند إبرامه، على

أن تكون المعارضة مسببة و تبلغ للمدين و الوكيل المتصرف القضائي في 8 أيام التالية للصلح، و إلا كانت باطلة، وتتضمن المعارضة إعلانات بالحضور أمام المحكمة في أول جلسة على أنه إذا ثبت للمحكمة أن المعارضة كانت تعسفية جاز لها الحكم بغرامة مدنية لا تتجاوز 5.000 دج وفقا للمادة 323 تجاري.

و توقف المحكمة الفصل في المعارضة إذا اعترضتها مسألة تخرج عن اختصاصها لتحدد ميعادا قصيرا يرفع فيه المعترض المسألة الأولية أمام القضاء المختص 324.تجاري.

ب- التصديق على الصلح:

يخضع الصلح لتصديق المحكمة بناءا على طلب الطرف الذي يهمله التعجيل و لا تفصل فيه إلا بمرور 08 أيام المحددة في المادة 323 تجاري، فإذا ما حصلت معارضة خلال هذه المدة فتفصل المحكمة في المعارضة و التصديق بحكم واحد. م. 325 تجاري.

وتراقب المحكمة انتظام الشكليات المفروضة قانونا على انعقاد الجمعية والتصويت وكذا مدى تحقق المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين في الصلح. م. 327 تجاري.

و قد أخضع المشرع الحكم المتعلق بالمصادقة على الصلح لإجراءات الشهر التي تخضع لها أحكام الإفلاس أو التسوية القضائية، م. 329 تجاري.

ج- مضمون الصلح:

الصلح ينهي التسوية القضائية و يبطل العلاقات القانونية القائمة بين الدائنين و مدنيهم طبقا لما أتفق عليه. - إن الحكم بالصلح يحوز قوة الأمر المقضي به فلا يجوز تعديله و حماية للدائنين الذين لم ينضموا للتفليسة أو لم يقبلوا فيها أو لم يحضروا جمعية المتصالحين أو المصوتين ضد إبرام الصلح كونهم خاضعين لأثر الصلح فإن هذا الأخير لا يمكن أن يكون فيه إسقاط للدين كله و يجب أن يقوم على مصلحة الدائنين و احترام المساواة بينهم و يتحدد مضمون الصلح بما صوت عليه و يظهر في إحدى الصور التالية:

* الصلح مع تخفيض الديون: حيث يستلم الدائنون نسبة معينة من ديونهم، يتم الاتفاق عليها بين المدين و دائنيه على أن تبقى النسبة المتبقية من الديون كالتزام طبيعي على عاتق المدين م. 334 تجاري، و في هذا يكون للدائنين اشتراط وفاء المدين عند اليسر لما تبقى من دينهم عند عقد الصلح.

* الصلح مع تأجيل الوفاء بالديون: و يكون عند اقتراح المدين لدفع جميع ديونه شريطة منحه مهلا للوفاء مع إمكانية الاشتراط في عقد الصلح بتقسيط الوفاء بالديون (م. 333 تجاري).

* الصلح مع تنازل المدين عن بعض أو كل أصوله: و ذلك مقابل تنازلهم له عن ديونهم، و تنازل المدين عن هذه الأموال لا يزيل غل يده و تباع وفق نفس الطريقة التي كانت ستباع بها دون تنازل، لتنتقل إلى المشتري من المدين لا من الدائنين، و إذا ما كان ثمن البيع يفوق مبلغ الديون فإن الفرق يعود للمدين (م. 348 تجاري) على أن الصلح وفق هذه الصورة من حق جماعة الدائنين فقط، كما نصت المادة (347 تجاري).

5- آثار الصلح:

يترتب على الصلح الآثار التالية:

- 1- انتهاء التسوية القضائية واستقرار العلاقات نهائيا بين المدين والدائنين وفقا لشروط الصلح التي لا يجوز تعديلها.
- 2- يترتب على الصلح انحلال جمعية الدائنين.
- 3- يلتزم بتحمل نتيجة الصلح كل هؤلاء الدائنين الذين لم يتقدموا بديونهم، والذين تقدموا بديونهم ولم تقبل، والدائنين الذين تخلوا عن اجتماع جمعية الدائنين للصلح والذين حضروا واقتنعوا ضد الصلح.

تم بعون الله تعالى