



مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: القانون والفلسفة والمجتمع

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع:

القواعد الإجرائية بين القواعد العامة وخصوصية المساطر الجماعية

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتور عبد الله مرغيش

من إعداد الطالب:

ادريس السماحي

لجنة المناقشة

رئيسا		أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	الدكتور عبد العزيز الصقلي
عضوا		أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	الدكتور عبد الله مرغيش
عضوا		أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس	الدكتور عبد الرحيم شميعة
عضوا		أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس	الدكتور أنوار أحمد ناجي

السنة الجامعية:

1441-1442هـ/2020-2021م

لائحة فك الرموز المستعملة

I- باللغة العربية

ق.ل.ع : قانون الالتزامات و العقود

ق.م.م : قانون المسطرة المدنية

م.ت : مدونة التجارة

ط : الطبعة

ص : الصفحة

م.س : مرجع سابق

II- باللغة الفرنسية

Act. proc. coll. : Actualité des procédures collectives

Bull. civ : Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre Civile).

C. com : Code de commerce

D : Recueil Dalloz

D. Affaires : Dalloz Affaires

DP : Dalloz Périodique

Gas. P : Gazette du palais

J c p : juris-classeur périodique

Publ. CEDH : Publications de la cour européenne des droits de
l'Homme

Revue. proc. coll. : Revue des procédures collectives

Revue. sociétés : Revue des sociétés

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RTD Civ : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial

S : Sirey (Recueil)

مقدمة

يمثل القانون نتاجاً وإفرازاً للواقع، فهو الأداة التي من خلالها يقع تنظيم الظواهر الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتلك الحقيقة تجد صدى لها في القانون المنظم لصعوبات المقاول. فانتهاج الدولة المغربية لسياسة التحرر والانفتاح الاقتصادي فرضت على المشرع المغربي سن ترسانة من القوانين تستهدف الأخذ بيد المقاولات التجارية باعتبارها تمثل نواة في النسيج الاقتصادي، ومصدر للتشغيل والإنتاج واستقطاب اليد العاملة والاستثمار وتقطع مع النظرة التقليدية التي تعتمد كقوام لها إقصاء المدين من الدورة الاقتصادية ومعاقبته⁽¹⁾، ليسجل بذلك الانتقال النوعي من قانون الإفلاس إلى قانون لإنقاذ المقاولات التي تعرف صعوبات اقتصادية⁽²⁾.

أولاً: الإطار العام للموضوع

تلعب المقاولات دوراً أساسياً في إرساء البناء الاقتصادي وترسيخ الدعائم الحقيقية للاستقرار الاجتماعي، ومع نتيجة النشاط الاقتصادي المتزايد للمقاولات، فإن الاقتصاد أصبح يعيش في حالات تحول دائم، تجعله في غالب الأحيان يسبق القانون⁽³⁾ الذي يتدخل للحاق بمستجدات الواقع الاقتصادي وتنظيم تقلباته المتواترة، ومن هنا منشأ العلاقة المتبادلة بين القانون والاقتصاد، حيث يتوقف تقدم الاقتصاد على توفير نظام قانوني فعال، وأيضاً على وجود جهاز قضائي يسهر على احترامه، وهو جهاز يكون لقراراته كذلك أثر على ميدان الأعمال بصورة جلية⁽⁴⁾. ذلك أن العولمة التي أصبحت في الوقت الحالي أهم سمات

¹-NAJAT BRAHMI : « L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement des entreprises en difficultés économiques p 16.

²-J. Paillusseau : Du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés en quelques réflexions sur la renaissance, d'un droit en dérive, Mel. Houin 1985 p 109

³ -محمد شليح : القانون والاقتصاد بين الانفصال والاتصال، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والاقتصاد تصدر عن مركز قانون الالتزامات والعقود جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق فاس العدد الثاني يناير 2009 مطبعة البلابل ص 7

⁴ -عبد المجيد غميحة : دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 120 ماي- يونيو 2009 ص 16.

النظام العالمي الجديد تطرح تحديات كبيرة ولا تضمن البقاء إلا للأقوى والأصلح على شاكلة داروينية اقتصادية⁽⁵⁾.

ولهذا فقد عمل المغرب على إدخال إصلاحات، همت على الخصوص المجالات التي لها ارتباط بميدان المال والأعمال لمواكبة المتغيرات التي عرفها العالم على مستوى التشريعات، وانتقل بذلك من عولمة الاقتصاد إلى عولمة القانون، بفعل اتجاهه نحو تبني نظم وضوابط عامة وثابتة، وذلك بهدف تحسين الأسس والقواعد التي تساعد على بناء اقتصاد قوي، وترسيخ مبادئ الحكامة في الميدان الاجتماعي. وهكذا شكل العقد الأخير من القرن العشرين مرحلة هامة في تاريخ التشريع المغربي لما تميز به من إصدار مجموعة من القوانين شكلت المتعلقة بميدان المال والأعمال الحصة الكبرى منها. ولعل من بين هذه القوانين نجد قانون إحداث المحاكم التجارية⁽⁶⁾، ومدونة الشغل⁽⁷⁾، بالإضافة إلى مدونة التجارة⁽⁸⁾. هذه الأخيرة يعد حدث المصادقة عليها سنة 1996 منعطفاً جديداً في الحياة القانونية المغربية على مستوى إعادة صياغة القوانين القديمة⁽⁹⁾، ومحطة كبرى في مسيرة الدولة المغربية من أجل تحقيق الانخراط الفعلي في النسيج الاقتصادي العالمي. ذلك أن الحركية الدائمة التي تميز عالم المال والأعمال تنعكس ضرورة على القاعدة القانونية، وتدفع المشرع للتدخل سعياً لتحديثها وجعلها قادرة على استيعاب التطورات ومتلائمة مع واقع البلاد.

5 - عبد الكريم كريش : صعوبة المقولة مرامي اجتماعية وقواعد ناقصة "مجلة الحدث القانوني عدد 20 نونبر 1999 ص4.

6 - الظهير الشريف رقم 1.67.65 الصادر في 4 شوال 1417 الموافق 12 فبراير 1997 القاضي بتنفيذ القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية، الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 الموافق 15 ماي 1997 ص 1141 وما بعدها.

7 - الظهير الشريف رقم 1.03.194 المؤرخ ب 14 رجب 1424 الموافق 11 شتنبر 2003 الصادر بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5167، 3 شوال 1424 الموافق 8 دجنبر 2003 ص 3969.

8 - الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 ربيع الأول 1422 الموافق لفاتح غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996 ص 2187.

9 - القانون التجاري الملغى لسنة 1913.

ومدونة التجارة جاءت بمجموعة من المستجدات أهمها ما تضمنه الكتاب الخامس منها المتعلق بصعوبات المقولة الذي جاء بنظام قانوني جديد، وأقر قطيعة مع قواعد الإفلاس التي كان معمولاً بها في ظل القانون التجاري لسنة 1913 الملغى، والتي كانت تتميز في مضمونها بالطابع العقابي والتصفوي، ليحل محله نظام صعوبات المقولة الذي يهدف إلى تحقيق وضمان استمرارية المقولة المتعثرة متى توفرت شروط إنقاذها، بعدما عمل المشرع المغربي على اقتباس التجربة الفرنسية التي تشكلت حول قانون رقم 84-148 والمؤرخ في فاتح مارس 1984 المتعلق بالتدابير الوقائية والتسوية الودية للصعوبات التي تعترض المقاولات، ورقم 85-98 المؤرخ في 25 يناير 1985 المتعلق بالتسوية والتصفية القضائية للمقاولات⁽¹⁰⁾، كما تم تعديله بقانون 10 يونيو 1994، والذي تم تعديله هو الآخر بالقانون رقم 2005-845 بتاريخ 26 يوليوز 2005، وضمنها في الكتاب الخامس من مدونة التجارة لتعويض مقتضيات الإفلاس والتصفية القضائية كما نظمها ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالقانون التجاري الملغى. إلا أنه رغم الاختلاف بين التشريعين المغربي والفرنسي في بعض الخيارات الأساسية، فإن قاسمهما المشترك يظل هو تقويتها للطابع القضائي للمسطرة الجماعية مقابل إضعاف الدور التقليدي للدائنين، لذلك تحدث البعض عن القضاء الموجه Dirigisme judiciaire⁽¹¹⁾، أو عن القضاء التدخل Intervention Judiciaire⁽¹²⁾، أو كذلك عن تغليب الطابع القضائي على المسطرة Judiciarisation

¹⁰ - للمزيد من التوضيح انظر :

Toh Aymar : La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA, thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, université de Bordeaux, 2015, P 21.

¹¹ - F. DERRIDA : « La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, rep, Not Defrenois, N° 14 p 33.

¹² - Y. GUYON : « Droit des affaires, Tome II 6ème éd. Economica 1995 N° 1190 p 209.

de la procédure⁽¹³⁾، أو القضاء الاقتصادي Magistrature économique⁽¹⁴⁾. وذلك لغلبة الطابع الاقتصادي لوظيفة القضاء في نطاق النظام الجديد على الوظائف القانونية والقضائية التقليدية، ولاتخاذ مجموعة من القرارات ذات طبيعة اقتصادية أكثر منها قانونية. هذا وإن كانت مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة تعتبر من المستجدات التي جاءت بها هذه الأخيرة في صيغتها لسنة 1996، فإن هذا الكتاب تضمن ستة أقسام، القسم الأول يتعلق بمساطر الوقاية من الصعوبات ويتضمن الوقاية الداخلية والوقاية الخارجية، والقسم الثاني يتعلق بمساطر معالجة صعوبات المقاول، والقسم الثالث يخص التصفية القضائية، والقسم الرابع تناول القواعد المشتركة لمساطر المعالجة والتصفية القضائية، فيما تناول القسم الخامس العقوبات المتخذة ضد مسيري المقاول، بينما القسم السادس حدد طرق الطعن.

ولغاية المحافظة على المقاول، عمل المشرع منذ صدور قانون صعوبات المقاول لسنة 1996 على مساعدة المقاول التي تمر بصعوبات اقتصادية، غير أن هذا القانون ظل جامدا منذ صدوره ولم يتم بتعديل نصوصه رغم تعلقه بميدان التجارة والاقتصاد الذي يتفاعل مع التغييرات والتطورات الاقتصادية كالقانون الفرنسي الذي يعتبر المصدر المادي لهذا النظام الذي عرف عدة تعديلات متتالية سنة 1994، 2005، 2008، 2014 و 2015⁽¹⁵⁾، ثم سنة 2016 التي عرفت حضور منصبين جديدين في الساحة القانونية والمرتبطين أشد الارتباط بصعوبات المقاول هما المدير والوكيل القضائيين⁽¹⁶⁾. غير أن

¹³ - C. Saint-Alary-Honin : « Droit des entreprises en difficultés Domat Montchrestien 2 éd 1999 p 31.

¹⁴ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول ومساطر معالجتها، الجزء الأول، دار نشر المعرفة الرباط الطبعة الأولى 1998 ص 96.

¹⁵ - P.R. Le Corre : « Droit et pratiques des procédures. Collectives 9^{ème} éd. Dalloz 2016.

¹⁶ Décret N° 2016-400 du 1er avril 2016 relatif aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires.

المشرع المغربي قام بتاريخ 22 غشت 2014 بإدخال تعديلين⁽¹⁷⁾، الأول طرأ على عنوان الكتاب الخامس، إذ تمت إعادة تسميته فبذل "معالجة صعوبات المقولة"، أضحت التسمية الجديدة "إجراءات الوقاية والمعالجة من صعوبات المقولة"، ويتمثل الثاني فيما تم إدخاله على مقتضيات المادة 546 من مدونة التجارة، إذ ألزمت المادة رئيس المقولة القيام بتصحيح الاختلالات بعدما يرصد الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية المقولة، ثم يأتي بعد ذلك تدخل مراقب الحسابات وكذا أي شريك تبليغ رئيس المقولة بتلك الصعوبات.

وظل الوضع يراوح مكانه اثنان وعشرون سنة ليقتنع المشرع المغربي بضرورة نسخ وتعويض الكتاب الخامس من خلال القانون 17-73⁽¹⁸⁾. وقد جاء هذا التعديل حسب المذكرة التقديمية له " كمحطة رئيسية لإقرار مناخ أعمال محفز وقادر على الرفع من جاذبية بلادنا للاستثمار الذي يعرف تغييرا مستمرا ونمواً سريعاً يحتم تحيين الإطار القانوني المرتبط به من أجل مساهمة النمو الاقتصادي الوطني والدولي والتنافسية التي تفرضها إكراهات العلاقات الاقتصادية بين البلدان والتمكن من جذب الاستثمارات أمام المنافسة الحادة بجميع المتداخلين في هذا الميدان"⁽¹⁹⁾.

وبذلك تضمن الكتاب الخامس من مدونة التجارة لسنة 2018 تسعة أقسام، خص القسم الأول منه للمقتضيات العامة وذلك في مادتين 545 و546، بينما القسم الثاني خصه لمساطر الوقاية من صعوبات المقولة، وذلك في بابين الأول يتعلق بالوقاية الداخلية والثاني بالوقاية الخارجية. في حين تناول في القسم الثالث مسطرة الإنقاذ كمسطرة جديدة تستفيد من مزايا مساطر الوقاية وكذلك من إيجابيات مساطر المعالجة القضائية، خاصة ما يتعلق

¹⁷- تم تغيير وتنظيم الكتاب الخامس من مدونة التجارة بمقتضى القانون رقم 14-81 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.146 بتاريخ 25 شوال 1435 الموافق 22 غشت 2014، الجريدة الرسمية عدد 6291 بتاريخ 19 ذو القعدة 1435 الموافق 15 شتنبر 2014، ص 6882.

¹⁸- القانون رقم 17-73 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 الموافق 19 أبريل 2018، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 الموافق 23 أبريل ص 2345.

¹⁹- المذكرة التقديمية لوزارة العدل لمشروع القانون 17-73، الأمانة العامة للحكومة ومذكرة رقم 5/0301 الرابط 16 يناير 2018، ص 1.

بالحصانة القضائية ضد دائئيتها، ومدة تنفيذ مخطط الإنقاذ الذي قد يصل إلى خمس سنوات. كما تناول في القسم الرابع مسطرة التسوية القضائية والقسم الخامس مسطرة التصفية القضائية، والقسم السادس خصه للقواعد المشتركة لمساطر الإنقاذ والتسوية القضائية والتصفية القضائية، والقسم السابع خصه للعقوبات ضد مسيري المقولة. بينما القسم الثامن خصه لطرق الطعن، أما القسم التاسع فتطرق فيه للمساطر العابرة للحدود لصعوبات المقولة، وذلك من أجل توفير آليات لمعالجة الحالات العابرة للحدود لصعوبات المقولة بغية تسهيل تعاون المحاكم المغربية مع المحاكم الأجنبية المعنية بهذه المساطر، وتعزيز الأمن القانوني في مجالات التجارة والاستثمار العابرة للحدود، وإدارة المساطر العابرة للحدود، وحماية وتنمين أصول المدين وتسهيل إنقاذ المقاولات المتعثرة مالياً، وهذه الأهداف سطرها القانون في المادة 768 من مدونة التجارة. ذلك أنه بالنظر إلى عولمة رأس المال أصبح الاتجاه متعاضداً دولياً نحو إقرار تنظيم دولي يقدم إجابات عملية عن إشكالية المساطر العابرة للحدود لصعوبات المقولة⁽²⁰⁾، هذا الاتجاه الذي أصبح أكثر إلحاحاً بعد الأزمة المالية العالمية التي عصفت بالكثير من الاقتصادات والشركات المتعددة الجنسيات والفروع عبر العالم⁽²¹⁾.

وبذلك لم يعد نظام صعوبات المقولة مقتصرًا على حدود دولة واحدة نظراً لاتساع التجارة ووجود شركات منتشرة في أكثر من دولة، فعند توقف التاجر وطنياً كان أم أجنبياً عن دفع ديونه مستحقة الأداء على نحو ينبئ باضطراب مركزه المالي ويتعرض لفتح المسطرة، نكون أمام حالة فتح المسطرة لكنها تتعدى حدود دولة معينة⁽²²⁾.

²⁰ -ERNEST KRINGS: «Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite Uniform Law Review, volume 2, issue 4, 1 décembre 1997.

²¹ -Jean-Luc VALLENS: «Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: vers l'harmonisation du droit de la faillite ? recueil Dalloz 23 sept 2004 p 2420.

²² -بسمة محمد كاظم: الإفلاس الدولي وحماية حقوق الدائنين دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2017، ص 13، - أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه جامعة عمان العربية للدراسات العليا الأردن..

وقانون 17-73 تضمن مجموعة من المفاهيم والتوضيحات على غرار المقتضيات السابقة من الكتاب الخامس المعدل، مع احتفاظه كذلك ببعض المقتضيات السابقة. ومن ثم فالأهداف المعلنة لقانون 17-73 تتمثل في تطوير آليات الرصد المبكر للصعوبات التي قد تعترض المقولة، وذلك من خلال تأهيل مسطرتي الوقاية الداخلية والوقاية الخارجية للمقولة للرفع من جاذبيتها، والتنصيب لأول مرة على مسطرة الإنقاذ، تعزيز دور الدائنين في المسطرة، تعزيز حقوق الأجراء، تأهيل أجهزة المسطرة عبر تعزيز دور القاضي المنتدب وتعيين نائب له، وتأهيل دور السنديك والتقليص من طرق الطعن. وأخيراً الانفتاح على البعد الدولي للمسطرة، وذلك من خلال التنصيب على مسطرة صعوبات المقولة العابرة للحدود⁽²³⁾.

وكان لذلك الانتقال من قانون الإفلاس، إلى قانون لإنقاذ المقولة التي تعرف صعوبات سواء في إطار الكتاب الخامس من مدونة التجارة لسنة 1996 الملغى أو قانون 17-73 المتعلق بمساطر صعوبات المقولة عميق الأثر على الدور الذي يلعبه القاضي. فبعد أن كان هذا الأخير مجرد متابع، أو بالأحرى متفرج، يقتصر دوره على المصادقة على الصلح الاحتياطي والتصريح بالإفلاس، ومتابعة إجراءات استنضاض مكاسب المفلس واستخلاص ماله من ديون بذمة الغير، أصبح يمثل لاعبا أساسيا في الإجراءات الجماعية وفاعلا في تقرير مصير المقولة التي تشهد صعوبات اقتصادية⁽²⁴⁾.

إن الفقه الحديث يؤكد على أن تدخل القاضي في إنقاذ المقاولات التي تمر بصعوبات اقتصادية يمثل ضمانا أساسية للمدين ولدائنيه على حد سواء ضرورة، أن المحاكم تمثل هياكل محايدة لا تخدم مصلحة طرف على آخر، وإنما تسعى لتمكين كل خصم من حقوقه المشروعة التي يكفلها له القانون⁽²⁵⁾.

²³- كلمة السيد وزير العدل بمناسبة تقديم مشروع قانون رقم 17-73 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس ضد القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة فيما يخص مساطر صعوبات المقولة في إطار القراءة الثانية.

²⁴- N. BRAHMI : op cit p 14.

²⁵- Y. GUYON : « Droit des affaires » T2 N°1026 p 30.

ويرتكز نظام صعوبات المقولة على ميكانيزمات لإنقاذ المقولة من الانهيار أو التدهور، الذي يمكن أن تصل إليه بفعل الصعوبات التي قد تعترضها، مع العلم أن وسائل الإنقاذ تختلف حسب ما إذا كانت هذه الصعوبات قد تم الإعلان عنها، أو اكتشافها قبل توقف المقولة المعنية بالأمر عن دفع ديونها، وما إذا كانت قد وصلت بفعل تلك إلى مرحلة التوقف عن الدفع⁽²⁶⁾.

ويعتبر البحث عن إنقاذ المقاولات التي تمر بصعوبات اقتصادية، بحثاً مستمراً عن البرامج والاستراتيجيات التي تضع الحلول المؤدية إلى ضمان استمرار النشاط الاقتصادي والنهوض بالمقولة، وذلك من خلال ثلاث معطيات هامة:

1- المعطى الاقتصادي: وذلك بالبحث والاستقراء حول أسباب الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها المقولة، ومدى تأثيرها على ديمومة نشاطها، ومدى مكانة وأهمية ذلك النشاط على مستوى الاقتصاد الوطني بوجه عام.

2- المعطى القانوني: يبرز هذا المعطى في مسألتين: تهم الأولى الدور الفعال للمتدخلين في المسطرة في بلورة برامج إنقاذ المقاولات التي تمر بصعوبات، وأهمية إشراكهم في ذلك، لأن ديمومة المقولة الاقتصادية ليست من شأن المدين فقط. بينما تهم الثانية الاستعجال في البحث عن سبل الإنقاذ، إذ يجب التحرك قبل استفحال الصعوبات بما ييسر تجاوزها.

3- المعطى الاجتماعي: من المهم التأكيد بقطع النظر عن المعطيات الاقتصادية والقانونية على التبعات الاجتماعية لاضمحلال المقاولات الاقتصادية إذ يؤدي ذلك إلى ضياع مناصب الشغل.

وتعتبر المقولة الوسيلة الرئيسية لتحقيق التنمية الاقتصادية، ولا يتحقق نجاحها إلا بتوافر العوامل الموضوعية لاستقرارها واستمرار نشاطها، والمحافظة على توازناتها المالية، ومساعدة رجل الاقتصاد والمستثمر على تحقيق الربح والاستمرار في نشاطها

²⁶- خديجة مضي: مسؤولية البنك في إطار مساطر المعالجة دراسة تحليلية على ضوء التشريع المغربي والمقارن أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، قانون الأعمال جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2005-2006 ص 32.

وضمن ديمومة المقايضة الاقتصادية. وهذه العوامل تعد المحرك الأساسي لكل نشاط اقتصادي، ذلك أن ميدان المعاملات التجارية يستدعي توفير الظروف الملائمة للمقايضة التي تشجعها على الاستمرار، وتكفل لها المساعدة عند مرورها بصعوبات اقتصادية. ويستدعي أيضا أن نقر لرجل الاقتصاد بهذه الآليات التي تخوله الاستثمار⁽²⁷⁾، ونقر له خاصة، بإمكانية فشله في نشاطه، وإمكانية النجاح ثانية حتى نخرج من عقلية المؤاخذة والعقاب، إلى عقلية تفادي أسباب الفشل وتجاوز آثاره⁽²⁸⁾.

فالمقايضة أصبحت تشكل أرضية تلتقي فيها العديد من المصالح الفردية والجماعية، تتجلى الأولى في مصلحة الدائنين في الحصول على ديونهم في مواعيد استحقاقها، كذلك المتعاقدون مع المقايضة، والمستفيدين من خدماتها التموينية من مصلحتهم استمرار هذه الخدمات التي قد يتوقف عليها نشاطهم الاقتصادي، والأجراء تكمن مصلحتهم في استمرار عقود الشغل، أما المصالح الجماعية فتتجلى خاصة في المصلحة الأساسية للمجتمع في استمرار نشاط المقايضة، حفاظا على النسيج الاقتصادي الوطني، وفرص الشغل نظرا لما يترتب عن البطالة من آثار، وتكاليف اقتصادية واجتماعية باهضة⁽²⁹⁾، لأن فشل مقايضة ما يمكن أن تكون له آثار وخيمة ليس فقط على مستوى مناصب الشغل بل حتى على مستوى النشاط الاقتصادي⁽³⁰⁾.

²⁷ - عبد العزيز ميلودي: محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية، ماجستير جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير السنة الجامعية 2006-2007 ص5.

²⁸ -ANDRE JAC QUEMONT précise que: «une procédure collective est ouverte pour traiter les difficultés de trésorerie d'un débiteur -c'est un remède - et non pas pour sanctionner un comportement ou des manquements passés d'un débiteur» Droit des entreprises en difficultés 5 ème édition – Litec, 2007 p 95.

²⁹ -Y. GUYON, op cit T2 p 5 et 6.

- Jean pierre Le gal : « Droit commercial –prévention et règlement des difficultés des entreprises » Mémentos Dalloz 9 ème édition p 140 et 141.

³⁰ -BACHLOUCH SAIDA: La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain, thèse pour le doctorat en droit. Université Paris-Est, 2012 P 13.

واستناداً إلى هذه الاعتبارات تركزت فلسفة المشرع في الكتاب الخامس من مدونة التجارة، في انصباب اهتمامه على ضرورة ضمان بقاء المقاولات، وإنقاذها كوحدة اقتصادية، والحفاظ على جميع المصالح المرتبطة بها، وعلى جميع المراكز القانونية. وبذلك فإن الفلسفة الجديدة التي تبناها المشرع، والأهداف المتميزة التي حددها، قد أفزت العديد من الخصوصيات التي أصبحت تميز نظام صعوبات المقولة، وهذه الخصوصيات وخاصة بالنسبة للقواعد الإجرائية هي التي تشكل موضوع هذا البحث.

ثانياً: موضوع البحث

ما دما نتحدث عن خصوصيات القواعد الإجرائية في مساطر صعوبات المقولة، فإننا سنقتصر على المساطر القضائية المتعلقة بمسطرتي التسوية والتصفية القضائية، لأن مساطر الوقاية تعتبر مساطر غير قضائية، كما أن مسطرة الإنقاذ هي مسطرة إرادية تتوقف على إرادة المدين فقط. ومن ثم فإننا لن نعالج هذه المساطر ويبقى أن نؤكد على أن هذه الدراسة سوف تخصص حصرياً على الجانب الإجرائي لمسطرتي التسوية والتصفية القضائية.

فالقواعد الإجرائية هي القواعد التي تنظم إجراءات الدعاوى، من حيث رفعها، وكيفية نظرها، والحكم فيها وبيان طرق الطعن التي يمكن أن توجه ضد هذه الأحكام، كما تتضمن أيضاً قواعد تنفيذ الأحكام القضائية⁽³¹⁾.

وهذه القواعد يتضمنها قانون المسطرة المدنية، والتي يطلق عليها في الفقه العربي اسم قانون المرافعات المدنية. كما تتضمنها أيضاً قوانين أخرى خاصة، كمدونة الحقوق العينية، مدونة الأسرة، مدونة الشغل، قانون الأكرية، قانون المسطرة الجنائية وغيرها. إلا أنه من المتفق عليه فقها وقضاء، أن قواعد المسطرة المدنية تعتبر القانون العام Le Droit Commun في شأن التقاضي أياً كان نوعه، بمعنى أن القواعد الأساسية المقررة في قانون المسطرة المدنية، أو التي تقوم عليها واجبات الاحترام عند التقاضي في المسائل

³¹ - إدريس العلوي العبدلاوي: التنظيم القضائي المغربي الجديد 1975 ص 11.
- عبد المنعم الشرقاوي، عبد الباسط جميعي: شرح قانون المرافعات الجديد دار الفكر العربي ص 6.

الجنائية أو الإدارية أو غيرها، مادامت لا تتعارض مع القوانين الموضوعية الخاصة بتلك المسائل، ولعل مرد ذلك أن المشرع عنى بتقرير القواعد الأساسية للتقاضي في قانون المسطرة المدنية أولاً، ثم اكتفى في غيره من القوانين المسطرية بخصوصيات ما وردت عليه في هذه القوانين (32).

فضلاً عن هذه القواعد العامة، فالمشرع نص في الكتاب الخامس من مدونة التجارة والمتعلق بصعوبات المقاولات على آليات مسطرية جديدة يمارس من خلالها قضاء صعوبات المقاولات صلاحيات واسعة، ويحقق من خلالها الغايات المرجوة من سن المساطر الجماعية، من تسوية ودية أمام السيد رئيس المحكمة التجارية، أو التسوية القضائية وأحد الحلول المقترحة أمام المحكمة، أو في إطار تحقيق الديون وإصدار الأوامر أمام السيد القاضي المنتدب.

وإذا كان اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى تحديد السبل المؤدية إليه، فإنه لا بد من الإلمام بالقواعد القانونية التي تنير الطريق للقاضي والمتقاضي معاً، ويطلق على تلك القواعد الإجراءات، ذلك أنها هي التي تضبط عملية التقاضي منذ أن تبدأ إلى أن تنتهي. وتبين للقاضي المراحل التي تمر بها العملية القضائية، وتبين للمتقاضي الطريق أو الطرق الواجب إتباعها للمطالبة بالحق (33).

وبعد أن يعرف المتقاضون المحكمة التي عليهم أن يتوجهوا إليها، يبقى أن يعرفوا المسطرة الواجبة للإتباع أمامها، والطرق التي تبث بها المحكمة في النزاعات المعروضة عليها. لا المحكمة تستطيع أن تبث حسب هواها، ولا المتقاضون يملكون تسيير الخصومة وفق الطريقة التي يرتضونها، ولهذا فقد قيل عن هاته القوانين أنها القوانين المسطرية الحقة (34) Lois de procédure proprement dite.

32- إدريس العلوي العبدلاوي: م س ص 11.

33- عمارة بلغيث: الوجيز في الإجراءات المدنية مطبعة دار العلوم للنشر والتوزيع 2002 ص 4.

34- محمد السماحي – موسى عبود: المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي مطبعة الصومعة الرباط الطبعة الأولى ص 9.

وإذا كانت المسطرة المدنية قد سميت لدى البعض بالمسطرة الأم، فإن آخرون يرون أن قواعدها هي الشريعة العامة للقوانين الإجرائية الأخرى كلها، والنتيجة الهامة لهذا الوصف، ما ذهب إليه أغلب الفقه والاجتهاد القضائي من أن قواعدها تكون واجبة التطبيق، سواء في الميدان الإداري، أو الجنائي حين نفتقر إلى قاعدة مماثلة خاصة بهذا النزاع أو ذاك من المساطر الإجرائية الأخرى⁽³⁵⁾.

وإذا كانت الصفة العامة للقواعد الإجرائية، والمضمنة في قانون المسطرة المدنية وغيره، أنه قانون جزائي، لكون القانون الإجرائي ينشغل برسم السبل الواجب اتخاذها لترتيب الجزاء الذي قرره هذا القانون، وذلك عند مخالفته على نحو استدعى الذهاب إلى القضاء. لأنه إذا كان القانون المدني هو الذي يحدد أركان العقد ويعين الجزاء المترتب عند المخالفة، فإن القانون الإجرائي، هو الذي يحدد لصاحب المصلحة في تقرير هذا الجزاء وكيفية الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بذلك.

كما أنه يقصد بذلك تنظيم الجزاء الذي يرتبه القانون لحماية الحقوق، وهو بهذا الاعتبار يتضمن قواعد إلزامية للأفراد الذين يريدون التمتع بهذه الحماية من جانب الدولة، فهو يرسم لهم طرق الالتجاء إلى القضاء، ويحدد أوضاعاً خاصة ومواعيد معينة لمباشرة هذا الحق. وهدفه في ذلك تمكين المدعى عليه، من تحضير دفاعه والإدلاء به إلى المحكمة، وتمكين المدعي من الوقوف على هذا الدفاع للرد عليه، وحماية الخصوم من كيد بعضهم لبعض، وتمكين القضاء من دراسة القضايا ووضع حدود لهم في مباشرة وظائفهم حتى يطمئن الخصوم على اختلاف منازعهم. ولعله من هنا ساغ قول من قال إن قانون الإجراءات هو قانون شكلي. على أنه لا ينبغي أياً ما كان الهدف، أن يكون قانون الإجراءات مسرفاً في الأوضاع الشكلية. كما لا ينبغي أن يسرف القاضي في احترام هذه الأوضاع، متجاوزاً في ذلك علة تقريرها حتى لا ينعكس الغرض من فرضها، بضياح الحق نتيجة لمخالفات شكلية بحتة لا ضرر منها أو لقيام مخالفة يمكن تداركها⁽³⁶⁾.

³⁵ - محمد السماحي - موسى عبود: م س ص 12.

³⁶ - عبد المنعم الشرقاوي، عبد الباسط جميعي: م س ص 8.

والقواعد العامة للإجراءات، خاضعة لشكليات يتوقف على احترامها في بعض الأحيان، وجود الإجراء المسطري نفسه وكذلك الحق ذاته. ولهذا فكثيراً ما يتحدث عن هذا القانون الإجرائي العام بأنه قانون الشكليات، لكنها شكليات يجب أن نأخذها بمفهومها الواسع لا تنحصر في الإجراءات المادية، بل تتعداه إلى ما يمكن أن نعتبره من القواعد الجوهرية لهذا القانون. وإن احترام الشكل هو الذي يضمن تنظيم العدالة، وبقي من تحكم القاضي والمتقاضين وإن ذلك ما دفع "إيهرينج" « Ihering » لأن يقول "إن الشكل توأم الحرية، والحرية عدو التحكم"⁽³⁷⁾.

ومن ثم فإنه إذا كان مبدأ الرضائية يؤدي مهمته باضطراد في ظل القوانين المحددة للحقوق، كالقانون المدني أو التجاري، فإن مبدأ الشكلية هو المسيطر على قواعد القانون المنظم لوسيلة الحصول على هذه الحقوق بمعرفة القضاء، وهو قانون المسطرة المدنية أو ما يسمى بقانون الإجراءات، أو قانون المرافعات. فقد فرض هذا القانون على الأفراد، مراعاة مجموعة من الإجراءات الشكلية إذا أرادوا عرض نزاعهم على القضاء. كما فرض على القضاة أنفسهم التقيد بشكليات معينة عند الفصل في هذا النزاع⁽³⁸⁾.

والقواعد المسطرية تمتاز بكونها أمرة، حتمية التطبيق بالنسبة للجميع، بالنسبة لأطراف الدعوى والمحكمة ذاتها، بل ولا يقتصر دورها على تنظيم الدعوى أمام القضاء، بل يتعداه إلى ما سواه⁽³⁹⁾، لأنها قواعد أمرة تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وعلى القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه، ويمكن لكل خصم التمسك بها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى.

غير أن القواعد الإجرائية العامة تمت صياغتها لتوفير الحماية القضائية لحقوق فردية ذاتية. وإذا كانت هذه القواعد قد تعرضت لحالة تعدد الأطراف، وحالات اتساع نطاق الخصومة عن طريق تقنية التدخل والإدخال في الدعوى. فإن معالجة المسطرة المدنية لهذه الحالة، قد تم في سياق تصور للدعوى الحامية لحقوق فردية ومراكز قانونية ذاتية.

³⁷- محمد السماحي - موسى عبود: م س ص 10 - 11.

³⁸- نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل: قانون المرافعات المدنية والتجارية 1997 ص 11.

³⁹- محمد السماحي - موسى عبود: م س ص 11.

وإن الدمج بين مفهوم الدعوى ومفهوم الحق، وتبني المبدأ الاتهامي في المسطرة، كل هذا يشهد للجذور الفردية والخاصة للقانون القضائي الخاص. صحيح أن قواعد هذا الأخير شهدت تطوراً نحو التخفيف من النزعة الاتهامية، والزيادة في صلاحيات القاضي التدخلية في تسيير المسطرة. لكن روح هذا القانون، تبقى في نهاية المطاف مشبعة بتوفير الحماية للحقوق والمصالح الخاصة (40).

لكن يجب الاعتراف أن المصلحة المتنازع بشأنها لم تعد فردية، بل أصبحت هناك مصلحة عامة للمقابلة في إطار مساطر صعوبات المقابلة، حيث عمل المشرع على حمايتها بمقتضى قواعد لها اتصال وثيق بالنظام العام (41). وأصبح بذلك دور القضاء لا يقتصر على فض النزاعات بين الأطراف من منظور الخصومة التقليدية، بل أصبح موكولا له اتخاذ قرارات تتعلق بالتسيير وتدبير المقاولات، ومن ثم اختيار الحلول الاقتصادية الملائمة، وبهذا المعنى يمكن أن نتحدث في إطار المساطر الجماعية عن تأسيس قضاء اقتصادي (42) "Magistrature économique".

وترتبط مسطرة صعوبات المقابلة، بجوانب اقتصادية ومالية واجتماعية، وبهذا المعنى فهي لا تؤثر نزاعاً تقليدياً بين خصوم تدفعهم مصالحهم الشخصية إلى طلب حماية قضائية لحقوقهم، بل ترمي إلى إنقاذ المقابلة، وإيجاد السبل الكفيلة لمعالجتها. ومن ثم فإن الغاية من تدخل مختلف الأطراف المعنية في هذه المسطرة، لا يعني الوصول إلى حل نزاع، بل المشاركة في تسوية وضعية المقابلة وإنقاذها، ضمن هذا السياق وهذا المنطق القانوني فإن مسطرة المعالجة تخدم المصلحة العامة للمقابلة وليس المصلحة الذاتية للأفراد (43).

40- عبد الحميد اخريف: الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لمعالجة صعوبات المقابلة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2000-2001 ص 377.

41 - Pierre Cagnoli : Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, Thèse Caen 1999 L G D J 2002p 110.

42- Michel Jeantin : Droit Commercial, instrument de paiement et de Crédit entreprise en Difficultés Dalloz 5 Ed 1999 p 394.

43- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري ومساطر معالجة صعوبات المقابلة الطبعة الأولى 2008 ص 37. أصله أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال الرباط بتاريخ 29 أبريل 2005.

من هذا المنطلق فإن مفهوم الخصومة وفق القواعد الإجرائية العامة، يمنح للخصوم مراكز قوية، انطلاقاً من مبدأ تصرف أطراف الخصومة الذي يخولهم الحق في توجيهها، وتحديد موضوعها بما يقدمون من طلبات، ودفع أدلة أمام المحكمة والقاضي فيها حيادي يقف عند طلبات الأطراف، ولا يسوغ له أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات (الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية)، كما أنه يحق لأطرافها التنازل عن الخصومة (الفصلين 119 و 123 من قانون المسطرة المدنية). هذا السياق الإجرائي لم يعد يتلاءم مع المسطرة المنصوص عليها في إطار المساطر الجماعية ولا مع غاياتها وأهدافها، حيث كرست هذه الأخيرة تراجعاً ملحوظاً لمراكز الأطراف لصالح هيمنة القضاء، حيث حلت سلطة القاضي محل سلطة الأطراف في توجيه الطلبات، وأصبحت المحكمة تتمتع بصلاحيات واسعة ذلك أن طلبات الأطراف أصبحت مجرد اقتراحات ومعطيات تستأنس بها المحكمة⁽⁴⁴⁾. فهي تتوفر على حرية شبه كاملة تجاه طلبات الأطراف لأن المشرع قد أمرها بتطبيق معايير اقتصادية حددها بنفسه، وبغض النظر عما يطلبه الأطراف، بحيث قد يطلب هؤلاء فتح مسطرة التسوية القضائية، وتحكم المحكمة بالتصفية القضائية أو العكس. ويمكن القول بأن الأوضاع المسطرية التقليدية التي تقضي وجود مدعي ومدعى عليه، قد تم تجاوزها، فجميع المتدخلين في المسطرة يعتبرون طالبين غير أن طلباتهم ليست متطابقة⁽⁴⁵⁾، ويرى الأستاذ « Michel Jeantin » بأن عدم وجود نزاع مباشر وواضح المعالم تقوم المحكمة بالحسم فيه بواسطة الحكم الذي تصدره باعتماد مخطط الاستمرارية أو التفويت يطرح إشكالية أساسية تتميز بها هذه المساطر⁽⁴⁶⁾.

ومن جانب آخر، إذا كان من غير المسموح به في ظل قواعد القانون القضائي الخاص تجاوز الشكليات والإخلالات المسطرية، قبل النظر في موضوع النزاع، فإن طبيعة

⁴⁴ - عبد الرحيم السلماني: م س ص 78

P Cagnoli : op.cit. p 170.

⁴⁵ - F. DERRIDA : « La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises » D 1989 Chr. P 97 N° 59.

⁴⁶ - Michel Jeantin : « Plan de redressement » Ann. Univ. Toulouse 1986 p 253.

موضوع صعوبات المقابلة، يبرر إلى حد كبير الخروج على هذه القواعد استجابة لأهداف التسوية ومصلحة النظام العام الاقتصادي، ويتم التغاضي عن العيوب الشكلية لوضع اليد تلقائيا على المسطرة، وهو ما لا تسوغه القواعد العامة.

وفي نفس السياق، نجد المشرع في مجال صعوبات المقابلة، قد خرج عن القواعد التقليدية وأيضا حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة. حيث اعتبر ان الاختصاص من النظام العام، نظرا لطابع وخصوصيات مساطر المعالجة. لأن إنجاح الدور القضائي في مسطرة معالجة المقابلة يقتضي تواجد المقر الرئيسي للمقابلة داخل الدائرة الترابية للمحكمة المختصة لكي يتأتى لها الاستماع إلى رئيس المقابلة بغرفة المشورة، وكذا جمع المعلومات الضرورية حول الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للمقابلة.

ومن جهة أخرى فالمشرع عند تنظيمه لطرق الطعن في مادة صعوبات المقابلة فقد تبنى نوع من المرونة والبساطة، وخضوع الأحكام والأوامر الصادرة في هذا الإطار إلى إمكانية الطعن، تعرض الغير الخارج عن الخصومة والاستئناف والنقض مع استبعاد الطعن بالتعرض وإعادة النظر، لأن هذا الأخير لا يتلاءم مع مساطر المعالجة. كما قام المشرع أيضا بتوحيد آجال الطعن في 10 أيام بالنسبة للاستئناف والنقض، وهذا ينسجم مع غايات المسطرة وأهدافها المتمثلة بالسرعة. فضلا عن أن مباشرة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة والاستئناف، يتم بواسطة تصريح فقط دون حاجة إلى الشكليات المتطلبة أثناء تقديم المقالات الافتتاحية للدعوى، وما انتهى إليه العمل القضائي الفرنسي في هذا الخصوص انه يمكن قبول التصريح بالاستئناف عن طريق البريد المضمون. إلا أن الطعن بالنقض يبقى خاضعا لأحكام الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية.

ومن هنا يتضح أن المحكمة في إطار المساطر الجماعية لا تثبت بطريق مباشر في حق من الحقوق الخاصة، ولا تفصل في نزاع، أو في خصومة بالطريقة التقليدية. وإنما تمارس قضاء اقتصاديا يؤدي بها إلى اتخاذ قرارات في التسيير وإعمال اختيارات في الاقتصاد⁽⁴⁷⁾. وفي هذه المهام الجديدة لا يحكم القاضي بالقانون أو وفق مبادئ العدالة وإنما

⁴⁷- عبد الحميد اخريف: م س ص 378

يقضي بمقتضى سلطة الملاءمة والتقدير في تبني الاختيار الأنسب لوضعية المقاتلة ومصيرها⁽⁴⁸⁾. أما الأطراف الذين تضررت مصالحهم من جراء تهقر وضعية المقاتلة، فلا يشاركون في المسطرة فقط لحماية مصالحهم الخاصة، وإنما يدعون للدفاع عن هذه المصالح في سياق إجرائي هدفه الرئيسي دعم وضعية المقاتلة⁽⁴⁹⁾.

وهكذا يتضح أن السياق الإجرائي الذي تتم فيه معالجة صعوبات المقاتلة لا ينسجم مع مقتضيات القواعد الإجرائية العامة التي لا تستوعب البعد الجماعي والموضوعي لمسطرة معالجة صعوبات المقاتلة⁽⁵⁰⁾. وهذا البعد الجديد لمساطر معالجة صعوبات المقاتلة من شأنه أن يفتح آفاقا جديدة لتطوير القانون القضائي الخاص بالتأسيس لقانون مسطري جديد يمكن أن نطلق عليه "مسطرة معالجة صعوبات المقاتلة" يوفر آليات مسطرية جديدة للأجهزة القضائية المتدخلة لتسوية وضعية المقاتلة، بدون هذه الآليات لن تتمكن هذه الأخيرة من تجسيد الأدوار المنوطة بها⁽⁵¹⁾.

ثالثا: أهمية الموضوع

في كل مشروع علمي ينخرط فيه باحث، يتكرر نفس السؤال، هل ثمة حاجة لتبرير الاختيار؟

أحيانا تغني سببية الخوض في موضوع جديد الباحث عن اختياره، سيما حين يؤصل في ظل نظام قانوني يفتقد إلى التراكم ويتعطش لإغناء خزائنه القانونية بكل جديد. لكن الدارس لموضوع من قبيل القواعد الإجرائية بين القواعد العامة وخصوصية المساطر الجماعية لا تعدم حوافز البحث.

فقد وجهنا إلى أهمية الموضوع مكانة القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية باعتبارها الشريعة العامة والقانون القضائي الخاص، أو ما يعبر عنه

⁴⁸- NEUVILLE (S) : le plan en droit privé, Thèse Toulouse 1994 p 168

⁴⁹- عبد الحميد اخريف: م س ص 379

⁵⁰- (O) STAES : Procédures collectives et droit judiciaire privé, Thèse Toulouse 1995 p 2.

⁵¹- عبد الحميد اخريف: م س ص 379.

بعض الفقه بقانون الحماية القضائية⁽⁵²⁾، لكونه يطوي تحت لوائه مجموعة من القواعد الأساسية، من تنظيم قضائي، الذي يتناول القواعد التي تبين إنشاء المحاكم وتشكيلتها وكيفية تعيين أعضائها وحقوقهم وواجباتهم، والاختصاص القضائي الذي يشمل القواعد التي تحدد كيفية توزيع النظر في المنازعات بين مختلف جهات القضاء، إضافة إلى الدعوى. لكون القانون أوجد القواعد المنظمة للوسيلة التي منحها لصاحب الحق لحماية حقه بواسطة القضاء وهي الدعوى. فهناك قواعد منظمة لقبول الدعوى، وقواعد لاستعمالها، وأنواعها المختلفة. فضلاً عن الخصومة، والتي هي عبارة عن مجموعة القواعد الإجرائية المنظمة لشكل الأعمال التي يقوم بها الخصوم، أو المحكمة بدءاً من انعقاد الخصومة وعوارضها إلى طرق انتهائها المتنوعة، زيادة على الحكم وطرق الطعن وطرق التنفيذ الجبري.

إضافة إلى هذا الدور المحدد أعلاه، فهناك الموقع المتميز الذي أصبح القضاء يحتله في مساطر معالجة المنازعات، وللإجراءات الجديدة لملاءمة الحلول الممكنة لموضوع النزاع، لكون الكتاب الخامس من مدونة التجارة، يتعلق بقواعد مسطرية مهمة إلى جانب القواعد ذات الطابع الموضوعي. غير أن القواعد المسطرية تتميز بخصوصيات واسعة لأن الخصوصيات الموضوعية فيها هي في حد ذاتها مجرد آثار ناتجة عن تحريك المسطرة. كما أن مسطرة معالجة صعوبات المنازعة تحتاج إلى أن يفصل فيها في سياق إجرائي خاص لا ينسجم مع مقتضيات وروح القواعد الإجرائية العامة، التي يكرسها قانون المسطرة المدنية خصوصاً، والقانون القضائي الخاص عموماً.

ومن هنا كان التدخل القضائي في قانون معالجة صعوبات المنازعة، بحاجة إلى تأسيس قانون مسطري جديد يعمل بآليات ومفاهيم مستقلة في هذا الميدان، إنه قانون مسطرة معالجة صعوبات المنازعة. هذا القانون الذي يشكل الإطار الإجرائي للتدخل القضائي في معالجة صعوبات المنازعة حاول المشرع رسم معالمه من خلال مجموعة من الخصوصيات سنبحثها في إبانها.

وأكد عزمنا على تحديد هذه القواعد بين الإجراءين معاً من خلال الأهمية التي

⁵² - نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل: م س ص 11.

تكتسبها مسطرة معالجة صعوبات المقولة وخصوصياتها التي تمتاز بها عن المسطرة التقليدية من بعدها عن التعقيد، ومساهمتها في اقتصاد الوقت، وتقصير أمد الدعاوى، وما أكد عزمنا أيضاً، ما اصطبعته قرارات القضاء في نطاق مساطر صعوبات المقولة من أبعاد اقتصادية، وتباين في بعض الإجراءات المسطرية، بخصوص الرجوع إلى القواعد العامة وما نهجه الفقه بهذا الخصوص في بعض أبحاثه.

ولا ينبغي أن نغفل أخيراً بان الفراغ المسجل في بحث القواعد الإجرائية بصفة عامة ومقارنته بالإجراءات المسطرية في مساطر صعوبات المقولة خاصة في الخزانة القانونية كان حافزاً لبحث الموضوع بأبعاده وإشكالاته العملية.

رابعاً: إشكالية البحث

انطلاقاً مما تم بسطه أعلاه، تتجلى الإشكالية الأساسية هنا في محاولة معرفة مدى انطباق المفهوم التقليدي للدعوى على مساطر صعوبات المقولة. لأن معالجة المقولة، أو التصفية القضائية، لا تتحقق إلا من خلال تدخل القضاء على خلاف باقي فروع القانون حيث يبقى للمتقاضي الحق في التنازل عن اللجوء إلى المحاكم لتحقيق بعض الحقوق الخاصة.

كما أنه لتقدير خصوصيات مسطرتي التسوية والتصفية القضائية، لا بد من فهم الرؤيا التي تبناها المشرع عند وضعه لقانون مساطر صعوبات المقولة، الذي يكمن الهدف من ورائه، هو ضمان مختلف المصالح المتأثرة بفشل المقولة. حيث أصبح مفهوم "المصلحة" سواء مصلحة المقولة، مصلحة الدائنين، مصلحة العمال يأخذ مكان مفهوم الحق الذاتي، أو الشخصي، ويظهر هذا المفهوم، من خلال مجموعة من التقنيات التشريعية التي يتعدى هدفها إرضاء الحقوق الذاتية للأفراد إلى حماية المقولة، العمال أو الدائنين... مثل تقنية "مخطط تفويت المقولة".

ويتحقق مفهوم المصالح الأساسية الواجب حمايتها أمام المحكمة، القاضي المنتدب. ويدفعنا هذا للتساؤل حول الأجهزة، أو أشخاص القانون الذين لهم الحق في المشاركة في الدعوى للتعبير عن هذه المصالح، وهذا هو مشكل تحديد الأطراف في الدعوى في مسطرتي

التسوية والتصفية القضائية.

كما يشكل تزايد سلطات المحكمة، الخاصة المرتبطة بتطور قانون صعوبات المقولة، حيث يتضح أن التدخل القضائي، هو أنسب تقنية فيما يخص مسطرتي التسوية والتصفية القضائية. وبالتالي تعتبر تقنية الفتح التلقائي للمسطرة من قبل المحكمة استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بان نشاط المحكمة ليس نشاطا تلقائيا، فهي لا تتصدى للبت في النزاع من تلقاء نفسها، بل لابد أن يعرض عليها من طرف الخصوم⁽⁵³⁾. ومن هذا يمكننا التساؤل حول مدى تطابق آلية الفتح التلقائي للمسطرة مع المادة 6 – 1 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات العامة، لأنه حتى إذا فرضنا أن القاضي الذي يقوم بهذه الآلية سيكون محايداً في حكمه، هل يمكن اعتباره طرفا خارجيا عن الدعوى التي قام بفتحها تلقائيا. ونعلم أن الحيادية هي من المبادئ التي يقوم عليها عمل القضاء، كما يدفعنا الفتح التلقائي للمسطرة إلى التفكير في طبيعة الأحكام الصادرة في مجال التسوية والتصفية القضائية، حيث يعتبرها البعض أحكاماً إدارية أكثر منها أحكاماً قضائية⁽⁵⁴⁾، لأن دور القضاء في مساطر التسوية والتصفية القضائية يهدف إلى حماية المصلحة العامة.

فضلا عن أنه يمكننا أن نتساءل عن مدى التغيير الذي اعترى المبادئ المعمول بها في قانون المسطرة المدنية، وأيضا المبادئ المنظمة للدعوى التي عرفت ملاءمة ملحوظة تحت تأثير قانون صعوبات المقولة. كما يمكننا أيضا التساؤل عن طبيعة الحكم القاضي بفتح المسطرة، ومشتملاته وطرق الطعن فيه وآجالها. وهل جميع الأحكام تكون قابلة للطعن أو البعض منها، وعن الوسائل البديلة لحل النزاعات هل يمكن استخدامها في هذا النظام. ومن كل هذا هل استطاع قانون صعوبات المقولة تأسيس نظرية مستقلة وجديدة في القانون الإجرائي المغربي توازي نظرية القضاء الاقتصادي؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون سوى

⁵³- صالح لهما: سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى المدنية – التأصيل الفقهي والمظاهر التشريعية والقضائية المطبوعة والوراقة الوطنية الطبعة الأولى 2018 ص 11، أصل هذا البحث أطروحة لنيل الدكتوراه تخصص القانون الخاص جامعة القاضي عياض مراكش كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.

⁵⁴- R. MARTIN : « La saisine d'office du juge -essai sur sa signification- », J C P 1973, IV, 6316

قواعد إجرائية مستثناة من القواعد المسطرية العامة؟ وهل تأثير قانون صعوبات المقاوله على نظرية العقد⁽⁵⁵⁾، أعقبه تأثير القواعد الإجرائية على القواعد المسطرية العامة؟

خامسا: المنهج المعتمد في البحث

يبحث هذا الموضوع في الخصوصيات الإجرائية لقضايا صعوبات المقاوله، أي في القواعد المسطرية الخاصة المميزة لمسطرتي التسوية والتصفيه القضائية، لذلك سنحاول من خلال هذا البحث دراسة وتحليل قواعد المسطرتين أعلاه، ومقارنتها بالقواعد المسطرية العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية مع اعتماد منهجي الاستنباط والاستقراء من أجل الوصول إلى أهم القواعد الإجرائية التي تميز مسطرتي التسوية والتصفيه القضائية، واعتماد منهج المقارنة مع القوانين الإجرائية لنفس المادة المنظمة من قبل التشريعات العربية والأوروبية.

كما سنحاول تحليل مختلف القرارات القضائية التي توصلنا إليها، وكذا الآراء الفقهية، وذلك من أجل إيجاد أجوبة للإشكالات التي يطرحها هذا الموضوع.

خطة البحث

يمتاز قانون صعوبات المقاوله بخصوصيات باعتباره يتضمن قواعد موضوعية وأخرى إجرائية، ونظرا إلى أن جل الخصوصيات الموضوعية في إطار نظام صعوبات المقاوله تعتبر في جوهرها مجرد آثار ناتجة عن تحريك المسطرة، فإن موضوع البحث المتعلق بخصوصيات القواعد الإجرائية لنظام صعوبات المقاوله سيتم التطرق إليه من خلال بابين متكاملين وهما:

- **الباب الأول:** خصوصيات الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى في مساطر التسوية والتصفيه القضائية.
- **الباب الثاني:** خصوصيات الأحكام وطرق الطعن في مساطر التسوية والتصفيه القضائية.

⁵⁵- انظر إدريس السماحي: أثر قانون صعوبات المقاوله على نظرية العقد مقال منشور بمجلة القسطاس مجلة تصدرها هيئة المحامين بمكناس عدد مزدوج 8 و 9 دجنبر 2015 ص 55 وما يليها.
-ERAN SHVIKA : Droit privé et procédures collectives édition défrénois, E.J.A.
2003 N° 66 p 52.

الباب الأول: خصوصيات الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى

إن مشروع الكتاب الخامس من مدونة التجارة المعنون بمساطر صعوبات المقاول⁽⁵⁶⁾، كان مجبرا على تحويل مجموعة من المبادئ الراسخة في ظل النظام القضائي الخاص، رغم تطور قانون المسطرة المدنية نحو خصائص المسطرة التنقيبية، وتوسيع صلاحيات القاضي. إلا أن هذا التطور لا يستطيع استيعاب خصوصيات دعوى صعوبات المقاول، إذ اعتمد آليات هيكلية جديدة للقيام بالدور الذي سنت له هذه المساطر، ووجد نفسه - إلى جانب ذلك - بحاجة إلى آليات إجرائية تعمل بطريقة مستقلة عن القواعد المسطرية العامة، وتؤسس لقانون مسطري جديد يتميز بخصوصيات على مستويات عديدة فرضتها طبيعة التدخل القضائي وغايات نظام معالجة صعوبات المقاول الذي يعتبر نزاعا ذا طبيعة خاصة⁽⁵⁷⁾.

والصبغة الاقتصادية لنظام صعوبات المقاول، جعلته يتسم بمرونة القوانين الاقتصادية من جهة، وينهل من خصوصيات القانون التجاري من جهة أخرى، ليعلن ميلاد نظام جديد بملامح خاصة من الناحية الموضوعية، والمسطرية، اقتضت خصوصية في المسطرة، إذ لا يمكن لقواعد مسطرية عادية أن تواكب قواعد موضوعية استثنائية. مما يجعل مفهوم الدعوى منفتحا أكثر، ومفاهيم الصفة والمصلحة، تصبح ذات مضمون متطور. فإذا كانت المحاكم العادية وبمناسبة تطبيق قواعد المسطرة المدنية تتوخى حماية حقوق فردية وذاتية، فإن المحاكم التجارية - وبمناسبة تطبيق مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة- لا ترمي من ذلك النظر، أو البحث في حق من الحقوق الخاصة ولا تفصل في نزاع أو في خصومة بالطريقة التقليدية، وإنما تقضي بمقتضى سلطة الملاءمة والتقدير في تبني الاختيار الأنسب لوضعية المقاول ومصيرها⁽⁵⁸⁾.

⁵⁶- ظهير شريف رقم 1.18.26 صادر في أبريل 2018 بتنفيذ القانون رقم 17-73 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة فيما يخص مساطر صعوبات المقاول.

⁵⁷- عبد الحميد اخريف: م س ص. 376.

⁵⁸-Neuville (s)-: Le plan en droit privé, Thèse, Toulouse, 1994P168.

وعموماً فإن البحث في خصوصيات الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى في قضايا صعوبات المقابلة يقتضي منا التطرق إلى هذه الخصوصيات على مستوى القواعد الإجرائية المتعلقة بتنظيم الدعوى سواء من حيث آلياتها، أو أطرافها، أو إجراءات التحقيق فيها فضلاً عن البحث في خصوصيات القواعد المتعلقة بالإختصاص.

وعليه سنتناول في هذا الباب العناصر التالية:

الفصل الأول: الخصوصيات المتعلقة باليات رفع الدعوى والإختصاص.

الفصل الثاني: الخصوصيات المسطرية المتعلقة بسير الدعوى.

الفصل الأول: الخصوصيات المتعلقة بآليات رفع الدعوى والاختصاص

إن الإجراءات المتعلقة بفتح مساطر المعالجة تثير عدة نقاط أساسية أبرزها الجهات التي لها حق طلب فتح المسطرة، والطريقة التي أقرها المشرع لفتح المسطرة. كما أنه إذا كانت جل الدعاوى المقدمة أمام القضاء تتحد في المقتضيات التشريعية المتعلقة بالاختصاص التي وضعها المشرع في قانون المسطرة المدنية، فإن دعوى معالجة صعوبات المقولة تنفرد بمقتضيات تشريعية في هذا الخصوص تنسجم، والغاية التي يهدف المشرع إلى تحقيقها من وضع هذا القانون، خاصة وأن دعوى معالجة صعوبات المقولة تؤطر نزاعا متعدد الأبعاد والمستويات.

وسنعرض في هذا الفصل المحاور التالية:

الفرع الأول: الخصوصيات المتعلقة بآليات رفع الدعوى

الفرع الثاني: الخصوصيات المتعلقة بالاختصاص

الفرع الأول: الخصوصيات المتعلقة بآليات رفع الدعوى

بالرجوع إلى المواد (59) 576 و (60) 578 و (61) 651 من مدونة التجارة يتضح أن المشرع حدد الجهات التي لها حق تقديم طلب فتح مسطرتي التسوية والتصفية القضائية. فبالإضافة إلى رئيس المقولة الذي يتعين عليه تقديم طلب فتح المسطرة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما التالية للتوقف عن الدفع، يمكن فتح المسطرة بناء على مقال افتتاحي لأحد الدائنين أو بناء على طلب النيابة العامة، كما يمكن للمحكمة التجارية أن تضع يدها تلقائيا على المسطرة.

فمن خلال الجهات التي منحها المشرع الحق في تقديم طلب فتح المسطرة أو وضع اليد تلقائيا على المسطرة يمكن تصنيف آليات فتح المسطرة إلى آليتين: الآلية الأولى توجب ضرورة التقدم بطلب إلى المحكمة التجارية المختصة قصد فتح المسطرة (المبحث الأول) أما الآلية الثانية فلا تتطلب أي طلب وإنما تفتح المسطرة تلقائيا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات فتح المسطرة بناء على طلب

يقدم طلب فتح المسطرة إلى المحكمة المختصة من كل شخص ذاتي أو معنوي بوصفه دائنا أو صاحب حق من الحقوق التي تخول لأصحابها حق إمكانية تقديم طلب فتح المسطرة. ولنفي الجهالة عن طلب فتح مسطرة المعالجة، يتعين أن يحتوي مجموعة من البيانات تخص طالب فتح المسطرة من جهة، والمقولة المراد فتح المسطرة في مواجهتها من جهة أخرى، وإرفاق الطلب بمجموعة من المستندات المعززة له. فضلا وعلى الرغم من وضوح الجهات التي لها حق فتح مساطر المعالجة بناء على طلب فان المقتضيات القانونية المتعلقة بها والتي أقرها المشرع في الكتاب الخامس من مدونة التجارة تثير بعض الصعوبات بمناسبة تطبيقها.

⁵⁹- تنص المادة 576 من قانون رقم 73.17 على أنه "يجب على رئيس المقولة أن يطلب فتح مسطرة التسوية القضائية في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ توقف المقولة عن الدفع".

⁶⁰- تنص المادة 578 من ذات القانون على أنه: "يمكن فتح المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين كيفما كانت طبيعة دينه".

⁶¹- تنص المادة 651 من نفس القانون على أنه: "تفتتح المحكمة مسطرة التسوية القضائية تلقائيا أو بطلب من رئيس المقولة أو الدائن أو النيابة العامة، إذا تبين لها أن وضعية المقولة مختلفة بشكل لا رجعة فيه".

ولبيان ذلك سنبحث فتح المسطرة بناء على طلب رئيس المقولة (المطلب الأول)، وبناء على طلب أحد الدائنين (المطلب الثاني) وبناء على طلب النيابة العامة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: فتح المسطرة بناء على طلب رئيس المقولة

استنادا إلى مقتضيات المادة 576 من مدونة التجارة يقع على عاتق رئيس المقولة بصفته الشخصية أو بواسطة وكيله الخاص أو عن طريق محام طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقولة داخل أجل ثلاثين يوما تلي توقفه عن الدفع. ويتعين على رئيس المقولة أن يشير في طلبه إلى أسباب التوقف عن الدفع حتى تتأكد المحكمة من جدية الطلب، كما يتعين عليه الإدلاء بالوثائق المنصوص عليها في المادة 577 من مدونة التجارة.

ولبيان خصوصيات ومميزات طلب فتح المسطرة من قبل رئيس المقولة سنعرض إلى مدى إلزامية هذا الأخير بإشعار المحكمة (الفقرة الأولى) وإلى المدة التي حددها المشرع لحمل المدين على القيام بالعمل الإجرائي المذكور (الفقرة الثانية) وفي حالة عدم امتثاله أو إهماله ما هو الجزاء المقرر بهذا الخصوص (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: إلزام المدين بإشعار المحكمة

من المعلوم أن الأفراد أحرار في اللجوء إلى المحكمة وتقديم طلباتهم إليها ولذلك فالقاضي لا يباشر عمله القضائي إلا بناء على طلب. ومادامت الدعوى هي وسيلة للوصول إلى الحماية القانونية للحق، فإن ممارستها متروكة لإرادة طالب الحماية يتصرف فيها كيف يشاء. ولهذا لا يمكن أن نتصور إلزام شخص بتحريك دعواه ولا أن يتولى ذلك شخص آخر مكانه بغير إرادته، وبذلك يبرز الطابع الاختياري للدعوى لكون طالب الحماية يملك ناصيتها⁽⁶²⁾. لأن الأفراد أحرار في التصرف بحقوقهم. ولديهم من ناحية أخرى الإمكانية

⁶² - إن الفقهاء المسلمين يؤكدون أن الدعوى تصرف مباح وليست واجبا مفروضا على الأفراد، فلا يجبر المدعي على الدعوى وتركها أو رفعها مرتبط بإرادته. وذهب فقهاء الحنفية إلى القول بأن المدعي "من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعي عليه هو من إذا تركها يجبر عليها" ويقول السر خشي: المدعي من يستدعي على الغير بقوله وإذا ترك الخصومة يترك والمدعي عليه من يستدعي عليه بقول الغير وإذا ترك الخصومة لا يترك. ومن تعريفات الشافعية قولهم إن المدعي هو من لا يجبر على الخصومة وفي المقابل فإن المدعي عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه.

في تسوية المنازعات التي تنشأ بصددها بالطريقة التي يرونها ملائمة لهم.

إلا أن هذا لا ينطبق على ما نحن بصدده، فالمدين ملزم بطلب فتح مسطرة صعوبات المقولة، والمدين الذي نطبق عليه مساطر صعوبات المقولة كل تاجر، وكل حرفي، وكل شركة تجارية ليس بمقدورهم سداد الديون المستحقة عليهم عند الحلول طبقا للمادة 575 من م.ت. والمدين الذي يطلب فتح المسطرة ينصاع لإكراه القانون. فهو حينما يلجأ للمحكمة، فإنه لا يفعل ذلك بدافع الحفاظ على مصالحه، بل تنفيذا لالتزام قانوني⁽⁶³⁾، لأن القانون يلزمه بأن يحرك الدعوى. ومادام المدين هو الوحيد الذي يكون طلب فتح المسطرة بالنسبة إليه ملزما، فهو حل مؤسس لأن مكانته تمكنه من معرفة وضعيته⁽⁶⁴⁾. وبالتالي فهذا الإلزام يجد تبريره وأساسه في كون رئيس المقولة هو الأقر على معرفة الوضعية الاقتصادية والمالية والاجتماعية الحقيقية للمقولة، وهو بالتالي أكثر الأشخاص اطلاعا ومعرفة بالصعوبات التي تواجه المقولة، وحجم وخطورة هذه الصعوبات، ويكون بذلك ملزما باتخاذ تلك الإجراءات اللازمة لمعالجتها.

وبحكم الطابع الإجباري الذي يكتسيه إشعار المدين للمحكمة، فإن هذا الإشعار يصبح الوسيلة العادية لفتح المساطر الجماعية، ولذلك فالمشرع بإلزامه المدين المتوقف عن الدفع بإشهار وضعه، وتقديم طلب فتح المسطرة، يرغب في التحكم في مصير الشركات التي توجد في حالة صعوبة بواسطة أجهزته المتمثلة في المحاكم، وأن الأجل الوجيز والمحدد في 30 يوما من قبل المشرع يعكس رغبة هذا الأخير في ضمان التسوية المحتملة لوضع المقولة، ولهذا يجبر القانون المغربي المدين بإشعار المحكمة. وهذا ما دفع أحد الباحثين إلى القول بأن المدين في هذا الصدد يفترض فيه أنه يوجد في وضعية بها صعوبات

وهو نفس التوجه بالنسبة لنظام الإفلاس الأمريكي لأن هذا النظام هو عملية إرادية يقوم بها المدين وغير إجبارية (انظر - محمد ايت بلحسين: إطلالة على نظام الإفلاس الأمريكي مقال منشور بمجلة القضاء والفانون العدد 165 يونيو 2015 ص 67-).

⁶³ -CAGNOLI (p)-: Essai D'analyse processuelle de droit des entreprises en difficulté, LGDJ 2002P 251 N° 314.

⁶⁴ -PEROCHON (F)- BONHOMME (R)-. Entreprise en difficulté, instruments de crédit et de paiement 4 ème, Edition LGDJ, 1999, P109.

تحتاج إلى بعض الإجراءات الملائمة بالنظر إلى وضعه وأن تلك الإجراءات تساعد المدين على التغلب عليها⁽⁶⁵⁾.

وقد أوجبت المادة 576 من م.ت على رئيس المقابلة، سواء كانت المقابلة فردية، أو جماعية، أو اتخذت شكل شركة، أن يطلب فتح المسطرة سواء تعلق الأمر بعدم القدرة على سداد الديون المستحقة عند الحلول أو الديون الناجمة عن الالتزامات المبرمة في إطار مسطرة المصالحة (المادة 575 من م.ت) في أجل أقصاه ثلاثون يوما تلي توقفه عن الدفع باعتباره أدري من غيره بوضعية المقابلة التي يسيرها وأقدر، قبل غيره على معرفة ظروف ازدهارها أو فشلها.

ولا يعد طلب رئيس المقابلة فتح مسطرة المعالجة ضد نفسه، على الرغم من أنه في صالحه، طوعا أو اختيارا له، بل يجب تقديم الطلب وجوبا وجبرا كما يظهر من صياغة المادتين 576 و 577 من م.ت. فهذا الطلب ليس من قبيل الطلبات الاختيارية بل يعتبر طلبا ملزما.

ويعد طلب رئيس المقابلة، حقا خاصا برئيس المقابلة، يمارسه وحده، ودون غيره، إما شخصا أو عن طريق وكيل خاص أو محام. ولا يمكن حتى للورثة أن يمارسوه إلا في حالة الوفاة ولكن داخل أجل يختلف عن الأجل الممنوح للمقاول المدين الموروث والمحدد في ستة أشهر يبدأ حسابها من تاريخ الوفاة إذا كان التوقف عن الدفع سابقا لواقعة الوفاة (المادة 579 من م.ت). وفي هذا قضت محكمة النقض على أنه: "لئن أعطى المشرع الحق للمحكمة في فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية ضد التاجر أو الحرفي في حالة وفاته

⁶⁵- Salman ben Abdel Aziz ben Salman ben Mohammad Al Saud : Problèmes de base du droit des entreprises en difficulté : étude comparée droit français - droit saoudien, thèse pour le doctorat en droit. Université Paris II, Panthéon-Assas, école doctorale, droit international, 2014 P 135.

أو اعتزاله التجارة فإنه اشترط لذلك تقديم الدعوى داخل أجل سنة من تاريخ حدوث إحدى الواقعتين المذكورتين..."(66).

وبرجوعنا لمادة صعوبات المقابلة، نجد المشرع قد تبنى كون الدعوى، واجبا يقع على الفرد، أكثر منها حقا يتمتع به، ومن ثم تخلق عن أهم ما يميز الدعوى في قانون المسطرة المدنية ألا وهو طابعها الاختياري، ويتضح ذلك في إلزام رئيس المقابلة بطلب فتح المسطرة داخل أجل أقصاه 30 يوما تلي توقفه عن الدفع.

وللمدين في إطار قانون صعوبات المقابلة حق الادعاء أو فتح المسطرة أو أيضا من أجل التدخل في هذه المسطرة. والمشكلة هي معرفة إلى أي تنتسب هذه الإمكانية؟ هل هي حق أم سلطة؟ بعض عناصر الإجابة تدخل في إطار البحث في الاصطلاح القانوني. ذلك أن قانون صعوبات المقابلة يستعمل ثلاث عبارات أو مصطلحات: المدين، المسير ورئيس المقابلة، وبالتأكيد هذه العبارات ليست محايدة لأنها مربوطة بعلاقات قانونية بطبيعة مختلفة: فالمصطلح الأول وضع المدين في إطار علاقة ذات شكل ذاتي، أو شخصي، والمصطلحان الآخران وضعهما في إطار علاقة ذات طبيعة أكثر وظيفية أي موضوعية. ومن العبارة المستعملة يمكن التحقق في وجود الحق أو صلاحية أحد السلط. لكن هذا الإدراك لا يصح إلا في اختيار العبارة من قبل المشرع بإحكام من جهة، ومن جهة أخرى فالسلط الحقيقية تتطابق مع صحة العبارة المختارة.

ويقصد برئيس المقابلة الشخص الطبيعي المدين، أو الممثل القانوني للشخص المعنوي⁽⁶⁷⁾، وهو ما أكدته مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 546 من م.ت⁽⁶⁸⁾. ويختلف الممثل القانوني للشخص المعنوي باختلاف شكل الشركة، ففي الشركات التجارية باستثناء

⁶⁶- قرار رقم 529 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13 نونبر 2014 في الملف التجاري رقم 42-3-1-2013 غير منشور.

⁶⁷- نفس الأمر أكدته قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26-09-2001 عدد 1964 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 57 و58 ص 524 والذي جاء فيه: "أن رئيس المقابلة يقصد به حسب صريح المادة 545 من المدونة الشخص المدين أو الممثل القانوني للشخص المعنوي المدين وليست الطالبة ممثلة له بالصفة المذكورة فيكون القرار غير خارق لأي مقتضى ومعللا بما فيه الكفاية وغير محرف لأي واقع وغير متناقض ومبنيا على أساس قانوني سليم والوسائل على غير أساس".

⁶⁸- نصت الفقرة الثانية من المادة 546 من م.ت على أنه: " يقصد برئيس المقابلة، في مدلول هذا الكتاب، الشخص الذاتي المدين أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري المدين".

شركة المحاصة التجارية يكون رئيس المقولة هو الممثل القانوني، ويمكن معرفته بالرجوع إلى النظام الأساسي أما بالنسبة لشركة المحاصة التجارية، فيقصد برئيس المقولة، الشركاء المحاصين التجار الذين يمارسون نشاطا تجاريا للفائدة المشتركة. وقد اعتبرت محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء⁽⁶⁹⁾، المدير النائب، الذي لم يعين بصفة نظامية، لا صفة له في تقديم طلب التصفية القضائية كرئيس للمقولة وألغت حكم المحكمة التجارية بالرباط وحكمت بعدم قبول الطلب. ويبدو هذا القرار غريبا لا يتوافق وارتباط مادة صعوبات المقولة بالنظام العام، لأنه كان يجدر بالمحكمة في حالة انعدام الصفة أن تضع يدها على المسطرة.

الفقرة الثانية: ميعاد تقديم الطلب

اشترط القانون في العديد من الأعمال الإجرائية أن تتم في ميعاد معين، والمواعيد الإجرائية، تتعلق بأعمال إجرائية، تتم وفقا لسلطة إجرائية تتصل بخصومة قضائية، أو بسببها، وبذلك فالمواعيد تعتبر قواعد إجرائية شكلية فقد قرن بها المشرع جزاء إجرائيا يوقع عند مخالفتها.

فالميعاد في اللغة⁽⁷⁰⁾ جمعها مواعيد، من المواعدة، وهو موضع التواعد ووقته. والتواعد لا يكون إلا وقتا أو موعدا. والميعاد اصطلاحا هو المهلة، أو المدة، وهو فترة بين لحظتين، لحظة البدء، ولحظة الانتهاء، ومن صورته أن يكون قانونيا أو اتفاقيا.

والميعاد القانوني بدوره قد يكون ميعادا موضوعيا، مثل مواعيد التقادم، وقد يكون ميعادا إجرائيا، مثل مواعيد الطعن في الأحكام ومواعيد سقوط الدعوى.

ويعرف الفقه⁽⁷¹⁾ المواعيد، بأنها الآجال التي حددها القانون لمباشرة إجراءات المرافعات، وبذلك فالميعاد الإجرائي، هو الفترة الزمنية التي يضربها القانون لاتخاذ أو مباشرة إجراء قضائي ما، سواء قبل بدايتها أو بعد انقضائها أو أثناء سريانها.

⁶⁹- قرار رقم 1003-1-99 الصادر بتاريخ 8-7-1999 غير منشور.

⁷⁰- ابن منظور: لسان العرب: مادة: وعد ج 15 ص 342.

⁷¹- عبد العزيز توفيق: آجال الإجراءات في التشريع المغربي، الطبعة الأولى 1990، ص 11؛ طلعت يوسف خاطر: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية (قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الفكر والقانون المنصورة طبعة 2010 ص 464؛ مقني بن عمار: سقوط الحق الإجرائي مقال منشور بمجلة المنبر القانوني العدد 11، سنة 2016، ص. 80.

وقد نظم المشرع المواعيد الإجرائية، بحيث لا يجوز للخصوم تعديل الميعاد ولو باتفاقهم إلا إذا أعطى لهم القانون هذه السلطة، ومن ثم فقد تضمن قانون صعوبات المقاولات المغربي النص على ميعاد تقديم الطلب من طرف المدين في المادة 576 من م.ت⁽⁷²⁾، وطبقا لهذا النص يجب على المدين أن يتقدم بطلبه في ميعاد لا يتجاوز ثلاثين يوما التي تلي توقفه عن الدفع، وهي المدة التي تبدأ من تاريخ التوقف عن الدفع. ومن ثم يكون المدين ملزما وفقا للمادة أعلاه بالتقدم بطلب فتح المسطرة في أجل أقصاه ثلاثون يوما تلي توقفه عن الدفع. ويظهر أن هناك ميعادا محددا لتعجيل الدعوى، وبذلك راعى المشرع عدم الإطالة لدرجة تؤدي إلى تراخي الخصومة، كما يجب ألا تبقى الخصومة رهن إرادة رئيس المقاولات يتحرك بها في أي وقت شاء.

والمشرع في المادة 576 من م.ت بين الفترة الزمنية التي يجب اتخاذ الإجراء أو ممارسته خلاله، وهي فترة أقصاها ثلاثين يوما تلي التوقف عن الدفع. وهو بذلك بين مقدار هذه الفترة وبدايتها ونهايتها.

والميعاد المقرر في المادة 576 من م.ت هو ميعاد حتمي ملزم يتحتم على المدين احترامه، والالتزام به، أي يوجب عليه الامتثال له. فإذا ما فات الأجل فإنه يستوجب جزاء على مخالفته، ومن ثم يجب عليه احترامه، فضلا عن أنه يتضمن قاعدة تنظيمية لأنه يحث المدين على اتخاذ الإجراء في وقت قريب.

وبتحديد المشرع الفترة الزمنية أعلاه، فإنه من الواجب على المدين احترامها عند اتخاذ الإجراء، ويهدف هذا الأجل إلى حث المدين على عدم التراخي في طلب فتح المسطرة، وبالتالي حمله على القيام بعمل إجرائي حتى يمكن بداية الإجراءات بعد فتح المسطرة في وقتها الطبيعي، وفي أجل معقول. وبذلك فهذا الأجل مقرر للقيام بعبء، أو واجب إجرائي، حيث يفرضه القانون على المدين لتقديم طلب فتح المسطرة.

⁷²- تنص المادة 576 من م.ت على أنه: " يجب على رئيس المقاولات ان يطلب مسطرة التسوية القضائية في اجل اقصاه ثلاثون يوما من تاريخ توقف المقاولات عن الدفع"

وإذا كانت الحقوق الإجرائية والأعمال، التي حددها القانون كأداة لممارسة هذه الحقوق، ما وجدت إلا لحماية الحقوق والمراكز الموضوعية، فإن تحديد أجل رفع الدعوى من طرف المشرع في إطار المادة 576 من م.ت تكون الغاية منه حفظ وحماية الحقوق الموضوعية من أن تهدر، أو تزداد خلا أو تضيع، وبالتالي فمن الواجب على المدين احترام الميعاد اللازم لممارسة الواجب الإجرائي المتمثل في تقديم الطلب خلاله، وبذلك حدد المشرع لهذه الحالة أجلا قصيرا وفقا لأهمية المركز القانوني للمدين الذي يعتبر الأجل الإجرائي المذكور ضمن الوسائل التي حددها القانون لحماية المقولة المدنية، ومن ثم فإن هذا الموعد أو الأجل جاء ليعبر عن الوقت الزمني الذي لا بد من إتباعه من قبل المدين للقيام بالعمل الإجرائي في الموعد المحدد والمعقول، والمشرع نظم أجال تحريك الدعوى من قبل المدين، وبذلك فرض ميعادا لممارسة الدعوى أمام القضاء، وبتنظيم وقت رفع الدعوى في هذه الحالة يحمل المدين على ممارستها.

والميعاد المحدد من طرف المشرع في المادة 576 من م.ت هو ميعاد ناقص⁽⁷³⁾ لأنه يجب القيام بالعمل الإجرائي خلاله أو في غضون لأنه لا يستفاد منه كاملا إذ يتعين اتخاذ العمل الإجرائي قبل تمامه، ومعنى ذلك أن الإجراء يمكن أن يتخذ في أي يوم في الميعاد عقب بدئه إلى آخر يوم منه.

إن الأجل يعتبر من سمات الشكلية في القانون الإجرائي ولا يكون الإجراء صحيحا كقاعدة ويرتب آثاره المحددة قانونا إلا باحترام هذا الأجل، وبذلك فالأجل يعتبر قيذا زمنيا واردا على مكنة اتخاذ الإجراء.

⁷³ - لقد تم تقسيم الأجل إلى ثلاثة أقسام: أ- أجل كامل: وهو الفترة الزمنية التي يجب أن تنقضي بأكملها قبل مباشرة العمل الإجرائي ولا يتخذ الإجراء خلالها أي لا يجوز مباشرة العمل الإجراء إلا بعد انتهاء الميعاد المحدد.

ب- الأجل المرتد: هو ذلك الأجل الذي يجب اتخاذ العمل الإجرائي قبل أن يبدأ في السريان أي يمتنع القيام بالعمل الإجرائي أثناء سريانه أو بعد انتهائه.

ج- الأجل الناقص: هو الفترة الزمنية التي يجب القيام بالعمل الإجرائي خلالها أو في غضون أي أن يتخذ في أجل يوم منها على الأكثر كأجل الطعن في الأحكام.

الفقرة الثالثة: مميزات الجزاء المترتب على عدم قيام المدين بطلب فتح المسطرة أو على تأخره في القيام بذلك

الجزاء الإجرائي هو الأثر الذي يترتب القانون على مخالفة القواعد الإجرائية، وقد وضع المشرع جزاءات مختلفة على عدم مراعاة القواعد المسطرية، ومنها سقوط الحق في الإجراء، إذا ما اتخذ في غير الميعاد المحدد له. ذلك أن السقوط هو جزاء لحق إجرائي خوله القانون للخصم، أو هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء في الوقت المعين في القانون للقيام به، فإذا ما تم اتخاذ الإجراء بعد فوات الميعاد يكون حق الخصم قد سقط في هذه الحالة ما لم ينص القانون على جزاء آخر.

وبذلك يجب أن ترفع دعاوى الحيازة مثلا خلال أجل السنة لتاريخ التعدي، إذ لا يشترط الفصلان 166 و167 من قانون المسطرة المدنية⁽⁷⁴⁾ لقبول دعوى الحيازة مرور سنة على التعدي لتقبل دعوى الحيازة بل يشترط أن ترفع الدعوى قبل مرور السنة من تاريخ التعدي لأنه بعد مرور السنة يصبح واضح اليد هو الحائز وفي هذا قضت محكمة النقض⁽⁷⁵⁾ على أنه: «ترفع دعوى الحيازة خلال أجل السنة من تاريخ وقوع الفعل الذي أخل بها، ويعد الأجل المذكور أجل سقوط لا أمد تقادم فلا تعتريه أسباب الانقطاع».

وإذا كان الأصل في القواعد الإجرائية العامة، أن عدم استعمال الحق أو الواجب في الميعاد يصبح ساقطا. بمعنى أنه إذا انقضى الميعاد استحال اتخاذ الإجراء، وبالتالي فقد أصل الحق عملا إجرائيا كان يمكن أن يساهم في حمايته، ومن ثم فالمواعيد المحددة لرفع الدعوى القضائية تعتبر مواعيد سقوط، لأنها تحددت لممارسة حق إجرائي هو الحق في الدعوى الذي يمنح صاحبه مكنة اتخاذ الأعمال الإجرائية التي حددها القانون لهذه

⁷⁴- ينص الفصل 166 من ق.م.م على أنه "لا يمكن رفع دعاوى الحيازة إلا ممن كانت له شخصيا أو بواسطة الغير منذ سنة على الأقل حيازة عقار أو حق عيني عقاري حيازة هادئة....".

- ينص الفصل 167 من ق.م.م على أنه "لا تقبل دعاوى الحيازة سواء قد مت بطلب أصلي أو بطلب مقابل إلا إذا أثبتت خلال السنة التالية للفعل الذي يخل بالحيازة".

⁷⁵- قرار رقم 546 بتاريخ 19-04-1983 أورده عبد العزيز توفيق: شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي الجزء الأول مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1995، ص. 358.

الممارسة⁽⁷⁶⁾، والجزاء على مخالفة الميعاد المحدد لرفع الدعوى، هو سقوط الحق في رفعها الذي يتم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول المعتبر هنا الأداة الفنية التي حددها المشرع للتمسك بالسقوط⁽⁷⁷⁾.

لكن إذا كانت الدفوع بعدم القبول لأي سبب من أسبابها يجب أن تثار قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر وإذا كان مصيرها عدم القبول، طبقاً للفصل 49 من قانون المسطرة المدنية⁽⁷⁸⁾، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها داخل الأجل القانوني يمكن إثارتها في كل وقت، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض⁽⁷⁹⁾ الذي جاء فيه «لكن حيث إن الأمر يتعلق بدفع بسقوط الحق بناء على عدم إقامة الدعوى داخل الأجل المحدد قانوناً لإقامتها وهو ليس من الدفوع الشكالية التي أشار إليها المشرع في نطاق الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على وجوب إثارة الدفع بعدم القبول قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر. ومن جهة أخرى فإن القرار المطعون فيه قد أجاب عن مستنتاجات طالبي النقض في خصوص الدفع المذكور عندما لاحظت محكمة الاستئناف في إحدى حيثياتها – وحيث بذلك يكون أجل ثلاث سنوات السابق أجلاً مسقطاً وليس أجلاً للتقادم ويمكن التثبت به ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولذلك فإن الوسيلة لا تستند على أساس».

غير أن مشرع الكتاب الخامس من مدونة التجارة بخصوص عدم قيام المدين بطلب فتح المسطرة، أو تأخره في القيام بذلك حدد جزاء آخر، غير جزاء السقوط، ذلك أن اتخاذ إجراء بعد فوات الميعاد، لا يسقط حق المدين في طلب فتح المسطرة، لعدم النص على جزاء السقوط، وإنما نص القانون على جزاء آخر، وهو جزاء ينصب على الشخص، وليس على العمل الإجرائي، وهو ما سنبحثه في نقطة أولى، فضلاً عن أنه رغم مخالفة الإجراء للأجل

⁷⁶- نبيل إسماعيل عمر: سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة 2011، ص. 101.

⁷⁷- نبيل إسماعيل عمر: م.س. ص. 99.

⁷⁸- ينص الفصل 49 من م.م على أنه "يجب أن يثار في أن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعوتين والدفع بعدم القبول وإلا كان الدفاع غير مقبولين".

⁷⁹- قرار عدد 348 بتاريخ 27-04-1984 في الملف عدد 1466 أورده عبد اللطيف خالفي: الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية رصد لمبادئ ولقرارات المجلس الأعلى الجزء الأول الطبعة الأولى 2004 المطبعة والوراقة الوطنية مراكش ص 310 وما يليها.

فإنه يولد الأثر القانوني وهو ما نعالجه في النقطة الثانية.

أولاً: الجزاء ينصب على الشخص وليس على العمل الإجرائي

التصريح بالتوقف عن الدفع إلزامي، والمدين الذي لم يقم بالتصريح داخل الأجل، أو أهمل ذلك، يتعرض للجزاء. وبذلك فالمدين يتعين عليه طلب فتح المسطرة داخل أجل 30 يوماً من تاريخ التوقف عن الدفع تحت طائلة الجزاء، وبذلك فالجزاء الإجرائي يوجد في القاعدة القانونية الإجرائية، وهذه الأخيرة ترسم نماذج الإجراءات وتحدد مفترضات وشروط الإجراءات كما تحدد الظروف الزمانية والمكانية التي يتخذ الإجراء فيها ويحدد أيضاً صفة القائم باتخاذ الإجراء، كل هذه العناصر توجد في القاعدة القانونية الإجرائية وبدون وجود الجزاء داخل هذه الأخيرة تفقد القاعدة صفة الإلزام⁽⁸⁰⁾.

والمشرع يستخدم في صناعة الجزاء الإجرائي، العديد من العناصر، منها ما يعتبر عنصراً من عناصر الإجراء، الذي يصيبه الجزاء ومنها ما يعتبر من ظروف الزمان أو المكان، الذي يتعين اتخاذ الإجراء في خلاله أو بعد انقضائه أو قبل بدايته. ومنها ما يتعلق بالأشخاص الذين يجب أن يصدر، أو يقع العمل منهم بالصفة التي حددها القانون، وبتطبيق هذه العناصر على ما نحن بصدد نجد المشرع في المادة 576 من مدونة التجارة، ألزم رئيس المقولة بطلب فتح المسطرة في أجل أقصاه ثلاثون يوماً التي تلي التوقف عن الدفع. وبذلك فالمشرع نص على هذا الواجب الإجرائي في حق المدين وحدد ميعاداً لمباشرته، ولم ينص على جزاء السقوط، وإنما على جزاء من نوع آخر، وهو الحكم بمسؤولية رئيس المقولة المالية والمدنية، وبسقوط أهليته التجارية بسبب الامتناع أو التهاون في ذلك. ومن ثم فهناك عقوبة خاصة تطبق على هذا الشخص الذي لا يمثل للإلزام المفروض عليه بموجب المادة 576 من مدونة التجارة.

وهذه العقوبة المذكورة يخضع لها حسب المادة 736 من مدونة التجارة مسيرو المقولة الفردية أو ذات شكل شركة سواء كانوا مسيرين قانونيين أو فعليين يتقاضون أجراً

⁸⁰ - نبيل إسماعيل عمر: م.س، ص. 45.

أم لا⁽⁸¹⁾، كما يخضع لها كذلك مسيرو المجموعات ذات النفع الاقتصادي التي يكون لها غرض تجاري بشرط أن يكون هؤلاء قائمين على التسيير قبل صدور حكم فتح المسطرة، أما إذا تولوا التسيير بعد هذا التاريخ فلا يشملهم الالتزام المشار إليه. كذلك لا يشمل هذا الالتزام من استقالوا من الإدارة وتوقفوا فعليا عن مباشرة أعمال تسيير المقولة قبل اضطراب أحوالها المالية.

وعرف المسير الفعلي بأنه "الشخص الذي يقوم بعمل المسير القانوني ويمارس سلطاته، ويتصرف منفردا أو باتفاق مع المسير القانوني دون أي سند"⁽⁸²⁾. كما يجب أن تكون تصرفاته واضحة الدلالة على إدارته، فلا يكفي أن يظهر أمام الغير وكأنه المتصرف في أمور المقولة، كأن يوقع على الخطابات المرسلة من المقولة أو يرد على الخطابات التي تصل إليها⁽⁸³⁾.

وفي هذا حددت محكمة النقض المسير الفعلي في قرارها والذي جاء فيه: "المسير الفعلي هو كل من باشر نشاطا إيجابيا وشارك بصفة فعلية في التسيير واتخذ قرارات حول الوضعية المالية للشركة، وقام بمهام الإدارة سواء على المستوى التجاري أو المالي. المحكمة ثبت لها ممارسة الطالب لأفعال استخلصت منها صفته كمسير فعلي من محضر البحث وتقرير الخبرة الذي رصد الاختلالات الناتجة عن ذلك التسيير وأثرها على الوضعية المالية للمقولة، وهي أدلة قانونية لها قوتها الثبوتية لا يكفي للنيل منها المجادلة في موضوعية تلك الخبرة أو التمسك بعدم حضوريتها في ظل ثبوت مباشرة الطالب لأفعال التسيير موضوع المذكرة التي أسند له بموجبها الرئيس المدير العام ذلك وإقراره بتنفيذ مضامين تلك المذكرة خلال جلسة البحث، هذا فضلا عن أن الخبرة المذكورة كانت فقط من

⁸¹ -BOTTIAU (A): faillite internationale et groupes des sociétés, Thèse, Lille II 1989 p 221.

⁸² - عبد الرزاق الموافي عبد اللطيف: المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة، دراسة مقارنة في التشريعين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة 1999 بند 261 ص 431.

⁸³ - عبد الرزاق الموافي عبد اللطيف: م س بند 261 ص 432.

أجل تحديد أثر ذلك التسيير على وضعية المقاول⁽⁸⁴⁾.

كما أن هذا الجزاء يمدد بقساوة إلى الأشخاص الذين ليست لهم سلطة التصريح بالتوقف عن الدفع، كالمسيرين الفعليين الذين يلامون على قصورهم عن عدم حملهم الممثل القانوني على إجراء التصريح بالتوقف عن الدفع⁽⁸⁵⁾. وفي هذا أكدت محكمة النقض على أن "تحقق تبعية المسير للرئيس المدير العام للشركة لا يحول دون تعرض المسير الفعلي للجزاءات القانونية..."⁽⁸⁶⁾.

ويعد طلب المدين بفتح المسطرة وجوبا كما يظهر من صياغة المادتين 576 و 577 من مدونة التجارة، وذلك تحت طائلة الجزاء، غير أن مدونة التجارة نحت منحى التخفيف على المقاولين تشجيعا لهم على الاستثمار، وذلك برفع أو إزالة التجريم والعقاب نهائيا عند التقاعس في تقديم طلب فتح المسطرة في الأجل القانوني الذي أقصاه ثلاثون يوما تلي التوقف عن الدفع، واضعة جزاء تجاريا بديلا خفيفا يتجسد في سقوط الأهلية التجارية عن إغفال القيام داخل ثلاثون يوما بالتصريح بالتوقف عن الدفع حسب البند الرابع من المادة 747 من مدونة التجارة⁽⁸⁷⁾، الذي يعود إلى حرمان المسير من الإدارة أو التدبير أو التسيير أو المراقبة ومن أية وظيفة عمومية انتخابية (المادتين 750⁽⁸⁸⁾ و 751⁽⁸⁹⁾ من م.ت).

⁸⁴ - قرار عدد 376 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26 يونيو 2018 في الملف التجاري عدد 2359-3-2017 غير منشور.

⁸⁵ - Perochon (F) - bon homme (R) - opcit p 109 N° 126

⁸⁶ - قرار عدد 376 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26 يونيو 2018 في الملف التجاري عدد 2359-3-2017 غير منشور.

⁸⁷ - ينص البند الرابع من المادة 747 من م ت على أنه: " يجب على المحكمة، أن تضع يدها في جميع مراحل المسطرة من أجل النطق بالحكم عند الاقتضاء، بسقوط الأهلية التجارية عن كل مسؤول بمقولة ثبت فيه أحد الأفعال التالية:

...

...

...

4- إغفال القيام بتقديم طلب فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التوقف عن الدفع"

⁸⁸ - تنص المادة 750 من قانون 17-73 على أنه: "يترتب عن سقوط الأهلية التجارية منع الإدارة أو التدبير أو التسيير أو المراقبة..."

⁸⁹ - تنص المادة 751 من قانون 17-73 على أنه: "يترتب عن الحكم القاضي بسقوط الأهلية التجارية الحرمان من ممارسة وظيفة عمومية انتخابية..."

وإن أجل ثلاثين يوما المنصوص عليه في المادة 576 من م.ت لا يجري على عدم أداء الديون الناشئة عن اتفاق مسطرة المصالحة في نطاق المادة 556 من م.ت⁽⁹⁰⁾، وإن كان يؤدي هو الآخر إلى فتح مسطرة من مساطر المعالجة ولو لم يقع التوقف عن الدفع. وإذا كان المشرع قد أعطى للمحكمة الحق في الحكم بسقوط الأهلية التجارية إذا توفرت إحدى حالات المادة 747 من مدونة التجارة، ومن ذلك عدم التصريح بالتوقف عن الدفع داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التوقف، إلا أن القضاء غالبا ما يحاول تجنب الحكم بسقوط الأهلية التجارية نظرا لخطورة الآثار المترتبة عن هذا الحكم. فحسب قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء⁽⁹¹⁾ والذي جاء فيه: "إنه يتعين على المحكمة أن تراعي الظروف التي جعلت المقاول لا يحترم أجل خمسة عشر يوما" كما أن نفس المحكمة⁽⁹²⁾ قضت بأن عدم التصريح بالتوقف عن الدفع في الأجل المحدد لا يترتب عنه مساءلة رئيس المقولة إذا كان هذا الأخير قد سلك مساطر الوقاية وبعد ذلك مسطرة المعالجة».

وبذلك نستطيع القول بأن الجزاء الإجرائي المحدد أعلاه يوجه ضد الشخص المخالف لأوامر قانون صعوبات المقولة ويتمثل في سقوط الأهلية، في حين لا يوجه إلى العمل الإجرائي، ومادام الأمر كذلك هل يولد هذا الأخير الآثار القانونية التي يترتبها على اتخاذه صحيحا وهو ما سنبحثه في النقطة الموالية.

ثانيا: الأثر القانوني للإجراء رغم مخالفته من قبل المدين

من عناصر القاعدة القانونية عنصر الأثر القانوني، توجد النتائج التي تترتبها القاعدة على مطابقة الإجراء المتخذ بالفعل. ويمكن القول إن الإجراء إذا كان مطابقا لمفترض القاعدة القانونية، فإنه يتولد من ذلك كافة الآثار التي يترتبها القانون على اتخاذه صحيحا.

⁹⁰ -Michel Jeantin et Paul Le Cannu: Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficultés 5^{ème} édition. Dalloz 1999 p 390.

⁹¹ - قرار رقم 2002-155 بتاريخ 18-01-2002 في الملف عدد 1855-2001-11 غير منشور.

⁹² - قرار رقم 07-3712 بتاريخ 6-7-2007 ملف رقم 2367-2007-11 غير منشور.

وإذا كان عدم مطابقة الإجراء المتخذ لنموذجه القانوني هو الذي يشكل المخالفة المستوجبة لإعمال الجزاء الإجرائي، فإن هذا الأخير ينصب على الشخص رئيس المقولة، وهو استثناء من الأصل، لأن الجزاء الإجرائي يوجه أساسا إلى العمل الإجرائي.

وبذلك فالجزاء الإجرائي يقع على المصدر المولد للآثار الإجرائية، وإذا كان المصدر لا يطاله الجزاء، وهو العمل الإجرائي أي المحل الذي لا يرد عليه الجزاء الإجرائي، وإنما يرد على الشخص، وبالتالي يبقى المحل، أي العمل الإجرائي صحيحا، ومن ثم يولد النتائج رغم أنه لم يتم داخل الأجل من قبل رئيس المقولة، وبذلك يتبين أن مشرع قانون صعوبات المقولة لا يفرط في تقرير الجزاء ولا يضحى بالحقوق الموضوعية التي ما وجدت الإجراءات إلا لحمايتها. والمشرع المذكور يأخذ في اعتباره هدفا أصيلا، هو ضرورة توصيل العدالة بيسر وفي مدة معقولة ونفقات معقولة. بل أكثر من ذلك فحتى على فرض أن الإجراء معيب فإن المحكمة تحرك المسطرة تلقائيا.

وإذا كان من مميزات فتح المسطرة بناء على طلب المدين أن هذا الأخير ملزم بإشعار المحكمة، وداخل أجل محدد وإلا تعرض للجزاء، فما هي مميزات فتح المسطرة بناء على طلب أحد الدائنين وهو ما سنبحثه في النقطة الموالية.

المطلب الثاني: مميزات فتح المسطرة بناء على مقال لأحد الدائنين

يعتبر الدائن الجهة الثانية التي خولها المشرع وفقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 578 من مدونة التجارة⁽⁹³⁾، تقديم طلب فتح مساطر المعالجة، وذلك بناء على مقال افتتاحي يقدم إلى المحكمة التجارية المختصة إن لم يقع سداد دينه داخل الأجل، وتعتبر هذه الحالة من أكثر الحالات شيوعا وانتشارا في إطار التطبيق العملي، على اعتبار أن هؤلاء يكونون معنيين بالدرجة الأولى بالوضعية الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقولة.

وعلى عكس رئيس المقولة، فالمشرع لم يقيد الدائن في المطالبة بفتح المسطرة بأجل معين، بحيث يبقى حقه في ذلك قائما مادام التوقف عن الدفع مستمرا، ما لم ينقض

⁹³- تنص الفقرة الأولى من المادة 578 من م ت على انه: " يمكن فتح المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين কিমা كانت طبيعة دينه".

الدين أو الالتزام بالتقادم⁽⁹⁴⁾، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها⁽⁹⁵⁾ والذي جاء فيه: «لكن من جهة حيث إنه بالرجوع إلى الفصل 564 من م.ت المحتج بخرقه يتبين أن المشرع ربط تاريخ بدء احتساب أجل السنة الذي يجب أن يتقيد به الدائن في رفع دعوى فتح مساطر المعالجة ضد الشركة بواقعة الانحلال – قياسا على حالة الوفاة بالنسبة للشخص الطبيعي – وانه مادام أن الأمر في النازلة يتعلق بتوقف الشركة عن مزاولة نشاطها نتيجة صدور حكم قضائي بوضع حد لعقد كراء مقرها حسبما أكده الطاعن وان هذا السبب لا يندرج ضمن الاستثناء الذي أخضعه المشرع في الفصل المحتج به لأجل السنة فانه يبقى من حق المطلوب رفع دعوى فتح معالجة الصعوبة دون التقيد بالأجل المذكور في الفصل 564 من م.ت وبالتالي تكون المحكمة قد طبقت القانون بعدم إعمالها لمقتضيات الفصل المستدل به مادام لم يثبت لديها من وقائع الدعوى المعروضة عليها توفر الاستثناء الذي أورده المشرع في الفصل المحتج بخرقه بالنسبة للشركة الطاعنة».

ويقتضي الأمر لتحديد خصوصية هذه الطريقة تناولها، من خلال مفهوم الدائن المتحدث عنه (الفقرة الأولى) وكذا من خلال خصائص الدين وطبيعته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الدائن المتحدث عنه في المادة 578 من م.ت

يحق لكل دائن، سواء كان دائنا عاديا، أو له دين مضمون برهن رسمي حيازي، أو كان هذا الدين ممتازا، أن يتقدم بطلب فتح المسطرة متى كانت المقولة غير قادرة على سداد دينه المستحق عند الحلول. ومن ثم فإن الدائن المقصود بمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 578 من مدونة التجارة لا يقتصر فقط على الدائنين الذين يمنحون ائتمانهم للمقولة كما هو

⁹⁴ - يختلف التقادم باختلاف طبيعة الدين فان كان الدين أو الالتزام ناشئ عن عمل تجاري فقد يخضع التقادم لمقتضيات المادة 5 من مدونة التجارة، أما إذا كان الدين مدنيا حيث تصل مدة التقادم إلى 15 سنة طبقا للفصل 387 من ق.ل.ع مع مراعاة الاستثناءات التي تقتضيها طبيعة بعض المعاملات.

⁹⁵ - قرار محكمة النقض عدد 1328 الصادر بغرفتين بتاريخ 23-10-2002 في الملفين المضمومين عدد 304-2-3-2001 و 201 - 3 - 1 - 2002 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 149 مجلة تصدرها وزارة العدل مرتين في السنة مطبوعة الأمانة الرباط ص 264 وما يليها. وكذا عند إدريس بلمحجوب: قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجمع الغرف الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2005 مطبوعة الأمانة الرباط، ص. 203 وما يليها.

الشأن بالنسبة للموردين والبنوك وشركات التمويل⁽⁹⁶⁾، بل هناك دائنون آخرون يحق لهم طلب فتح المسطرة كإدارة الضرائب، والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ومقدمي الخدمات في إطار عقود التوريد بالمواد والخدمات، كما يمكن للشريك، أو المساهم، أن يتقدم بطلب فتح المسطرة متى كان دائنا للشركة بمقتضى حساب جاري، ومتى كانت تجتمع فيه صفة الشريك والدائن حق له تقديم هذا الطلب إذا لم تسدد له الشركة دينه عند الحل⁽⁹⁷⁾.

كما يمكن اعتبار العامل⁽⁹⁸⁾ دائنا للمقولة التي يشتغل بها ويسمح له طلب فتح المسطرة ضد المقولة كلما كان هناك توقف عن أداء الأجر بدون سبب قانوني، ولا سيما إذا كان هذا التوقف عن دفع الأجر لا يقتصر على عامل واحد وإنما يهم كل العمال أو فئة معينة منهم.

وإذا كانت الدعوى وسيلة للحصول على الحماية القضائية، أي أنها مكنة منحها المشرع للشخص للحفاظ على حقه وذلك بتمكينه من اللجوء إلى القضاء، فإن دعوى الدائن بفتح المسطرة في مواجهة المقولة المدينة فإنه لا يسعى إلى تقرير حقه أو الحفاظ عليه بصورة مباشرة، وإنما يكون بصفة غير مباشرة. لأن مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة - وكما هو الشأن بالنسبة لقانون صعوبات المقولة الفرنسي - له ثلاثة أهداف ذات أولوية في الترتيب: إنقاذ المقولة، الحفاظ على النشاط والشغل، ومراجعة الخصوم⁽⁹⁹⁾. لأن دعوى فتح المسطرة تتميز بطابع خاص يروم فقط مجرد معاينة التوقف عن الدفع قصد فتح المسطرة، وبذلك فالعبرة بالوضعية المالية للمقولة المتوقفة لأنه يسوغ للدائن أن يحرك دعوى فتح المسطرة ولو لم يكن مالكا لسند تنفيذي لأن الأمر يتعلق فقط بالتوقف عن الدفع وإثباته إلى جانب صفة التاجر والتلازم، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها⁽¹⁰⁰⁾ بأنه:

⁹⁶- محمد لفروجي: صعوبات المقولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها الطبعة الأولى فبراير 2000، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص.183.

⁹⁷- علال فالي: مساطر معالجة صعوبات المقولة مكتبة دار السلام الرباط دجنبر 2011، ص. 132.

⁹⁸- عبد الكريم عباد: دور القضاء في معالجة صعوبات المقولة أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني عين الشق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء السنة الجامعية 2003-2004، ص. 25.

⁹⁹- CAGNOLI (P)-: op cit p 67 N°89

¹⁰⁰- قرار محكمة النقض عدد 128 بتاريخ 5-3-2015 في الملف التجاري عدد 937-1-3-2014 غير منشور.

«لا يكفي للقول بقيام شرط التوقف عن الدفع الذي يعد مناط فتح مساطر صعوبات المقاوله الاستناد لمجرد امتناع المدين عن أداء دين واحد أو عدة ديون وإنما يشترط لذلك صيرورته في مركز مالي مضطرب تصبح معه أصوله غير قادرة على تغطية خصومه، مبرزة أن ما استدلت به الطالبة من وثائق و التي هي عبارة عن أمر بالأداء وقرار استئنافي ومحضر لمعاينة انتقال المطلوبة من مقرها لا تكفي لإثبات الشرط المذكور».

لكن إذا كان هناك سند تنفيذي فانه يدعم إثبات وجود الدين كما يثبت أيضا توقف المدين عن الدفع وهو ما أكدته المحكمة التجارية بالدار البيضاء⁽¹⁰¹⁾ في حكمها والذي جاء فيه: «وحيث يستفاد من وثائق الملف ومستنداته كون المدعية دائنة للمدعي عليها بمبالغ مالية ثابتة بسند تنفيذي وتعذر استخلاصها بسبب عجز المحكوم عليها وذلك ثابت من خلال الإعلان عن البيع المدلى به».

إلا أن هناك حالة لا يلزم فيها الدائنون بإثبات حالة التوقف عن الدفع بل يكفيهم فقط إثبات عدم أداء الديون وهي حالة عدم تنفيذ الالتزامات المالية للمدين في إطار مسطرة المصالحة وفسخ اتفاق المصالحة بمقتضى أمر يعاين رئيس المحكمة التجارية فسخ الاتفاق بعد التثبت من الاخلال ببند الاتفاق من قبل رئيس المقاوله. وهذا الأمر يكون نهائيا غير قابل لأي طعن عادي أو غير عادي وذلك طبقا للفقرة الثالثة من المادة 559 من م ت⁽¹⁰²⁾. وأن من أهم أثر يترتب عن فسخ اتفاق المصالحة هو ذلك المتعلق بفتح المسطرة لأن الاخلال ببند الاتفاق من قبل رئيس المقاوله يعتبر مؤشرا قويا على توقف مقاولته عن الدفع، وأن هذا لا يعفي المحكمة التجارية من التثبت من واقعة التوقف عن الدفع عند إحالة الملف عليها من قبل رئيس المحكمة غير أن هذه الامكانية لا تهم سوى الدائنين أطراف الاتفاق.

وإذا كانت القاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود أن الإثبات على المدعي، فان الفقه يؤكد بأن عبء إثبات التوقف عن الدفع يقع على

¹⁰¹- حكم رقم 91-2000 صادر عن تجارية الدار البيضاء بتاريخ 13-3-2000 في الملف رقم 41-2000-10 مشار إليه عند عبد الكريم عباد م س ص 24.

¹⁰²- تنص الفقرة الثالثة من المادة 559 من م ت على أنه: "في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق يعاين رئيس المحكمة بمقتضى أمر غير قابل لأي طعن، فسخ هذا الاتفاق وسقوط كل آجال الأداء الممنوحة، ويحيل الملف إلى المحكمة لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية " .

عائق الدائن المطالب بفتح المسطرة⁽¹⁰³⁾. هذا الحل ينسجم مع القاعدة أعلاه إلا أنه حل منتقد من الناحيتين: الواقعية والقانونية، فمن الناحية الأولى يبدو من غير المعقول تكليف الدائن بتقديم معلومات عن اضطراب المركز المالي لمدينه لأنه من الصعب جمع هذه المعلومات، وأما من الناحية القانونية فإن ما يطالب به الدائن كمدعي لا يتجاوز حدود الاعتراف له بالدين المترتب في ذمة مدينه⁽¹⁰⁴⁾. والمحكمة تكون ملزمة بالبحث عن كل العناصر المؤسسة لحالة التوقف عن الدفع وهو ما أكدته المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) عند ما نقض حكما رفض إرجاع تاريخ التوقف إلى الوقت الذي طالب به المدعي بحجة أنه لم يقدم ما يثبت أن المدعي عليه كان في ذلك التاريخ في حالة توقف عن الدفع ومما جاء في القرار «وحيث إن المحكمة باكتفائها بهذه الملاحظة في حين أنه كان يجب عليها أن تبحث ولو من تلقاء نفسها عما إذا كانت شركة في تاريخ ... توجد في حالة توقف عن الدفع»⁽¹⁰⁵⁾. كما أكدت نفس المحكمة على أن "ثبوت عنصر التوقف عن الدفع الذي هو مناط فتح مساطر معالجة صعوبات المقاوله هو مسألة واقع تستقل به محكمة الموضوع، و لا رقابة عليها في ذلك من لدن محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالتعليل، و المحكمة مصدرة القرار لما ثبت لها من محضر الاستماع لرئيس المقاوله بغرفة المشورة خلال الطور الابتدائي أنه صرح بأنها أدت جميع ديونها بما فيها مستحقات العمال، و أنها ارجعت المحل الذي كانت تستغل به أصلها التجاري إلى مالكه، و ثبت لها أيضا أن الطالبة لم تدل بما يثبت مباشرة إجراءات تنفيذية في حقها أو صدور أحكام نهائية عليها بأداء ديون معينة، اعتبرت أن عنصر توقفها عن الدفع غير ثابت و أيدت الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب الرامي إلى فتح مسطرة التصفية القضائية في حقها"⁽¹⁰⁶⁾.

¹⁰³- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد الجزء الثاني، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2000 ص 183.

¹⁰⁴- عبد العزيز حضري: التوقف عن الدفع في الإفلاس في القانون المغربي والمقارن رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة محمد الخامس كلية الحقوق، الرباط 1985، ص. 138-139.

¹⁰⁵- قرار صادر بتاريخ 29 فبراير 1965 مشار إليه عند عبد العزيز حضري م.س.ص. 140.

¹⁰⁶- قرار رقم 514 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 15 نونبر 2018 في الملف التجاري عدد 1076-1-3 2017 غير منشور.

ومن خصوصيات طلب الدائن أيضا أنه يحق له في حالة ما إذا رفض طلبه بفتح مسطرة المعالجة أن يعيد تقديم الطلب من جديد، ولا يواجه في هذه الحالة بالدفع بسبقية البت في الدعوى طبقا للفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁰⁷⁾ طالما أن تقدير التوقف عن الدفع يكون بتاريخ بث المحكمة من جديد⁽¹⁰⁸⁾، كما أن المشرع جاء صريحا عندما ذكر صفة الدائن بالمفرد لا بالجمع في المادة 578 من م.ت "بمقال افتتاحي لأحد الدائنين..." ومن ثم تفادى النقاش حول ما إذا كان من حق دائن واحد أن يطلب فتح المسطرة، أم لا بد من مجموعة من الدائنين. لكن ما هي خصائص الدين وطبيعته وهذا ما سنناقشه في النقطة الموالية.

الفقرة الثانية: خصائص الدين وطبيعته

بخصوص طبيعة الدين فإنه لا يعتبر عائقا أمام الدائن في طلب فتح المسطرة ذلك أن مقتضيات المادة 578 من مدونة التجارة أقرت إمكانية فتح مسطرة المعالجة بمقال افتتاحي لأحد الدائنين كيفما كانت طبيعة دينه، أي سواء كان ديناً مدنياً أو تجارياً كما أقرت ذلك العديد من الأحكام منها حكم تجارية أكادير والذي جاء فيه: «حيث إن المادة 563 من م.ت افترضت إمكانية فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله بناء على مقال أحد الدائنين وكيفما كانت طبيعة دينه شرط أن يكون مستحقا وحالا...»⁽¹⁰⁹⁾ وهذا أيضا ما أكدته محكمة

انظر في نفس الاتجاه قرار رقم 296 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1 يونيو 17 في الملف التجاري عدد 1728-3-1-2016 غير منشور.

¹⁰⁷- ينص الفصل 451 من ق.ل.ع أن: "قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له، ويلزم:
- أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛
- أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛
- أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.
ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافا في الدعوى ورثتهم وخلفاؤهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ".

¹⁰⁸- Bernard Soinne: Traité des procédures collectives, 2ème édition Litec, 1995 N° 565.

¹⁰⁹- حكم رقم 99-3 صادر عن المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 14-5-1999 في الملف رقم 1999/2 منشور بمجلة المرافعة مجلة تصدر عن هيئة المحامين بأكادير عدد 10-مارس 2000 ص. 80.

النقض في قرارها والذي جاء فيه: «لكن حيث إنه إذا كان للدائن كيفما كانت طبيعة دينه أن يطلب بمقال افتتاحي للدعوى فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله حسب صريح المادة 563 من مدونة التجارة وهذا يفيد أنه لا عبرة بطبيعة دين الدائن المرخص له بالتقدم بالدعوى سواء أكان دينه مدنياً، أو تجارياً، عادياً، أو مضموناً، برهن عقاري، أو حيازي، وسواء أكان الدائن صاحب امتياز خاص، أو عام، سواء أكان المال المرهون، أو المنصب عليه الامتياز، كافياً لسداد الدين أم لا....»⁽¹¹⁰⁾. بشرط أن يكون ديناً مستحقاً وحالاً⁽¹¹¹⁾، ومطالباً به بشكل يجعله ضمن قائمة خصوم المقاوله كعنصر من عناصر التوقف عن الدفع. وكان القضاء التجاري الفرنسي⁽¹¹²⁾، قد ذهب أبعد من ذلك عند ما اعتد بإمكانية فتح مسطرة التسوية القضائية بناء على دين مدني ولو نشأ في ذمة المدين قبل اكتساب صفة التاجر، شريطة أن يكون هذا الأخير متمتعاً بهذه الصفة في تاريخ فتح هذه المسطرة الجماعية.

في حين أن بعض التشريعات تشترط صراحة في الدين الذي يبرر فتح المسطرة أن يكون ديناً تجارياً لا مدنياً ومنها القانون السوري واللبناني والأردني⁽¹¹³⁾، كما أن القضاء أخذ مبكراً بهذا الشرط حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بأن التوقف عن الدفع المنصوص عليه في المادة 437 يتعلق بعدم أداء الديون التجارية فقط⁽¹¹⁴⁾، كما سارت محكمة الاستئناف بالرباط على نفس النهج لما صرحت: «وحيث إنه من غير المؤكد أن الدائن بدين مدني يستطيع إعلان إفلاس مدينه بل يجب أن توجد على هذا المدين ديون تجارية كشرط منشئ

¹¹⁰- قرار عدد 1964 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26-9-2001 الغرفة التجارية في الملف التجاري عدد 465-2000 منشور بمجلة المحاكم المغربية مجلة تصدر عن هيئة المحامين بالدار البيضاء عدد 90 -شتتير- أكتوبر 2001 ص. 129.

¹¹¹- Saint-Alary Houin: op cit N° 369 p 226.

¹¹²- قرار بتاريخ 22-6-1993 دالوز 1995-1996 ص: 2003 أورده أحمد شكري السباعي م.س ج II، ص. 181.

-Cass.com.3-2-1998,D.affaires1998 N 107 p 383.

¹¹³- المادة 606 من القانون السوري - المادة 489 من القانون اللبناني والمادة 316 من القانون الأردني.

¹¹⁴- نقض فرنسي 8 غشت 1849- دالوز 1849 - 1-207 مشار إليه عند عبد العزيز حضري م.س.ص. 98.

لحالة التوقف عن الدفع كما هي محددة في المواد التجارية»⁽¹¹⁵⁾. وفي قرار آخر لنفس المحكمة قضت: «وحيث إن الديون المنازع فيها أساس إعلان الإفلاس تجد مصدرها في عمليات تجارية وتتصف كهذه العمليات بالطابع التجاري، فإن قضاة الأساس يكونون على صواب عندما أعلنوا إفلاس المستأنف بسبب عدم وفائه بهذه الديون»⁽¹¹⁶⁾. كما أن القضاء المصري اشترط في الدين الذي يشهر الإفلاس عند التوقف عن الدفع أن يكون تجاريا حال الأداء ومعلوم المقدار⁽¹¹⁷⁾.

لكن التشريعات الحديثة⁽¹¹⁸⁾ لا تقيم تفرقة بين دين تجاري ومدني لاعتبار التاجر في حالة توقف عن الدفع، ويعتبر هذا الموقف ايجابيا لأنه يضمن الحماية اللازمة للإئتمان التجاري والائتمان المدني على السواء⁽¹¹⁹⁾، عكس ما كان عليه الأمر بالنسبة للمشرع المغربي⁽¹²⁰⁾ في ظهير 12 غشت 1913 المنظم للقانون التجاري الذي ترك الباب مفتوحا للتأويل من قبل الفقه وخاصة عند تفسيره للفصل 197 منه الملغى الذي كان يأخذ بالتأويل الضيق في ضوء ومحتوى الفصل المذكور، على أن الأمر يتعلق بالتوقف عن دفع الديون التجارية فقط، وهذا الشرط مرجعه أن الإفلاس سابقا نظام تجاري ينحصر تطبيقه على أشخاص الحياة التجارية وفيما يتولد عنها من التزامات.

وعلى الدائن أن يبين طبيعة الدين ومبلغه، والتأمينات التي قد تضمنه، كما أن الدين معين المقدار المستحق الأداء يبرر حق طلب فتح مسطرة المعالجة لكل دائن إن لم يقع سداد دينه، مهما كان مبلغه ضئيلا، أو كبيرا، وكيفما كانت طبيعته، مدنيا أو تجاريا، دينا عاديا أو ممتازا لأن العبرة ليست بالضمان وإنما بالوضعية المالية للمقاول المتوقفة هل هي ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه فتحظى المقاول المدينة بالتسوية القضائية أم أنها مختلفة بشكل لا رجعة فيه فتخضع للتصفية القضائية.

¹¹⁵- مشار إليه عند عبد العزيز حضري م.س.ص 99.

¹¹⁶- قرار صادر عن استئنافية الرباط بتاريخ 29-12-1936 أورده عبد العزيز حضري م.س.ص. 99.

¹¹⁷- الطعن رقم 534 سنة 55 في جلسة 9-12-1985 س 36 ص 1109 أورده سعيد أحمد شعله: قضاء النقض في المواد التجارية، 2004 توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية ص. 780.

¹¹⁸- الفصل 5 من قانون 16-3-1942 إيطالي قرر أن عدم أداء الديون الأجنبية عن التجارة يعد مكونا لحالة التوقف عن الدفع.

¹¹⁹- أحمد شكري السباعي، م س، الجزء الثاني، ص. 152.

¹²⁰- أحمد شكري السباعي، م س، الجزء الثاني، ص. 151.

وإذا كانت النيابة العامة جهازا قضائيا ساهرا على حماية النظام العام الاقتصادي منحها المشرع إمكانية فتح المسطرة بناء على طلب كما هو الأمر بالنسبة للآليتين أعلاه فما هي مميزات فتح المسطرة من قبل النيابة العامة؟ وذلك ما سنتناوله في النقطة الموالية.

المطلب الثالث: صلاحيات تحريك مسطرة صعوبات المقابلة من قبل النيابة العامة
إن ارتباط المصلحة العامة والنظام العام الاقتصادي بسير مساطر معالجة صعوبات المقابلة فرض على النيابة العامة العمل وفق مفهوم جديد يتجاوز مجرد تبليغ النيابة العامة بالمساطر الجماعية ليصير إلى دور التدخل في هذه المساطر من منطلق المصلحة العامة. ويقسم الفقه الفرنسي دور النيابة العامة في مساطر المعالجة في القانون الفرنسي إلى ثلاثة أقسام⁽¹²¹⁾:

حق تقليدي يتعلق بتبليغ المساطر إلى النيابة العامة.

حق التدخل المباشر في المسطرة.

حق الاستئناف الخاص بالنيابة العامة.

ولقد عمل القانون الفرنسي على توسيع صلاحيات التدخل للنيابة العامة في مساطر المعالجة ومنحها صلاحيات رقابية وتدييرية في المسطرة، تمارسها تارة بصفة قطعية، وتمارسها تارة بصفة مشتركة مع أجهزة أخرى. ومن ثم يظهر حضور النيابة العامة في هذه المساطر في القانون الفرنسي بشكل واسع عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة للقانون المغربي، بالرغم من أن هذا الأخير أقتبس من الأول دور النيابة العامة في مساطر معالجة صعوبات المقابلة.

وبالنظر لارتباط مساطر معالجة صعوبات المقابلة بالنظام العام منحت الفقرة الأولى من المادة 651 من مدونة التجارة⁽¹²²⁾ للنيابة العامة صلاحية تحريك مسطرة

¹²¹ - عبد الحميد أخريف: م.س، ص. 337.

¹²² - تنص الفقرة الأولى من المادة 651 من م ت على أنه: " تفتتح المحكمة مسطرة التصفية القضائية تلقائيا أو بطلب من رئيس المقابلة أو الدائن أو النيابة العامة، إذا تبين لها إن- وضعية المقابلة مختلفة بشكل لا رجعة فيه ".

التصفية القضائية باعتبارها مسطرة ترمي إلى حماية المصلحة الاقتصادية العامة⁽¹²³⁾ عن طريق تصفية تلك التي لم تعد لها مقومات الاستمرار.

وباعتبار النيابة العامة بالمحكمة التجارية هي جهاز من أجهزة هذه الأخيرة فإنها تكون على بينة من كل المعطيات التي تهم وضعية وحالة المقولة، وعلى صلة بكل مصادر المعلومات المتداولة بين كل المعنيين بمصير المقولة من مصلحة السجل التجاري ومصلحة الضرائب، والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي... فموقعها كمصدر للاستخبار والإخبار، يؤهلها للقيام بدورها في فتح المسطرة، ومن ثم سنتناول الدور الإخباري للنيابة العامة حول وضعية المقولة: (الفقرة الأولى) وحققها في فتح المسطرة: (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الدور الإخباري للنيابة العامة حول وضعية المقولة

إن الدور الإخباري والاستخباري للنيابة العامة لا شك في أنه يمكنها من القيام بدورها في حماية النظام العام الاقتصادي وتطهير عالم الأعمال والمال.

وإن الوعاء الإخباري للنيابة العامة يتدعم بموجب التدخل الانضمامي لهذه الأخيرة في القضايا الرأجة أمام المحكمة. حيث تحال عليها الملفات من المحكمة، أو تطلب هي الاطلاع عليها لتقديم ملتمساتها فيكون ذلك مناسبة لاطلاعها على العديد من المعلومات بخصوص قضايا متنوعة تهم جميع أنواع القضايا المعروضة.

فضلا عن أن النيابة العامة يمكن أن تكون مصدرا أساسيا للمعلومات التي يبلغها بها الأطراف بمصير المقولة إذا تقاعس رئيس المقولة مثلا عن القيام بواجبه في الإشعار بالوقائع التي من شأنها الإخلال باستمرارية الاستغلال، وكان من هؤلاء الأطراف ممن لم يرخص لهم القانون طلب فتح المسطرة كما هو الشأن بالنسبة لممثلي الأجراء الذي لم يخول لهم المشرع ذلك فبإمكانهم إخبار ممثلي النيابة العامة بكل واقعة من شأنها أن تثبت التوقف عن الدفع ليؤسس عليها هذا الأخير طلب فتح المسطرة.

¹²³-Abdellaoui Noureddine: l'intervention du juge dans les difficultés des entreprises: aspects théoriques et pratiques, thèse pour l'obtention de doctorat en droit privé, faculté de droit Fès, année universitaire 2017 – 2018 p 221

وعليه فإن النيابة العامة بالنظر لمركزها يمكنها جمع معطيات وافرة بخصوص الحياة الاقتصادية في دائرة اختصاصها وخاصة منها ما يتعلق بصعوبات المقاولات ووضعية الائتمان بها، سواء من خلال طلبات الأمر بالأداء الموجهة ضد المقاولات، أو من خلال محاضر الاحتجاج بعدم الدفع المقدمة في مواجهتها أو من خلال ما هو مضمن بالسجل التجاري.

الفقرة الثانية: حق النيابة العامة في طلب فتح مسطرة المعالجة

خلافًا لما كان عليه في القانون التجاري لسنة 1913 الملغى، أصبح للنيابة العامة بمقتضى المادة 651 من مدونة التجارة⁽¹²⁴⁾ الحق في أن تطلب من المحكمة التجارية المختصة فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولات في مواجهة كل تاجر أو حرفي أو شركة تجارية وكل مجموعة ذات نفع اقتصادي يكون غرضها تجارياً وليس بمقدورهم سداد الديون المستحقة عليهم عند الحل.

وبذلك فمنح النيابة العامة إمكانية تقديم طلب للمحكمة التجارية من أجل فتح مسطرة التصفية في مواجهة مقاول ما يكسر الدور الحقيقي الذي يتعين أن تقوم به في إطار المحاكم التجارية، بحيث تعتبر بمثابة حارس النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، وتحاول بجميع المكنات التي منحتها إياها مدونة التجارة أو قانون المحاكم التجارية الحفاظ عليه، وضمان عدم المساس به من قبل جميع الأطراف المتدخلة في الحياة التجارية⁽¹²⁵⁾.

ولعل هذا ما يترجم به المشرع غاية من غايات مساطر المعالجة المنصوص عليها في مدونة التجارة وهي أن التسوية والتصفية القضائية ليست قضية خاصة بالمقاول بل هي قضية تهم الصالح العام. كما أن الاعتراف للنيابة العامة بهذا الحق إنما يرمي من ورائه المشرع تنظيم هذه المساطر حماية للمصلحة العامة. مما تكون معه النيابة العامة قد انغمست بشكل صريح وقوي في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، انغماساً يفرض عليها تهيين ملفاتها ومتابعتها إلى نهاية المسطرة كما أنها تبقى قادرة أكثر من غيرها على إنجاز مهمتها الحمائية

¹²⁴ - تنص المادة 651 من م ت على أنه: "تفتتح المحكمة مسطرة التصفية القضائية تلقائياً أو بطلب من رئيس المقاولات أو الدائن أو النيابة العامة إذا تبين لها أن وضعية المقاولات مختلفة بشكل لا رجعة فيه".

¹²⁵ - علال فالي: م س، ص 72.

بما تملك من وسائل قانونية وآليات والبحث والتحقيق والتقصي⁽¹²⁶⁾.

إن الحق المعترف به للنيابة العامة بمقتضى المادة 651 من مدونة التجارة، ينحصر فقط في النيابة العامة بالمحكمة التجارية، التي تختص محليا بالنظر في الدعوى الرامية إلى فتح مساطر معالجة صعوبات المقاوله ضد المدين، أي المحكمة التجارية التابع لها مقر المؤسسة الرئيسية للتاجر والمتوقف عن الدفع أو المقر الاجتماعي للشركة التجارية أو للمجموعة ذات النفع الاقتصادي المتوقفة عن الدفع، ذلك أن قيام هذه النيابة العامة بطلب فتح مسطرة التصفية القضائية يشكل أهم عمل لها في إطار دورها أمام المحاكم التجارية⁽¹²⁷⁾.

على أن ذلك لا يحول دون النيابة العامة بباقي المحاكم التجارية الأخرى غير تلك التي لها الاختصاص المحلي وبالمحاكم الابتدائية والاستئنافية المساهمة بدورها في جعل مساطر صعوبات المقاوله تفتح ضد المدين المتوقف عن الدفع، فلا يوجد ما يمنع النيابة العامة بالمحكمة الابتدائية التي تنظر في دعوى عمومية أو مدنية، وكذا النيابة العامة بالمحكمة التجارية التي ترفع إليها محاضر الاحتجاج بعدم أداء أوراق تجارية من أن تخبر النيابة العامة بالمحكمة التجارية المختصة محليا للنظر في الدعوى الرامية إلى فتح المسطرة ضد المقاوله المتوقفة عن الدفع بأن المتابع أو المدعى عليه أو المدين في الأوراق التجارية المعد بشأنها الاحتجاج بعدم الوفاء يوجد في حالة توقف عن دفع ديونه حيث تقوم هذه النيابة العامة الأخيرة استنادا لما تتوصل به من معلومات في هذا الإطار برفع عريضتها إلى المحكمة التجارية المختصة وذلك من أجل فتح المسطرة في مواجهة المدين المعني بالأمر⁽¹²⁸⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بالرباط في حكمها والذي جاء فيه: «حيث إن مدونة التجارة خولت النيابة العامة طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله وبذلك يكون الطلب

¹²⁶ - أحمد شكري السباعي: م س، الجزء الثاني، ص 102.

¹²⁷ - محمد لفروجي: م س، ص 195.

¹²⁸ - محمد لفروجي: م س، ص 195.

- محمد لفروجي: الشيك إشكالياته القانونية والعملية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999، ص 242 وما يليها.

قد قدم على الصفة والشكل المتطلبين قانونا ويتعين التصريح بقبوله»⁽¹²⁹⁾.

وإذا كانت هذه هي الآليات التي منحها المشرع لفتح المسطرة بناء على طلب، فالمشرع نفسه خول للمحكمة التدخل تلقائيا لفتح المسطرة، إما بصورة رئيسية، أو احتياطية، وهو ما سنبحثه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: تدخل المحكمة التلقائي لتحريك مسطرة المعالجة

إن القاعدة العامة السائدة في قانون المسطرة المدنية أنه لا يمكن للقضاء أن يأخذ أية مبادرة لتقديم دعوى ما إلى المحكمة، ولا يمكنه أن يتناول إلا الدعاوى المقدمة من الأطراف. لأن القاضي في إطار القواعد العامة ليس ملزما من تلقاء نفسه بحماية الحقوق الخاصة، ولا يتحرك في هذا الاتجاه إلا بالمطالبة القضائية من قبل أصحاب العلاقة، ولما كانت وظيفة القضاء المدني وظيفة عامة تباشر وفق مقتضيات معينة، فإنها لا تباشر بطريقة تلقائية⁽¹³⁰⁾ وإنما يجب طلب هذه الوظيفة ممن قامت به الحاجة إلى حماية القضاء لحقوقه ومصالحه. لكن قانون صعوبات المقابلة كرس إجراء استثنائيا، وغير مألوف، لأنه خول للمحكمة التجارية وضع يدها تلقائيا على مسطرة المعالجة، ويشكل ذلك خروجاً عن القاعدة العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية. تلك القاعدة التي تجعل البت في القضايا يتوقف مبدئياً على طلب⁽¹³¹⁾، أو دعوى يرفعها أحد أطراف النزاع⁽¹³²⁾. أو خروجاً عن قاعدة الحياد التي يجب أن يتحلى بها القضاء، وكذا القاعدة المسطرية التي تقضي بأنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلب منه، وبالأحرى أن يقضي فيما لم يطلب منه.

¹²⁹- حكم عدد 17 صادر عن تجارية الرباط بتاريخ 12-7-2000 في الملف عدد 5-16-2000 غير منشور.

¹³⁰- وعدم التلقائية هذا في عمل المحكمة المدنية، يكون فيصلاً للتفرقة بين مهمة القاضي المدني كموظف وبين الإداري كموظف عام أيضاً وكذلك بين مهمة القاضي المدني والقاضي الجنائي.

ففيما يتعلق بالنقطة الأولى نلاحظ أن الإداري يتحرك - كمبدأ عام - من ذاته دون طلب من ذي العلاقة بعكس الأمر بالنسبة للقاضي المدني، وكذلك الحال بالنسبة للقضاء الجنائي الذي يسوده مبدأ التلقائية في العمل. (أورده الأستاذ آدم وهيب الندوي: مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى دراسة تأهيلية مقارنة في قانون المرافعات. الطبعة الأولى 2001 هامش رقم 2 ص 39).

¹³¹- ينص الفصل 3 من م.م: "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات...".

¹³²- ينص الفصل 31 من م.م: ترفع الدعوى إلى المحكمة بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله....".

ويعتبر وضع المحكمة يدها تلقائيا على مسطرة صعوبات المقاولات من الآليات التي وضعها المشرع بيد القضاء، وإن دل هذا على شيء فإنما يدل على الدور التدخلية للقضاء في إطار هذه المساطر⁽¹³³⁾. وبذلك أتاح المشرع للمحكمة أن تضع يدها تلقائيا على المسطرة وذلك بمقتضى المادتين 578 و657 من مدونة التجارة لارتباط مادة صعوبات المقاولات بالنظام العام الاقتصادي، وبالتالي فإن مجال تدخل المحكمة التجارية تجاوز ذلك الاختصاص التقليدي ليشمل تقويم المقاولات اقتصاديا وماليا واجتماعيا⁽¹³⁴⁾.

ومن هنا نتساءل عن الغاية من الفتح التلقائي للمسطرة (المطلب الأول) وعن دور المحكمة بهذا الخصوص (المطلب الثاني)، على أن نعرض لموقف المجلس الدستوري الفرنسي لهذه الآلية مع رأيها في ذلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الغاية من الفتح التلقائي

إن الغاية من إعطاء الحق للمحكمة التجارية في فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولات من تلقاء نفسها، يكمن في كون هذه المسطرة تعتبر من النظام العام الاقتصادي، نظرا لما تحققه من حماية لمختلف المصالح، سواء تعلق الأمر بالمقاولات المتوقفة عن الدفع ذاتها، أو بالدائنين الذين لهم ديون غير مؤداة، أو بالعمال⁽¹³⁵⁾.

إن التدخل التلقائي للمحكمة، يتيح ملء الفراغ المسطري الناتج عن تقاعس كل من المدين والدائن عن القيام برفع دعوى فتح المسطرة، وذلك حتى لا تستمر المقاولات في ممارسة نشاط مختل وهي في حالة توقف عن دفع ديونها، حيث إن استمرار تعايش مقاولات مختلة داخل عالم التجارة والأعمال من شأنه أن يمس بمبدأ المنافسة، ويعود بالضرر على مقاولات أخرى تمارس نشاطها بصفة طبيعية وتؤدي كافة الضرائب والتحملات.

¹³³- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاولات، دراسة نقدية ومقارنة، المطبعة طوب بريس الرباط، الطبعة الأولى 2008، ص. 85.

¹³⁴- علال فالي: م س، ص 73؛ عبد الرحيم السلماني: م س، ص 34. محمد كرام: م س ص 99.

¹³⁵- محمد لفروجي: م س، ص 189؛ عبد الرحيم السلماني: افتتاح مسطرة معالجة صعوبات المقاولات من طرف المحكمة التجارية تلقائيا ومدى نجاعتها، مقال منشور بمجلة القصر، مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، العدد 3 شتنبر 2002 ص 68.

وقد أكدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس، على غاية المشرع من مساطر صعوبات المقاوله بما فيها الفتح التلقائي للمسطرة وذلك عندما عللت قضاءها «حيث إنه إذا كانت غاية المشرع من مساطر معالجة صعوبات المقاوله هي إنقاذ المقاوله، وأنه إذا كان رئيس المقاوله يتشبه بإعطاء المقاوله فرصة للإبقاء على التسوية القضائية استنادا إلى ما ذكر أعلاه فإن المحكمة ترى بأن ما تمسكت به الطاعنة يبقى مبررا»⁽¹³⁶⁾ كما أن نفس المحكمة أكدت أيضا «وحيث إنه خلافا لدفعات الجهة المستأنفة فإن مسطرة معالجة صعوبات المقاوله تعتبر من النظام العام وأن للمحكمة، حق التدخل التلقائي عملا بالمواد 563 و 566 من مدونة التجارة و 115 من قانون المسطرة المدنية تلك القاعدة التي تجعل البت في النوازل يتوقف مبدئيا على دعوى يرفعها أحد أطراف النزاع»⁽¹³⁷⁾.

وهو الأمر نفسه الذي زكاه القرار الصادر عن محكمة النقض⁽¹³⁸⁾، والذي من خلاله تم التأكيد على الدور الكبير الذي يجب على المحكمة التجارية أن تضطلع به بمناسبة البت في طلبات فتح مساطر المعالجة، وذلك بهدف تحقيق الحماية اللازمة لمختلف المصالح حيث جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: «إن المادة 563 من مدونة التجارة أعطت الحق للمحكمة بأن تقضي من تلقاء نفسها بفتح تلك المسطرة كلما توفرت لديها المبررات لذلك، بصرف النظر عن أي طلب آخر يبرره. لأن هذه المسطرة تعتبر من النظام العام الاقتصادي ودور المحكمة فيها لم يعد مختصرا في الفصل في النزاع بناء على طلب أحد الأطراف وإنما يتجاوزه للمساهمة في تحقيق حماية لمختلف المصالح سواء تعلق الأمر بالمقاوله المتوقفة عن الدفع أو بالدائنين لهم عليها ديونا غير مؤداة».

كما أن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أكدت على «أن المحكمة عند تحريك مساطر المعالجة لم تعد مقيدة بطلبات الأطراف، بل يصبح بإمكانها أن تضع يدها

¹³⁶- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 29-9-2004 في الملف رقم 92-19-2003 غير منشور.

¹³⁷- قرار عدد 3 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 24-4-2002 في الملف عدد 53.200 غير منشور.

¹³⁸- قرار عدد 1328 صادر بغرفتين بتاريخ 23-10-2002 في الملفين المضمومين عدد 304-3-2 - 2001 و 201-3-1-2002 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 149 ص 264 وما يليها ومشار إليه عند إدريس بلحجوب م.س، الجزء الثاني ص 203 وما يليها.

تلقائيا على القضية وتقضي استنادا إلى وثائق الملف ومعطيات النازلة، كما أن المشرع في إطار المساطر الجماعية أخذ بعين الاعتبار مصلحة المرافعة بالأساس وليس مصلحة المرافع، بدليل تنظيمه لمسطرة تفويتها إلى الغير واعتبار التفويت كحل من حلول التسوية» (139).

إذا كانت هذه هي الغاية من الفتح التلقائي للمسطرة من قبل المحكمة فما هو دورها بهذا الخصوص؟ وهذا ما سنتعرض له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: دور المحكمة في الفتح التلقائي

إن فتح المسطرة تلقائيا من قبل المحكمة إما أن يكون دور هذه الأخيرة رئيسيا أو احتياطيا أي بصفة تبعية، ومن هنا سنبحث الدور الرئيسي (الفقرة الأولى) ثم الدور التبعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الدور الرئيسي للفتح التلقائي للمسطرة

مسطرة الفتح التلقائي تطبق على مجموع الحالات التي يكون فيها فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية ممكنا، كما أنه يبرهن بإحكام في مادة تتعلق بالنظام العام، والمحكمة تتدخل أصليا للتخفيف من مبادرة المدين لوضع الميزانية وخلق الدائنين من المطالبة للتأكد من التوقف عن الدفع أو عدم تنفيذ مسطرة المصالحة من قبل المدين و صدور الأمر القاضي بمعينة الفسخ فإنه يترتب عن هذا الأخير فتح مسطرة معالجة صعوبات المرافعة من طرف المحكمة تلقائيا في الحالة التي يتبين لها أن المرافعة متوقفة عن دفع ديونها، و ذلك بعد إحالة الملف عليها من طرف رئيس المحكمة، تطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 559 من م ت، و كذا مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 578 التي جاء فيها: "يمكن للمحكمة أيضا أن تضع يدها على المسطرة إما تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة، أو من رئيس المحكمة في إطار ما تخوله له الوقاية الخارجية من اختصاصات".

¹³⁹ - قرار رقم 2730 بتاريخ 2000-12-22 في الملف عدد 2047-2000-11 غير منشور.
- قرار رقم 2731 بتاريخ 2000-12-22 في الملف عدد 2048-2000-11 غير منشور.

وقد يكون وضع اليد رئيسيا بناء على معلومات رسمية أو غير رسمية انتهت إلى علم المحكمة من كتابة الضبط التي تمسك سجل محاضر الاحتجاج، أو بنك المغرب، أو وزارة المالية والاقتصاد، أو من مصلحة الضرائب، أو الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، أو غيرها من قنوات التبليغ. إلا أنه على غرار هذه القنوات للتبليغ فقد كان على المشرع أن يعمل على إنشاء لجان و مراكز للمعلومات و الوقاية فوق التراب الوطني من أجل إعلام المقاولين و توجيههم إلى الحل المناسب من أجل توقع و كشف و معالجة الصعوبات⁽¹⁴⁰⁾. فضلا عن مشاركة الغرف التي تعمل على تمثيل قطاع اقتصادي معين عبر تبني المقاولات التي تشغل في قطاع معين فإن هذه الغرف تمثل مصالح المقاولات التجارية و الصناعية و الخدماتية فهي تمسك وثيقة بالمقاولات تمكن الغرفة من متابعة الثروة الاقتصادية للمقاولات حيث إن هذه المعلومات تكون قابلة للولوج إما عن بعد أو في عين المكان⁽¹⁴¹⁾. ويمكن لهذا الكيان تقديم الدعم للمقاولات عبر إعطاء معلومات وكذا استقبال مسيري هذه المقاولات مع تشخيص الصعوبات وتوجيه المسيرين إلى أشخاص مكلفين بالحوار⁽¹⁴²⁾.

كما ذهب البعض من الفقه⁽¹⁴³⁾ إلى أن المحكمة يمكن أن تضع يدها تلقائيا على النازلة عند ما تخطر أو تبلغ ببعض المخالفات، إما عن طريق رسمي، أو شبه رسمي، عن تسيير الشؤون المالية لإحدى الشركات، فبمجرد علم إحدى أفراد هيئة المحكمة أن الأمور تسير في إحدى الشركات بطريقة غير عادية مما يهدد مصالح الدائنين، أو المصلحة العامة،

¹⁴⁰- KOUAMO DARLY RUSSEL : L'implication du salarié dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun, thèse pour le doctorat en droit privé, unité de recherche, droit et changement social, université de Nantes, 2018 P 215.

¹⁴¹ - BAMBA MACHAMI : De l'efficacité des procédures collectives : étude comparée des législations anglaise et française, thèse pour le doctorat en droit, université de Toulouse, 2015 P 94.

¹⁴² -LYAZAMI NAHID: La prévention des difficultés des entreprises: «étude comparative entre le droit français et le droit marocain» , thèse pour le doctorat en droit privé, université du Sud Toulon-Var, 2013 P 293.

¹⁴³- أحمد شكري السباعي: م س، الجزء الثاني، ص 191.

فالمحكمة أن تأمر ببء هذه الإجراءات الجماعية، وفي ذلك خروج عن القواعد العامة، في أن القاضي لا يقضي تأسيسا على علمه الخاص أو الشخصي.

لكن الصعوبة المهمة تتعلق بإعلام المحكمة التي ليست دائما منظمة بطريقة منهجية. وفي الحقيقة من أهم مصادر معلومات المحكمة مساطر الأمر بالأداء ضد المدين، مسطرة الاحتجاج، طلب تعيين مصالح، النزاعات بين الشركاء الالتقاء إلى تعيين متصرف مؤقت، بل إن الفقه الفرنسي⁽¹⁴⁴⁾ يرى بأنه ينبغي فتح المجال أمام كل المصادر الممكنة ليضع القضاء يده تلقائيا على المسطرة. بل إن هذا الفقه ذهب إلى حد اعتبار الإشاعة العامة، أو رسالة عادية مجهولة المصدر، والموجهة إلى المحكمة، مصدرا يخول فتح مسطرة المعالجة.

الفقرة الثانية: الدور التبعي

الدور التبعي لفتح المسطرة تلقائيا يمكن من تسوية مسطرة معيبة مقدمة من طرف المدين أو الدائنين، هذا الأثر التصحيحي يتم في الحالات التالية:

إذا صرح المدين بالتوقف عن الدفع وبعد تراجع عن طلبه، فالمحكمة تفتح المسطرة تلقائيا، ذلك أن القاعدة العامة بشأن التنازل لا تطبق في دعوى فتح مسطرة المعالجة. وللمحكمة بالرغم من تنازل المدين أن تحكم من تلقاء نفسها بفتح مسطرة التسوية القضائية، لأن الأمر يتعلق بمسطرة جماعية لها علاقة بالنظام العام الاقتصادي، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرارها⁽¹⁴⁵⁾ والذي جاء في حيثياته: «حيث إنه خلافا لما تمسكت به المستأنفة فالمحكمة التجارية المرفوعة إليها دعوى فتح مسطرة التسوية من قبل المستأنفة يمكنها بالرغم من تنازل المقولة عن الدعوى أن تحكم من تلقاء نفسها بفتح مسطرة معالجة الصعوبة إذا ثبت لها من خلال الاستماع لرئيس المقولة ومن خلال ظروف النازلة أن هناك توقفا عن دفع الديون المستحقة، وعليه فإن الحكم المستأنف لما استبعد تطبيق

¹⁴⁴ -ARLETTE MARTIN-SERF: redressement et liquidation judiciaires (règles générales de procédure- 9 , 1997 jurisclasseur fasc. 2203 p 13 N°56.

¹⁴⁵ - قرار 542 صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 9-5-2006 في الملف رقم 560-2005 غير منشور.

القواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية بشأن التنازل عن النازلة لكون الأمر يتعلق بمسطرة جماعية لها علاقة بالنظام العام الاقتصادي يكون مرتكزا على أساس في هذا الجانب».

كما أكدت نفس المحكمة في قرار آخر جاء فيه: «حيث إنه لئن كان المبدأ في قانون المسطرة المدنية أن المحكمة المرفوع إليها الدعوى في حالة تنازل المدعي أو الدائن لا يسعها إلا الإشهاد على هذا التنازل، إلا أنه في مساطر الصعوبة فإن المحكمة يمكنها بالرغم من تنازل الدائن عن الدعوى الحكم بفتح مسطرة معالجة الصعوبة في مواجهة المقولة إذا ثبت لها أن هناك توقفا عن دفع الديون المستحقة»⁽¹⁴⁶⁾.

وقد حد المشرع من فعالية الدفوع الشكلية في مساطر صعوبات المقولة لما أتاح للمحكمة أن تتدخل تلقائيا لتحريك الدعوى، لارتباط مساطر صعوبات المقولة بالنظام العام الاقتصادي من جهة، ولأهمية الزمن في هذه المساطر من جهة أخرى، فالعبرة في فتح المسطرة بتوقف المقولة عن الدفع لا مجرد شكليات قد لا يزيد التشبث بها إلا تدهورا للمقولة ودفعها بها إلى التصفية وتفويت فرصة علاج عليها، عن طريق مخطط الاستمرارية أو التفويت. وذلك في حالة ما إذا كان طلب الدائن معيبا أو غير صحيح أو أنه مقدم من غير ذي صفة، فالمحكمة تتجاوز ذلك وتصرح تلقائيا بفتح المسطرة في الوقت الذي تكون فيه الشروط الموضوعية مستوفية، وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بفاس في حكمها⁽¹⁴⁷⁾ والذي جاء فيه: «وحيث يلاحظ أن طلب فتح مسطرة التصفية القضائية في مواجهة مقولة... تقدمت بها المدعية بوصفها ممثلة قانونية للشخص المعنوي ضد شريكها والحال أن الطلب يجب أن تتقدم به المقولة المعنية بالأمر ضد من له الحق على ما جرى به العمل القضائي.

وحيث إن قواعد العدالة تقتضي التغاضي عن الإخلال الشكلي المذكور الذي لا يمس بحقوق الطرفين من جهة، وكذا بالنظر إلى طابع النظام العام الذي يلزم نظام صعوبات المقولة ومساطر التصفية القضائية الذي جعل المشرع يخول للدائن، والمدين، والمحكمة التجارية المختصة، الحق في فتح المسطرة ضد المدين...».

¹⁴⁶- قرار 2156 بتاريخ 26-12-2012 في الملف عدد 08-10-2604 غير منشور.

¹⁴⁷- حكم رقم 917 صادر عن تجارية فاس بتاريخ 26-10-2000 ملف عدد 843-2000 غير منشور.

هذا الحكم يعكس دور المحكمة التبعي والاحتياطي في فتح المسطرة لأنها في هذه الحالة تتوفر على جميع المعلومات والمعطيات التي تمكنها من تصحيح الاختلالات الشكلية وتعديل طلبات الأطراف.

وعلى عكس توجه الحكم أعلاه والغاية من مساطر صعوبات المقاوله ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها⁽¹⁴⁸⁾ الذي جاء فيه: «حيث إن الطاعن يتمسك بانعدام صفة طالب التصفية القضائية وبخرق المقتضيات المنظمة لمسطرة معالجة صعوبة المقاوله، وكذا سببية البت في النازلة، وصدور حكم بوضع الشركة تحت نظام الحراسة القضائية.

وحيث إنه عملاً بمقتضيات الفصلين 561 و 563 من مدونة التجارة فإن طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله يتعين تقديمه من قبل رئيس المقاوله، أو بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين، كما يمكن أن تضع المحكمة يدها تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة. وحيث إنه لا يوجد بالملف ما يثبت موافقة المجلس الإداري للشركة على تولي السيد... منصب المدير العام، أو ما يثبت انعقاد الجمعية العامة لهذا الغرض بعد وفاة المسير القانوني لها، كما أنه بالرجوع إلى القانون التأسيسي للشركة فإن نصوصه لا تتضمن ما يفيد أن المدير النائب يعين تلقائياً خلف خاص في حالة وفاة المدير الأصلي كما هو عليه الأمر في النازلة.

وحيث إنه والحالة هذه فإن طالب التصفية القضائية للشركة ليست له صفة رئيس المقاوله استناداً لما ذكر مما يتعين معه بالتالي إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم من جديد بعدم قبول الطلب».

وعلى الرغم من وضوح مقتضيات المادة 563 من الكتاب الخامس من م ت الملغى والمادتين 578 و 651 من القانون رقم 17-73 والتي تعطي للمحكمة الحق في فتح المسطرة كلما تبين لها أن مقاوله تجارية تعاني من صعوبات فإن هذا القرار القضائي لم يساير غاية المشرع من وضع مقتضيات صعوبات المقاوله إذ كان على محكمة الاستئناف، بدل البحث

¹⁴⁸- قرار رقم 99-1003 بتاريخ 8-7-1999 في الملف عدد 783-99 غير منشور.

عن صفة المتقدم بالطلب أن تتحقق من كون المقاوله تعاني من صعوبات أدت إلى توقفها عن الدفع والتغاضي عن الإخلالات الشكلية وتصحيحها.

وقد يكون وضع اليد من قبل المحكمة تبعيا، في حالة وجود دعوى جارية متعلقة بالأداء فقط، يقيمها الدائن ضد المدين التاجر، من أجل أداء دين معين، من دون أن يطلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله في مواجهة المدين، فإذا تبين للمحكمة من خلال نظرها في هذه الدعوى توقف المدين عن الدفع فالمحكمة بهذه المناسبة يمكنها فتح المسطرة ضد المدين التاجر، من تلقاء نفسها، وتصرف النظر عن الطلب المتعلق بالأداء. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة التجارية بالدار البيضاء في حكمها⁽¹⁴⁹⁾ والذي جاء فيه: «وأن اطلاع المحكمة على تقرير الخبرة الذي أمرت به والذي يفيد وجود ديون يجعلها تضع يدها تلقائيا على القضية بغض النظر عن أي طلب آخر».

ومن كل هذا يعتبر وضع المحكمة يدها تلقائيا على المسطرة من الآليات التي وضعها المشرع بيد القضاء الشيء الذي يبين الدور التدخلي للقضاء في إطار هذه المساطر، وهذه الصلاحية تؤكد الدور الموكل لهذا الجهاز، في حماية المقاوله من الناحية الاقتصادية والاجتماعية من جهة، ومن جهة أخرى ارتباط مسطرة معالجة صعوبات المقاوله، بالنظام العام الاقتصادي. فضلا عن أن المحكمة تضع يدها تلقائيا كيفما كانت طبيعة الدين مدنيا أو تجاريا. غير أن بعض المواقف تحاول التأكيد على عدم منطقية هذه الآلية لكونها لا تتسم بالحيادية وهو ما سنتناوله في الفقرة الموالية.

المطلب الثالث: موقف المجلس الدستوري الفرنسي من آلية الفتح التلقائي

إن المجلس الدستوري بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 7 دجنبر 2012⁽¹⁵⁰⁾ أكد أن وضع اليد تلقائيا على النزاع من طرف المحكمة غير مؤسس ولا يمكن أن يتم بعد أن أكد مبدأ واضحا وجليا «لا يمكن لأحد أن يكون حكما وخصما اللهم إذا تم إنكار مبدأ الحياد وضمانات الحقوق. وأنه كفى لأن الذي يحكم لا يمنح السلطة بذاته لرفع الدعوى كممثل الطرف».

¹⁴⁹- حكم عدد 177-2000 بتاريخ في الملف رقم 9176-99-10 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 84 ص 208.

¹⁵⁰ -Décision du 7 décembre 2012, Recueil Dalloz 2013 p 28.

ومن هذا القرار يتبين أن المجلس الدستوري، أكد على مبدأ المنع، وعدم الجمع بين رفع الدعوى وسلطة الحكم، كما هو مقرر بالنسبة لفتح مسطرة صعوبات المقولة من قبل المحكمة، كما أنه أسس قراره على مبدأ الحياد لضمان الحقوق، إلا أن هذا القرار يصطدم مع القانون المقرر بخصوص ذلك لأن المادة 631-5 من القانون التجاري الفرنسي التي منحت المحاكم التجارية الحق في فتح المسطرة تلقائيا كما هو الشأن بالنسبة للمادة 578-651 من م ت المغربية. وبالتالي فهذه الآلية تعتبر واحدة من بين الآليات المقررة قانونا للمدين والدائن والنيابة العامة. ومن ثم كان على المجلس الدستوري أن يقضي بعدم دستورية النص القانوني في فقرته المتعلقة بالفتح التلقائي، وليس في القرار المبني على أساس المادة أعلاه والتي تمنح الصلاحية للمحكمة بفتح المسطرة تلقائيا، ولا يمكن تبعا لذلك إعمال المبدأ الذي أقره المجلس الدستوري من أنه لا يمكن لأحد أن يكون حكما وخصما في ميدان صعوبات المقولة، لأن المحكمة عندما تقوم بفتح المسطرة تلقائيا فهي لا تقوم بذلك لمصلحتها، وإنما لفائدة المقولة والدائنين ولأغراض الصالح العام. لأن تحقيق المحكمة لهذا الغرض قد يتعرض للمساس بشكل بالغ إذا ما اضطر الانتظار أن تعرض عليه القضية من قبل المتقاضين. خاصة وأن ترجيح المشرع لفئة من المصالح على حساب مصالح أخرى لن يؤدي إلى تغيير في طبيعة الوظيفة المنوطة بالمحكمة، إذا لم يصاحبها إشراف من قبل هذه الأخيرة على جميع المقاولات المتوقفة عن الدفع.

كما أن محكمة المساطر الجماعية لا تكتفي بالفصل في النزاعات، إن تحقيق أغراض الصالح العام حاضرة منذ بداية المسطرة إلى نهايتها. والمحكمة شأنها في ذلك شأن أية إدارة تتوفر على سلطة للتدخل. وحينما بتت المحكمة في مصير المقولة يتعين عليها اعتماد الحل الذي يضمن في أفضل الأحوال الحفاظ على المقولة وهو ما يعادل الصالح العام في نظر المشرع⁽¹⁵¹⁾.

¹⁵¹ -Pierre CAGNOLI: op cit p 255N° 317.

وسبق لمحكمة النقض المغربية أن قررت في أحد قراراتها⁽¹⁵²⁾ على أنه: «تبين صحة ما نفاه الطاعن ذلك أنه لما كان الهدف من تجريخ القاضي أو الحاكم إبعاده عن النظر في القضية حتى لا يصبح خصما وحكما في القضية. وبذلك تتوفر في المحكمة صفة المحاكمة العادلة لتحقيق هدف أساسي وهو كفالة حق الدفاع، وبذلك يجب أن تتوفر لدى الأطراف أمام أية هيئة تبت في تأديبهم كما هو الشأن في هيئة المحامين التي تتعقد للنظر في المنسوب إليهم وتطبق في حقهم عقوبات قد تصل إلى العزل إمكانية الطعن في الأشخاص الذين نصبهم المشرع دون حق اختيار من هؤلاء المتابعين عن طريق تجريخهم إذا لم تتوفر فيهم شروط إصدار حكم عادل، وفي النازلة من الثابت أن الطاعن تمسك أمام قضاة الاستئناف بل وأرفق في المرفق الثامن نسخة من طلب التجريح في شخص النقيب واحد الأعضاء وهو الأستاذ... الذي شارك في إصدار المقرر التأديبي وكان الطالب قد وضعه بمكتب الهيئة بتاريخ 3 يوليوز 2003 ولم تصدر الهيئة مقررها إلا في 10-10-2003 فكان بذلك القرار المطعون فيه باعتباره أن قواعد مهنة المحاماة تتنافى مع مبادئ التجريح غير معلل تعليلا كافيا وبذلك وجب نقضه».

في هذا القرار يتبين أن الطاعن سلك طريقة لمواجهة تحيز المجلس التأديبي، ولجأ إلى مسطرة التجريح، وهذه إمكانية خولها المشرع لأي شخص وأن أسباب التجريح محددة كما هو الشأن بالنسبة للفصل 295 من ق م م بخصوص تجريخ القضاة. في حين أن قرار المجلس الدستوري الفرنسي أعلاه بخصوص ما بت فيه يتعلق بالحيادية التي هي الضمانة الأساسية التي يمكن اشتراطها في القاضي (المحكمة) وهي ما يرمز إلى تطبيق فكرة الديمقراطية في القضية، غير أنه من المنظور القانوني لإمكانية مواجهة تحيز المحكمة اللجوء إلى مسطرة التجريح، كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة النقض. وأكد بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁵³⁾ على أنه لم يعثر على أي اجتهاد قضائي يعالج موضوع التجريح

¹⁵² قرار رقم 668 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1-7-2009 في الملف الإداري عدد 1-4-653-2004 منشور بمجلة الرقيب، مجلة قانونية تهتم بالثقافة القانونية والقضائية مطبوعة النجاح الجديدة الدار البيضاء العدد الرابع يونيو 2016، ص 161.

¹⁵³ -Pierre Cagnoli: op cit p 229 et s.

في قضايا ناشئة عن الفتح التلقائي للمسطرة من قبل المحكمة فإن نص الفصل 341 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي لا يفسح المجال أمام استبعاد الفتح التلقائي في حد ذاته. غير أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها⁽¹⁵⁴⁾، انتقدت مشاركة النقيب في الهيئة التأديبية لكونه مصدر المتابعة، وبذلك فإن قانون صعوبات المقاوله بخصوص آلية الفتح التلقائي من قبل المحكمة تشكل استثناء.

وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع الفرنسي قد ألغى إمكانية الفتح التلقائي للمسطرة من قبل المحكمة وذلك بناء على أمر رئاسي رقم 1088-2014 بتاريخ 26 شتنبر 2014⁽¹⁵⁵⁾، وذلك تطبيقاً لقرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ 7-12-2012 والمشار إليه سابقاً.

وإذا كان المشرع قد وسع من دائرة الأشخاص الذين يحق لهم فتح المسطرة وميز هذه الآليات بمميزات، فما هي الخصوصيات المتعلقة بالاختصاص في مساطر معالجة صعوبات المقاوله؟ وهذا ما سنبحثه في الفرع الثاني.

¹⁵⁴ - civ 1 ère, 23 mai 2000 , P. CAGNOLI / op cit p 231.

¹⁵⁵ - منذ تعديل 12 مارس 2014 لم يعد بإمكان المحكمة في فرنسا فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية من تلقاء نفسها، بعد إلغاء إمكانية الفتح التلقائي. بموجب الامر الصادر في 12-3-2014 خصوصاً فيما يتعلق بالتسوية القضائية حيث ألغى مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 3/631 المتعلق بالمدين المتوفى ومقتضيات الفقرة الثانية من المادة 4/631 المتعلقة بفتح المسطرة بسبب فشل مسطرة المصالحة. ونفس الشيء بالنسبة لمسطرة التصفية القضائية بعد إلغاء الفقرة الثانية من المادة 4/640 والفقرة الثانية من المادة 3/640، وإن كان المشرع الفرنسي عوض هذه المقتضيات بتقنية جديدة مؤداها إعلام النيابة العامة من طرف رئيس المحكمة بالوقائع التي تظهر توقف المقاوله عن الدفع حتى يتأتى لها طلب فتح المسطرة وهي الامكانية المقررة بموجب المادتين 1/3/631 و 1/3/640 المضافتين.

الفرع الثاني: الخصوصيات المتعلقة بالاختصاص في مادة صعوبات المقابلة

الاختصاص هو سلطة خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما⁽¹⁵⁶⁾. وتتعلق قواعد الاختصاص بتحديد المنازعات التي تختص بها كل جهة من جهات القضاء وكل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة. وكذلك نصيب كل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة من المنازعات التي يجوز الفصل فيها. وعرفه بعض الفقه المغربي⁽¹⁵⁷⁾ بأنه الجزء الذي تتوفر عليه كل محكمة من ولاية القضاء، فتستمد منه سلطة الفصل في المنازعات المعروضة عليها، إنه الحد الذي تنتهي عنده سلطة محكمة ما لتبتدئ سلطة محكمة أخرى.

والاختصاص فرضته عملية توزيع العمل في المحاكم إذ لا يعقل أن تكون محكمة وحيدة مختصة بالنظر في جميع القضايا في بلد كامل. كما أن اختصاصا آخر فرضه تنوع القضايا من حيث تنوع العلاقات القانونية واختلاف موضوعها الشيء الذي ترتب عليه ضرورة تعدد المحاكم وتنوعها انسجاما مع المعطيات السائدة.

وإذا كانت جل الدعاوى المقدمة أمام القضاء تتحدد في المقتضيات التشريعية المتعلقة بالاختصاص التي وضعها المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية، فإن دعوى معالجة صعوبات المقابلة تنفرد بمقتضيات تشريعية في هذا الخصوص وتنسجم والغاية التي يهدف المشرع إلى تحقيقها من وضع هذا القانون، خاصة وأن دعوى معالجة صعوبات المقابلة تؤطر نزاعا متعدد الأبعاد والمستويات، يهيمن عليه تدخل القضاء لتوجيهه، والوصول إلى هدف محدد هو إنقاذ المقابلة⁽¹⁵⁸⁾.

ولما كانت الغايات المحددة في مادة صعوبات المقابلة تتمثل أساسا في إنقاذ المقابلة وتصحيح وضعيتها. فإنها تحتاج إلى قواعد استثنائية لمسائل الاختصاص، تساهم في إنجاح التدخل القضائي بشكل سريع وفعال. إذ ليس من المناسب أن تعرقله القواعد العامة

¹⁵⁶ - نبيل إسماعيل عمر: قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1994، دار الجامعة الجديد للنشر، ص 71.

¹⁵⁷ - جلال محمد امهمول: نظام الدفوع في قانون المسطرة المدنية التأصيل الفقهي والمظاهر التشريعية والقضائية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997-1998 ص 111.

¹⁵⁸ - عبد الحميد أخريف: م س، ص 383.

للاختصاص المتضمنة في قانون المسطرة المدنية⁽¹⁵⁹⁾. كما ينبغي أن تكون ضوابط الاختصاص في مسطرة معالجة صعوبات المقولة واضحة، تقي من كل تنازع حول الاختصاص، وتؤسس لدائرة اختصاص قطعية. فضلا عن أنه في حالة وجود عوارض الاختصاص في هذه المسطرة، يجب أن تكون قواعد معالجتها فعالة، دون التأثير على سير المسطرة.

وما دامت هذه المسطرة تطبق في المغرب على التجار فقط. فإن ازدياد الاستثمارات الأجنبية وتوسيع المشروعات الاقتصادية وتجاوزها الحدود وامتداد نشاط التاجر إلى عدة دول، ونظرا للأزمات الاقتصادية المالية وتعرض التجار لصعوبات مالية، وتوقفهم عن الوفاء بالتزاماتهم، سواء في موطنهم الأصلي، أو في البلد الذي يباشرون بعض نشاطهم على أرضه، مما يؤثر بشكل تنظيم هذه المسطرة على المستوى الدولي، والمحكمة المختصة بهذا الخصوص.

ونظرا لهذه الأزمات والصعوبات فإن قانون صعوبات المقولة خلق دائرة اختصاص قطعية لفائدة محكمة المسطرة (المبحث الأول) كما تضمن قواعد خاصة لمعالجة عوارض الاختصاص (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تأسيس دائرة اختصاص قطعية لفائدة محكمة المسطرة

تقتضي الضرورة العملية جمع، وتركيز كل الدعاوى المتعلقة بمسطرة صعوبات المقولة في محكمة واحدة، فوحدة المحكمة، والاختصاص الحصري لمحكمة المسطرة، هي الفكرة الأساسية في الاختصاص في ميدان صعوبات المقولة، ولتحقيق ذلك عمل المشرع المغربي على تحديد اختصاص المحاكم التجارية سواء من خلال الاختصاص النوعي الذي يحدد نوع القضايا، أو من خلال الاختصاص المحلي، الذي يجسد تقريب القضاء من المتقاضين، كما أكد المشرع على اختصاص المحاكم التجارية في المنازعات المتفرعة والمرتبطة بمسطرة معالجة صعوبات المقولة.

¹⁵⁹- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقولة، م س، ص 68.

ولتوضيح ذلك يتعين علينا بحث معايير انعقاد الاختصاص الأصلي لمحكمة
المسطرة (المطلب الأول) وإقرار نظام للامتداد القانوني للاختصاص لفائدة محكمة
المسطرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: معايير انعقاد الاختصاص الأصلي لمحكمة المسطرة

لنجاح سير مسطرة المعالجة لا بد من وضع قواعد ناجعة لحل النزاعات المرتبطة
بالاختصاص حتى لا تتأثر معالجة المقولة وتتعرض مصالحها للخطر⁽¹⁶⁰⁾.

ويعتبر تحديد المحكمة المختصة لفتح المسطرة مسألة أساسية، لأن هذه المحكمة
ستبت في كل ما يهم المسطرة، وستعمل على تركيز كل ما يتعلق بها، ويرتبط معها من
دعوى يقتضي حلها تطبيق مقتضيات قانون معالجة صعوبات المقولة، ومن هنا فإن قواعد
الاختصاص لها هدف محدد في مسطرة معالجة صعوبات المقولة، وهو إسناد كل القضايا
المرتبطة بتصحيح وضعية المقولة لمحكمة واحدة⁽¹⁶¹⁾.

انطلاقاً مما سبق سوف نتعرض إلى مميزات الاختصاص النوعي (الفقرة الثانية)
والاختصاص المحلي في مادة صعوبات المقولة (الفقرة الثالثة) على أن نتعرض
للاختصاص الدولي في هذه المادة (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: الاختصاص الدولي في ميدان صعوبات المقولة

لقد أدت العولمة بآفاقها العلمية، والاقتصادية، والاجتماعية، والقانونية، إلى تطور
النظم الاقتصادية العالمية، وازدياد الاستثمارات الأجنبية، وتوسع المشروعات
الاقتصادية⁽¹⁶²⁾، وتجاوزها الحدود، ولقد نتج عن ذلك اتصاف التجارة بالطابع الدولي،

¹⁶⁰ - عبد الرحيم السلمي: القضاء التجاري بالمغرب، م س، ص 65.

¹⁶¹ - عبد الحميد اخريف: م س، ص 385.

¹⁶² - معظم علماء الاقتصاد عندما يتعرضون لهذه المجموعات من الشركات يستخدمون مصطلح مشروع
وليس شركة. ويرجع الخلط بين مصطلح مشروع وشركة في هذا الصدد في رأي بعض الفقهاء إلى أن
هذه المشروعات عادة تأخذ شكل شركة المساهمة كقالب قانوني لها. ولذا يصفها البعض بأنها مشروعات
ويصفها البعض الآخر بأنها شركات: (انظر يحيى عبد الرحمان رضا: الجوانب القانونية لمجموعة
الشركات عبر الوطنية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية 1994 ص 303).

وهذا الخلط بين المشروع والشركة كان واضحاً في تقرير السكرتير العام للمجلس الاقتصادي والاجتماعي
التابع للأمم المتحدة عام 1973، فقد استخدم السكرتير العام في هذا التقرير عدة مصطلحات هي

وامتد نشاط التاجر الفرد أو الشركة إلى عدة دول، وذلك من خلال افتتاح فروع له في أكثر من دولة، وانتشرت الشركات متعددة الجنسيات التي تمارس نشاطها في أكثر من دولة⁽¹⁶³⁾. وألقت الأزمات الاقتصادية المالية بظلالها على الحياة التجارية للتجار، فكان نتيجة ذلك أن تعرض الكثير منهم لصعوبات مالية، وتوقفوا عن الوفاء بالتزاماتهم، سواء في دولهم الأصلية، أو في إحدى الدول التي يباشرون على أرضها بعض نشاطهم التجاري، مما أدى هذا الوضع إلى نشأة العديد من العقبات المعرقة لحركة التجارة العالمية، ومن أهمها إدارة المشروعات المتوقفة عن الدفع، مما انعكس بدوره على الأمن القانوني في البيئة القانونية الدولية، مما يؤدي إلى انكماش الاستثمارات الأجنبية، وإعاقة السلع والخدمات عبر الحدود. والحقيقة أن تنظيم المساطر الجماعية على المستوى الدولي ليس بالأمر اليسير نظرا لارتباطه بأكثر من فرع قانوني واحد⁽¹⁶⁴⁾، وبأكثر من نظام تشريعي، وإثارته للعديد من المشاكل الاقتصادية والاجتماعية.

ولقد اهتم الفقه بمساطر صعوبات المقاوله -الإفلاس- عبر الحدود أوفي مجال القانون الدولي، وبرزت في هذا الخصوص نظريتان رئيسيتان: نظرية وحدة الإفلاس أو

(Entreprise) و (FIRM) و (Corporation) (هذا التقرير وارد عند يحيى عبد الرحمان رضا: م س ص 118).

ونتفق مع الرأي الذي يصف هذه الشركات بالشركة أو المشروع. فكلا المصطلحين مناسب ذلك أن مصطلح شركة يتمشى مع الشكل القانوني الذي تتبناه هذه الشركات، وهو شكل شركة مساهمة، ومصطلح مشروع يتمشى مع ما تنسم به هذه المجموعات من ضخامة سواء فيما يتعلق برؤوس أموالها أو خبراتها الفنية أو تكويناتها البشرية.

¹⁶³ - عرفت هذه الشركات بأنها "الشركات التي يتعدى نشاطها حدودها الوطنية إلى دول أخرى، ولكن مركز الشركة القابضة أو الشركة الأم ينتمي لدولة واحدة ترسم منها خطط الإنتاج والتوزيع واتخاذ القرارات التي تنفذ عبر فروعها أو شركاتها الوليدة في الدول الأخرى". (انظر حازم جمعة: النظام القانوني للشركات المشتركة دار النهضة العربية 1993 ص 137).

ومن هذه التعاريف أيضا ما جاء في تقرير السكرتير العام التابع للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة الذي قدمه في عام 1974 حيث عرفها بأنها "مشاريع تمتلك وتسيطر على العناصر الانتاجية وتقدم خدمات خارج دولة إنشائها، وقد تكون هذه المشاريع أشخاص قانون عام أو أشخاص قانون خاص". (هذا التقرير مشار إليه عند يحيى عبد الرحمان رضا: م س ص 119).

¹⁶⁴ - مدونة التجارة وخصوصا قواعد صعوبات المقاوله، وكذا القانون الدولي الخاص لأن هذا الأخير يتضمن من الآليات ما يسمح بتنظيم أية مسألة من مسائل الحياة الخاصة الدولية.

عالميته ونظرية إقليمية أو تعددية الإفلاس⁽¹⁶⁵⁾.

ويذهب أنصار النظرية الأولى، إلى النظر إلى كل أموال المدين المتفرقة في أكثر من دولة، على أنها وحدة واحدة غير قابلة للانقسام أو التجزئة. ولما كانت الذمة المالية للمدين واحدة، بغض النظر عن أماكن عناصرها، فيكون الحق في فتح المسطرة والدعوى الناشئة عنها لمحكمة واحدة وهي محكمة مركز المصالح الرئيسية للمدين، أي محكمة موطن المدين المتوقف عن الدفع، إذا كان المدين شخصا طبيعيا، وتكون المحكمة التي يوجد في دائرتها مركز المقر الاجتماعي للمدين الاعتباري. ويكون القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي للمحكمة المختصة، سواء على دعوى فتح المسطرة، أو على الدعوى الناشئة عنها. وتلك النتيجة تتفق مع مقتضيات التركيز الموضوعي للروابط القانونية التي تقضي بها القواعد العامة في تنازع القوانين على اعتبار أنه القانون الأكثر صلة بالنزاع⁽¹⁶⁶⁾.

وحكم فتح المسطرة من قبل المحكمة المختصة يرتب أثره على كافة عناصر الذمة المالية أينما وقعت، ويتمتع هذا الحكم بالصفة العالمية. ومن هنا لا يجوز إعادة الحكم بفتح المسطرة مرة أخرى في دولة أخرى، على اعتبار أن فتح المسطرة من قبل هذه المحكمة كاف للاحتجاج به في كافة الدول التي يمتلك المدين فيها أموالا. وينحصر دور محاكم الدول الأخرى المرتبطة بعملية فتح المسطرة بتقديم المساعدة للسنديك المعين من قبل المحكمة المختصة⁽¹⁶⁷⁾. ومن ثم فإن حكم فتح المسطرة وفقا لهذه النظرية هو عالمي الأثر بحيث تتخطى آثاره الحدود الإقليمية للدولة التي أصدرته وبالتالي لا حاجة لفتح المسطرة في مواجهة نفس المدين مرة أخرى، وهكذا تتحقق فكرة الفاعلية الدولية للأحكام، ومن المعلوم أن هذه الفكرة تعد من القواعد الأساسية في القانون الدولي الخاص⁽¹⁶⁸⁾.

¹⁶⁵- ربيع حسين العلي: الإفلاس في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2014 ص 31.

محمد السيد عرفة: الإفلاس في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الثانية 2008 ص 110 فقرة 105

¹⁶⁶- عبد المنعم زمزم: الإفلاس في القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية القاهرة 2006، ص 10، فقرة رقم 9.

¹⁶⁷- ربيع حسين العلي: م س ص 35.

¹⁶⁸- محمد السيد عرفة: م س، ص 18 فقرة رقم 20.

في حين أن نظرية إقليمية مساطر صعوبات المقولة، تنطلق من أن كل عنصر من أموال المدين يمثل ذمة مالية مستقلة عن غيره من العناصر الأخرى، ذلك أن المال الذي يملكه المدين في دولة معينة له كيان مستقل عن باقي الأموال التي يملكها في دولة أخرى. وحكم فتح المسطرة وفقا لمضمون هذه النظرية لا يحدث أثره إلا في حدود الدولة التي فتحت المسطرة فيها، ولا يترتب على هذا الحكم أي أثر في الدول الأخرى. بحيث إنه حكم نسبي الأثر يقتصر أثره على أموال المدين الموجودة في إقليم هذه الدولة، ولا أثر له خارجها.

وإذا كان فقه وقضاء الدول بهذا الخصوص يدوران في فلك النظريتين معا منهم من يأخذ بنظرية وحدة أو عالمية مسطرة معالجة صعوبات المقولة، ومنهم من يأخذ بمضمون النظرية الإقليمية، نتساءل عن النظرية السائدة في المغرب.

غير أنه لمعرفة النظرية السائدة في المغرب وما إذا كانت نظرية إقليمية أو عالمية مسطرة معالجة صعوبات المقولة يقتضي منا بحث موقف المشرع من هاتين النظريتين في نقطة أولى ثم موقف القضاء في نقطة ثانية أما بالنسبة لموقف الفقه فإننا لم نجد من يتكلم عن هذا الموضوع باستثناء الأستاذ أحمد شكري السباعي⁽¹⁶⁹⁾ والذي لم يعط وجهة نظره بخصوص النظريتين معا وموقف المشرع المغربي بخصوصهما.

أولاً: موقف المشرع المغربي

إن القانون المغربي في قانون المسطرة المدنية لم ينظم حالات الاختصاص القضائي الدولي، وإنما نص على الاختصاص الداخلي، دون تمييز بين مغربي وأجنبي. إذ نص في الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، إذا لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم».

كما نص الفصل 28 من نفس القانون على أنه: «تقام الدعاوى خلافاً للفصل السابق أمام المحاكم التالية:

169- أحمد شكري السباعي: م س، ص 277 وما يليها.

- في دعاوى الشركات أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها المركز الاجتماعي للشركة.

- في دعاوى التفلسف أمام محكمة آخر موطن أو آخر محل إقامة المفلس».

ونص المشرع كذلك على تنفيذ الأحكام الأجنبية، ذلك أن الفصل 19 من ظهير 12-9-1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب قد نص على أن «الأحكام الصادرة في بلاد أجنبية عن محاكم الدول التي تتنازل عن امتيازاتها القضائية داخل الحماية الفرنسية بالمغرب يصرح باعتبارها نافذة دون ما حاجة إلى إعادة النظر فيها من حيث الجوهر ولا يشترط في ذلك سوى المبادلة». وهذا الفصل وإن كان لا زال قائما نظريا فإنه قد ألغي عمليا بمقتضى الفصول 430-431 و432 من قانون المسطرة المدنية، ذلك لأن المشرع المغربي قد سوى بين جميع الأحكام كيفما كانت الجهة التي أصدرتها، ولم يفرق بين الدول ذات الامتيازات وغيرها.

كما أن المادة 11 من قانون 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية نصت على أنه: «استثناء من أحكام الفصل 28 من ق م م ترفع الدعاوى: فيما يتعلق بصعوبات المقولة إلى المحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة». ونصت أيضا المادة 581 من مدونة التجارة في فقرتها الأولى على أنه: «ينعقد الاختصاص للمحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة». ومن هذه النصوص القانونية لم نجد أي نص يعالج أية مسألة من مسائل مساطر صعوبات المقولة الدولية - الإفلاس الدولي - ولكن المشرع المغربي من خلالها وضع القاعدة في المساطر الداخلية المذكورة.

وعلى عكس ذلك نجد مشروع قانون المسطرة المدنية قد خصص بابا مستقلا للاختصاص الدولي وهو الباب الأول من القسم الثاني وخصه بخمسة مواد 14-15-16-17 و18. وبذلك نصت المادة 15 على أنه: «تختص محاكم المملكة بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في المغرب عدا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بعقار يوجد في الخارج». كما نصت المادة 16 من المشروع المذكور على أنه:

«تختص محاكم المملكة بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في إقليم المملكة إذا كانت الدعاوى:

- متعلقة بمال موجود في المغرب أو بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيه.

- متعلقة بتسوية أو تصفية قضائية أشهرت به».

وبناء على ذلك ووفقا لهذه المادة فالمشرع يعقد الاختصاص استنادا إلى ضابط موقع المال، أو ضابط محل مصدر الالتزام (إبرام العقد في المغرب) أو محل التنفيذ (اشتراط تنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية الناشئة عنه في المغرب). ومن ثم فإن المشرع يعترف بأكثر من ضابط لعقد الاختصاص غير ضابط مركز المصالح الرئيسية للمدين.

كما أن القسم التاسع من قانون مساطر صعوبات المقاولات رقم 17-73 عنون بالمساطر العابرة للحدود لصعوبات المقاولات وإن استحدثت هذه المساطر الدولية الجديدة من طرف المشرع جاء لتحقيق مجموعة من الأهداف يمكن تلخيصها في توفير آليات لمعالجة الحالات العابرة للحدود لصعوبات المقاولات عن طريق تسهيل تعاون المحاكم المغربية مع المحاكم الأجنبية المعنية بمساطر صعوبات المقاولات، فنصت المادة 768 منه على أنه: «تهدف مقتضيات هذا القسم إلى توفير آليات لمعالجة الحالات العابرة للحدود لصعوبات المقاولات وذلك عن طريق:

تسهيل تعاون المحاكم المغربية مع المحاكم الأجنبية المعنية بمساطر صعوبات المقاولات؛

تعزيز الأمن القانوني في مجالات التجارة والاستثمار العابرة للحدود؛
إدارة المساطر العابرة للحدود لصعوبات المقاولات إدارة منصفة وناجعة بالشكل الذي يحمي الدائنين والأطراف الأخرى بما فيهم المدين؛
حماية وتنمية أصول المدين؛

تسهيل إنقاذ المقاولات المتعثرة ماليا، بما يوفر الحماية للاستثمار ويحافظ على فرص الشغل».

وبذلك فالمشرع قد قام بالانفتاح على البعد الدولي لمساطر الصعوبة عبر التنقيص على مسطرة خاصة، ذلك أن الكتاب الخامس من القانون 15-95 الملغى كان لا يتضمن أي مقتضى خاص يحدد كيفية التعامل مع مساطر صعوبات المقابلة المفتوحة خارج التراب الوطني باستثناء ما ورد في الفصل 20 من الظهير المنظم لوضعية الأجانب في المغرب والذي يبقى قاصرا على استيعاب التطور الحاصل على المستوى الدولي، في مجال صعوبات المقابلة. لاسيما وأن المغرب أصبح منفتحا على اقتصاد السوق ومطالب بتأهيل منظومته القانونية الوطنية بالشكل الذي يساير المعمول به على المستوى الدولي، وهو ما حدا به إلى سن القسم التاسع من قانون 17-73.

ولهذا تم في القانون 17-73 الانفتاح على البعد الدولي لمساطر صعوبات المقابلة، وذلك من خلال التنقيص على مساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود وفق مقاربة تراعي من جهة الخصوصية الوطنية والنظام العام المغربي، ومن جهة ثانية الممارسات الدولية الفضلى⁽¹⁷⁰⁾.

ويأتي تبني مساطر صعوبات المقابلة عبر الحدود، التي اخذ بها المشرع المغربي في القسم التاسع من الكتاب الخامس من م ت المعدل بقانون رقم 17-73 في سياق ملائمة التشريع المغربي مع الاتفاقيات الدولية في المجال التجاري وخاصة قانون الأونسترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن الإعسار عبر الحدود⁽¹⁷¹⁾.

وبالرجوع إلى هذا القسم من القانون المذكور يتبين أنه نظم مختلف جوانب هذه المسطرة سواء فيما يتعلق بالولوج إلى المساطر الوطنية أو الاعتراف بالمساطر الأجنبية، وكذا التعاون بين المحاكم، إضافة إلى تنظيم كيفية التعامل في حالة تزامن المساطر، فضلا عن أنه نص على أهداف المسطرة حسب ما هو مبين بالمادة 768 أعلاه، ونص كذلك على

¹⁷⁰ تقديم السيد وزير العدل لمشروع قانون 17-73 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون 95-15 المتعلق بمدونة التجارة أمام مجلس المستشارين بتاريخ 18 رجب 1439 (05 أبريل 2018) منشور بالجريدة الرسمية للبرلمان عدد 50 بتاريخ 29 رجب 1439 (16 أبريل 2018) ص 4299 وما بعدها.

¹⁷¹ هذا القانون الذي صادقت عليه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالاجماع في دورتها الثلاثين التي انعقدت بفيينا في ماي 1997 واعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة مع الإيصاء بإدخاله في التشريعات الوطنية بمقتضى القرار رقم 158/52 في 15 دجنبر 1997.

آليات لتحقيق هذا الهدف من إقرار مبدأ إلزامية التعاون بين المحكمة المغربية والمحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب، وفتح المجال لتقديم أي مساعدة (المادة 789)⁽¹⁷²⁾ والتنسيق بين معالجة صعوبات المقابلة المفتوحة في آن واحد في حق نفس المدين داخل المغرب وخارجه (المادة 790 من قانون 17-73)⁽¹⁷³⁾.

وبذلك يمكن القول، إن مشروع الكتاب الخامس من مدونة التجارة في قسمه التاسع يتبنى نظرية إقليمية مسطرة معالجة المقابلة من خلال الأهداف والآليات المنصوص عليها بشكل صريح، وذلك على عكس القانون المنظم لوضعية الأجانب بالمغرب وكذا قانون المسطرة المدنية ومشروعها وهنا يتجلى تعارض في القانون يجب حله.

كما أن الاتفاقية الموقعة بمديرية في 30-5-1997 بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية والإدارية تنص في المادة 22 منها على أنه:

1- تكتسي قوة الشيء المقضي به والقوة التنفيذية في الدولة الأخرى الأحكام القضائية الصادرة عن إحدى محاكم الدولتين المتعاقدين في المواد المدنية والتجارية والإدارية بما فيها تلك التي تمنح تعويضات عن المسؤولية المدنية لضحايا أفعال جنائية وفق الشروط والشكليات المحددة في هذا القسم.

2- لم تطبق هذه الاتفاقية على المقررات الصادرة في المواد الآتية:

أ- الوصايا والمواريث؛

¹⁷² - تنص المادة 789 من م ت على أنه: "يتعين على المحكمة التعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب إما مباشرة أو بواسطة السنديك، وفق التشريع الجاري به العمل. ولهذا الغرض يمكن طلب معلومات أو مساعدة"

¹⁷³ - تنص المادة 790 من م ت على أنه: " يتم التعاون المشار إليه في المادة السابقة من خلال:

- تعيين شخص أو جهاز للتصرف تبعا لأوامر المحكمة،
- التزويد بالمعلومات بكل طريقة تعتبرها المحكمة ملائمة،
- التنسيق بين المحاكم فيما يخص إدارة ومراقبة أموال وشؤون المدين،
- الموافقة وتنفيذ الاتفاقات المتعلقة بتنسيق الإجراءات
- التنسيق بين مساطر صعوبات المقابلة المفتوحة في آن واحد في حق نفس المدين داخل المغرب وخارجه"

ب- الإفلاس ومسطرة تصفية الشركات وغيرها من الأشخاص الاعتبارية المعسرة والصالح بين المدين والدائنين من نفس الدرجة».

فمن هذه الاتفاقية الثنائية يتضح أن المغرب وإسبانيا قد تبنيا معا النظرية الإقليمية لمساطر صعوبات المقاوله فيما بينهما عندما صرحا بأن هذه الاتفاقية لا تطبق على الإفلاس. وإذا كان القانون حسبما تم بيانه أعلاه تبني نظرية إقليمية مسطرة صعوبات المقاوله فإن هذا سيكون له أثر على موقف القضاء المغربي، وهو ما سوف نتعرض له في النقطة الموالية.

ثانيا: موقف القضاء المغربي

ينبغي التأكيد على أنه لم يعد هدف القضاء الحرص على ضمان الانسجام بين المحاكم في الداخل حفاظا على وحدة الدولة فقط، وإنما كذلك الاهتمام بالتنسيق مع المحاكم في الخارج كما في الداخل تحقيقا لفكرة التعاون القضائي الدولي⁽¹⁷⁴⁾.

ولا توجد في المغرب أحكام كثيرة تعالج هذه الإشكاليات الدولية، بل ما عثرنا عليه يتجه إلى الأخذ بمبدأ إقليمية مساطر صعوبات المقاوله سواء بصورة صريحة أو ضمنية، من خلال الاعتراف بالنتائج المترتبة على مبدأ الإقليمية. وبالتحديد عدم فعالية حكم فتح مسطرة صعوبات المقاوله قبل منحه الصيغة التنفيذية. ففي قرار⁽¹⁷⁵⁾ للمجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا بتاريخ 21-11-1961 جاء فيه: «لا مجال لتطبيق التشريع المغربي المتعلق بالإفلاس متى كانت الوقائع والأعمال التجارية المؤدية إلى شهر حكم الإفلاس منجزة من طرف أجنبي وفي دولة أجنبية فقط». وهذا القول حسبما ذهب إليه أستاذنا أحمد شكري السباعي، يقبل النقاش الذي يحد من أثره المطلق، بمعنى إذا كان الشخص المدين يمارس أيضا أنشطة تجارية في المغرب على وجه الاعتیاد، والاحتراف، سواء كان مغربيا، أو أجنبيا، يكون من حق أي دائن، سواء كان مغربيا، أو أجنبيا، أن يطالب تجاهه

¹⁷⁴- بسمه محمد نوري كاظم البكري: مدى فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حل قضايا الإفلاس عبر الحدود دراسة تحليلية في القانون العراقي والقانون الأردني، مجلة الفقه والقانون العدد 25 نونبر 2014 ص17

¹⁷⁵- قرار محكمة النقض بتاريخ 21 نونبر 1961 مشار إليه عند أحمد شكري السباعي: م س، ص 280.

بتطبيق مساطر المعالجة سواء كان الدين ناشئاً في المغرب، أو الخارج، لأن الديون لا جنسية ولا وطن لها⁽¹⁷⁶⁾.

كما قضت المحكمة التجارية بطنجة في حكمها⁽¹⁷⁷⁾ على أنه «لا يجوز تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية إلا بعد التأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته وعدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي. وحيث إنه وطبقاً للفصل 20 من ظهير 12-9-2013 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب يعطي هو كذلك تذييل الأحكام الأجنبية المتعلقة بالإفلاس بالصيغة التنفيذية.

وحيث إن شروط تطبيق الفصول أعلاه متوفرة وأنه لا يتضمن أي مقتضى يمس النظام العام المغربي، طالما أن هدف التذييل هو التنفيذ على أموال المحكوم عليه المتواجدة بالمغرب، والتي تؤكد شهادة المحافظة العقارية بتواجدها هنا، خلاف ما جاء في ملتمس النيابة العامة. كما أن سحب أموال خارج المغرب ليس له أي مساس بالنظام العام المغربي طالما أن قانون الصرف المغربي والأجهزة المنفذة له، هي التي تتولى مراقبة ذلك، والإشراف على خروج الرساميل من المغرب، ضمن الضوابط المتعارف عليها، والمنصوص عليها في القانون المغربي، مما يكون نعي النيابة العامة في هذا الجانب غير مرتكز على أساس قانوني سليم.

وحيث يتعين بناء على ما ذكر أعلاه بالرغم من عدم وجود اتفاقية دولية ثنائية فإن مسطرة تذييل الأحكام بالصيغة التنفيذية تظل خاضعة للقواعد المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، والقانون الدولي الخاص المغربي، والحكم بتذييل الحكم الصادر في الملف عدد 1995/54 عن محكمة ساوت اند الإقليمية بالمملكة المتحدة البريطانية بالصيغة التنفيذية».

¹⁷⁶- أحمد شكري السباعي: م س، ص 280.

¹⁷⁷- حكم رقم 1103 صادر عن المحكمة التجارية بطنجة بتاريخ 22-11-2007 في الملف رقم 6-1188-2006 غير منشور.

فتم استئناف الحكم المذكور من قبل النيابة العامة والمدعى عليه، فصدر قرار قضى على أنه: «بالرجوع إلى مقتضيات الحكم المطلوب تذييله لا نجد أنه يتعارض مع النظام العام المغربي وأن ما أثاره السيد وكيل الملك من كون الحكم الأجنبي يتعلق بتصفية مشاريع اقتصادية بالمغرب وسحب أموال إلى الخارج فإن هذا لا يمكن أن يكون مخالفا للنظام العام المغربي، ما دامت هذه الأموال هي أصلا، وحسب الثابت من وثائق الملف متعلقة بحجوزات ورهون لفائدة الغير. كما أن تحويل هذه الأموال إلى الخارج، لا يتم إلا وفق إجراءات إدارية صرفية. فكان طلب التذيل، مبررا والحكم المستأنف الذي استجاب له لم يخرق أي مقتضى، مما يتعين تأييده بعد رد أسباب الاستئناف لعدم جديتها»⁽¹⁷⁸⁾.

وتم الطعن بالنقض في القرار الاستئنافي أعلاه فأصدرت محكمة النقض قرارها بقولها: «لكن حيث إنه علاوة على أن الطالب لم يسبق له التمسك أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بمخالفة الحكم الابتدائي للفصل 431 من ق م م بسبب عدم تعرضه للمستندات الواجب إرفاقها بالمقال، وأن كل ما أثاره هو نص الفصل المذكور على الاتفاقيات الدبلوماسية. فإن القرار المطعون فيه أشار إلى أن المشرع أوجب أن يكون الطلب مرفقا بالوثائق المحصورة في الفصل 431 من ق م م وتعليه بهذا الخصوص يساير واقع الملف الذي بالرجوع إليه الذي يلقي أن كل الوثائق المتطلبة حسب الفصل المذكور مدلى بها رفقة مقال ومذكرات الملف الافتتاحي ودون أن تكون المحكمة ملزمة بتعدادها مما يبقى معه الفرع من الوسيلة غير مقبول»⁽¹⁷⁹⁾.

وأن قرار محكمة النقض الموماً إليه أعلاه تم الطعن فيه بإعادة النظر فأصدرت محكمة النقض قرارها⁽¹⁸⁰⁾ بهذا الخصوص: «بأن محكمة النقض أجابت بأنه علاوة على أن الفرع من الوسيلة لم يبين مكن نعيه على القرار بخصوص ما تمت إثارته فإنه لم يسبق

¹⁷⁸- قرار رقم 1252 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 9-8-2008 في الملفين المضمونين 2007/1996 و2008/132 غير منشور.

¹⁷⁹- قرار رقم 198 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 23-2-2012 في الملف التجاري عدد 1-3-1201-2010 غير منشور.

¹⁸⁰- قرار عدد 1/50 الصادر عن محكمة النقض بغرفتين مجتمعتين (الغرفة المدنية القسم السابع الغرفة التجارية القسم الأول- بتاريخ 28-1-2014 في الملف التجاري عدد 654-1-3-2012 غير منشور.

للمطالب أن تمسك أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بكون الحكم الأجنبي صدر في دعوى تتعلق بعقار ومنقول يوجدان بالمغرب، كما لم يتمسك بكون إقليمية الإفلاس تقضي بعدم امتداد آثاره للأموال الموجودة بدول أخرى، إذ إن كل ما أثاره بهذا الخصوص هو عدم انضمام المغرب وبريطانيا لقانون الإعسار النموذجي، وفيما ذكر خرق للنظام العام مما يبقى معه الفرع من الوسيلة على غير أساس. ومن ثم يبقى ما جاء من نعي بمقال إعادة النظر على جواب محكمة النقض على هذا الفرع من أنه كان يتعين الحكم بعدم قبول وسيلة النقض، ومن أن المحكمة لم تناقش خرق القرار الاستئنافي لإقليمية الإفلاس، وقواعد القانون الدولي الخاص المغربي، ومن أن الحكم الأجنبي ليس نهائياً، ولا يثبت سجل الإفلاس نهائيته، مجرد مجادلة في تعليقات قرار محكمة النقض لا ترقى لسبب انعدام التعليل المبرر لطلب إعادة النظر.

وحيث إن محكمة النقض أجابت عما ذكره الطاعن بقولها: إنه لإعطاء الصيغة التنفيذية من طرف المحاكم المغربية لحكم أجنبي يتعين أن تكون المحكمة مصدرة مختصة حسب قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي ومختصة حسب قواعد اختصاصها الداخلي وأن تكون طبقت قواعد المسطرة المعمول بها أمامها تطبيقاً صحيحاً وأن يكون الحكم الصادر عنها أصبح نهائياً وأن لا يمس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام وهي مقتضيات تم احترامها في النازلة الماثلة وتركيبها مقتضيات الفصلين 430 و 431 من ق م م التي لا يوجد من بين ما تشترطه ضرورة وجود اتفاقية قضائية بين الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها والدولة التي سينفذ الحكم داخل نفوذها الترابي. فضلاً عن أن الفصل 431 المذكور اشترط تقديم طلبات الأمر بالصيغة التنفيذية وفق ما تنص عليه الاتفاقيات الدبلوماسية إن وجدت، مما يفيد أنه يمكن إسداد الصيغة التنفيذية وفق الشروط المنصوص عليها بالفصل المذكور، إن لم توجد اتفاقية قضائية بين البلدين وهو ما اعتمدته المحكمة في مجمل تعليقاتها. وبخصوص كتاب السيد وزير العدل المستدل به حول عدم وجود آلية قانونية بين المملكتين المغربية والبريطانية تتعلق بالانتدابات القضائية في الميدان المدني فهو لا يعني لزوم وجود اتفاقية بين الدولتين للقول بإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي لأن

نص الفصلين 430 و 431 من م م لا يشترطان ذلك ولا يعني أن المملكة البريطانية تمتنع عن تنفيذ الأحكام الصادرة بصفة صحيحة عن المحاكم المغربية حتى تكون هناك ضرورة لمناقشة مفهوم المعاملة بالمثل من طرف المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه».

ومن هذه القرارات، تبني القضاء المغربي صراحة نظرية إقليمية -الإفلاس- مساطر صعوبات المقاول، من خلال الاعتراف بالنتائج المترتبة على مبدأ إقليمية معالجة صعوبات المقاول، وبالتحديد عدم فعالية حكم فتح المسطرة الأجنبية، قبل منحه الصيغة التنفيذية. فضلا عن أن القرار الأخير حدد القواعد والشروط اللازمة والمنصوص عليها في الفصول 430 و 431 و 432 من م م من أجل منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي حتى ولو لم توجد اتفاقية ثنائية بين البلد المصدر للحكم والمملكة المغربية. وبذلك يتضح أن قوانين صعوبات المقاول تهدف إلى تحقيق السياسة الاقتصادية والتجارية للدولة. لذلك تعد هذه القوانين ذات التطبيق الضروري وكما يسميها البعض⁽¹⁸¹⁾ قواعد تأمين المجتمع وهي مما لا شك فيه أنها قوانين إقليمية التطبيق على أساس أنها تقصد إلى حماية بعض السياسات التشريعية الخاصة بالدولة التي أقرتها. وبالنظر إلى اختلاف التشريعات المنظمة - للإفلاس- لمعالجة صعوبات المقاول يرى بعض الفقه⁽¹⁸²⁾ أنه ليس صحيحا أن القواعد العامة المنظمة للإفلاس -معالجة صعوبات المقاول- تتشابه في معظم الدول، فهناك من القوانين ما يسمح بفتح المسطرة في مواجهة التاجر وغير التاجر، بينما أخرى تقصر ذلك على التاجر، وهذا الاختلاف يقف عقبة أمام تبني نظرية عالمية معالجة صعوبات المقاول، لأن حكم فتح المسطرة الصادرة وفقا لهذه النظرية أي الحكم الصادر من قضاء دولة موطن المدين لن يحظى بتنفيذه على أقاليم الدول الأخرى لتعارض ذلك مع اعتبارات النظام العام في الدول المطلوب منها التنفيذ.

و مما تنبغي الإشارة إليه أن مسطرة الاعتراف بالمسطرة الأجنبية في مساطر صعوبات المقاول في إطار قانون 17-73 جاءت في الأصل لتعوض مسطرة تذييل الأحكام الأجنبية

¹⁸¹- ربيع حسين العلي: م س، ص 63.

¹⁸² -Michel TROCHU: conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite, thèse Rennes, édition Sirey paris 1967 p 51 et s.

بالصيغة التنفيذية فيما يتعلق بالأحكام الأجنبية المتعلقة بصعوبات المقاول، و من ثم فإن الممثل الأجنبي يعفى من سلوك مسطرة التذليل المنصوص عليها في الفصل 430 من ق م م. غير أن هذه المساطر الجديدة لا تعني رفع يد القضاء المغربي عن البث في طلبات فتح المسطرة ضد المدينين المتواجدين بالمغرب بل إن هذا القضاء يبقى مختصا في جميع هذه الطلبات و في طلبات الولوج إلى المساطر الوطنية أو الاعتراف بالمساطر الأجنبية مع مراعاة قواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليها في المادة 581 من م ت⁽¹⁸³⁾.

وبذلك لا يمكن تطبيق مسطرة للتسوية أو للتصفية القضائية مفتوحة في الخارج في حق مقاول موجودة به على مقاول مرتبطة بها موجودة بالمغرب إلا باستصدار حكم عن القضاء المغربي المختص يقضي بالاعتراف بهذه المسطرة الأجنبية احتراماً لمبدأ السيادة الوطنية التي يشكل القضاء أحد أهم تجلياتها. وفي هذا صدر حكم عن المحكمة التجارية بمراكش قضى بالاعتراف بمسطرة التصفية القضائية المفتوحة في حق شركة فرام فواياج بموجب الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بتولوز الفرنسية بتاريخ 25-11-2015 كمسطرة رئيسية لكون الشركة المذكورة تمتلك أصولاً في شركات تابعة لها بالمغرب هي شركة فرام أورنج تور وشركة فرام أوطيل ماروك وشركة انترناسيونال توريزم كار⁽¹⁸⁴⁾.

الفقرة الثانية: تحديد الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي صلاحية المحكمة للبث في الدعوى المعروضة عليها استناداً إلى نوع النزاع المعروض أمامها⁽¹⁸⁵⁾، ويمكن تحديد مفهومه بأنه الصلاحية التي يمنحها القانون لجهة قضائية للنظر في نوع معين من القضايا والحكم فيها⁽¹⁸⁶⁾. كما يقصد به أيضاً توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة على أساس نوع

¹⁸³- محمد كرام: مساطر صعوبات المقاول في التشريع المغربي في ضوء القانون رقم 17-73 الجزء الأول المطبوعة و الوراقة الوطنية الطبعة الأولى 2019 ص 108.

¹⁸⁴- حكم رقم 78 صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 10-1-2019 في الملف عدد 2018-8232-2771 غير منشور.

¹⁸⁵- عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية مطبوعة الوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الثانية، أكتوبر 2003 ص 19.

¹⁸⁶- نور الدين لبريس: نظرات في قانون المسطرة المدنية، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، 2012، ص 27.

الدعوى، أي أن الاختصاص النوعي يعني سلطة المحاكم في الفصل في الدعاوي بحسب نوعها، أو طبيعتها، فضايط الإسناد لاختصاص المحكمة يعتمد على نوع النزاع⁽¹⁸⁷⁾.

ولا يطرح تحديد المحكمة المختصة نوعيا في إطار مسطرة معالجة صعوبات المقولة حسب التشريع المغربي تلك المشاكل التي يطرحها في القانون الفرنسي⁽¹⁸⁸⁾. ذلك أن نظام صعوبات المقولة يطبق في إطار التشريع الفرنسي، على التجار، والمزارعين، والحرفيين، وجميع الأشخاص المعنويين، الخاضعين للقانون الخاص سواء كان لهم غرض تجاري أم مدني، في حين أن المادة 575 من م.ت تنص على أنه «تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقولة ثبت أنها في حالة توقف عن الدفع.

تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه» الشيء الذي يستفاد من المادة المذكورة أن غير التجار لا يخضعون لمسطرة صعوبات المقولة في المغرب، أي أن مناط تطبيق نظام صعوبات المقولة هو توفر الصفة التجارية التي يكتسبها الشخص الطبيعي بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من م.ت أما بالنسبة للشركات التجارية فهي تكتسب هذه الصفة بحسب الشكل مهما كان غرضها.

وإذا كانت هناك أنشطة تجارية بنص القانون، فهناك أيضا أنشطة تجارية بالقياس، أو المماثلة، (المادة 8 من م.ت) يعود من خلالها للمحكمة استخلاص طابعها التجاري. وهكذا سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس أن وسعت من نطاق تطبيق معالجة صعوبات المقولة إلى المزارع بعدما أكدت أن هذا النشاط توافرت فيه معايير النشاط التجاري وذهبت إلى القول «أنه من الثابت من خلال وثائق الملف، وتصريحات المستأنف عليه نفسه، أمام غرفة المشورة بالمحكمة التجارية، أنه حصل على قرض من المستأنفة استغله في إنتاج

¹⁸⁷- نبيل إسماعيل عمر: قانون المرافعات المدنية والتجارية، م س، ص 116.

¹⁸⁸- محمد لفروجي: م س، ص 161.

الحليب وتسويقه، غير أنه واجه عدة صعوبات من أداء الدين المذكور. وإن كان لم يرد بمدونة التجارة ما يفيد أن العمل الفلاحي يدخل ضمن العمل التجاري خاصة إذا كان الفلاح يبيع ما ينتجه من الزراعة التقليدية، فانه لما يتحول المزارع والفلاح إلى بيع ما ينتجه عن أعماله الزراعية العصرية، يعتبر نشاطه تجارياً على أساس أنه مسبوق بشراء يتمثل في المضاربة على رأسمال وعلى عامل الوقت وهو ما يدعو لتمديد العمل بنظام صعوبات المقولة إلى المزارع، وذلك في الحالة التي يستند فيها نشاطه للمضاربة، ولتقنيات الائتمان البنكي، علماً بأن الأموال المستثمرة في النشاط الزراعي لا تقل أهمية عن تلك التي تستثمر في التجارة والصناعة، إضافة إلى أنه إن كان التقييد بالسجل التجاري لا يعد دليلاً على اكتساب صاحبه صفة تاجر، فلقد ثبت للمحكمة أن المستأنف عليه ينحصر نشاطه في قيامه بشراء الأبقار وتربيتها وبيع منتوجها من الحليب، وهي أعمال لا يمكن اعتبارها نشاطاً مدنياً بل تدخل في دائرة الأعمال التجارية»⁽¹⁸⁹⁾. في حين نقضت محكمة النقض هذا القرار بعلّة: «إن المحكمة لم تبين العناصر التي بموجبها أسبغت على المطلوب صفة التاجر الممارس اعتيادياً، أو احترافياً، للأنشطة الواردة بالمادتين 6 و7 أو الأخرى المماثلة لها موضوع المادة 8 الموالية من مدونة التجارة فأتى قرارها غير مرتكز على أساس عرضه للنقض»⁽¹⁹⁰⁾.

كما سبق للمحكمة التجارية بالدار البيضاء أن قضت بأن: "العقود المبرمة بين الطرفين تمت استناداً على كون المقترضة شركة ذات مسؤولية محدودة. وحيث إن المادة الثانية من قانون 96-5 اعتبرت الشركة ذات المسؤولية المحدودة من بين الشركات التجارية بحسب شكلها وكيفما كان غرضها وإن مصحة القاضي اختارت العمل في إطار شركة تجارية شكلاً رغم وقوعها في حالة الحظر.

¹⁸⁹- قرار رقم 50 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 15-10-03 في الملف رقم 03\63 غير منشور.

¹⁹⁰- قرار عدد 394 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2-4-2008 في الملف التجاري عدد 1-3-583-2004 غير منشور.

وحيث إن المادة 11 من مدونة التجارة تعطي صفة التاجر لكل شخص اعتاد ممارسة نشاط تجاري رغم وقوعه في حالة الحظر أو السقوط أو التنافي.

وحيث إن ممارسة الطبيب لنشاط تجاري بصفة اعتيادية رغم وقوعه في حالة الحظر يمكن أن يعرضه لعقوبات تأديبية أو جنائية لا غير، دون أن يمس الصفة التجارية للنشاط.

وحيث ذهب الفقه إلى اعتبار إنشاء الطبيب لمصحة وصيرورة نشاطه يمتد إلى خدمات غيره من الأطباء والمرضى والإداريين والعمال، فإن عمله هذا يعتبر نشاطا تجاريا تطبق بشأنه قواعد القانون التجاري، وذلك لكونه تجاوز فيه الحدود العادية لمزاولة مهنة الطب، وأخذ يضارب على رأس المال وعلى عمل الغير، من أجل الحصول على الكسب المادي المتمثل في الفرق بين التكلفة التي يتحملها نتيجة أدائه أجور من يستخدمهم، وثمان الأطعمة وكذا الأدوية التي يقدمها لمرضاه، وبين المقابل الذي يتلقاه من طرف هؤلاء الأخيرين عند استشفائهم بالمصحة، الأمر الذي يقتضي فتح مسطرة التسوية في حق مصحة القاضي»⁽¹⁹¹⁾. في حين ذهبت تجارية وجدة⁽¹⁹²⁾ إلى أن «الطب مهنة إنسانية لا يجوز أن تمارس باعتبارها نشاطا تجاريا سواء مورست بصورة فردية أو بصورة جماعية على شكل شركة أو جمعية وهو ما أكدته المادة 49 من قانون رقم 94-10 المتعلق بمزاولة الطب باعتبارها مصحة طبية وبحكم طبيعتها المهنية فإن المدعية لا تتوافر على الصفة التجارية حتى يمكنها سلوك مسطرة المعالجة». وفي نفس الاتجاه قضت تجارية الرباط⁽¹⁹³⁾ على «أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون للعقود أو الاتفاقيات الرامية إلى تمكين الأطباء من الاستخدام المشترك للوسائل اللازمة لممارسة مهنتهم بشكل شركة يطلق عليها في القانون اسم شركة تجارية فصرحت ببطلان شركة مركز تصفية الكلي سلا».

¹⁹¹-حكم تجارية الدار البيضاء عدد 98/268 بتاريخ 23-7-98 في الملف رقم 10-98-520 غير منشور

¹⁹²-حكم تجارية وجدة عدد 2001-01 بتاريخ 21-11-2001 في الملف رقم 5-2001-01 منشور بمجلة القصر العدد 2 ماي 2002، ص 155.

¹⁹³-حكم تجارية الرباط بتاريخ 25-6-2002 في الملفين المضمومين 4-2000-2359 و4-2001-1098 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 4 يناير 2004، ص 73.

وبالرجوع إلى حكم تجارية وجدة أعلاه يتبين أنه استند في حكمه بعدم القبول على الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون 94-10 المتعلق بمزاولة مهنة الطب وعلى الفصل الأول من ق م م الذي ينص على أنه «لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه»، حيث إذا لم تتوفر أحد هذه الشروط تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى. وبذلك كلما عاينت المحكمة التجارية في دعوى فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاول أن الصفة التي يتطلبها القانون غير متوفرة في المدين يمكنها أن تحكم بعدم قبول الطلب وليس بعدم اختصاصها النوعي، ذلك أن الحكم بعدم الاختصاص النوعي والحالة هذه يقتضي أن تكون المحكمة الابتدائية مختصة نوعياً للنظر في دعاوى صعوبات المقاول التي تحال إليها القضية بقوة القانون، لأن الصفة المهنية للمدين هي في آن واحد معيار إسناد الاختصاص النوعي وشرط تطبيق قانون معالجة صعوبات المقاول⁽¹⁹⁴⁾. كما أن المحكمة التجارية بالرباط في حكمها أعلاه اعتمدت على مقتضيات الفصل 49 من قانون رقم 94-10 المتعلق بمزاولة مهنة الطب التي تحظر على الأطباء أن يكون للعقود أو الاتفاقات الرامية إلى تمكينهم من الاستخدام المشترك للوسائل اللازمة لممارسة مهنتهم شكل شركة يطلق عليها في القانون اسم شركة تجارية.

وهو نفس التوجه الذي اعتمدته محكمة النقض في قرارها والذي جاء فيه: «وحيث تمسك الطالب بكون النزاع تنطبق عليه أحكام القانون المدني وليس القانون التجاري حسبما تتمسك بذلك مصلحة كورنيط، وأنه لا يجوز مطلقاً لمصلحة تمارس مهنة الطب أن تخضع لشركة مساهمة تمارس العمل التجاري. والمادة 2 من قانون 94-10 المتعلقة بمزاولة الطب فإنها تنص على أن الطب مهنة لا يجوز بأي حال من الأحوال وبأي صفة من الصفات أن تمارس باعتبارها نشاطاً تجارياً. كما أن المادة 49 المذكورة أعلاه حسمت في أمر الإطار القانوني لمزاولة المهنة بصفة مشتركة والمحكمة ملزمة بمراعاة هذا القانون إلا أن محكمة الاستئناف عللت قرارها بأن المدعي يطالب بنصيبه في الأرباح عن المدة المشار إليها في

¹⁹⁴- محمد لفروجي: الدفع بعدم الاختصاص النوعي في قانون صعوبات المقاول مقال منشور بمجلة الإشعاع،

العدد 21 يونيو 2000، ص 294.

- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب، م س، ص 70.

دعواه بصفته مساهما في شركة مصحة كورنيط، وهي شركة مساهمة حسب الوثائق المدلى بها، وأن المشرع خضع تسيير هذا النوع من الشركات لمقتضيات دقيقة عملا بالقانون رقم 95-17 دون أن ترد إيجابا أو سلبا وتناقش ما تمسك به من دفع بشأن المقتضيات المتمسك بها حتى تمكن محكمة النقض من مراقبة ذلك في تعليلها مما تكون معه قد عللت قرارها تعليلا ناقصا موازيا لانعدامه جعلته عرضة للنقض».

وإذا كان الأمر كذلك، فإن القانون الجديد لمهنة الطب رقم 13-131⁽¹⁹⁵⁾ أكد على أن المصحة يمكن أن تكون في ملكية شركة تجارية، كما يمكن للمصحة أن تأخذ شكل شركة ذات مسؤولية محدودة بشريك واحد إذا كانت المصحة في ملكية طبيب، كما يجوز لمجموعة من الأطباء إذا كانت المصحة في ملكيتهم أن يؤسسوا فيما بينهم شركة تخضع للقانون التجاري وذلك طبقا للمادة 60 من قانون مزاولة مهنة الطب⁽¹⁹⁶⁾. وبالتالي فأخذ المصحة شكل شركة تجارية فهذه الأخيرة تكون خاضعة لمقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة و تبعا لذلك تطبق عليها مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في حالة التوقف عن الدفع بوصفها مقاوله طبقا للمادة 575 من م.ت. كما أنه يقصد بالمقولة في مدلول الكتاب الخامس الشخص الذاتي التاجر أو الشركة التجارية طبقا للفقرة الأولى من المادة 546 من م.ت. وبذلك فالمصحة إذا أخذت الشكل المذكور أعلاه وتوقفت عن دفع ديونها فإن الشروط الموضوعية لتطبيق الكتاب الخامس تكون متوفرة و يتوجب تبعا لذلك التصريح بتطبيق مقتضيات الكتاب المذكور على المصحة.

¹⁹⁵- ظهير شريف رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربيع الثاني 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون

رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب منشور بالجريدة الرسمية عدد 6344 بتاريخ 19-3-2015

¹⁹⁶- تنص المادة 60 من قانون 13-131 على أنه: "يمكن أن تكون المصحة في ملكية شخص ذاتي شريطة

أن يكون طبيبا، أو في ملكية مجموعة من الأطباء أو في ملكية شركة تجارية أو شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص لا يهدف إلى الحصول على الربح وذلك وفق الشروط التالية:

- إذا كانت المصحة في ملكية طبيب وجب عليه أن يكون مقيدا في جدول الهيئة من فئة المزاولين بالقطاع الخاص. ويجوز له تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة بشريك واحد، وفي هذه الحالة يجب عليه الجمع بين وظيفة مسير الشركة والمدير الطبي.

إذا كانت المصحة في ملكية مجموعة من الأطباء، وجب عليهم ان يكونوا مقيدين في جدول الهيئة من فئة المزاولين بالقطاع الخاص، وأن يؤسسوا أحد أشكال الاشتراك المنصوص عليها في المادة 39 أعلاه وأن يؤسسوا فيما بينهم شركة تخضع للقانون التجاري."

فضلا عن ذلك فإن القانون رقم 16-49 المتعلق ببراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر بتاريخ 11-8-2016⁽¹⁹⁷⁾ أكد في مادته الأولى على مجالات تطبيقه، ومن بينها العقارات أو المحلات التي تمارس فيها المصحات والمؤسسات المماثلة لها نشاطها. ومن ثم نكون أمام محل تجاري وتخضع المصحة لحماية الظهير المذكور واكتسابها فيما بعد الأصل التجاري بجميع عناصره ويمكن التصرف فيه بجميع التصرفات من بيع ورهن وكراء، وبهذا نكون أمام وضعية تزكي طرح قانون مهنة الطب الجديد وبالتبعية تطبيق مقتضيات الكتاب الخامس على المصحة التي أخذت شكل شركة تجارية في حالة توقفها عن الدفع.

وهو نفس الأمر بالنسبة للتعاونيات ذلك أن القضاء المغربي⁽¹⁹⁸⁾ أقر على أن: «الطبيعة القانونية للتعاونيات تبقى صبغتها المدنية مفترضة ولو أنها تمارس أنشطة مصنفة في عداد الأنشطة التجارية وذلك في حالة ما إذا كانت تزاوّل هذه الأعمال في إطار ما سنه المشرع من مستثنيات تضطر فيها التعاونية إلى التعامل مع غير أعضائها. ومن ثم فإنه لا سبيل إلى إخضاع التعاونية لإحدى مساطر المعالجة من الصعوبات».

في حين أن القانون 16-49 المتعلق ببراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر بتاريخ 11-8-2016 أكد في مادته الأولى أنه تسري مقتضيات هذا القانون على كراء العقارات أو المحلات التي تمارس فيها

¹⁹⁷- ظهير شريف رقم 1.16.99 صادر في 13 من شوال 1437 (18 يوليوز 2016 - بتنفيذ القانون رقم 16-49 المتعلق ببراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 11-8-2016 ص 5857.

¹⁹⁸- قرار رقم 05/4844 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 23-12-2005 في الملف رقم

11-04-1605 غير منشور.

قرار رقم 05/3594 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 14-10-2005 في الملف رقم

11-05-1780 غير منشور.

التعاونيات نشاطا تجاريا. ومن ثم إذا كانت تقوم بنشاط تجاري وفي محل تجاري يكون قابلا للتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات فإن ذلك يكون متعارضا ومقتضيات قانون رقم 12-112 المتعلق بالتعاونيات الصادر بتاريخ 21-11-2014 وبالتالي يخلق اتجاهات مختلفة فقهية وقضائية، اتجاه يطبق قانون 16-49 وتبعاً لذلك فتح المسطرة في مواجهة التعاونية لكونها تمارس نشاطا تجاريا وبالتالي تكون تاجرة بعملها فضلا عن توفرها على محل تجاري زيادة على انه قانون لاحق للقانون المنظم للتعاونيات. واتجاه يطبق قانون 12-112 ويتمسك بمقتضياته على أساس أنه قانون خاص بالتعاونيات، ويعتبرها غير خاضعة لقانون صعوبات المقاولات، وبالتالي يتعين تدخل تشريعي لملاءمة القانونين معا حتى ينضبطان لرؤية اقتصادية وقانونية منسجمة وللحفاظ ما أمكن على الكيان الاقتصادي المتمثل في التعاونية.

وإذا كان القانون الفرنسي، يطبق نظام معالجة صعوبات المقاولات على التجار، والمزارعين والحرفيين وكل الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص بالمحكمة التجارية في فرنسا تختص إذا كان المدين تاجرا أو حرفيا، بينما تختص المحكمة العادية في الأحوال الأخرى، مما يطرح مشكل تحديد المحكمة المختصة في فتح مسطرة المعالجة والبت في القضايا المرتبطة بها. في حين لا تطبق معالجة صعوبات المقاولات في القانون المغربي إلا على التجار والشركات التجارية⁽¹⁹⁹⁾. لذلك لا تختص بالنظر في هذه المساطر إلا المحاكم التجارية وحدها على سبيل الاستثناء. وهذا يعني أن غير التجار لا يخضعون

¹⁹⁹ - هناك شركات تجارية في شكل شركات مساهمة ذات رأسمال ثابت أو رأسمال متغير لا تطبق عليها مقتضيات قانون صعوبات المقاولات المنصوص عليها في القسم الثاني من الكتاب الخامس من مدونة التجارة بالرغم من كونها تاجرة بشكلها، فبرجوعنا إلى المادة 113 من القانون رقم 12-103 المنظم للمهنة البنكية بالمغرب نجد أنها كانت صريحة في استثناء البنوك من الخضوع لمساطر معالجة صعوبات المقاولات، كما جعل بمقتضى المادة 125 من نفس القانون اختلال وضعية هذه المؤسسة بشكل لا رجعة فيه مانعا من استمرار المدير المؤقت في مباشرة مهامه، ومبررا لسحب رخصة اعتماد المؤسسة المعنية بالأمر بعد استطلاع رأي اللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان تطبيقا لمقتضيات المادة 52 من القانون رقم 12-103 متفاديا بذلك استعمال عبارة التوقف عن الدفع، وبذلك فمشرع قانون 12-103 استثنى صراحة بمقتضى المادة 113 المؤسسات البنكية من نطاق تطبيق الكتاب الخامس من م.ت وأخضعها بدلا من ذلك لنظام الإدارة المؤقتة والذي يعتبر إجراء بديلا في القانون ومن ثم فالقانون البنكي عطل مقتضيات الكتاب الخامس من م.ت من التطبيق على المؤسسات البنكية.

لهذه المساطر في المغرب مهما كانت درجة الصعوبات المالية التي يصلون إليها⁽²⁰⁰⁾. وبذلك فقانون صعوبات المقاولات حافظ كميّار على الاختصاص المادي لصفة المدين ألا وهي الصفة التجارية، وبذلك فالاختصاص النوعي لفتح مسطرة صعوبات المقاولات يحدد بالنسبة لخاصية لصيقة بالمدين وهي الصفة التجارية.

وهذا يبين أن الطابع الحصري للاختصاص النوعي في مسطرة صعوبات المقاولات يقضي أن لا تختص نوعيا في فتح المسطرة المذكورة إلا المحكمة التجارية، وأن لا يطبق تبعا لذلك قانون معالجة صعوبات المقاولات إلا أمام المحكمة التجارية المختصة، مما يفيد الطابع القطعي للاختصاص النوعي لهذه المحاكم.

وبالرغم من كون المشرع المغربي لم ينص صراحة في المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية على الاختصاص بشأن مساطر معالجة صعوبات المقاولات، مع أن هذه المادة هي المكان الطبيعي لذلك فإن هذا الإغفال كان مقصودا بالنظر إلى أن هاته المساطر لها ارتباط وثيق بالنظام العام الاقتصادي، ولم يكن من الممكن إدراجها في المادة 5 إلى جانب نزاعات يمكن للأطراف إخضاعها لمسطرة التحكيم⁽²⁰¹⁾، في حين أكد البعض⁽²⁰²⁾ على أنه بالنظر إلى مبدأ التخصص الذي يعتبر أساس وجود هذه المحاكم من جهة، وإلى مقتضيات المادة 560 من م.ت من الكتاب الخامس الملغى وتقابله المادة 575 من م.ت الحالية من جهة أخرى، والتي تعتبر هي الأخرى مادة متخصصة أي أن الطابع المشترك بينهما هو التخصص في الأنشطة التجارية لا غير، فإن اختصاص المحكمة للبت في دعاوي صعوبات المقاولات ذات الطابع التجاري تبقى مسألة بديهية ومنطقية.

وهذا الرأي الأخير نؤيده، لأن التخصص يعد ضرورة عصرية بسبب وجود عقبات مادية وقتية تقضي بهذا التخصص، فقد تعددت المنازعات وتنوعت تنوعا شديدا في الوقت الحالي وواكب ذلك تعدد القوانين لملاحقة التطور المستمر مما كان لمبدأ التخصص أساس

200- عبد الحميد أخريف: م.س، ص 387.

201- المهدي شبو: محاولة تأصيل الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية على ضوء المادة 5 من قانون رقم 95-53 مقال منشور بمجلة المنتدى العدد الأول، أكتوبر 1999 ص 85.

202- عبد الكريم عباد: دور القضاء في معالجة صعوبات المقاولات، م.س، ص 11.

في وجود هذه المحاكم بوصفها محاكم متخصصة تنظر في قضايا معينة، ومنها الكتاب الخامس من مدونة التجارة، والتي منحها الاختصاص لوحدها طبقا لمقتضيات المادة 581 من م.ت.إ. لا جدال في أن مساطر معالجة صعوبات المقاوله ونظرا للأهداف الاقتصادية المتوخاة منها ودور النيابة العامة أمام المحاكم التجارية بشأنها تعتبر من الاختصاص الاستثنائي المنوط بالمحاكم التجارية فقط، فيصطبغ الاختصاص بها هنا بصبغة النظام العام وهو نظام عام اقتصادي⁽²⁰³⁾، فضلا عن أن تحديد الاختصاص لكل محكمة يهدف إلى تيسير ظروف التقاضي وتنظيم العمل القضائي بشكل جيد بسبب تخصص كل محكمة في نوع من النزاعات مما يضمن الكفاءة والسرعة اللازمتين لتحسين أداء القضاء. ولتحقيق هذه الأهداف فقد عمل المشرع على تحديد اختصاص المحاكم التجارية النوعي في هذا الصنف من القضايا وفي النزاعات المتفرعة عن هذه المسطرة⁽²⁰⁴⁾.

الفقرة الثالثة: تحديد الاختصاص المحلي

يقصد بالاختصاص المحلي في مادة صعوبات المقاوله تحديد المحكمة التجارية التي يكون لها الحق في النظر في طلب افتتاح مساطر معالجة الصعوبات في مواجهة المقاوله المتوقفة عن الدفع، وذلك مادام أن كل محكمة تجارية لها دائرة نفوذها الخاصة بها. ولقد سن المشرع المغربي قواعد خاصة للاختصاص المحلي فيما يتعلق بمسطرة صعوبات المقاوله سواء في قانون إحداث المحاكم التجارية أو في مدونة التجارة في الكتاب الخامس منها. حيث نصت المادة 11 من قانون إحداث المحاكم التجارية انه «استثناء من أحكام الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية ترفع الدعاوي:

المتعلقة بالشركات إلى المحكمة التجارية التابع لها مقر الشركة أو فرعها،
فيما يتعلق بصعوبات المقاوله إلى المحكمة التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية أو
المقر الاجتماعي للشركة،

²⁰³- دليل المحاكم التجارية تقديم الدكتور عمر عزيان، ص 93.
²⁰⁴- لحسن زهران: التصفية القضائية للمقاوله وفق التشريع والقضاء، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء عين الشق، السنة الجامعية 2004-2005 ص 122.

فيما يخص الإجراءات التحفظية إلى المحكمة التجارية التي يوجد بدائلها موضوع هذه الإجراءات».

كما نصت المادة 581 من م.ت على أنه «ينعقد الاختصاص للمحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة. تكون المحكمة المفتوحة مسطرة التسوية أمامها مختصة للنظر في جميع الدعاوي المتصلة بها.

تدخل في إطار اختصاص المحكمة بصفة خاصة الدعوى المتعلقة بتسيير المسطرة أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات هذا القسم».

ويبدو من هاتين المادتين أن المشرع جعل من مقر المؤسسة الرئيسية للتاجر والشخص الطبيعي والمقر الاجتماعي للشركة ضابطاً أساسياً، ووحيداً لإسناد الاختصاص المحلي، في مادة صعوبات المقولة، وبالتالي تكون المحكمة التجارية التي يدخل في دائرة نفوذها مقر المؤسسة الرئيسية للتاجر الشخص الطبيعي والمقر الاجتماعي للشركة هي المختصة في طلب فتح المسطرة.

والمقر الاجتماعي للشخص المعنوي يتم التنصيب عليه في نظامه الأساسي، فقد نصت المادة 2 من قانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة على ضرورة تحديد المقر الاجتماعي للشركة في النظام الأساسي لها واعتبره من البيانات الهامة. وأكدت المادة 5 من نفس القانون أنه لا يمكن للشركة أن تواجه الغير بمقرها الحقيقي إن كان موجوداً بمكان آخر بل بالمذكور في نظامها الأساسي. كما أن المادة 5 من قانون 96-5 المتعلق بباقي الشركات ألزمت تحت طائلة البطلان تضمين النظام الأساسي للشركة موطن كل شريك وإن تعلق الأمر بشخص معنوي مقره.

ويتم تحديد المؤسسة الرئيسية للتاجر والمقر الاجتماعي للشركة، وفقاً لما هو وارد ومدون في السجل التجاري من معلومات بهذا الخصوص، ذلك أن التاجر ملزم طبقاً للمادة 42 من م.ت بأن يشير في تصريحه بالتسجيل في هذا السجل إلى مكان مقر مقاولته، أو مؤسسته الرئيسية، ومكان المؤسسات التابعة لها والموجودة بالمغرب، أو بالخارج، وكذا

رقم التسجيل في جدول الضريبة المهنية، حسبما نصت عليه الفقرة 7 من المادة المذكورة. كما انه يجب على الشركة التجارية أن تشير في تصريح تسجيلها في السجل التجاري طبقاً للبند 5 من المادة 45 من م ت إلى المقر الاجتماعي والأمكنة التي للشركة فيها فروع سواء في المغرب أو في الخارج، وهذا التحديد يتم انطلاقاً من المعلومات المسجلة بالسجل التجاري باعتبارها بيانات إلزامية تحدد هوية المقاولات، وبالتبعية فمعيار الاختصاص المحلي يؤخذ من البيان الوارد في السجل التجاري.

ولعل الأساس في كون مساطر معالجة صعوبات المقولة يجب أن تفتتح أمام المحكمة التجارية لمقر المؤسسة الرئيسية للتاجر أو المقر الاجتماعي للشركة، يكمن في كون هذه المحكمة تكون قريبة من هذا المقر، ويتأتى لها الاستماع إلى رئيس المقولة بغرفة المشورة طبقاً للفقرة الأولى من المادة 582 من م ت⁽²⁰⁵⁾، وإدلائه بالمعلومات الضرورية حول الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للمقولة، كما يسمح بتشخيص هذه الوضعية. فضلاً عن أن المؤسسة الرئيسية للتاجر، أو المقر الاجتماعي للشركة، سيستغرقان جميع عناصر المسطرة ويعتبران خير وعاء، يعتمد عليه القضاء في البت والتنفيذ، وتسيير إجراءات المسطرة. كما أن تسوية وضعية المقولة تقتضي أن تكون المحكمة وأجهزتها قريبة من المقولة وأموالها مما يبرز الطابع القطعي للاختصاص المحلي لمحكمة المسطرة.

كما أنه إذا تبين أن المسطرة، يجب تمديدها إلى مقولة، أو عدة مقاولات أخرى، بسبب تداخل ذممها المالية بقيت المحكمة التي رفعت إليها الدعوى مختصة في الموضوع طبقاً للمادة 585 من م ت⁽²⁰⁶⁾ وفي هذا قضت محكمة النقض على أن "تمديد مسطرة معالجة الصعوبات المفتوحة في مواجهة مقولة ما، إلى مقولة أو عدة مقاولات أخرى، بسبب التداخل الحاصل في ذممهم المالية، الذي يحول (التداخل) دون التحديد الدقيق لأصولهم

²⁰⁵- تنص الفقرة الأولى من المادة 582 من م ت على أنه "تبت المحكمة بشأن فتح المسطرة بعد استماعها لرئيس المقولة أو استدعائه قانونياً للممثل أمام غرفة المشورة".

²⁰⁶- تنص المادة 585 من م ت على أنه: "يمكن تمديد المسطرة إلى مقولة أو مقاولات أخرى بسبب تداخل ذممها المالية مع الذمة المالية للمقولة الخاضعة للمسطرة أو بسبب صورية الشخص الاعتباري.

يتم تمديد المسطرة نطلب من السنديك أو رئيس المقولة الخاضعة للمسطرة أو النيابة العامة أو تلقائياً من قبل المحكمة".

وخصوم كل واحدة منهم، لا يترتب عنه بالضرورة فتح مساطر مستقلة لكل واحدة منهم مع ما يستتبع ذلك من مباشرة إجراءات بما فيها تصفية أصول وخصوم كل مقولة بصفة مستقلة، لتعلق الأمر بمسطرة واحدة تشملهم جميعاً، ينشأ عنها تضامن بينهم في تصفية كافة خصومهم⁽²⁰⁷⁾. كما أن المحكمة التجارية التابع لها المقر الاجتماعي للشركة التجارية المفتوحة في حقها المسطرة تبقى مختصة بفتح المسطرة تجاه المسيرين الذين تنطبق عليهم مقتضيات المادتين 739⁽²⁰⁸⁾ و740⁽²⁰⁹⁾ من م.ت.

وبذلك عالج المشرع الاختصاص القضائي بنظر دعوى التمديد إلى المسير وأكد على أنها المحكمة المختصة بإجراء التسوية أو التصفية القضائية للمقولة المدينة وذلك طبقاً للمواد 581، 739 و740 من م.ت.

ويستند هذا التحديد التشريعي للمحكمة المختصة إلى أن إجراء التمديد إلى المسير يرتبط ارتباطاً وثيقاً بإجراء التسوية أو التصفية القضائية للمقولة، فإجراء التمديد جاء تالياً لإجراء التسوية أو التصفية القضائية للمقولة، ولذا فمن المنطقي -منعاً لتوزيع الإجراءات- أن تختص بهما محكمة واحدة هي المحكمة التي تحددت من قبل بنظر إجراء التسوية أو

²⁰⁷- قرار عدد 171 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 5-5-2016 في الملف التجاري رقم 1-3-22-2015 غير منشور.

²⁰⁸- تنص المادة 739 من م.ت على أنه "يجب على المحكمة أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه المسؤولين الذين تم تحميلهم خصوم شركة كلاً أو بعضاً منها الذين لم يبرئوا ذمتهم من هذا الدين".
²⁰⁹- تنص المادة 740 من م.ت على أنه "في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما يجب على المحكمة أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول يمكن أن تثبت في حقه إحدى الوقائع التالية:

- التصرف في أموال المقولة كما لو كانت أمواله الخاصة.
- إبرام عقود تجارية لأجل مصلحة خاصة تحت ستار الشركة قصد إخفاء تصرفاته.
- استعمال أموال الشركة أو انتمائها بشكل يتنافى مع مصالحها لأغراض شخصية أو لتفضيل مقولة أخرى له بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.
- مواصلة استغلال به عجز بصفة تعسفية لمصلحة خاصة من شأنه أن يؤدي إلى توقف الشركة عن الدفع
- مسك محاسبة وهمية أو العمل على إخفاء وثائق محاسبة الشركة أو الامتناع عن مسك كل محاسبة موافقة للقواعد القانونية.
- اختلاس أو إخفاء كل الأصول أو جزء منها أو الزيادة في خصوم الشركة بكيفية تدليسية.
- المسك بكيفية واضحة لمحاسبة غير كاملة أو غير صحيحة".

غير أن هناك بعض الإشكاليات، التي قد تكون سببا في إثارة الدفوع في مجال الاختصاص المحلي من شأنها التأثير على التدخل من قبل المحكمة لمعالجة صعوبات المقاوله، ومن ضمنها أن المشرع أجاز للأطراف بمقتضى المادة 12 من قانون 95-53 أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة مما يقتضي البحث عن مدى تأثير قواعد الاختصاص المحلي فيما يتعلق بمساطر معالجة صعوبات المقاوله بما ورد في هذه المادة، غير أن البين أن هناك تعطيلاً لهذا الخيار (أولاً) كما يمكن أن تتعدد المقرات الرئيسية للمقاوله ولكل واحد نشاطاً تجارياً مستقلاً مما يؤدي إلى انعقاد الاختصاص المحلي إلى أكثر من محكمة (ثانياً) كما يمكن أن يثار الدفع بصورية المقر الاجتماعي للشركة، من أجل التحايل على قواعد الاختصاص (ثالثاً) زيادة على إشكالية نقل مقر المقاوله (رابعاً) فضلاً عن ما يثار بخصوص توطين المقاوله الموطنة (خامساً) وسنبحث هذه الإشكاليات إتباعاً في النقط التالية :

أولاً: تعطيل الخيار الوارد في المادة 12 من قانون إحداث المحاكم التجارية

إن المادة 12 من قانون رقم 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية منحت للأطراف، وفي جميع الأحوال، أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة محلياً، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها⁽²¹¹⁾ «يمكن لأطراف النزاع وفي جميع الأحوال الاتفاق كتابة على تعيين المحكمة المختصة» غير أن نفس المحكمة في قرار آخر⁽²¹²⁾ راعت نزول البنك المدعي عن شرط الخيار وقام برفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه المدين والذي جاء فيه «إن قواعد الاختصاص المحلي إنما

²¹⁰- PIMBLIS (N) : La faillite dans les relations internationales d'ordre public, Thèse, Paris XI, 1992 P 379.

²¹¹- قرار رقم 100 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 19-10-1998 في الملف عدد 98-11 غير منشور.

²¹²- قرار رقم 211 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 15-2-2001 في الملف رقم 1110-2000 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 1 دجنبر 2002، ص 118.

شرعت رعاية جانب المدعى عليه باعتباره الطرف الضعيف في الخصومة وهكذا راعى المشرع جعل القضاء المختص على مقربة منه وإذا اقتضى نظرا لطرفين الخروج عن هذه القاعدة فيما لا يخالف النظام العام في بعض الحالات ونظموا لهذه الغاية شرطا به فان ذلك لا يمنع الطرف القوي في هذه العلاقة من النزول عن هذا الشرط والالتجاء الى رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه التي هي الأصل، ومن ثم كان الدفع بعدم اختصاص المحكمة التجارية بفاس محليا في غير محله لما فيه من تعارض مع روح التشريع وهي التيسير على المدعى عليه وتبقى بذلك هذه الوسيلة غير جديرة بالاعتبار» فتم الطعن بالنقض في القرار المذكور فأصدرت محكمة النقض قرارها⁽²¹³⁾ بالنقض والإحالة بعلّة «إن المادة 12 من القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية منحت للأطراف، وفي جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة محليا، وإن الثابت من العقود المبرمة بين الطالبين، والمطلوب في النقض، ومنها الالتزام المصادق على توقيعاته بتاريخ 28-12-98 وعقدي الضمان المصادق على توقيعاتها بتاريخ 4-1-95 و 30-6-95 أنه تم الاتفاق كتابة على منح الاختصاص لمحاكم الدار البيضاء، ومحكمة الاستئناف التجارية مصدرة القرار المطعون فيه التي ردت الدفع بعلّة إن قواعد الاختصاص المحلي إنما شرعت لرعاية جانب المدعى عليه باعتباره الطرف الضعيف في الخصومة وهكذا راعى المشرع جعل القضاء المختص على مقربة منه وإذا اقتضى نظر الطرفين الخروج عن هذه القاعدة فيما لا يخالف النظام العام في بعض الحالات ونظموا لهذه الغاية شرطا به فان ذلك لا يمنع الطرف القوي في هذه العلاقة من النزول على هذا الشرط والالتجاء إلى

²¹³ قرار عدد 523 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 3-4-2002 في الملف التجاري عدد 01-307 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 2 ماي 2003 ص 126. كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض تحت عدد 540 بتاريخ 20-2-03 ملف مدني عدد 1-1362-7-2002: "القاعدة العامة أن الاختصاص الترابي ليس من النظام العام وأن الفصل 27 من ظهير 24 ماي 1955 الذي اعتمده القرار المطعون فيه ليس فيه ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على ما يخالف القاعدة المنظمة للاختصاص المكاني ومما يؤكد أنه يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه ما ذهب إليه المشرع في المادتين 5 و 12 من قانون 95-53 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية بأن نص على أنه يمكن لأطراف العقد أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة " منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61، ص 62.

رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه التي هي الأصل تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع والمادة 12 من القانون المحدث للمحاكم التجارية وعرضت قرارها للنقض».

في حين نجد المشرع في قانون حماية المستهلك رقم 31-08 قد نص على كون المحكمة المختصة محليا هي محكمة موطن أو إقامة المقترض المستهلك رغم وجود أي شرط مخالف حسبما نصت عليه المادتان (214) 111 و (215) 202 من نفس القانون، وأن المحكمة الابتدائية بالبيضاء⁽²¹⁶⁾ أكدت: «طالما أن المدعى عليه في النازلة يخضع للقانون المنظم للعلاقة التعاقدية بين الموردين والمستهلكين وبما انه يقطن بمدينة بن سليمان فانه لا يجوز للأطراف مخالفة مقتضيات النظام العام باتفاقاتهم الخاصة مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص المحلي للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء مع إحالة الملف على المحكمة المختصة».

ولكن باستقراءنا لمقتضيات المادة 12 من قانون 95-53 في علاقتها مع باقي المواد الأخرى فان الاتفاق الممنوح للأطراف على اختيار المحكمة المختصة، لا يسري على دعوى معالجة صعوبات المقولة على اعتبار أن المشرع جعل قواعد الاختصاص المحلي في مساطر صعوبات المقولة، استثناء من القاعدة العامة الواردة في الفصل 28 من ق م م، وهو ما يقتضي ألا يخضع هذا الاستثناء بدوره إلى استثناء آخر⁽²¹⁷⁾. كما أن الخيار المذكور لا يمكن القبول به في إطار صعوبات المقولة التي تصطبغ قواعد الاختصاص فيها بطابع النظام العام لأن المشرع جعل مقتضيات مساطر صعوبات المقولة تدور في فلك النظام العام الاقتصادي.

²¹⁴- تنص المادة 111 من قانون 31-08 على انه: "يجب أن تقام دعاوي الأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض".

²¹⁵- تنص المادة 202 من نفس القانون "في حالة نزاع بين المورد والمستهلك ورغم وجود أي شرط مخالف فان المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك...".

²¹⁶- حكم عدد 16165 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2-7-2012 في الملف عدد 1224-2017 غير منشور.

²¹⁷- محمد لفروجي: م س، ص 74.

وانطلاقاً من كون الاختصاص المحلي في قضايا صعوبات المقولة من النظام العام فإنه يترتب على ذلك أنه لا يمكن الاتفاق على رفع دعوى فتح المسطرة أمام محكمة غير مختصة محلياً. كما يمكن للأطراف التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المحلي، وإن المحكمة يمكنها إثارته تلقائياً، كما يمكن للنيابة العامة إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي.

فضلاً عن أن المشرع في المادة 11 من قانون إحداث المحاكم التجارية والمادة 581⁽²¹⁸⁾ من م ت ربط الاختصاص المحلي بالمؤسسة الرئيسية للتاجر، والمقر الاجتماعي للشركة، وجعل المقر المذكور هو المركز الوحيد للاختصاص. وبالتالي فالاختصاص المحلي في مادة صعوبات المقولة لا يمكن أن يكون محل اتفاق الأطراف، لأن الطابع القطعي للاختصاص المحلي يعطل الخيار.

وبالنظر إلى ما سبق قوله فإن هذا الاختصاص المحلي لمقر المقولة يعتبر مطلقاً حتى في الحالة التي يكون فيها الدين المتوقف عن دفعه من قبل التاجر ديناً مدنياً، والطرف الدائن الذي يطلب فتح المسطرة لهذا السبب مدنياً، لأن المشرع في المادة 578 من م ت أكد على أنه يمكن فتح المسطرة من قبل الدائن كيفما كانت طبيعة دينه، وأن المادة 581 من نفس القانون نصت على أنه يكون الاختصاص للمحكمة الموجودة في مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة، وهو بذلك نص خاص في الاختصاص المحلي من القواعد العامة، ومن الشرط الذي خوله مشرع قانون 95-53 للأطراف في إطار المادة 12 من ذات القانون، ومن ثم يبقى الاختصاص قائماً لمحكمة مقر المقولة.

ثانياً: تعدد المقرات الرئيسية للمقولة

بالرجوع إلى المادتين 581 من م ت و 11 من قانون إحداث المحاكم التجارية المتعلقة بالاختصاص المحلي في مادة صعوبات المقولة، يتبين أنهما تصورتا الحالة التي يكون فيها للتاجر نشاط تجاري من نوع واحد، وله فروع في أماكن مختلفة ومتباعدة، حيث

²¹⁸- تنص المادة 581 من م ت على أنه: "ينعقد الاختصاص للمحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة. تكون المحكمة، المفتوحة مسطرة التسوية أمامها، مختصة للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها. تدخل في إطار اختصاص المحكمة بصفة خاصة، الدعوى المتعلقة بتسيير المسطرة أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات هذا القسم".

يعود الاختصاص المحلي في هذه الحالة إلى المحكمة التجارية لمقر المؤسسة الرئيسية لهذا النشاط، لكن يحدث في الواقع العملي، أن يكون للتاجر أنشطة تجارية متعددة وأكثر من مقالة رئيسية، وفي جهات متعددة، ولكل واحدة منها نشاط تجاري مستقل. فهنا يطرح الإشكال ويؤدي إلى انعقاد الاختصاص المحلي إلى أكثر من محكمة، وتبعاً لذلك افتتاح عدة مساطر لمعالجة صعوبات المقالة، على اعتبار أن كل محكمة يقع في دائرتها النشاط التجاري المستقل ستكون مختصة، ومن ثم نكون أمام عدة محاكم مختصة بالنظر إلى تعدد المقاولات المتوقفة عن الدفع. وهذه الحالة لا تؤدي إلى معالجة قضائية سريعة، ولا تخدم حسن سير مسطرة المعالجة ومن هدف هذه المساطر هو انقضاء المقالة (219). ولهذا يتعين استبعاد كل استقلالية للمقالة، ولا سيما أن تعدد الأنشطة التجارية للتاجر، لا يمس بوحدة الذمة المالية للمدين، وهذا من شأنه أن يخدم وحدة المسطرة التي تستغرق ذمة المقالة المدينة بكاملها (220)، لكن إذا رفعت دعوى فتح المسطرة إلى أكثر من محكمة في وقت واحد، فإنه يتعين قبل الحكم ضم الملفات لدى محكمة واحدة تفادياً لتباين الأحكام، وحفاظاً على وحدة المسطرة (221).

ثالثاً: صورية مقر المقالة

إن المقر الحقيقي للمقالة، هو وحده المعتمد في تحديد المحكمة المختصة محلياً لفتح المسطرة، ويشترط أن يكون مقر المقالة حقيقياً، والمقر المبين في السجل التجاري، وباقي السجلات المتعلقة بالشركة، يعتبر مقراً حقيقياً ما لم يثبت العكس، لأن هذه الوثائق لا تشكل في مواجهة الغير إلا قرينة بسيطة، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها (222): «إن من آثار التقييد في السجل التجاري، أنه لا يحتج تجاه الغير إلا بالوقائع، والتصرفات المقيدة به بصفة صحيحة، وبالتالي لا يشكل في مواجهة الغير إلا قرينة قابلة لإثبات العكس».

219- عبد الحميد أخريف: م س، ص 395.

220- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب، م س، ص 75.

221- أحمد شكري السباعي: م س، ص 206.

- عبد الحميد أخريف: م س، ص 396.

222- قرار عدد 1078 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 6-10-2004 في الملف التجاري عدد 1710-2003 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 63، ص 208.

وفي حالة ثبوت صورية المقر المحدد في الوثائق، فالمقر الحقيقي للمقولة، هو وحده الذي يؤخذ في الاعتبار لتحديد المحكمة المختصة، وبذلك فمحكمة النقض الفرنسية استقرت في عدة قراراتها على أن «المقر الاجتماعي في مادة المساطر الجماعية هو المقر الحقيقي للشركة»⁽²²³⁾.

وذهب أستاذنا شكري السباعي إلى أنه "يمكن للغير في التشريع المغربي الاحتجاج بالمقر الاجتماعي المذكور في النظام الأساسي للشركة، ولا يمكن لها أن تواجه الغير بمقرها الحقيقي إن كان موجودا بمكان آخر"⁽²²⁴⁾. وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه الفقه الفرنسي⁽²²⁵⁾ وسلك القضاء المغربي نفس المنحى في أحد أحكامه⁽²²⁶⁾. وهو ما نص عليه المشرع في المادة 5 من قانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة من أنه لا يمكن للشركة أن تواجه الغير بمقرها الحقيقي إن كان موجودا بمكان آخر بل بالمذكور في نظامها الأساسي⁽²²⁷⁾.

وهذا الاتجاه الذي تبناه الفقه، والحكم أعلاه والالذان يمنعان على المدين أن يدفع بصورية مقر المقولة، يتماشى والقواعد العامة، فيما يخص الصورية لأنه لا يمكنه أن يستفيد من خطئه، وبالتالي فالصورية بالنسبة للغير واقعة مادية لا تصرف قانوني. لكن هذا الاتجاه فيه حماية الاغيار على أساس نظرية الظاهر، ولا يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المقولة، لأن من أهداف المسطرة الجماعية الأولى إنقاذ المقولة، ولا يراعي أيضا النظام العام الذي يلزم قواعد الاختصاص.

²²³-Com 16-12-1958 bull civ. III n° 438 p 370 /com 24-11-1982 bull civ IV n°370
مشار إليهم عند STAES م س ص 186.45 /com 15-7-1970 bull civ II n°247

²²⁴- أحمد شكري السباعي: م س، الجزء الثاني، ص 202.

²²⁵-STAES (o) Op cit p45.

²²⁶- حكم 2002-45 صادر عن تجارية اكادير بتاريخ 2002/10-24 في الملف رقم 2002-37 أورده عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري، م س، ص 75.

²²⁷- تنص الفقرة الثانية من المادة 5 من قانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة على أنه: " يمكن للغير الاحتجاج بالمقر الاجتماعي المذكور في النظام الأساسي للشركة، ولا يمكن لها أن تواجه الغير بمقرها الحقيقي إن كان موجودا بمكان آخر".

وهذا الرأي أعلاه لم يترأى لمحكمة النقض الفرنسية الأخذ به فقد حددت في قرارها بتاريخ 21-7-1987 أن اختصاص محكمة المقر الحقيقي هو من النظام العام ويمكن التمسك به من طرف كل من له مصلحة⁽²²⁸⁾. هذه القاعدة العامة لها قيمة أساسية بحيث يمكن لكل من له مصلحة، بمن فيهم المدين الذي يمكنه أن يطلب أمام محكمة المقر النظامي المسجل بالسجلات، وإظهار صورية هذا الأخير، من أجل التمسك باختصاص محكمة المقر الحقيقي، لأن هذا الأخير يؤسس ضابطا للاختصاص المحلي، والمحكمة المختصة هي محكمة المقر الحقيقي للمدينة، وهي الوحيدة المختصة لفتح المسطرة. هذا المقر الذي يجب أن يفرض على الجميع، ولا يسمح لهم بأعمال الاختيار في الاختصاص المحلي لفائدة محكمة المقر السوري ترجيحاً لاعتبار معالجة المقولة⁽²²⁹⁾.

رابعاً: تحديد المحكمة المختصة في حالة تغيير أو نقل مقر المقولة

إذا كان يجوز للشركات أن تغير مقرها، إلا أن هذا التغيير يختلف من شركة إلى أخرى، حسبما هو منصوص عليه في قانوني الشركات رقم 95-17⁽²³⁰⁾ المتعلق بشركات المساهمة ورقم 96-5⁽²³¹⁾ المتعلق بباقي الشركات. لكن هذا التغيير يتطلب كذلك تعديل النظام الأساسي للشركة، لأن من أدوار المقر، أنه يؤدي دوراً قضائياً هاماً في تحديد الاختصاص المحلي للدعوى، وبالتالي فإن تغيير المقر يخضع للإيداع والشهر وكذلك للتقيد في السجل التجاري وإجراءاته، وبذلك لا يمكن الاحتجاج على الغير بنقل أو تغيير المقر الاجتماعي للشركة إذا لم تكن واقعة النقل أو التغيير هذه قد خضعت لتقيد معدل يتم إجراؤه في السجل التجاري⁽²³²⁾.

²²⁸-Civ 1^{er} 21 juillet 1987 cite chez STAES (0) op cit p 46.

²²⁹-STAES (0) :- op cit p 46.

²³⁰- المادة 71 من قانون 95-17 نصت على أنه: "يمكن لمجلس الإدارة أن يقرر نقل المقر الاجتماعي للشركة".

المادة 105 من قانون 95-17 نصت على أنه "يمكن لمجلس الرقابة اتخاذ قرار بنقل المقر الاجتماعي للشركة".

²³¹- المادة 2/75 من قانون 96.5 نصت على أنه "يتم كل تعديل للنظام الأساسي بأغلبية الشركاء الممثلة على الأقل لثلاثة أرباع رأسمال الشركة ...".

²³²- محمد لفروجي: م س، ص 167.

وبذلك فلتحديد المحكمة المختصة في حالة نقل مقر المقولة، فالأمر يختلف باختلاف ما إذا كانت المحكمة قد وضعت يدها على المسطرة قبل التغيير أم لا. ففي الحالة الأولى لا يطرح المشكل، حيث تبقى المحكمة الواقع بدائرتها المقر القديم هي المختصة، أما إذا تم التغيير قبل رفع القضية إلى المحكمة، أي ما بين تاريخ التوقف عن الدفع وتاريخ طلب فتح المسطرة، فهنا تنشأ إشكالية تتمثل فيما هي المحكمة المختصة، هل محكمة المقر القديم، أو محكمة المقر الجديد؟

وإذا كان المشرع المغربي، لم يتطرق للفرضية المذكورة، فإن التشريع الفرنسي اصدر مرسوم رقم 89-339 بتاريخ 29-5-1989 أضاف بموجبه فقرة ثانية للمادة 1 من مرسوم 27-12-1985 جاء فيها «انه في حالة تغيير مقر الشخص المعنوي في الستة أشهر السابقة لانعقاد المحكمة بقيت المحكمة التي كان يوجد بها المقر الأول وحدها مختصة ويجري حساب هذا الأجل ابتداء من يوم تقييد التعديل في السجل التجاري»⁽²³³⁾.

فهذه الفقرة من المرسوم استبعدت الاختصاص المحلي للمحكمة التي يقع في دائرتها المقر الجديد إذا وقع التغيير إلى هذا المقر خلال الستة أشهر السابقة على يوم تقديم الطلب. إلا أن بعض الفقه⁽²³⁴⁾ ونؤيده في ذلك ذهب إلى أن المحكمة المختصة في هذه الحالة هي محكمة المقر الجديد ما لم يثبت سوء نية رئيس المقولة في نقل المقر. إلا أنه يستوجب أن تكون واقعة النقل قد خضعت لتقييد معدل في السجل التجاري، ويعود في الأخير للقضاء صلاحية التصدي لحالات التحايل على قواعد الاختصاص المحلي بطريقة تعسفية.

وفي هذا الإطار ورد في حكم للمحكمة التجارية بمراكش «... وحيث إن المطلوبة في المسطرة لم تدل بأية وثيقة معتبرة تفيد جدية ما تدعيه حول مركزها الاجتماعي المزعوم. وحيث يظهر من جهة أخرى وخاصة من نسخ الأحكام المدلى بها بالملف من طرف الشركة الطالبة أن المطلوبة توجد في مراكش وتزاول نشاطها وتتسلم جميع الاستدعاءات فيه وتقام عليها الدعاوي بدليل عدم إثارتها لأي دفع بعدم الاختصاص المكاني فيه بل إن مكانها

²³³ - أحمد شكري السباعي: م س، ص 206

²³⁴ - عبد الحميد أخريف: م س، ص 399.

الموجود في مراكش هو المعتبر لكونها لما رفعت استئنافها ضد أمر بالأداء استصدرته ضدها الطالبة قامت باعتماد عنوانها الموجود بمراكش وبالتالي يكون الاختصاص المكاني معقود لهذه المحكمة...»⁽²³⁵⁾.

خامسا: التوطين (المساكنة)

يشكل المقر مكانا للمخابرة والمراجعة والاتصال بالتاجر، فهو بمثابة الموطن أو محل الإقامة بالنسبة للشخص الذاتي، وعليه فيجب معرفة أين يتواجد التاجر كشخص ذاتي أو اعتباري وذلك لضروريات الحياة القانونية. إلا أنه في حالات يفتقر التاجر لمحل يوجد فيه المقر الرئيسي للمقولة، مما يضطره إلى توطين نشاطه التجاري لدى إحدى مكاتب الاستشارة القانونية، أو لدى إحدى مكاتب الخبرة المحاسبية، أو لدى إحدى وكالات التوطين المعدة لهذا الغرض والتي تمكن من منح المقولة عنوانا موجهها للاستعمال في التعامل مع الأغيار.

وفي هذه الحالة هل يعتبر العنوان الممنوح من الموطن لديه للموطن مقرا، وبالتالي يؤدي دورا قضائيا هاما في تحديد الاختصاص المحلي لدعوى فتح مسطرة صعوبات المقولة، على غرار ما هو عليه الأمر بالنسبة لمقر أو مركز الشركة؟

على حد ما اطلعت عليه من المصادر المعتمد عليها في هذا البحث، لم أعتز على أي باحث تناول هذه الفرضية في إطار مادة صعوبات المقولة، وبالأخص في الاختصاص المحلي، لكن القضاء لم يقبل طلب فتح مساطر معالجة صعوبات المقولة في حق الشركة التي تتخذ مقر شركة أخرى على سبيل التوطين أو المساكنة واستندت المحكمة مصدرة الحكم في حكمها على أن فتح المسطرة بالمقر المسجل بالسجل التجاري للموطنة من شأنه إيقاع الأغيار في الغلط بين الموطنة والموطن لديها، والاعتقاد أن هذه الأخيرة هي المفتوحة في حقها مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، وفي هذا الإطار جاء في حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء على أن «... المساكنة هو تواجد مؤقت لشركة بعنوان ما.

وحيث إن مساطر معالجة الصعوبات تقتضي وبالضرورة توفر الشركة طالبة فتح المسطرة على مقر قار لارتباط ذلك بالسير العادي لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية.

²³⁵ - حكم رقم 3-2000 بتاريخ 3-5-2000 في الملف رقم 13-99 أورده عبد الرحيم السلماني: م س، ص 76.

وحيث إن مقتضيات المادة 569 من مدونة التجارة تقتضي تسجيل الحكم القاضي بفتح المسطرة بالسجل التجاري الذي يتواجد به المقر الفعلي والحقيقي للمقولة والحال أن المقولة طالبة فتح المسطرة لا تتوفر على مقر خاص بها، وإن من شأن فتح المسطرة بالمقر المسجل بالسجل التجاري إيقاع الاغيار في الغلط بين المقولة والشركة المالكة الحقيقية للمقر والاعتقاد أن هذه الأخيرة هي المفتوحة في حقها مسطرة التسوية أو التصفية القضائية.

وحيث أن عدم توفر المقولة الطالبة على مقر حقيقي تمارس فيه نشاطها بشكل دائم يجعل طلبها الرامي إلى فتح المسطرة في حقها غير مقبول»⁽²³⁶⁾.

لكن إذا كان التوطين كعقد طبقا للمادة 544-1 من قانون 17-89 وهو عقد مسمى تولى المشرع تنظيمه²³⁷ لا يمكن تكييفه كعقد كراء تجاري، ولا يولد لصاحبه (المُوطَّن) أصل تجاري، أو حق في الإيجار، على المحلات موضوع التوطين، لأن المادة 2 من قانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري والصناعي أو الحرفي حددت عقود الكراء التي لا تخضع لمقتضيات هذا القانون، وذلك بالرغم من أنها تتعلق بعقارات ومحلات تمارس فيها أنشطة تجارية، لكن بالنظر إلى الطبيعة القانونية للعقارات أو المحلات التي تمارس فيها تلك الأنشطة، أو بالنظر إلى أنها لا تتوفر على أصول تجارية بالمعنى القانوني المحدد في المادة 79 من م ت فقد تم استبعادها من نطاق تطبيق هذا القانون ومنها كراء العقارات أو المحلات المتواجدة بالفضاءات المخصصة لاستقبال مشاريع المقاولات التي تمارس نشاطها بقطاعي الصناعة وتكنولوجيا المعلومات وكذا جميع الخدمات ذات الصلة، وهي تتعلق بفضاءات تعتبر مشاتلا لخلق المقاولات وتقديم لها خدمات أخرى كتوفير الانترنت وتوطين الشركات.

ومادام أنه يمكن لكل شخص ذاتي أو اعتباري يدعى المُوطَّن أن يوطن مقر مقاولته أو المقر الاجتماعي في محلات يشغلها بصورة جماعية مع واحدة أو أكثر من المقاولات،

²³⁶- حكم رقم 214 صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 22-11-2010 منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد المزدوج 133-134 يناير - مارس 2012 ص 141 وما يليها.

²³⁷- ظهير شريف رقم 1.18.110 صادر في 2 جمادى الأولى 1440 (9 يناير 2019) بتنفيذ القانون رقم 89.17 بتغيير وتنظيم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة منشور بالجريدة الرسمية عدد جمادى الأولى 1440 (21 يناير 2019).

حيث يمكن عبر عقد التوطين المبرم مع المُوطن لديه أن يسجل في السجل التجاري لهذا الغرض طبقا للمادة 3-544 من قانون 89-17. وإذا كان المقر يشكل مكانا للمخابرة، والمراجعة، والاتصال بالتاجر، وبالمسؤولين عن إدارته، فهو بمثابة موطن أو محل الإقامة بالنسبة للشخص الذاتي، كما أن معيار تحديد مقر المقولة تتجاذبه نظريتان الأولى تتبنى معيار ومكان النشاط والاستغلال، بمعنى أن مقر المقولة هو المكان الذي تمارس فيه نشاطها. والثانية اعتدت بمعيار مكان الإدارة الرئيسي، الذي وصف بمركز الحياة القانونية للمقولة. كما اقتصر البعض الآخر على المكان الذي يتداول فيه مجلس الإدارة وتجتمع فيه مختلف الجمعيات العمومية لاتخاذ القرارات⁽²³⁸⁾.

وإذا كان من التزامات الموطن لديه حسب مقتضيات المادة 4-544 من قانون رقم 89-17 وجوب إثبات أنه قد وضع رهن إشارة الأشخاص الذين تم توطينهم محلات أجهزة، وتتوفر على قاعات خاصة بالاجتماعات والمداولات، كما يلزم بضمان السرية وتمكينهم من عقد اجتماعاتهم بصورة قانونية، وتمكينهم أيضا من وسائل حفظ الوثائق والاطلاع على السجلات والوثائق القانونية المتعلقة بأنشطتهم. ومن ثم فإن هذا المحل يعتبر مقرا بمفهوم النظريات أعلاه للمقر، كما أن قانون 89-17 أكد في مادتيه 1-544 و3-544 على أن المُوطن يجوز له إقامة مقر المقولة أو المقر الاجتماعي في هذا المحل موضوع التوطين. فضلا عن أن المشرع عندما نص على الشروط الموضوعية لفتح المسطرة، أكد على صفة التاجر، والتوقف عن الدفع، وأن من التزامات التاجر التسجيل في السجل التجاري طبقا للمادة 37 وما يليها من م ت. وبالتالي إذا توفرت الشروط الموضوعية والمحددة أعلاه يتعين فتح المسطرة في حق المقولة الموطنة وأن ما ذهب إليه حكم تجارية البيضاء أعلاه بتاريخ 2010-11-22 لا يؤسس لمنطق قانوني ولا يستقيم والمعطيات أعلاه لأننا باستقرائنا له يتبين أنه أضاف شرطا إلى الشروط الموضوعية الواجب توفرها لافتتاح مساطر المعالجة وهو ضرورة توفر الشركة على مقر اجتماعي خاص بها، وأن الشركة التي لا تتوفر على مقر خاص بها لكون المقر الذي تشغله مقرا مؤقتا لا يستفيد من مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة.

²³⁸- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي الطبعة الأولى 2003، الجزء الأول ص 323 و324.

وهذا يتنافى أيضا وغاية المشرع من سن قانون صعوبات المقولة وتكريسه لخدمة المقولة التي تعاني من الصعوبات، وليس من المقبول أن تقضي المحكمة التجارية بالبيضاء في حكمها أعلاه بعدم القبول بل كان عليها أن تصرح بفتح المسطرة في وجه المقولة الموطنة وذلك للبحث عن حلول لإخراجها من الصعوبات التي تعترضها طبقا لمقتضيات المادة 578 من م ت التي من خلالها أتاح المشرع للمحكمة التجارية أن تقضي بفتح المسطرة تلقائيا كلما تبين لها أن المقولة تعاني من صعوبات وليس الوقوف على إجراءات شكلية قد تشكل عائقا، أو صعوبة تنضاف إلى باقي الصعوبات الأخرى التي تعاني منها المقولة التجارية.

وما يؤيد هذا التوجه هو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عندما صرحت بان «... المستأنفة سجلت بالسجل التجاري على أساس عقد المساكنة الذي يربطها مع شركة ... والمحرر بتاريخ 22-9-2006، وان القانون يشترط لتسجيل الشركات أن تبين مقرها الاجتماعي، وأن المقر الاجتماعي يقصد به موطنها والمكان الذي يمكن مراسلتها فيه، ويضمن بمراسلتها ووثائق معاملاتها. وأن القانون لا يشترط أن يكون هذا المقر ملكا للشركة أو أن تشغله بموجب عقد كراء، وأن عقد المساكنة لا توجد أية مقتضيات قانونية تنظمه وليس هناك أي نص قانوني يمكن اعتماده للقول بان المقر الاجتماعي الذي تشغله الشركة عن طريق المساكنة هو مقر مؤقت وأن عليها تغييره داخل أجل معين تحت طائلة التشطيب عليها من السجل التجاري وأن الأمر المطعون فيه يبقى غير مرتكز على أساس قانوني ويتعين إلغاؤه والحكم من جديد برفض الطلب»⁽²³⁹⁾.

المطلب الثاني: إقرار نظام الامتداد القانوني لفائدة محكمة المسطرة

إن تكوين دائرة اختصاص في مادة صعوبات المقولة، يعني أن يتم تركيز كل القضايا المرتبطة والمتفرعة عن مسطرة معالجة صعوبات المقولة أمام المحكمة التي فتحت المسطرة أمامها، هذا التركيز للاختصاص لم يتم تنظيمه بمقتضى القواعد العادية للاختصاص. لذلك أقر مشرع قانون صعوبات المقولة مقتضيات معينة لامتداد اختصاص محكمة المسطرة إلى القضايا المرتبطة بها، والمتصلة بالدعوى الأصلية.

إن الغاية من امتداد المسطرة لتشمل الدعاوى الناشئة عن افتتاح مسطرة معالجة

²³⁹- قرار رقم 312 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 4-3-2008 في الملف رقم 1337-2-2007 غير منشور.

صعوبات المقاول، هو تامين حسن سير العدالة، من خلال تركيز جهود المحكمة التي فتحت المسطرة، للوصول إلى حل ناجح بخصوص المقاول⁽²⁴⁰⁾.

إلا أن ذلك يفترض اللجوء إلى تقنيات قانونية كفيلة بتمديد اختصاص محكمة المسطرة إلى كل ما يرتبط بالمسطرة⁽²⁴¹⁾ ولهذا نصت الفقرتان 2 و 3 من المادة 581 من م ت على أنه «...تكون المحكمة المفتوحة مسطرة التسوية أمامها مختصة بالنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها.

تدخل في إطار اختصاص المحكمة بصفة خاصة الدعوى المتعلقة بتسيير المسطرة أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات هذا القسم».

وعموما يمكن القول، إن النزاعات المرتبطة هي تلك النزاعات التي تجد سببها، ومصدرها في بعض الدعاوى المتعلقة بقضايا صعوبات المقاول، على الرغم من طبيعتها المدنية أو الإدارية. فهي دعاوى لا تستتبع بالضرورة تطبيق مقتضيات قانون صعوبات المقاول، فهذه الدعاوى خاضعة في الأصل للقواعد العامة، لكنها نشأت بسبب فتح دعاوى متعلقة بقضايا المسطرة ومرتبطة بها ارتباطا وثيقا يجعل من المصلحة أن تنتظر وتفصل فيها محكمة واحدة، تفاديا لصدور أحكام متناقضة، لو نظرت فيها محكمتان مختلفتان، وهذا ما دفع بالمشروع الفرنسي إلى النص على تمديد اختصاص محكمة المسطرة الجماعية بمقتضى خاص في الفصل 174 المعدل بمرسوم 1994-10-21 والذي تم تعديله أيضا بمقتضى مرسوم 2005-1677 بتاريخ 2005-12-28 والذي جاء فيه بأن المحكمة التي فتحت أمامها مسطرة المعالجة القضائية تكون مختصة للنظر في كل ما يتعلق بالتسوية أو التصفية القضائية.

وبذلك فالمحكمة المفتوحة أمامها المسطرة يؤول إليها الاختصاص للنظر في الدعاوى المتعلقة بتسيير المسطرة، أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات قانون معالجة صعوبات المقاول. وهذه الدعاوى يعبر عنها الفقه الفرنسي، بالدعاوى التي تخلقها المساطر الجماعية⁽²⁴²⁾، وهو ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرار مبدئي «إن المحكمة

²⁴⁰- عبد الرحيم السلماي: القضاء التجاري بالمغرب، م س، ص 80.

²⁴¹-STAES (0) -: op cit p 52.

²⁴²-STAES (0) -: op cit p 58.

التجارية لموطن المفلّس هي وحدها المختصة للنظر في المنازعات الناشئة عن الإفلاس أو تلك التي ترتب عليها حالة الإفلاس آثار قانونية»⁽²⁴³⁾. وسار القضاء المغربي في نفس الاتجاه عندما تناول إشكاليات استئناف أحكام الإفلاس معتبرا كأحكام صادرة في مادة الإفلاس كل القرارات التي تمس مادة الإفلاس أو تتعلق بالدعوى المتولدة عن الإفلاس أو تتطلب تطبيق أحكام الإفلاس⁽²⁴⁴⁾.

كما سبق لمحكمة الاستئناف بالقاهرة أن حددت بدقة واضحة المعنى المقصود بالدعوى الناشئة عن التفليسة وذلك بتاريخ 24-5-1962 بقولها «هي ما كان النزاع فيها ليعرض إلا بمناسبة الإفلاس ولا ينشأ إلا عند شهر الإفلاس ويستند الفصل فيه إلى النصوص القانونية الواردة في باب الإفلاس»⁽²⁴⁵⁾. كما قضت محكمة النقض المصرية على أن «الحكم لا يعتبر صادرا في دعوى ناشئة عن التفليسة إلا إذا كان النزاع الذي فصل فيه لا يعرض إلا بمناسبة الإفلاس ويستلزم تطبيق حكم من الأحكام الواردة في قانون التجارة في باب الإفلاس»⁽²⁴⁶⁾.

كما أن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صرحت على أنه «يتضح بالفعل بالرجوع إلى نص المادة 566 من م ت أن المحكمة المفتوحة مسطرة المعالجة أمامها تكون مختصة بالنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها.

وحيث إن المقصود بالدعوى المتصلة بمساطر المعالجة حسب الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين كل الدعاوى المتولدة عن هذه المساطر والتي ما كانت لتنشأ إلا بسبب فتح مسطرة معالجة المقاوله وكل الدعاوى التي تتأثر بالضرورة بمساطر المعالجة. وحيث إنه في النازلة فإن طلب رفع الحجز مبني بالأساس على كون الشركة الطاعنة توجد في حالة تسوية قضائية وأنه صدر حكم بحصر مخطط استمراريتها وأن من شأن رفع

²⁴³- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29-10-1888 مشار إليه عند STAES: م س، ص 54.
²⁴⁴- قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 10-11-1962 أورده احمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات، م س، الجزء الثاني، ص 210.
²⁴⁵- القرار أعلاه أورده احمد شكري السباعي، م س، ص 209.
²⁴⁶- طعن رقم 1314 سنة 52 ق جلسة 10-12-1984 مشار إليه عند سعيد أحمد شعله: قضاء النقض في المواد التجارية، توزيع منشأة المعارف 2004، ص 821.

الحجز الواقع على أموالها بين يدي الغير تمكنها من استرجاع نشاطها بشكل متميز. وحيث انه اعتبارا لذلك يكون من البين أن الأسباب التي بني عليها طلب رفع الحجز وثيقة الاتصال بمسطرة التسوية القضائية وبتنفيذ مخطط الاستمرارية وبالتالي فان الاختصاص بالبت في هذا الطلب يرجع بدون منازع إلى رئيس المحكمة المفتوحة مسطرة المعالجة أمامها وهو رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء وأن هذا الأخير حينما صرح بعدم اختصاصه بالبت في الطلب يكون قد جانب الصواب على اعتبار أن القرار الاستئنافي الذي اعتمده في تعليقه إنما يكرس مبدأ عاما لا يمكن الأخذ به على إطلاقه وإلا اعتباره قاعدة واجبة التطبيق في كل الحالات بل أن المبدأ المذكور يصبح غير ممكن التطبيق حينما يصطدم بنصوص خاصة تتعارض معه مثلما هو الحال بالنسبة للمادة 566 من م ت كما وقع تحليلها أعلاه»⁽²⁴⁷⁾.

غير انه إذا كان امتداد اختصاص محكمة المسطرة للدعوى المرتبطة تهدف إلى إعادة تجميع وتركيز عناصر النزاع أمام محكمة واحدة، فهذا الهدف هو غاية أساسية من غايات مشرع قانون صعوبات المقولة، وحسن سير العدالة، هو مظهر آخر من مظاهر وجوب تجميع كل القضايا المرتبطة والمتفرعة عن مسطرة معالجة صعوبات المقولة أمام المحكمة التي فتحت المسطرة أمامها للوصول إلى تركيز النزاع.

إلا أن عمومية الصياغة التي جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 581 من م ت والمشار إليها أعلاه تركت الباب مفتوحا للتأويل حول المقصود، بالدعوى المتصلة، أو المرتبطة، بتسيير المسطرة في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء المشار إليه أعلاه، بل أكثر من ذلك فمن خلال التطبيق القضائي للمادة 581 من م ت يتبين أن هناك نوعا من الاضطراب والتداخل في اختصاص الأجهزة القضائية. ذلك أنه قد يحدث أن يوقع رئيس المقولة في إطار تسييره لمقاولته شيكا يستفيد الغير من قيمته، ثم تخضع لاحقا مقاولته لمسطرة المعالجة، وعندئذ يتقدم المستفيد من الشيك أمام السنديك للتصريح بدينه، ويلجأ الدائن أيضا إلى تقديم شكاية من أجل عدم

²⁴⁷- قرار رقم 2000-996 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 9-5-2000 في الملف رقم 4-2000-964 غير منشور.

توفير مؤونة الشيك، فتتم متابعة المشتكى به وإيداعه بالسجن إن لم يؤد قيمة الشيك ويكون بذلك المشتكى قد تنكر لمسطرة صعوبات المقولة التي اختار الانضمام إليها، متسببا في ازدواجية المساطر ضد مدين واحد، ومن أجل دين واحد، وضدا على مقتضيات خاصة، يخضع لها دينه وجوبا، فتسايره النيابة العامة، وتقرن منح رئيس المقولة السراح المؤقت، بواقعة الأداء، وبذلك لا تخفى الخطورة التي ينطوي عليها هذا التوجه باعتباره يشكل مخالفة للمادة 690⁽²⁴⁸⁾ من مدونة التجارة، التي تمنع أداء الديون السابقة عن فتح المسطرة. كما أن منحى النيابة العامة يتعارض مطلقا مع الأهداف المبتغى تحقيقها من وراء سن مساطر المعالجة، فضلا عن أنه إذا كانت النيابة العامة تمارس سلطتها في المتابعة تطبيقا لنص جنائي، لكنه وجب القول بأن أي عمل قضائي، ينبغي أن يتم في إطار نسق قانوني، يوفق بين مختلف المقتضيات القانونية التي لها صلة بالموضوع.

كما أنه بمقارنة غايات نظام صعوبات المقولة، وتجريم الشيك، يتبين أن المصالح التي يهدف المشرع إلى حمايتها من خلال نظام صعوبات المقولة أوسع بكثير مما يهدف إليه من فرض الحماية الجنائية للشيك، لأنه في ظل نظام صعوبات المقولة هناك رغبة أكيدة للحفاظ على المصلحة العامة، في حين أن الحماية الجنائية للشيك تقتصر على حماية مصلحة خاصة متمثلة في استخلاص المستفيد لدينه، إضافة إلى أن الهدف في ظل نظام صعوبات المقولة ينصب على توفير حماية اقتصادية، واجتماعية واقعية. بينما الهدف من الحماية الجنائية هو حماية افتراضية، مجردة متمثلة في حماية الثقة المفترضة في التعامل بالشيك كأداة للوفاء، زيادة على أن رئيس المقولة له دور فعال في إنجاح مخطط الاستمرارية، إلى جانب باقي الأجهزة. وإن حرمانه من الحرية نتيجة اعتقاله وسجنه يهدر مساعي المشرع ذاتها في الحفاظ على استمرارية المقولة. وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي إلى رفع طابع التجريم، والعقاب الجنائيين بمقتضى قانون 30 دجنبر 1991 عن جريمتي إصدار شيك بدون مؤونة، أو دون مؤونة كافية، وقبول الحامل أو المستفيد لشيك دون مؤونة

²⁴⁸- تنص المادة 690 من م ت على انه: "يترتب عن حكم فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره. يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن للسنديك بأداء الديون السابقة للحكم وذلك لفك الرهن أولا استرجاع شيء محبوس قانونيا، إذا كان يستلزمه متابعة نشاط المقولة".

أو دون مؤونة كافية، وهو ما تبقى معه النصوص الحمائية جديرة بالتطبيق، عوض الجزاءات العقابية، لان أهميتها تقاس بأهمية المصالح المراد حمايتها. فضلا عن أن العالم يسير في اتجاه آفاق استبدال العقوبة السالبة للحرية بعقوبات غيرها⁽²⁴⁹⁾.

المبحث الثاني: معالجة عوارض الاختصاص في مسطرة معالجة صعوبات المقولة

فرضيات المنازعات المتعلقة بالاختصاص متعددة أمام المراجع القضائية المتنوعة، فهناك قضاء عادي، وهناك قضاء إداري، وإلى جانبهما قضاء تجاري. لكل أحكامه الخاصة به فيما يخص منازعات الاختصاص وفيما يخص أحكام الإحالة كأثر ناتج عن الحكم الصادر والقاضي بعدم الاختصاص. إلا أن المنازعات المتعلقة بالاختصاص في مادة صعوبات المقولة لا ينبغي أن تؤثر على التدخل والابتعاد عن القواعد العامة في هذا الجانب والتي من شأنها إن تم تطبيقها أن تؤخر سير الدعوى والبت فيها.

إن القواعد الخاصة لحل مشكل تنازع الاختصاص في مادة صعوبات المقولة تهم مشاكل تنازع الاختصاص بين محكمة المسطرة ومحاكم أخرى (المطلب الأول) كما تهم حالات تنازع الاختصاص بين الأجهزة الداخلية لمحكمة المسطرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسطرة خاصة بالدفع المتعلقة بالاختصاص في قضايا صعوبات المقولة

لا ينبغي لدعوى معالجة صعوبات المقولة أن تتأثر بمشكلة الدفع المتعلقة بالاختصاص، ذلك أن كل تأخر في البت في هذه القضايا من شأنه أن يعرقل مصير المقولة ويهدد معالجة وضعيتها في الوقت المناسب.

وإذا كان من الصعب تقادي أي تنازع في الاختصاص في مادة معالجة صعوبات المقولة، فإن وضع قواعد خاصة للدفع بعدم الاختصاص (الفقرة الأولى) والدفع بالإحالة والارتباط (الفقرة الثانية) من شأنه أن يساهم في تسريع وتفعيل حل النزاع حول الاختصاص في هذه المادة.

²⁴⁹- بوزيان الفهمي: علاقة مدونة التجارة بالقانون الجنائي، مقال منشور بمجلة القصر العدد 14 ماي 2006 ص 36.

الفقرة الأولى: قصور النظام الخاص بالدفع بعدم الاختصاص في المساطر المتعلقة بقضايا معالجة صعوبات المقولة

يقصد بالدفع بعدم الاختصاص، منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن حدود ولايتها طبقاً لقواعد الاختصاص⁽²⁵⁰⁾، وعملاً بالقواعد العامة فهذا الدفع من الدفوع الشكالية التي تنصب على إجراءات الدعوى وشكلياتها، دون المساس بجوهر الحق المدعى به، أو حق الخصم في إقامة الدعوى، والأصل فيه أن يثار قبل كل دفع أو دفاع. غير أن هذه المبادئ العامة المتعلقة بالدفع بعدم الاختصاص، لا تواكب فلسفة مسطرة معالجة صعوبات المقولة وأن وضعية هذا الدفع في هذه الأخيرة متميز ومختلف عن وضعيته في إطار القواعد العامة سواء تعلق الأمر بالدفع بعدم الاختصاص النوعي (أولاً) أو بالدفع بعدم الاختصاص المحلي (ثانياً).

أولاً: الدفع بعدم الاختصاص النوعي

يقصد بالدفع بعدم الاختصاص النوعي منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن حدود ولايتها. وهذا الدفع قبل إحداث المحاكم المتخصصة لم تكن له سوى وظيفة ثانوية، غير أنه مع إنشاء المحاكم المتخصصة، أضحت يتبوأ موقفاً مركزاً.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الأولى والأخيرة من الفصل 16 من ق م م نجد المشرع المغربي يتحدث عن الاختصاص النوعي الذي يلزم دفعه قبل كل دفع، أو دفاع في الموضوع. وتعطي لمحكمة الدرجة الأولى إمكانية الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائياً. وإذا كانت المادة 8 من قانون إحداث المحاكم التجارية⁽²⁵¹⁾ تنص على أن المحكمة يتوجب عليها أن تبت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص، ولا يجوز لها أن تضمه إلى الجوهر، بينما الفصل 17 من ق م م أعطى الخيار للقاضي الذي أثير أمامه الدفع بعدم الاختصاص

²⁵⁰- أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات الناشر، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة بدون سنة، ص190.

²⁵¹- تنص المادة 8 من قانون إحداث المحاكم التجارية على أنه: "يجب على المحكمة التجارية أن تبت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي المرفوع إليها وذلك داخل أجل 8 أيام".

أن يثبت فيه بحكم مستقل، أو بإضافته إلى الجوهر. والفصل 17 المذكور لا يمكن تطبيق مقتضياته أمام المحكمة التجارية، وهذا ما أكدته قرار محكمة النقض⁽²⁵²⁾ «من أن ضم الدفع بعدم الاختصاص النوعي إلى الجوهر مخالف للفصل 8 من قانون إحداث المحاكم التجارية».

وتقول بعض الآراء الفقهية⁽²⁵³⁾، بأن الفصلين 16 و 17 من ق م م تم إلغاء أحكامهما فيما يخص الاختصاص النوعي، بمقتضى المادة 13 من قانون رقم 41-90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية الذي حلت محلها، والتي توجب على المحكمة، أن تثبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل وقد جاء فيها: «إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تثبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمه إلى الموضوع».

في حين أن إلغاء نص قانوني لا يكون إلا بصورة صريحة تفيد الإلغاء والنسخ. بينما الفصلان 16 و 17 من ق م م لازالا منصوصا عليهما وعاملين في الميدان التطبيقي بصورة كبيرة، حيث ورد في قرار محكمة النقض: «حيث إن عدم جواب الحكم الابتدائي المؤيد على الدفع بعدم الاختصاص النوعي، هو بمثابة رفض ضمني، لأن المطلوب في النقض، هو مجرد أجبر، يرتبط بالمكتب الطاعن بعقد عمل، يعود النظر فيه بمقتضى الفصل 20 من ق م م إلى المحاكم الابتدائية التي يحق لها بمقتضى الفصل 17 منه والذي لم يقع إلغاؤه أو تعديله، أن تثبت كذلك في الدفع بعدم الاختصاص النوعي، إما بحكم مستقل، أو بإضافة هذا الدفع إلى الجوهر، وأن القرار المطعون فيه حين ضم الدفع بعدم الاختصاص النوعي إلى الجوهر يكون قد طبق تطبيقا صحيحا للمقتضيات القانونية المتعلقة باختصاص القضاء العادي»⁽²⁵⁴⁾. وفي انتظار تدخل تشريعي لحل هذا الإشكال المختلف بشأنه بين

²⁵²- قرار عدد 99/64 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26-01-1999 في الملف عدد 638-98-9 غير منشور.

²⁵³- نور الدين لبريس: نظرات في قانون المسطرة المدنية، م س، ص 31؛ مصطفى التراب: إشكالية الدفع بعدم الاختصاص النوعي بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية مقال منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 146، السنة الثلاثون، ص 9.

²⁵⁴- قرار عدد 1281 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 17-11-1998 في الملف الاجتماعي عدد 264-97-4 غير منشور.

الإلغاء والإبقاء، وذلك بالتنصيص صراحة على ذلك، ولمواكبة النصوص القانونية في المادتين الإدارية والتجارية، وهو ما انتبه إليه المشرع في مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية في المادة 34 التي تنص على أنه: «يجب على المحكمة ابتدائية كانت أو تجارية أن تثبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي لفائدة إحداها داخل أجل 8 أيام بحكم مستقل لا يقبل أي طعن».

ولكن السؤال المطروح بهذا، يتمحور حول ما إذا كانت المحكمة التجارية المرفوعة إليها الدعوى الرامية إلى الحكم بفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولات ضد المدين المتوقف عن دفع ديونه المستحقة ملزمة في هذه الحالة معاينتها عدم اختصاصها النوعي، للنظر في هذه الدعوى بسبب عدم توفر المدين على صفة تاجر.

في نظر الفقه⁽²⁵⁵⁾ ونؤيده في ذلك، أن المحكمة التجارية كلما عاينت الصفة التي يتطلبها القانون غير متوفرة في المدين، لأن الصفة المهنية للمدين هي في آن واحد معيار إسناد الاختصاص النوعي، وشرط تطبيق قانون معالجة صعوبات المقاولات أن تقضي بعدم قبول الدعوى، وليس بعدم الاختصاص النوعي، لأن الحكم بعدم الاختصاص النوعي، يقتضي أن تكون المحكمة الابتدائية مختصة للنظر في دعاوى صعوبات المقاولات التي تحال إليها القضية بقوة القانون. في حين لا تختص بصعوبات المقاولات في النظام المغربي إلا المحاكم التجارية وهذا ما يفيد الطابع القطعي للاختصاص النوعي في مسطرة معالجة صعوبات المقاولات للمحكمة التجارية.

وهذا الاتجاه أكدته المحكمة التجارية بوجدة⁽²⁵⁶⁾ عندما قضت بعدم قبول دعوى فتح المسطرة في مواجهة مصحة طبية بحكم طبيعتها المهنية والتي لا تتوفر على الصفة التجارية طبقاً لمقتضيات المادة 49 من قانون رقم 94-10 المتعلق بمزاولة مهنة الطب وكذا الفصل الأول من ق م م. لأن الاختصاص يفترض أن المدين له حق الاستفادة من مسطرة

²⁵⁵- محمد لفروجي: الدفع بعدم الاختصاص النوعي في قانون صعوبات المقاولات، م س، ص 294؛ محمد لفروجي: صعوبات المقاولات والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها م س، ص 172.

²⁵⁶- حكم عدد 2001/01 صادر عن تجارية وجدة بتاريخ 21-11-2001 في الملف عدد 2001/1، منشور بمجلة الإشعاع عدد 26، ص 294.

المعالجة فإذا لم يكن له هذا الحق لا يتعلق الأمر إذا بمسألة الاختصاص وإنما بمسألة تطبيق قانون معالجة صعوبات المقاول، وفي هذا المعنى ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن «صفة التاجر تشكل شرطا موضوعيا لفتح مسطرة المعالجة في مواجهة شخص طبيعي وليست شرطا محددًا للاختصاص النوعي»⁽²⁵⁷⁾.

ومن ثم فإن المحكمة التجارية المرفوعة إليها الدعوى المتعلقة بفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله يتعين عليها أن لا تلتزم بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 8 من قانون إحداث المحاكم التجارية، لأن التمسك بانعدام توفر المدين على الصفة التجارية لتطبيق مساطر صعوبات المقاوله لا يعد في هذه الحالة دفعا بعدم الاختصاص النوعي، وإنما يعد دفعا بعدم قبول الطلب، لعدم توفر شرط من الشروط اللازمة لفتح هذه المساطر. كما أن البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي، بحكم مستقل، لا يتلاءم ومسطرة صعوبات المقاوله، لأن الحكم به، وانتظار أجل الاستئناف، ومآل الاستئناف، من شأنه أن يؤخر فتح المسطرة، وبالتالي يكون له تأثير سلبي على مختلف المصالح التي يرمي المشرع حمايتها من إنقاذ المقاوله والعمال والدائنين. فضلا عن أن اللجوء إلى هذا الدفع لا يخدم أهداف المسطرة، ويكون بالتالي أحد المعوقات في فتح المسطرة بصورة سريعة وفعالة. وعلى هذا الأساس إذا ما قررت المحكمة المقدم لها طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله، رفض الدفع بعدم الاختصاص النوعي، المؤسس على انعدام توفر الصفة التجارية للمدين، أن تبت مباشرة في الموضوع، وتقضي بافتتاح المسطرة، إذا كانت باقي الشروط متوفرة. وذلك على عكس ما ذهبت إليه تجارية الرباط⁽²⁵⁸⁾ إلى البت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي المثار أمامها من أن المدين لا يعتبر من ضمن الأشخاص الذين يمكن فتح مساطر معالجة صعوبات المقاوله، وأن تجارية الرباط اعتمدت على المادة 8 من قانون إحداث المحاكم التجارية. لكن إذا كانت المحكمة التجارية، ملزمة بالقانون الذي ينظم

²⁵⁷- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12-2-1985 مشار إليه عند عبد الحميد أخريف: م س، ص 389.

²⁵⁸- حكم تجارية الرباط بتاريخ 6-10-1998 في الملف عدد 98-4-311 غير منشور.

عملها بداية، ومنها طرق البت في مثل هذه الدفوع، كما ذهب البعض⁽²⁵⁹⁾، فإن ذلك من شأنه أن يكون عائقاً أمام تدخل المحكمة بشكل سريع وفعال، لإنقاذ ما يمكن إنقاذه، وجس نبض المقولة، لأن هذه الأخيرة ترتبط بعلاقات متعددة، مع عدة أطراف من الإنتاج، وباعتبارها في الحياة الاقتصادية، كأداة للتشغيل، وأداة للإنتاج، وأداة للتمويل. وتبعاً لذلك فالتقيد بما تحتويه المادة 8 أعلاه لا يخدم مصالح المقولة المقدم طلب فتح المسطرة في مواجهتها، ومن شأن ذلك أن يزيد الوضع تأزماً مع تأزم أطراف أخرى مرتبطة معها.

ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص المحلي

إن المقصود بالدفع بعدم الاختصاص المحلي، هو نفي المدعى عليه على المحكمة المعروضة عليها الدعوى سلطة الفصل فيها، بسبب خروجها عن النطاق المكاني لولايتها أو يتحدد هذا النطاق بموجب قواعد الاختصاص المكاني المنصوص عليها في قوانين المسطرة المدنية⁽²⁶⁰⁾، أو هو دفع إجرائي، مبناه تخلف شرط تقديم الدعوى إلى محكمة مختصة، وهو شرط لازم في الإجراء⁽²⁶¹⁾، وهو دفع شكلي يراد به دفع الدعوى، بإبداء عدم اختصاصها لكون الدعوى من اختصاص محكمة أخرى تقع في حدود مكانية غير الحد المكاني للمحكمة المرفوع أمامها النزاع⁽²⁶²⁾.

وإذا ما تمسك المدعى عليه بكون مقره الرئيسي، أو الاجتماعي، لا يقع في دائرة نفوذ المحكمة التجارية المرفوعة إليها الدعوى الرامية إلى فتح مسطرة معالجة صعوبات المقولة، وإنما يقع في دائرة مكان محكمة تجارية أخرى، فإنه يمكن للمحكمة التجارية المثار أمامها الدفع بعدم الاختصاص المحلي، فيما يتعلق بدعوى فتح مسطرة صعوبات المقولة، أن تثبت فيه بموجب حكم مستقل أو أن تضمه إلى الجوهر وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 17 من ق م م التي تنص على أنه «يجب على المحكمة التي أثير أمامها الدفع بعدم الاختصاص

²⁵⁹- إدريس بنشقرن: القاضي وصعوبات المقولة مقال منشور بمجلة القصر العدد 4 يناير 2003، هامش 1، ص 70.

²⁶⁰- جلال محمد أمهمول: نظام الدفوع في قانون المسطرة المدنية، م س، ص 118.

²⁶¹- أمينة النمر: أصول المحاكمات المدنية الدار الجامعية، بدون مكان طبع 1988، ص 131.

²⁶²- عبد الرحمان العلام: شرح قانون المرافعات المدنية الجزء الثاني، مطبعة العاني بغداد، 1970، ص 307.

أن ثبت فيه بموجب حكم مستقل أو بإضافة الطلب العارض إلى الجوهر» وهذا ما قضت به المحكمة التجارية بمراكش حيث قامت بضم الدفع بعدم الاختصاص المحلي إلى الجوهر والحكم في القضية بحكم واحد⁽²⁶³⁾.

وإذا كان قانون إحداث المحاكم التجارية قد تطرق للدفع بعدم الاختصاص النوعي في إطار المادة 8 منه، فإنه على العكس من ذلك لم يتعرض للدفع بعدم الاختصاص المحلي، ومن ثم فالدفع المذكور ظل خاضعا للقواعد العامة المنصوص عليها في الفصل 17 من ق م م، لأن هذا الأخير لا يتعارض مع طبيعة قواعد الاختصاص في مادة معالجة صعوبات المقولة، فضلا عن أن الاعتماد على الفصل المذكور من ق م م لا يمس الغاية التي من أجلها وجدت مسطرة معالجة صعوبات المقولة، ولا يكون عائقا في وجه تدخل قضائي سريع وفعال.

وإذا كان الدفع بعدم الاختصاص المحلي، من الدفوع الشكلية، والتي يجب الدفع به قبل كل دفع أو دفاع حسبما جاء في الفقرة الأولى من الفصل 16 التي نصت على أنه: "يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع" ومن ثم فالبيان من الفقرة المذكورة أن الدفع بعدم الاختصاص المكاني، قاصر على من له المصلحة في إثارته ومقيد بزمانه والطرف الذي قرر لمصلحته هو المدعى عليه وحده في الدعوى الذي يمكنه أن يتشبث بالاختصاص المكاني. وبذلك فالمدعي لا يجوز له التمسك بهذا الدفع لأنه يرفع الدعوى في محل النزاع، يكون قد رضي مسبقا باختصاص المحكمة مكانيا بنظر الدعوى. كما أن من تدخل في الدعوى لا يجوز له الإدلاء بالدفع بعدم الاختصاص المكاني لأنه يعد في حكم المدعي⁽²⁶⁴⁾.

وفي هذا الإطار قضت المحكمة التجارية بمراكش على أنه: «وحيث إنه بخصوص هذا الدفع لا بد من رصد مبدأين قانونيين: أولهما أن الدفع بعدم الاختصاص المكاني قاصر

²⁶³ - حكم المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 7-4-1999 في الملف عدد 1-98 منشور بمجلة الحدث القانوني، العدد 17 يونيو 1999، ص 17.

²⁶⁴ - ندى خير الدين العبيدي: الدفوع الإجرائية في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2014، ص 80.
- الشرقي حراث: الدفوع الشكلية في المادة المدنية مطبعة الأمنية الرباط بدون تاريخ، ص 32.

على من له المصلحة في إثارته ومقيد بزمانه، فمن حيث الطرف الذي قرر لمصلحته فهو المدعى عليه في الدعوى الذي يمكنه وحده دون غيره التثبت بالاختصاص المكاني كما يمكنه باتفاق مع المدعي اختيار محكمة تجارية مختصة إعمالا لمقتضيات المادة 12 من قانون إحداث المحاكم التجارية»⁽²⁶⁵⁾.

لكن من الواضح أن مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 16 من ق م م والعلة التي نهجها الحكم أعلاه، يتعارضان وخصوصيات قواعد الاختصاص المحلي لمسطرة معالجة صعوبات المقاول، ذلك أن الاختصاص المحلي في هذه الأخيرة هو من النظام العام⁽²⁶⁶⁾. وهو أيضا ما قرره قرار مبدئي لاستئنافية الدار البيضاء والذي ذهب إلى اعتبار الاختصاص المكاني لمحكمة موطن المفلس من النظام العام فلا يمكن الاتفاق على مخالفته ويتعين إثارته تلقائيا من قبل المحكمة المرفوعة إليها الدعوى⁽²⁶⁷⁾. ومن ثم فإن المحكمة لها صلاحية إثارة الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها لكون المسطرة الجماعية تقتضي، أن تكون المحكمة، وأجهزتها قريبة من المسطرة، وأموالها، حماية للإلتزام والضمان والسرعة في الإنجاز. فضلا عن أن كل الأطراف يمكنهم التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المحلي لفائدة المحكمة موضوع المقرر الرئيسي والاجتماعي للمدين. وهذا ما يميز قواعد الاختصاص المحلي في مادة معالجة صعوبات المقاول، ويؤسس لنظام خاص لحماية قواعد الاختصاص القطعية في هذه المادة⁽²⁶⁸⁾.

وإذا كان هذا هو الأمر بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص، ما هو أثر الدفع بالإحالة أو بالارتباط في مادة معالجة صعوبات المقاول؟

²⁶⁵- حكم تجارية مراكش بتاريخ 7-4-99 في الملف رقم 1-98 مشار إليه بالهامش 262.

²⁶⁶- دليل المحاكم التجارية المملكة المغربية وزارة العدل تقديم وزير العدل عمر عزيمان، منشورات وزارة العدل، الطبعة الأولى 2000، ص 45.

- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب، م س، ص 77.

²⁶⁷- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 1670 الصادر بتاريخ 29-10-1985 في الملف التجاري عدد 71-1985 مشار إليه عند جلال محمد امهمول: م س، ص 139.

²⁶⁸- عبد الحميد أخريف: م س، ص 428.

الفقرة الثانية: الدفع بالإحالة أو بالارتباط في مسطرة معالجة صعوبات المقاول

الارتباط هو قيام صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة، لتحقيقهما وتحكم فيهما معاً، منعاً من صدور أحكام لا توافق بينهما⁽²⁶⁹⁾.

ويكاد يجمع الفقه على أن نظرية الارتباط تستند في أساسها على متطلبات حسن سير العدالة التي تقتضي جمع دعاوى مرتبطة أمام محكمة واحدة تفادياً لصدور أحكام متعارضة قد يستعصي تنفيذها⁽²⁷⁰⁾. كما يعتبر الدفع بالإحالة أو بالارتباط من قبيل الدفع الشكلي الذي يتعين إثارته قبل كل دفع أو دفاع في الموضوع تحت طائلة عدم قبوله. وهو ما أشار إليه الفصل 49 من ق م م حيث نص على أنه: «يجب أن يثار في آن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعويين والدفع بعدم القبول وإلا كان الدفاع غير مقبولين...».

غير أن قانون إحداث المحاكم التجارية لم يأت بأية مادة أو مقتضى يهمل هذا الدفع، إلا أنه بسكوته فإن المادة 19 من القانون المذكور تحيل على مقتضيات قانون المسطرة المدنية، غير أن هذه الإحالة لا تهم مقتضيات الارتباط في مادة معالجة صعوبات المقاول. لأن هذه الأخيرة تتعلق بالنظام العام، ويتعين إثارة الدفع المذكور من الأطراف، وكذا من المحكمة من تلقاء نفسها، بعدما يثبت لها أن هناك دعوى فتح المسطرة أمام محكمتين مختلفتين في آن واحد، وبذلك نكون أمام خروج احتكار المدعى عليه الذي يكون له وحده إثارة الدفع طبقاً للفصل 49 من ق م م. فضلاً عن أنه يجب إثارته في أية مرحلة تكون عليها المسطرة ولا تكون الجهة المثيرة للدفع مقيدة بالميعاد المحدد في الفصل 49 من ق م م قبل كل دفع، أو دفاع في الجوهر. وإذا كانت الغاية من الارتباط هو تأمين حسن سير العدالة، فإن هذه الغاية يشاركها أيضاً الامتداد لفائدة محكمة المسطرة من خلال تركيز جهود المحكمة التي فتحت المسطرة بخصوص الدعاوى المتصلة أو المتعلقة بتسيير المسطرة طبقاً للمادة 581 من م ت، ففي هذه

²⁶⁹- أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة دار المعارف الإسكندرية، ط 15-1990، ص 255.

²⁷⁰- جلال محمد امهمول: م س، ص 190.

الحالة إذا كانت هناك دعاوى مرتبطة بالمسطرة بمفهوم المادة أعلاه وجب الدفع بالارتباط وإحالة الدعوى على محكمة المسطرة في أية مرحلة تكون عليها الدعوى.

المطلب الثاني: تنازع الاختصاص داخل دائرة اختصاص محكمة المسطرة

إن إيجاد جهازين تقريريين للمسطرة ومنح كل منهما صلاحيات مرتبطة بسيرها ومراقبتها لا يسلم من احتمالات التنازع والتداخل بين اختصاصيهما، فالقاضي المنتدب والمحكمة في تشكيلتها الجماعية يتقاسمان أعباء المسطرة الجماعية، ويقع أن يتناول جهاز منهما على اختصاصات الآخر، كما يحدث أن يتنازعا نظر نقطة ما لغموض في النصوص القانونية، لذلك يلزم تحديد النطاق الذي يتحرك فيه القاضي المنتدب مقارنة باختصاص المحكمة (الفقرة الأولى) لنخلص إلى إمكانية التنازع حول هذه الصلاحيات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طبيعة توزيع الصلاحيات بين المحكمة والقاضي المنتدب داخل دائرة اختصاص محكمة المسطرة

رغم وضوح اختصاصات محكمة المسطرة وعدم منازعة أي كان في طبيعتها، باعتبارها جهة قضائية، فإن المسألة ليست بنفس السلاسة، حين يتعلق الأمر بالقاضي المنتدب، إذ إن صفته كمحكمة ليست محل إجماع فقهي⁽²⁷¹⁾، إلا أن استئنائه بصلاحيات قضائية تتجلى في منحه الاختصاص بالبت بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات والمطالب الداخلة في اختصاصه، وكذا الشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك، حسبما تنص عليه المادة 672 من م ت، وصلاحياته أيضا في تحقيق الديون بعد تلقيه قائمة الديون المصرح بها إلى السنديك طبقا للمادة 729 من م ت، الأمر بالإجراءات التحفظية، الاسترداد، وإلى جانب هذا اتخاذه كافة الإجراءات الكفيلة بأداء مهمته طبقا للمادة 671 من م ت التي تجعله الساهر على السير السريع للإجراءات.

ورغم الاعتراف الفقهي والقضائي للقاضي المنتدب باختصاصات خاصة، فإن اعتباره جهة قضاء مستقلة من زاوية قواعد الاختصاص مازال محل جدل⁽²⁷²⁾. لأن

²⁷¹ المهدي شبو: مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقولة، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2006، ص156.

²⁷² عبد الحميد أخريف: م س، ص434.

الاختصاص يقدم كتوزيع للنزاعات بين مختلف المحاكم. وذهب بعض الفقه أن مفهوم الاختصاص انفصل عن تكييف أو وصف المحكمة ليتصل بالسلطة القضائية، ويبقى القاضي مختصا إذا خول سلطة لاتخاذ إجراء بالأفضلية عن قاض آخر⁽²⁷³⁾، وفي هذه الحالة تجاوزه للصلاحيات المسندة له لا بعدم الاختصاص وإنما بتجاوز السلطة أو الصلاحية. لأن عدم الاختصاص هو جزاء الإخلال بقواعد تقسيم العمل القضائي بين جهات قضائية لها نفس السلطة أو الصلاحية القضائية. في حين يشكل تجاوز السلطة جزاء لخروج القاضي عن صلاحياته القضائية المرسومة له قانونا.

ونظرا لكون القاضي المنتدب والمحكمة يتقاسمان أعباء المعالجة لصعوبات المقالة كل في نطاق اختصاصه المحدد قانونا، فالأول يعتبر جهة اختصاص فرعية مستقلة داخل الدائرة الكبرى لاختصاص محكمة المسطرة⁽²⁷⁴⁾.

الفقرة الثانية: كيفية حل تنازع الاختصاص بين القاضي المنتدب والمحكمة

بالرغم من وضوح توزيع الصلاحيات بين القاضي المنتدب والمحكمة في تشكيلتها الجماعية فإنه لا يسلم الأمر من احتمالات التداخل والتنازع، لأن المشرع كلما منح أكثر من جهاز صلاحية البت في نطاق كتلة اختصاص Bloc de compétence⁽²⁷⁵⁾، إلا وبرزت هذه الظاهرة، ولا يشذ الجهازان القضائيان للمسطرة الجماعية عن هذه الظاهرة. كما أن الاختصاص المفتوح يمكن أن يسبب العديد من النزاعات في الاختصاصات مع محكمة المسطرة، ذلك أنه بالرجوع إلى مدونة التجارة، وبمقابلة بعض موادها نجد أن المادة 581 من م ت تعطي للمحكمة المفتوحة المسطرة أمامها الاختصاص للنظر في جميع الدعاوى المرتبطة بها دون أي اعتداد بالصلاحيات المخولة للقاضي المنتدب أو استثنائها. بالمقابل فالمادتان 671 و672 من م ت تمنحان القاضي المنتدب صلاحية السهر على السير السريع للمسطرة وحماية المصالح المتواجدة، مع البت بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات والمطالب الداخلة في اختصاصه، وهي وضعية تثير اللبس.

²⁷³-STAES (O)-: opcit p 106.

²⁷⁴-STAES (O)-: opcit, p 57.

²⁷⁵-STAES(O)-: opcit p 57.

غير أن الفیصل الذی یسمح بالحسم فی هذه الوضعية هو بالذات نابع من مقتضیات المادة 581 من م ت التي تقصر اختصاص المحكمة على الدعوى، بمعنى أن النزاع العائد للاختصاص بشأنه للمحكمة يجب أن یؤطر فی شكل دعوى لها مقوماتها الأساسية من أطراف وموضوع وسبب، وبالتالي تكون ولاية المحكمة قاصرة على الدعوى بمعناها الضيق وذات الطبيعة النزاعية، بينما القاضي المنتدب يعد محكمة الولاية العامة *juridiction de droit commun* فی كل المسائل غیر النزاعية⁽²⁷⁶⁾. أما المسائل ذات الطبيعة النزاعية كقاعدة، فهي تدخل فی الاختصاص الذی تمتلكه المحكمة، والذي يشكل القاضي المنتدب فی نطاقها استثناء وبالتبعیة فهو لا یختص منها إلا بما أسند إليه بنص صریح.

إن الخصوصیات المتعلقة بآلیات رفع الدعوى والاختصاص تتعزز بالخصوصیات المسطرية المتعلقة بسیر الدعوى وذلك من أجل توفير أدوات مسطرية، وإجرائية تساعد على السیر السریع والفعال للمسطرة وهو ما سنبحثه فی الفصل الثانی.

²⁷⁶- المهدي شبو: م س، ص 173.

الفصل الثاني: الخصوصيات المسطرية المتعلقة بسير الدعوى

تتميز مساطر صعوبات المقابلة عن الدعوى في مفهومها التقليدي بالعديد من الخصائص التي تجعلها تتوفر على نظام مسطري خاص يخرج في العديد من مكوناته عن القواعد المسطرية العامة، غير أن الأمر لا يتعلق بوضع بيان مفصل لجميع المقتضيات التي تنظم مختلف مراحل الدعوى، لهذا سنعتمد إلى اختيار النقط التي سنتطرق لها على أننا سنقوم فقط بدراسة النقط التي تتميز بطبيعة خاصة.

وضع اليد تلقائيا من طرف المحكمة على الدعوى تعتبر مرحلة من هذه المراحل، وتعكس هذه الأخيرة من الناحية الجوهرية وجود سلطة أحدثت لمصلحة معينة. ولذا يمكننا أن نتساءل عن ماهية الطبيعة الإجرائية الحقيقية لوضع اليد تلقائيا، ألا يتعلق الأمر بمطالبة قضائية ترفع من طرف المحكمة والتي ستجيب عنها بنفسها من خلال حكمها؟ ألا تعتبر إلى حد ما طرفا في الخصومة؟

يعتبر مفهوم الطرف في الخصومة من بين المفاهيم المعقدة في قانون صعوبات المقابلة، لذا ينبغي تحديد من هم أطراف المسطرة الذين يستحقون اعتبارهم طرفا في الخصومة، كما يتعين بيان الطريقة المتبعة من الأطراف لتبادل مواقفهم لأنه في المسطرة المدنية ينبغي التمييز بين الواجبات الملقة على عاتق الأطراف وتلك الملقة على عاتق القاضي، باختصار فالأطراف بتقديمهم لادعاءاتهم هم من يساهمون في تكوين وصناعة القضية، وأن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القاعدة القانونية. ويمكننا أن نتساءل ما إذا كان توزيع المهام ملزما في قانون معالجة صعوبات المقابلة؟ في واقع الأمر فإن من شأن وضع اليد تلقائيا المس بالمبادئ التوجيهية للقضية، مثلا لا يمكن أن نتصور كيف للقاضي الذي يضع يده تلقائيا أن يمتنع عن الاستعانة بما يمتلك من معلومات خاصة وبالتالي لا تكون بعض المبادئ الأساسية ملائمة لتحقيق الأهداف التي حددها المشرع.

فضلا عن أن معالجة صعوبات المقابلة هو أمر موكول للقضاء، لأن قانون صعوبات المقابلة يتحقق بواسطة المساطر القضائية التي تقدم الضمانات التي كانت من وراء اختيارات المشرع.

لذلك سنتولى دراسة مفهوم الطرف في الدعوى في قانون صعوبات المقابلة (الفرع الأول) ودراسة عدم ملائمة المبادئ التوجيهية للدعوى مع معالجة صعوبات المقابلة (الفرع الثاني) على أن ندرس الطابع القضائي للنزاع في مساطر معالجة صعوبات المقابلة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أطراف الدعوى

يرتب القانون على تقمص شخص معين لصفة خصم مجموعة من النتائج القانونية أو ما يعبر عنه بالمركز القانوني للخصم والذي يتمثل في مجموعة من الحقوق والواجبات الإجرائية التي ينسبها القانون لشخص باعتباره خصماً⁽²⁷⁷⁾، وعليه فإن الخصوم أو الأطراف يشكلون في مجموعهم عنصراً أساسياً من عناصر الدعوى، ولذلك قيل بأن " الخصومة بالخصم ومن أجل الخصم " ⁽²⁷⁸⁾. لأن عنصر الأشخاص يشكل ركيزة أساسية في الالتزامات القانونية الموضوعية وكذا بالنسبة للقوانين الإجرائية اعتباراً لكون الدعوى مقررّة لفائدة شخص وضد شخص، غير أن الشخص كعنصر من عناصر الدعوى يعبر عنه بمفاهيم متعددة، من ذلك الخصم والطرف والمتقاضي، وإن التشريع المغربي قد زواج بين المصطلحات المذكورة⁽²⁷⁹⁾. كما أن القضاء المغربي يزواج كذلك بين مصطلحي الطرف والخصم للدلالة على أحد طرفي الدعوى بغض النظر عن مركزه القانوني فيها، ونمثل لذلك بالقرار الصادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) والذي جاء فيه "حيث تبث صحة ما عابه الطاعنون على القرار ذلك أن المسمى الذي تسلم طي تبليغ الحكم ... ليست له الصفة في النيابة عن الطالبين في تسلم الحكم المذكور لاعتباره خصماً في هذه

²⁷⁷ - وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس العدد 1 السنة 18 يناير 1976 ص 7.

حبيب عبيد مرزة العمري: الخصم في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2012، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 10-11.

²⁷⁸ - وجدي راغب: مبادئ الخصومة المدنية، دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات، دار الفكر العربي القاهرة 1976، ص 225.

²⁷⁹ - بالنسبة لمصطلح الطرف استعمله المشرع في قانون المسطرة المدنية في الفصول التالية: 1-3-6-8-

10-35-38-40-41-42-47-48-49-50-51-55-56-57-59-60-61-62-63-64-67-70-72-

74-75-76-81-82-83-85-86-87-88-92-93-95-97-103-110-114-115-119-120-

121-123-124-وبالنسبة لمصطلح الخصم تم استعماله في الفصول: 85-89-95-109-323-412-

415 من ق م م. كما أن قانون مهنة المحاماة وخاصة المادة 47 منه والتي تنظم إجراءات سحب المحامي

لنيابته نجدها قد استعملت مصطلح الخصم للدلالة على أحد أطراف الدعوى.

وبالنسبة لمصطلح المتقاضي نجد الفصل 5 من ق م م قد استعمل هذا المصطلح حيث ينص هذا الفصل

على أنه: "يجب على كل متقاضي ممارسة حقوقه طبقاً لقواعد حسن النية".

الدعوى" (280). وجاء في قرار آخر «في حالة اختلاف الخصوم حول علاقة وارث بالمورث وإدلاء كل بإرائته بخصوص عدة الورثة فيجب على المحكمة النظر في مدى إمكانية الجمع بين الاراتين بالنظر إلى أن إحداها علمت ما لم تعلمه الأخرى، وأن المثبت أولى من الذي نفي» (281) وفي قرار آخر «من المقرر انه يستعان في المسائل الفنية بأهلها ومتى تعلق الأمر بتحديد المواقع والأنصاب أو رسم الحدود فبالألياتها التقنية ولا يعتمد فيها على تصريحات الأطراف وإنما على ما يفرزه البحث التقني» (282). وقضت محكمة النقض أيضا بأن «الدفع بعدم قانونية الخبرة المنجزة وأمر المحكمة، بإجراء خبرة تكميلية بواسطة نفس الخبير وتعديل عن هذه الأخيرة بسبب تخلف الخصوم عن حضورها معتبرة ذلك إقرارا منهم بما جاء في الخبرة الأولى دون القيام بإجراء للتحقيق ولو بالوقوف على عين المكان ... يجعل قرارها معللا تعليلا فاسدا» (283) وقضت أيضا على أنه «يشترط في حالة تعذر التبليغ لعدم العثور على الطرف أو على أي شخص في موطنه أو محل إقامته أن يقوم المكلف بالتبليغ أو السلطة الإدارية بإلصاق إشعار بذلك في موضع ظاهر بمكان التبليغ ...» (284) وفي قرار آخر جاء فيه «أن تساوي البيانات للخصوم وعدم وجود سبب لترجيح إحداها على الأخرى تتساقط نتيجة لذلك ولا يؤخذ بإحداها دونا عن الأخرى ...» (285). وقضت محكمة النقض أيضا "بأن العبرة بالتكييف الذي يعطيه القانون للمراكز القانونية للأطراف، و أن ادراج الطاعنة مدعى عليها في المقال الافتتاحي للدعوى لا يمكن معه نزع تلك الصفة عنها في

280- قرار عدد 698 صادر بتاريخ 6-12-2006 في الملف الشرعي عدد 350-2-1-2006 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى أهم القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث ص 265 وما بعدها.

281- قرار عدد 79 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 9-2-2016 في الملف المدني عدد 3071-4-1-2014 منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية عدد 27 ص 61.

282- قرار عدد 64 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2-2-2016 في الملف المدني عدد 569-4-1-2014 منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية عدد 27 ص 58.

283- قرار عدد 236 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 15-4-2014 في الملف المدني عدد 3137-4-1-2013 غير منشور.

284- قرار عدد 283 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30-6-2016 في الملف التجاري عدد 709-3-1-2015 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية، العدد 29، ص 112.

285- قرار محكمة النقض عدد 220 بتاريخ 24-3-2015 في الملف المدني عدد 5226-3-1-2014 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية عدد 21، ص 88.

دعوى استدعيت لها بصفة نظامية، و قدمت جوابا في الملف، بمجرد مقال إصلاحي للطرف المدعي حولها من مدعى عليها إلى مطلوب الحكم بحضورها دون مراعاة لمركزها القانوني، لما لها من صفة و مصلحة باعتبارها المعنية المباشرة بمشروع نزاع الملكية الذي تم الحكم بالتشطيب عليه، سيما و أن الحكم المطعون فيه بالاستئناف أوردها في ديباجته كمدعى عليها و جعل منها بالتالي طرفا فيه، و أن المحكمة المطعون في قرارها لما لم تراع ذلك، جاء قرارها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه، و غير مرتكز على أساس⁽²⁸⁶⁾.

ويصف الفقه الطرف بأنه العنصر الذاتي في الدعوى⁽²⁸⁷⁾، ولم يحدد قانون المسطرة المدنية مفهوم الطرف، كما أن قانون صعوبات المقولة الصادر بتاريخ 2018-4-23 والقانون الملغى⁽²⁸⁸⁾، لم يحددا بدورهما مفهوم الطرف، ذلك أن الخلاف الفقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للدعوى ألقى بظلاله على تحديد مفهوم الخصم⁽²⁸⁹⁾، لأن الاستعمال المتكرر والشبه اليومي والمتداول في قاعات المحاكم لهذا الاسم يعطي انطبعا أن له معنى خاصا محددا وغير ملموس بما في ذلك ملامحه التي يعتبر تحديدها عديم الفائدة، بل في الواقع يعتبر تحديدها غير ضروري⁽²⁹⁰⁾، وغياب قاعدة قانونية لتحديد مفهوم الطرف قليلا ما تسبب صعوبات في القانون القضائي الخاص، هذا الإغفال ليس له وقع بالنسبة لمادة صعوبات المقولة إذا كان المشرع قد كرس مفهوما خاصا للطرف⁽²⁹¹⁾، ومن ثم يثور السؤال حول ما إذا كانت خصوصية معالجة المقولة ارتضت مفهوم الطرف كما هو مقرر في المسطرة المدنية والقانون العام أم أن خاصية هذا النزاع الاقتصادي يستدعي مفهوما

²⁸⁶- قرار رقم 187 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 27 مارس 2018 في الملف المدني عدد 1-4202-1-2016 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية السلسلة 8 العدد 39 مطبعة الامنية ص 61.
²⁸⁷-H. SOLUS et R. PERROT :Droit judiciaire privé Tome3 procédure de première instance Sirey 1991 n°9.

²⁸⁸- الكتاب الخامس من مدونة التجارة رقم 95-15 الملغى بقانون رقم 17-73.
²⁸⁹- احميدو اكري: الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول دراسة تحليلية وتأصيلية ومقارنة أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق شعبة القانون الخاص جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 1993-1994، ص 68 وما بعدها.

²⁹⁰-Meledo BRIAND: Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit, thèse rennes 1992 , N° 427 P 260.

²⁹¹-(O) -Staes: opcit, n° 260 p 257.

خاصا للطرف؟.

للجواب عن ذلك فإننا نجد في إطار مساطر صعوبات المقولة معيارا مهما يفرض نفسه لتصنيف الأطراف الذين يمكن أن تكون لهم مصلحة فيها، ويتجلى هذا المعيار في النص القانوني ذاته، فهناك بعض الأشخاص الذين ينص القانون بطريقة أو بأخرى على مشاركتهم في المسطرة إما بتوجيه الاستدعاء إليهم أو استشارتهم والاستماع لأقوالهم، ومن ثم يطرح التساؤل حول مدى كون ذلك كافيا لاعتبارهم أطرافا في المسطرة، أم أنهم يجب عليهم إثبات وجود مصلحة لديهم فيها؟ ومن جهة ثانية نجد أشخاصا آخرين لا ينص القانون صراحة على مشاركتهم غير أن لهم مصلحة ثابتة في ذلك مما يكسبهم الصفة اللازمة من أجل القيام بالدفاع عن حقوقهم نظرا لعدم إمكانية التمييز بين الصفة والمصلحة.

زيادة على أن محكمة النقض الفرنسية تجعل من الادعاء إحدى المعايير المستند عليها لإعطاء وصف الطرف بالنسبة للعروض المقدمة من طرف الأشخاص الراغبين في شراء المقولة والغير المقبولة من طرف المحكمة تعتبر أن هؤلاء لا يتوفرون على ادعاء يمكن طرحه بمفهوم المادتين 4 و 31 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي بحيث لا يمكن لهم أن يعتبروا أطرافا في الدعوى⁽²⁹²⁾، بغض النظر عن تقديم الادعاء فلقد ابتكر الفقه التجاري⁽²⁹³⁾ مفهوم الطرف الضروري "Partie nécessaire" أو الطرف المجرى "Partie obligée". هذا التشكل من التصورات الجديدة للطرف أظهر صعوبة القانون القضائي الخاص لضبط خصوصيات المسطرة الجماعية⁽²⁹⁴⁾، وهكذا فإن المدين يعتبر طرفا ضروريا في الدعوى التي ترمي إلى فتح المسطرة في حقه أو في تلك التي أدت إلى إصدار حكم في موضوع مآل مقاولته.

وعليه فإنه يوجد نوعان من أطراف الدعوى تلك التي قصدت خلق أو الانضمام إلى الدعوى عن طريق تقديم ادعاء أمام القضاء (المبحث الثاني) والأطراف الضرورية (المبحث الثالث) على أن نبحت عناصر تكييف مفهوم الطرف في (المبحث الأول).

²⁹²-Com 2-4-1996 Bull civ 2n° 109- com 8-11-1988 Bull civ 2 n°295.

²⁹³-P. CAGNOLI: op cit n° 166, p 129.

²⁹⁴-O. STAES: op cit n°260, p 257.

المبحث الأول: عناصر تكييف مفهوم الطرف

مفهوم الطرف في القانون القضائي الخاص مرتبط بنزاع له عنصر ذاتي لأنه ليس هناك نزاع بدون طرف اعتبارا لكون الدعوى مقررة لفائدة شخص وضد شخص، فأطراف الخصومة هم الأشخاص الذين أخذوا المبادرة لممارسة الدعوى أمام العدالة أي الأطراف المدعية أو الأطراف الموجهة الدعوى ضدهم.

وإذا كانت الدعوى هي وسيلة قانونية يمارسها صاحب الحق وتتجسد بطلب يقدمه صاحب الحق قصد الحكم به، ويفترض في كل دعوى وجود نزاع يترجم مصالح متعارضة، فالمصلحة هي مناط الدعوى وهي شرط جوهري للدعاء، فضلا عن أن البحث عن صفة الطرف ليس فقط البحث عن الذي يتقدم بالدعوى، وإنما البحث عن عناصر التكييف المطبقة على كل المتدخلين مسطريا وعلى كل من تطبق عليهم من بعيد أو قريب كل متطلبات الشروط والتي هي المصلحة والصفة.

وانطلاقا من هذه الثوابت المسطرية يطرح التساؤل حول مفهوم الصفة والمصلحة في إطار مساطر صعوبات المقابلة -مسطرتي التسوية والتصفية القضائية- وكذا جوهر النزاع الذي يحرك هذه المساطر.

للإجابة عن هذا سوف نتطرق للمصلحة المتطلبة في مساطر صعوبات المقابلة (المطلب الأول) وللصفة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المصلحة المتطلبة في إطار معالجة صعوبات المقابلة

يقصد بالمصلحة تلك الميزة أو الفائدة أو المنفعة المادية أو الأدبية أو الاقتصادية، التي تعود على رافع الدعوى فيما لو كسب دعواه⁽²⁹⁵⁾. ووفقا لرأي بعض الفقهاء، فإن للمصلحة معنيان: الأول هو الباعث أي الحاجة إلى الحماية القضائية التي توجد في حالة الاعتداء، أو التهديد بالاعتداء على الحق أو المركز. والثاني هو الغاية أي المنفعة التي

²⁹⁵- أحمد مسلم: أصول المرافعات القاهرة 1971 بند 295، ص 318.
أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة 1981 بند 85، ص 138.
أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية الطبعة 13 سنة 1980 بند 101، ص 110.
عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 143.

يحصل عليها المدعي من تحقيق حماية القانون بحقه، الذي اعتدي عليه أو المهدد بالاغتداء عليه⁽²⁹⁶⁾.

وتؤدي فكرة المصلحة دوراً مهماً في تقسيم القضاء إلى قضاء شخصي حيث النزاع حول الأثر القانوني المترتب على القاعدة القانونية، وقضاء موضوعي حيث النزاع محله القاعدة القانونية برمتها من حيث الغرض والحكم أو النتيجة. كذلك تنقسم الدعاوى وفقاً للمصلحة إلى دعاوى دفاعاً عن مصلحة خاصة ودعاوى دفاعاً عن مصلحة جماعية ودعاوى دفاعاً عن مصلحة عامة⁽²⁹⁷⁾.

وفكرة المصلحة يمكن أن تستخدم كأداة من أدوات السياسة التشريعية بمعنى أن القانون يستطيع أن يوسع من التجاء الأفراد إلى القضاء إذا ما يسر في مفهوم المصلحة، ويستطيع أن يحجب الأفراد عن القضاء إذا ضيق من مفهوم المصلحة.

وتعتبر المصلحة شرطاً يلزم تحققه لمباشرة الدعوى، وخير دليل على أهمية⁽²⁹⁸⁾ هذا الشرط هو كثرة الأمثال التي تجعل من ركن المصلحة أساس كل دعوى مثل "لا دعوى من دون مصلحة" "المصلحة مناط الدعوى" ويتضح من خلال الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية أن المصلحة شرط لازم وركن أساسي لقيام الدعوى⁽²⁹⁹⁾ كما أن محكمة النقض استقرت على اعتبار هذا الشرط لازماً لقبول الدعوى وصحتها حيث جاء في قرارها⁽³⁰⁰⁾: «حيث إنه بناء على الفصل الأول من ق م م فإن شروط قبول الدعوى توفر شرط المصلحة... فضلاً عن كل ما تقدم فإنه لا دعوى بلا مصلحة، وأن الحكم المطعون فيه قضى بعدم قبول الطلب فلا مصلحة للمستأنفين الذين يمثلهم الوكيل القضائي للمملكة للطعن في الحكم المذكور».

²⁹⁶ عبد المنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى رسالة دكتوراه - القاهرة - الطبعة الأولى 1947 بند 49-50، ص 54 وما يليها.

²⁹⁷ سيد أحمد محمود: شرط المصلحة في الدعوى القضائية وشرط استمراريتها مداخلة منشورة بمجلة الحقوق مجلة فصلية تصدرها جامعة الكويت، ملحق العدد الرابع دجنبر 2001، ص 10.

²⁹⁸ عزمي عبد الفتاح: شرط المصلحة في الدعوى مجلة الحقوق تصدرها جامعة الكويت، ملحق العدد الرابع دجنبر 2001، ص 68.

²⁹⁹ ينص الفصل الأول من ق م م في فقرته الأولى على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه".

³⁰⁰ قرار رقم 320 بتاريخ 20-5-1999 في الملف الإداري عدد 99/216 منشور بمجلة الإشعاع مجلة تصدرها هيئة المحامين بالقيصرية عدد 23 يونيو 2001، ص 128 وما يليها.

لكن لا يمكن قبول المصلحة كشرط في الدعوى بشكل مطلق إلا بتوفرها على بعض الشروط وهي أن تكون قانونية وشخصية وقائمة أو آنية.

فالمصلحة القانونية أي التي استندت إلى حق⁽³⁰¹⁾، أو أن تكون مؤسسة على حق يكفله القانون أو أن تسعى لحمايته⁽³⁰²⁾، وبعبارة أخرى يتعين أن يكون موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو كمركز قانوني أو التعويض عن ضرر أصاب حقاً من الحقوق، وبناء على ذلك إذا كانت المصلحة غير قانونية فلا يعتد بها ولا تكفي لقبول الدعوى⁽³⁰³⁾.

وأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ذلك أنه يلزم أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني ولا يقبل أن يطالب بحق الغير ما لم يكن نائباً⁽³⁰⁴⁾.

ويجب أن تكون المصلحة قائمة أو حالة أو فورية، بمعنى أن يكون حق رفع الدعوى قد اعتدي عليه أو أثير شك حول مركزه القانوني يبرر الالتجاء إلى القضاء كأن يمتنع المدين عن الوفاء بالتزامه للدائن بالرغم من حلول الدين، فيحرم الدائن من الانتفاع بمزايا حقه ولذلك تقبل دعوى الدائن للمطالبة بدين حل أجله، أما قبل حلوله فلا تقبل الدعوى لأن المصلحة فيها ليست قائمة ولو كان الدائن يتوقع امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه عند حلول أجله⁽³⁰⁵⁾.

وانسجاماً مع الأهداف التي حددها المشرع لمساطر معالجة صعوبات المقاوله يلاحظ بأن شرط المصلحة في هذه المساطر لها من الخصوصية ما يجعلها تنفرد عن المتطلب في القواعد العامة، وبخلاف نظام الإفلاس -الذي كان يرفع بالأساس مصالح الدائنين- فإن المصلحة في هذه المساطر أصبحت بالضرورة مصلحة عامة بالدرجة الأولى توجد بجانبها بعض المصالح الفردية الثانوية، فالقانون هنا هو الذي يحدد المصلحة وهو

³⁰¹ عبد الإله المحبوب: الوجيز في شرح قانون المسطرة المدنية -الدعوى -الأحكام وطرق الطعن-أحكام الحجزات الطبعة 2015، مطبعة دار القلم الرباط، ص23.

³⁰² جواد امهمول: الوجيز في المسطرة المدنية -مجموعة القانون المسطري، مطبعة الأمانة الرباط 2015، ص51.

³⁰³ عبد الإله المحبوب: م س، ص23.

³⁰⁴ عبد الكريم الطالب: م س، ص 167.

³⁰⁵ الطيب الفصايلي: الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الأول مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الثانية 1993، ص144.

الذي يعين أيضا الجهات التي تتولى تمثيلها.

ومن ثم فالمصلحة الشخصية هي مجرد مصلحة ثانوية، لأنه في المساطر الجماعية مهمة المحكمة ليست تسوية نزاع بين ادعاءات متعارضة بل صياغة الحل الملائم والأفضل لوضعية المقاتلة، وبذلك فالنزاع موضوعي وفي هذا الأخير المصلحة في اللجوء إلى العدالة تكون مرتكزة على الحق الجوهرى قطعاً وهذا مستنبط من النظام العام. غير أنه لا بد من أن نبين مشاركته في المصلحة العامة ليكون هناك مصلحة من قبل الذي يتقدم إلى العدالة، لأن المصلحة في اللجوء هي تقييم مشاركة المصلحة للطرف المتقدم بالطلب للمصلحة المستعملة كأساس في الدعوى. في هذا السياق يمكن أن تكون مفارقة بين المصلحة الشرط للقابلية والمصلحة الهدف للنزاع أمام القضاء أي القانون الجوهرى.

هذا التفكك يتحقق في قانون صعوبات المقاتلة⁽³⁰⁶⁾، فالدائن مثلاً في تأسيس حق الدين يشارك في المصلحة العامة التي هي تسوية المقاتلة، وبالتالي تعد المصلحة جزءاً لا يتجزأ في إطار المنازعات الذاتية وشرطاً أساسياً لقيام الدعوى، إلا أنها من ناحية أخرى لا تعتبر ضرورية في الإجراءات القانونية الأخرى أو في سياق نزاع موضوعي.

ويتضح من مفهوم المصلحة فكرة النسبية، ويتم تحليل الخصائص المرتبطة بالمصلحة وفقاً لمشاركتها في المصلحة، أو وفقاً للدور الذي تلعبه في الغرض من القضية، وإذا كانت تتداخل بالضرورة في التقاضي الشخصي فإنها تنفصل بوضوح في التقاضي الموضوعي⁽³⁰⁷⁾. ففي إطار النزاعات التي تهدف الدعوى إلى حماية الحقوق الشخصية فمشروعية المصلحة تراقب الطابع الأخلاقي والقانوني، هذه المراقبة غير ملائمة في إطار المساطر الجماعية والتي يمارس فيها القاضي قضاء اقتصادياً دون البت حقا في نزاع، ومع ذلك فإن ازدواجية فحص الأخلاق والقانون للمصلحة ليست مستبعدة في مادة تسوية المقاتلة ولكنه يلعب دوراً ثانوياً، ذلك أن نزاعات مساطر معالجة صعوبات المقاتلة موجهة لتسوية المقاتلة، بينما أطراف الخصومة، فالقضية ليست موجهة ضدهم بل يشاركون فيها لإعادة

³⁰⁶-Meledo BRIAND: op cit N° 436, p 265.

³⁰⁷-Meledo BRIAND: opcit N° 443, p 270.

تنظيم وتأهيل المقاول، و في هذا قضت محكمة النقض على أنه "تتجسد مصلحة الدائن المرتهن رهنا رسميا في كون الامر يتعلق بدعوى تعديل تاريخ التوقف عن الدفع، المنبثقة عن مسطرة جماعية، لا تقتصر آثار الحكم الصادر فيها على رافع الدعوى و المقاوله موضوع المسطرة المذكورة و مسيرها فحسب، و إنما تمتد تلك الآثار المتمثلة في بطلان أو إبطال كل التصرفات التي أبرمتها المقاوله بعد تاريخ التوقف عن الدفع مع كل المتعاملين معها بما فيهم الطالبين، مع ما يستتبع ذلك من توفر هؤلاء على مصلحة حقيقية و مباشرة للمنازعة في الطلب الرامي إلى إجراء ذلك التعديل، حتى يتوقوا جزاء البطلان الذي يتهدد عقودهم، و المحكمة لما صرحت بعدم قبول استئناف الطالبين بعله عدم توفرهما على الصفة لاستئناف الحكم المعدل لتاريخ التوقف عن الدفع، بالرغم من تقمصهما خلال المرحلة الابتدائية صفة الخصم المنازع في طلب ذلك التعديل، تكون قد بنت قرارها على غير أساس". (308)

و قضت أيضا على أنه "لما كانت الطالبة مرتبطة مع المقاوله المحكوم بتعديل تاريخ توقفها عن الدفع بعقد شراء عقار صار تاريخ إبرامه مشمولاً بفترة الريبة بعد التعديل المذكور، مع ما يستتبعه من اندراجه ضمن التصرفات التي تقرر المادتين 681 و 682 من م ت بطلانها أو قابليتها للإبطال، فإن مصلحتها (الطالبة) الشخصية تكون قائمة للمنازعة في التعديل الذي طال تاريخ التوقف عن الدفع، عن طريق تدخلها الإرادي في الدعوى باعتبارها صاحبة مصلحة خاصة بها، أتاح لها المشرع بمقتضى الفصل 144 من ق م م التدخل إراديا في الدعوى للدفاع عليها، التي هي مصلحة تضي عليها صفة الخصم الحقيقي في النزاع، و تحول دون اعتبارها مجرد متدخل انضمامي للطرف المستأنف" (309).

وكذلك فالمفوت له الاحتمالي لا يعتبر طرفا إلا إذا كانت مصلحته الشخصية مطابقة أو موافقة لغاية الخصومة الموضوعية وهي إنقاذ المقاوله، استمرار النشاط، والإبقاء على

³⁰⁸- قرار عدد 175 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30 مارس 2017 في الملف التجاري رقم 967-3-2016-1 غير منشور.

³⁰⁹- قرار رقم 172 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30 مارس 2017 في الملف التجاري عدد 455-3-2016-1 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية السلسلة 7 العدد 35 مطبوعة الامنية ص 107.

العمال، وتسوية الخصوم. وهي ثلاث معايير لتقييم مشروعية المصلحة. وخصوصية مساطر معالجة صعوبات المقابلة هو تقدير شرعية المصلحة لادعاء المرشحين للتقويت حسب مصلحة الشركة، وهذا ما أكدت عليه السيدة Meledo BRIAND بأن هناك فصلا بين المصلحة كشرط القبول والمصلحة موضوع النزاع⁽³¹⁰⁾، وهذا الفصل يبرز أن تقويت المقابلة هو إجراء تسوية المقابلة وليس جزاء أو انتهاك مصلحة قانونية محمية، ومنذ ذلك الحين فمصلحة المفوت إليهم الاحتماليين يخصص شرعيتها في الجمع في مصلحة إعادة تسوية المقابلة⁽³¹¹⁾.

وعليه فإن شرط المصلحة في مساطر معالجة المقابلة تحيد عن كونها مصلحة شخصية، لأن السنديك مثلا عند ممارسته لدعوى البطلان يكون هاجسه حماية الدائنين وضمان قاعدة المساواة فيما بينهم، وهي بذلك مصلحة جماعية وليست مصلحة شخصية وهو ما يتأكد من خلال المادة 675 من مدونة التجارة: «للسنديك وحده الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم ...» ومن المادة 718 من نفس القانون والتي تنص على أنه: «يمارس السنديك دعوى البطلان قصد إعادة جمع أصول المقابلة». وبذلك فالبيان أن هذه المصلحة ليست قانونية محضة لكونها في أساسها اقتصادية واجتماعية لأن دعوى البطلان حسب المادة 718 من م ت ترمي إلى جمع أصول المقابلة وضمان استمراريتها وإن كان هدفها حماية حق أو مركز قانوني، ومن ثم في الواقع فأجهزة المسطرة تقوم بهذه المبادرة بدافع حماية مصلحة غير مصلحتها، كما أن وضع المحكمة يدها تلقائيا فهي تقوم كذلك بدافع مصلحة غير مصلحتها، ومن ثم فالصفة للدفاع عن مصلحة خاصة هو مفهوم خاص في المسطرة المدنية لكن في القانون الموضوعي هناك مفهوم آخر وهو السلطة. والمشرع يضع افتراضا مؤداه أن تسوية أوضاع المقاولات التي تعاني صعوبات هو أحد أغراض الصالح العام، وبذلك فمصلحة المقابلة الفضلى لا بد من حمايتها خاصة وأن ترجيح المشرع لفئة من المصالح على حساب مصالح أخرى بعدما حدد ثلاثة أهداف أولها إنقاذ المقابلة، وبالتالي

³¹⁰-Meledo BRIAND: opcit, N° 436, p 225.

³¹¹-Meledo BRIAND: opcit, N° 457, p 276.

فالمصلحة الفضلى تقوم على تحقيق الغاية التي يرمي إليها المشرع من بين القواعد الخاصة⁽³¹²⁾ المنصوص عليها في قانون صعوبات المقاولات والمتمثلة في الغاية أعلاه وهي إنقاذ المقاول.

إذا كانت الفلسفة التشريعية لنظام صعوبات المقاولات تروم حماية المقاولات بالدرجة الأولى، باعتبارها مصلحة أساسية تدور في فلكها مصالح مختلف الأطراف الأخرى، كما أن مساطر معالجة صعوبات المقاولات تتخللها مراحل متداخلة ومتشابكة ويتدخل فيها فاعلون وأجهزة مختلفة⁽³¹³⁾. ولعل ما يبرر التدخل المتنامي لهذه الأجهزة والأطراف هو وجود مصالح متباينة يتعين التعبير عنها وتمثيلها⁽³¹⁴⁾. و ما دامت غاية المشرع تتمثل في دعم المقاولات التي تعاني من صعوبات، فالأمر يدعو إلى تظافر جهود جميع الفاعلين الاقتصاديين والفرقاء الاجتماعيين وفق مقاربة تشاركية تنصهر فيها جميع المصالح المتضاربة في اتجاه مصلحة المقاولات، حيث لم يعد الحديث في ظل مساطر معالجة صعوبات المقاولات عن مصلحة خاصة لهذا الطرف أو ذاك، بل إن الرؤية الجديدة تستدعي إنقاذ المقاولات وضمان استمرارية نشاطها داخل المحيط الاقتصادي مما يقتضي انخراط جميع الأجهزة بصفة إيجابية ضمن هذا التصور الجديد كما يجب أن يكون تدخل الفاعلين و في مقدمتهم الدائنين في إطار هذه المساطر بصفتهم شركاء لا بصفتهم خصوم و ذلك من أجل تحقيق مصلحة المقاولات⁽³¹⁵⁾.

وإذا كان شرط المصلحة يتميز بهذه الخصوصيات في إطار مسطرة معالجة صعوبات المقاولات فهل شرط الصفة كشرط لازم لإقامة الدعوى يتميز بخصوصيات في إطار هذه المادة وهو ما سنبحثه في المطلب الموالي.

³¹²- محمد العمري: حماية المصلحة الفضلى للحدث في التشريع الجنائي المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى 2017، ص 13.

³¹³- Yves Chaput : Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle, PUF, 1996 P 232.

³¹⁴- Cagnoli (P) : op. Cit. N° 29 p 20.

³¹⁵- Cagnoli (P) : op. Cit. N° 34 p 23 et S.

المطلب الثاني: الصفة

قد ينشأ الحق في دعوى قضائية نتيجة اعتداء على حق ما، ولكن لمن تكون سلطة استعمال هذا الحق في الدعوى القضائية؟

لا شك أن الإجابة هي أن صاحب الحق المعتدى عليه هو الوحيد الذي يمكن أن تعود عليه منفعة من الفصل فيما بعد في الدعوى القضائية، ولذلك تقبل الدعوى مادام هو رافعها.

وقد يحدث أن يكون لغير صاحب الحق المعتدى عليه مصلحة واقعية من رفع الدعوى إلا أن الفائدة التي يمكن الحكم بها لن تعود عليه رأساً وإنما عن طريق شخص آخر. ولبحث الصفة في إطار صعوبات المقولة يتعين التطرق لمفهوم الصفة (الفقرة الأولى) ولتفعيل الوصف القانوني للطرف في قانون صعوبات المقولة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الصفة

تتنوع الصفة في فروع القانون المختلفة، بل إنها تتنوع داخل الفرع الواحد حسب المسائل التي تثار بشأنها وتختلف نظرة كل من الفقه والقضاء لها وفقاً لتنظيم المشرع. فمن الناحية التشريعية نجد أن قانون المسطرة المدنية لم ينظم من خلال نصوصه⁽³¹⁶⁾ شرط الصفة تنظيمياً كافياً. ولقد ظهر أثر هذا التجاهل أو عدم الاهتمام

³¹⁶ - ينص الفصل 1 من ق م م على أنه "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه.

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده.

إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى".

- ينص الفصل 115 من ق م م على أنه: "يستدعي القاضي بمجرد علمه بوفاة أحد الأطراف أو بتغيير وضعيته بالنسبة إلى الأهلية سواء شفويًا أو بإشعار يوجه وفق الشروط المنصوص عليها في الفصول 37-38-39 من لهم الصفة في مواصلة الدعوى للقيام بذلك إذا لم تكن الدعوى جاهزة للحكم".

- ينص الفصل 116 من ق م م على أنه "إذا لم يقيم الذين أشعروا بمواصلة الدعوى بذلك في الأجل المحدد يصرف النظر ويبت في القضية.

- ينص الفصل 118 من ق م م على أنه "إذا حضر الأشخاص الذين لهم الصفة في مواصلة الدعوى الجلسة التي أثيرت فيها القضية تعتبر الدعوى سارية بهذا الحضور إذا لم يصدر عنهم تصريح صريح بذلك".

التشريعي بشرط الصفة في تناول الفقه والقضاء لها بالتردد وعدم الاستقرار وفي تحديد دورها أمام القضاء سواء أكانت صفة موضوعية (317) أم صفة إجرائية (318) بل واختلطت الصفة بغيرها من النظم مما شكل صعوبة في إزالة اللبس والغموض بين الأفكار المتشابهة معها.

وفي تحديد معنى الصفة ذهب جانب من الفقه إلى أن الصفة في رفع الدعوى القضائية لحماية الحق تكون لصاحب الحق وحده (319)، فالمقصود هو أن يكون المدعي في الدعوى القضائية هو صاحب الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته، وأن يكون المدعي عليه هو المعتدي على هذا الحق أو المركز القانوني (320). وبعبارة أخرى فإن الدعوى القضائية يجب أن تنسب إيجاباً لصاحب الحق المدعى به، وسلباً لمن يدعي بوجود الحق في مواجهته، وبذلك ليست الصفة إلا وصفاً من أوصاف المصلحة وهو ما يعبر عنه بأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، بمعنى أن يكون رافع الدعوى القضائية هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته أو من ينوب عنه (321). فالصفة ليست في نهاية الأمر سوى أحد الشروط التي يجب أن تتوافر في المصلحة منظوراً إليها من وجهة ما (322)، فيقصد

- ينص الفصل 514 من ق م م على أنه "كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة أو إدارة عمومية أو مكتب أو مؤسسة عمومية للدولة في قضية لا علاقة لها بالضرائب والأملاك المخزنية وجب إدخال العون القضائي في الدعوى وإلا كانت غير مقبولة".

- تنص المادة 271 من مدونة الأسرة على أنه "لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين".

- تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما".

317- الصفة الموضوعية لا تكون إلا لصاحب الحق المطالب بحمايته أمام القضاء ذاته.

318- الصفة الإجرائية وهي الصلاحية لاتخاذ الإجراءات القضائية بشكل صحيح وهي تثبت لصاحب الحق نفسه ولممثلته.

319- محمد عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، طبعة سنة 1957، بند 580، ص 580.

320- محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثالثة 1995، ص 93-94؛ عاشور مبروك: الوسيط في قانون القضاء المدني "قوانين المرافعات"، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية 1996، مكتبة الجلاء الجديد بالمنصورة 507، ص 520.

321- محمود السيد التحيوي: حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 43.

322- عبد المنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، 1947، ص 369.

بالصفة في رفع الدعوى أن تكون الدعوى شخصية، أي أنها تعبر عن الجانب الشخصي فيها⁽³²³⁾.

وإذا كانت المصلحة الشخصية المباشرة تذكر كشرط مستقل لقبول الدعوى القضائية فهي في الواقع مندرجة في شرط توافر المصلحة فيها، باعتبار أن القول بوجوب ميزة أو منفعة تعود على المدعي مباشرة يعني أن للمدعي مصلحة في الدعوى القضائية، وبالنظر إلى أن الصفة في الدعوى القضائية تثبت لمن تتوافر له في رفعها مصلحة شخصية ومباشرة، فإنه لا حاجة لجعل الصفة شرطاً مستقلاً لقبولها، وإنما هي وصفاً من أوصاف المصلحة والتي جعلها المشرع هي مناط قبول الدعوى القضائية⁽³²⁴⁾. وبذلك فالمصلحة الشخصية المباشرة ليست شرطاً مستقلاً لقبول الدعوى القضائية وإنما يتضمنها شرط تطلب المصلحة فيها ذاتها⁽³²⁵⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن الصفة تعتبر شرطاً قائماً بذاته من شروط قبول الدعوى القضائية مستقلاً عن شرط المصلحة فيها، ويعبرون عنه بشرط الصفة، فيقال إنه يشترط لقبول الدعوى فضلاً عن شرط المصلحة توفر الصفة⁽³²⁶⁾. فالصفة في الدعوى القضائية ليست هي المصلحة الشخصية والمباشرة للطرف فيها، بل هي شرط مستقل، ويقصد بها السلطة التي يباشر بمقتضاها الشخص الدعوى أمام القضاء، وبذلك يجب التمييز بين المصلحة المباشرة والصفة فيها، لأن المصلحة الشخصية هي الفائدة التي تعود على

³²³- محمود السيد التحيوي: م س، ص 45.

³²⁴- أمينة مصطفى النمر: قانون المرافعات الكتاب الأول الطبعة الثانية 1992 منشآت المعارف بالإسكندرية بند 158 ص 247.

³²⁵- رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة التاسعة 1969-1970، دار النهضة العربية بالقاهرة ص 140؛ مأمون الكزبري - ادريس العلوي العبدلاوي: شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجزء الثاني - الدعوى - الإجراءات أمام محاكم - الصكوك، مطابع دار القلم، بيروت 1973، ص 41؛ عبد الكريم الطالب: م س، الطبعة السادسة، أكتوبر 2012، المطبعة الوراقة الوطنية، ص 153؛ جلال محمد أمهمول: م س، ص 274.

³²⁶- رمزي سيف: م س ص 140.

فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني الطبعة الثالثة 1993، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص 58.

الشخص من مباشرة الدعوى القضائية، أما الصفة فهي سلطة مباشرتها⁽³²⁷⁾.

وبحسب الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية يعتبر غياب المصلحة وكذلك غياب الصفة وجهين مختلفين للدفع بعدم قبول الدعوى، إلا أنه إذا كان تحديد معالم هذا الاختلاف ممكنا من حيث المفهوم فإنه ليس من السهل دائما تمييز هذا الاختلاف على صعيد الممارسة، مما يبدو أن مشكل استقلالية الصفة سيبقى مطروحا في غياب تحديد دقيق لكل شروط قبول الدعوى⁽³²⁸⁾. وهذا ما جعل الفقيهين M-VINCENT et S.GUINCHARD يعتبران أن هناك انتقالا تدريجيا من المصلحة نحو الصفة⁽³²⁹⁾.

ويعتبر الفصل بين المصلحة والصفة تاما إذا أخذنا المصلحة ببُعديها: البعد الشخصي للمدعي والبعد الجوهري للطلب عند معالجة القاضي له⁽³³⁰⁾، ذلك أن البعدين يتطابقان في حالة المنازعة حول حق شخصي لأنه في هذه المنازعة يشترط لتوافر الصفة الإيجابية وكذا السلبية وجود تطابق بين أطراف الدعوى من جهة وأطراف الحق المدعى به من جهة أخرى⁽³³¹⁾، إلا أن هذا ليس هو الحال في الدعوى الموضوعية، فالصفة تثبت للمدعي الذي يفترض أنه سيستفيد من الامتياز الذي قد يكرسه الحكم الصادر في الموضوع. وأخيرا فإنه يشترط لقبول الدعوى أن تكون للمدعي والمدعى عليه صفة في الدعوى، فالصفة عبارة عن وضع شخص بالنسبة لحق أو مركز قانوني معين، وتقوم على صلة بين هذا الشخص والمركز القانوني أو الحق المذكور، بمعنى أن الصفة هي العنصر الذي يربط ما بين طرفي الدعوى والنزاع المعروض على المحكمة، فتلك الرابطة هي التي تخول للمدعي الحق في الولوج إلى القضاء، وذلك لوجود صلة بين أشخاص الدعوى وبين الحق أو المركز موضوع هذه الدعوى⁽³³²⁾، أي نسبة الحق أو المركز المدعى به إلى

³²⁷- وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات 1974، دار الفكر العربي بالقاهرة ص 147.

إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، الخصومة القضائية أمام محاكم الدرجة الأولى، الحكم القضائي، 1980، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 166.

³²⁸- جلال محمد أمهمول: م س، ص 277.

³²⁹-Meledo BRIAND :op cit, n° 446, p 270.

³³⁰-Meledo BRIAND: op cit, n° 446, p 271.

³³¹- جلال محمد أمهمول: م س، ص 281.

³³²- وجدي راغب فهمي: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، م س، ص 148-149.

الشخص نفسه في مواجهة شخص آخر المعتدي أو المهدد بالاعتداء⁽³³³⁾، وذلك بالمطالبة بالحق أو المركز القانوني لنفسه وليس للغير وهذه يطلق عليها الصفة الموضوعية العادية⁽³³⁴⁾، ولكن القانون قد يعترف بالصفة الموضوعية لشخص آخر، وهو ما يعرف بالصفة الموضوعية غير العادية⁽³³⁵⁾، وكذلك قد يسمح لشخص آخر أن يمثل المدعي أو المدعى عليه في الدعوى وهو ما يعرف بالصفة الإجرائية.

غير أن طبيعة المنازعات في إطار صعوبات المقولة تتطلب إدراكا وتحديدا لمفهوم الصفة وخصوصية خاصة تتعلق بصفة الخصم لتضم حالات أخرى غير تلك التقليدية التي تتعامل وفق شؤون إجرائية تكون حصرا فردية وتسمح تحديدا بالاعتراف بالنمط المتجدد لشروط إقامة الدعوى القضائية التي تناقش المنازعات المتعلقة بقانون صعوبات المقولة وهو ما سوف نبحثه في الفقرة الموالية.

الفترة الثانية: الوصف القانوني لصفة الطرف في قانون صعوبات المقولة

إن الأخذ بتصور أكثر مرونة لآليات الوصف القانوني للصفة يسمح بإمكانية رؤية واضحة داخل إطار آليات خاصة متعلقة بالتطبيق على صعيد مساطر صعوبات المقولة (أولا)، ولكن لا يقتصر هذا القانون على استخدام آليات الوصف القانوني بشكل خاص

³³³ سيد أحمد محمود: التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص 154.

³³⁴ عندما يلجأ الخصم إلى القضاء للدفاع عن حقه بالطريقة التي رسمها القانون فإنه لا بد أن يكون ذا صفة في هذه المطالبة، وقد يطالب بنفسه باعتباره صاحب الصفة الموضوعية أو عن طريق ممثل له، فتثبت للشخص صفة موضوعية، ويطلق عليها الصفة الموضوعية العادية كما يثبت للممثل له الصفة الإجرائية. أما الشخص الاعتباري فان تمثيله أمام القضاء يكون عن طريق شخص طبيعي فيثبت للشخص الاعتباري صفة موضوعية ويطلق عليها الصفة الموضوعية العادية كما يثبت للممثل له الصفة الإجرائية. وأن تحديد المشرع لأصحاب الصفة الموضوعية العادية في الدعوى لا يقتصر على الصفة الإيجابية 'صفة المدعي' وإنما يمتد إلى أصحاب الصفة السلبية الذين ترفع الدعوى في مواجهتهم 'المدعى عليه'.

³³⁵ حيث يجيز القانون صراحة في بعض الحالات حلول شخص أو هيئة محل صاحب الصفة الأصلية في الدعوى وهذه يطلق عليها الصفة غير العادية، غير أن هذه الأخيرة تختلف عن الصفة الإجرائية في أن صاحب الصفة غير العادية يكون له حق الدعوى ويباشرها باسمه لا باسم الشخص الآخر -صاحب الصفة الأصلية- كما أن صاحب الصفة غير العادية لا ينزع من صاحب الحق أو المركز القانوني المدعي صفته العادية في الدعوى. أما صاحب الصفة الإجرائية ليس له حق الدعوى أصلا وإنما يباشرها باسم من يمثله وليس باسمه الخاص، فلا تكون له صفة موضوعية وإنما تثبت له فقط صفة إجرائية ويظل المدعي أو المدعى عليه وإنما تثبت له فقط صفة إجرائية ويظل المدعي أو المدعى عليه في الدعوى هو صاحب الصفة الأصلية أو غير العادية حسب الأحوال.

فحسب، بل وعلاوة على ذلك أنه يكيّفها أيضا مع الزخم الأساسي الذي يتطلبه هذا النزاع بالذات. تضاف إلى القدرة على التكييف هشاشة وضع الطرف La précarité لأنه ليس طرفا من البداية إلى النهاية في عملية تسوية المناقولة، وليس كذلك غيرا بل مدعوا للمشاركة في الإجراءات الاقتصادية، وتتوسع دائرة الدعوى لتضم مشاركين ليسوا أطرافا بالمعنى التقليدي للمصطلح (ثانيا).

أولاً: نسبية صفة الطرف La relativité de la qualité de partie

هناك آليات تكشف عن النسبية لصفة الطرف تتمثل إحداها في الفصل (dissociation) وأخرها عن طريق الاجتماع (Association). الوصف القانوني للطرف يعتمد في المقام الأول على فصل النزاعات الذاتية والموضوعية الموجودة في قانون صعوبات المناقولة وبهذا فإن الوصف القانوني للطرف في سياق النزاع الموضوعي خلال تسوية المناقولة يعتمد بعد ذلك على درجة الارتباط مع المصلحة الاقتصادية لإجراءات التسيير⁽³³⁶⁾.

1- الفصل بين المنازعات الشخصية والموضوعية

إن دعوى إعادة تنظيم المناقولة تجمع بين المنازعات الذاتية والمنازعات الموضوعية، يتعلق الأمر في الأولى بالدعوى الشخصية التي يقوم بها الدائن المطالب مثلاً. والثانية تهدف إلى فتح المسطرة أو تسيير المسطرة أو وضع الحل النهائي، مخطط التقويت، أو التصفية، ومن ثم فإن إسناد الصفة للطرف تختلف حسب طبيعة النزاع موضوع النقاش. ففي سياق النزاع الشخصي فإن صاحب الحق في الادعاء أو الاعتراض يفعل ذلك بسبب المصلحة الشخصية، ومن ثم فإن شرط المصلحة والصفة بالنسبة للمطالب بحقه سيتبع مقتضيات الحق العيني في حالة توقيع العقد خلال فترة استمرار النشاط أو احترام القيود الزمنية الخاصة بقانون صعوبات المناقولة.

ومن ناحية أخرى وفي سياق النزاع الموضوعي يقوم صاحب الحق بالادعاء على أساس حق أو سلطة ولكن بإثبات وجود مصلحة للمناقولة منفصلة عن مصلحته الشخصية.

³³⁶-Meledo BRIAND: opcit n° 450 p 273.

الفصل في شروط إسناد الصفة للأطراف أمر واضح لكن تسليط الضوء على الطبيعة الخاصة للشروط الخاصة للنزاعات الموضوعية يقودنا إلى إلقاء نظرة عن كتب لتحديد معايير التكييف، هذه المعايير هي التي تعبر بالضبط عن درجة الارتباط بين المصلحة المسندة والمصلحة الموضوعية لإدارة أو تسيير المقولة في إطار صعوبات المقولة.

2- الارتباط بالمصلحة الموضوعية

يعتبر قانون صعوبات المقولة الإطار الذي تخضع فيه العلاقات القانونية السابقة عن فتح المسطرة أو اللاحقة لها خلال مراحلها لمنطق ومعايير معينة وخاصة.

وعلا بهذه الملاحظة إذا كان الشخص يعتزم اللجوء إلى القضاء كمدعي أو كخصم فيما يتعلق بالمصلحة الموضوعية قيد النظر أي النظر في النزاع داخل الدعوى، فشروط الاعتراف بصفته كطرف تدرس ليس كمعيار لمصالحه الشخصية المستمدة من حقه الأساسي ولكن تبعا لمشاركته أو ارتباطه بالمصلحة التي تناقش أمام المحكمة.

هناك مصلحة عندما تكون المصلحة الشخصية مرتبطة بالمصلحة العامة، وهذا هو الحال بالنسبة للدائن الذي يرفع دعوى على أساس حق الدائنية المرتبطة بالحالة المالية العامة للمقولة التي تكون تحديدا موضع شك⁽³³⁷⁾، وفي الاتجاه المعاكس فإن المشتري المرفوض عرضه فله مصلحة شخصية في استئناف القرار الذي أفقده فرصة اقتصادية ليس له مصلحة مرتبطة بالشركة لأن المحكمة قررت أن مصلحة الشركة هي رفض عرض المشتري وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية⁽³³⁸⁾، أو كذلك عند سماع ممثلي الإجراء قبل النطق بالحكم القاضي بحصر مخطط التفويت هذا لا يمنحهم صفة الأطراف فيما يتعلق بالتعهد الذي قام به المشتري أمام المحكمة التجارية التي أمرت بالتفويت⁽³³⁹⁾.

وهكذا فإن التمييز المذكور أعلاه بين المصلحة الشخصية والمصلحة التي تناقش أمام المحكمة يجب أن تطبق، وبهذا فإن المصلحة المشروعة تعتبر هي المصلحة

³³⁷- Meledo BRIAND: op cit n° 455 p 275.

³³⁸-Com 22 mars 1988 D.1988, p 375.

³³⁹-Aix en Provence 29 octobre 1991.D1992.130.

الموضوعية قيد النظر أي مصلحة إعادة تأهيل المقولة، إذن فالمصلحة الشخصية المسندة والتي بنيت على علاقات جوهريّة لا بد من حضورها.

وعلى أي حال فإن ذلك يعدّ هو الأساس لعدم قبول دعوى الأداء الفردية في سياق طلب الإفلاس، ولا يقصد من القانون أن يحل محل الآليات الخاصة بدعوى الأداء⁽³⁴⁰⁾، ولكن بشكل أكثر إيجابية فإن هذا أيضا هو أساس المصلحة التي يدافع عنها أولئك الذين لهم الصفة على وجه التحديد للدعاء أو الاعتراض كما هو الحال بالنسبة للنيابة العامة أو أعضاء المسطرة، كما أنها تشير إلى مصلحة مرتبطة لأن تدخلاتها محددة وتتعلق بمشاكل خاصة بتسيير وإعادة تنظيم المقولة في كل تدخل يعلنون عن مصلحة موضوعية يجب أن تتوافق بدقة مع المصلحة أو المشكلة المحددة التي ينظر فيها أمام المحكمة والتي تشكل نوعا من تجزئة المصلحة العامة الموضوعية.

ولكن هذا التحليل غير كاف لتحديد مفهوم الطرف وإنما لحصر مجاله، ولم يعد إذن التمييز بين طبيعة المنازعات هو الذي يوجه الدراسة بل تعديتها⁽³⁴¹⁾، وفي الواقع خلال دعوى فتح المسطرة ستنشأ علاقات متعددة في الدعوى التي يكون الغرض منها وطبيعتها مختلفين ما أمكن على سبيل المثال معالجة طعون الدائنين، رفع حالة السقوط.

ولم تنص دراسة عناصر الوصف القانوني لمفهوم الطرف جزئيا قصد تعريف مفهومه في قانون صعوبات المقولة، فهي لا تزال بحاجة إلى الجانب الديناميكي لأنه وفي هذا الصدد يمكننا رؤية مفهوم الطرف بطرق عدة أثناء إجراءات إعادة الهيكلة الاقتصادية للمقولة⁽³⁴²⁾.

ثانيا: وقتية أو عدم ثبات صفة الطرف la précarité de la qualité de partie

لتحديد دائرة الدعوى نتناول المسألة من وجهة نظر ديناميكية، نحن بحاجة لنمط رؤية فيما يتعلق بآليات الوصف والنظر من جديد في القضية بجميع جوانبها.

³⁴⁰ -Meledo BRIAND: op cit, n°457, p 276.

³⁴¹ -Meledo BRIAND: op cit, n°462, p279.

³⁴² -Meledo BRIAND: op cit n°462, p 279.

وإن النظر بشكل عام للملاحظات السابقة يمكننا من التقدم في هذا الاتجاه، فالفصل في المنازعات والارتباط الإلزامي بالغرض من الدعوى يؤدي إلى الإبقاء على فكرة وجود إطار عام للدعوى التي يسعى من خلالها الشركاء، المساعدون القضائيون، والقضاة أنفسهم الدفاع عن العديد من المصالح المتباينة.

إن وضع الطرف في الواقع وقتي وغير ثابت فهو يتغير وفقا للمراحل المختلفة للنزاع (1)، وبهذه الكيفية نتساءل عما إذا كان المفهوم الإجرائي للطرف لا يتلشى أمام الرؤية الغير واضحة ولكن الفعلية للمشاركين في هذه الدعوى؟ إذن فالوقتيه ليست مؤشرا على حالة الشك بل طابع خاص لحالة الطرف في قانون صعوبات المقولة (2).

1-ملاحظة الوقتية

قد أدى عدم التناسق الظاهر في القواعد القانونية(أ) بعدد من المؤلفين إلى اقتراح حلول استلهمت في معظمها من القانون العام(ب).

أ- العناصر الدالة: إن الفصل في النزاعات يساعد على التمييز بين مختلف تدخلات المتقاضين بصفة أطراف ذلك أنه في الفرضية الأولى يعتبر الغرض الاقتصادي من تسوية المقولة هو أساس رفع الدعوى، ومن ثم فإن دائرة الدعوى لا تهم فقط أولئك الذين يتدخلون بطرق مختلفة في المقولة ولكن أولئك الذين يتم تعيينهم أو تمكينهم من الاهتمام بالمقولة في وضعية صعبة.

أما الأشخاص الذين يتدخلون بسبب علاقتهم مع الأداة الاقتصادية فهم المسير والدائنون والعمال والمدينون، وجميع الشركاء في المقولة، وتسمح صفة الشركاء في المقولة بتداخل ارتباطهم بالمقولة مع علاقتهم الإجرائية.

أما بالنسبة للذين يتدخلون في التعامل مع الأداة الاقتصادية، فهم أيضا متعددون فهناك النيابة العامة، القضاة، كتابة الضبط، الخبراء، وجميعهم مرتبطون بنفس العلاقة الإجرائية التي تعتبر في هذه الحالة رابطا إداريا.

ولكن كل هؤلاء المتدخلين ليسوا جميعا أطرافا، قد يكونون أطرافا في فتح المسطرة ثم ينتهي دورهم بعد ذلك، ومن ناحية أخرى يمكن أن يصبحوا أطرافا خلال سير الدعوى وبهذا يكونون فقط أطرافا محتملة.

وفي فرضية ثانية تقتصر المنازعات الذاتية فقط على الأشخاص المعنيين بعلاقة ذاتية. ولذلك فإن دائرة الدعوى هنا لا تتجلى بأية خصوصية لتقويض تعريف الطرف، وبهذا يختفي عنصر الوقتية فضلا عن الجانب المحتمل لصفة الطرف. وبالنظر إلى عدم الاتساق الواضح للقواعد اقترح الفقه القانوني تعريفات تعكس بدقة هذه الخصوصيات (343).

ب- عناصر التعريف: إن المقترحات المختلفة لتعريف الوقتية حسب الفقه القانوني لها من الأهمية بحيث إنها تأخذ بعين الاعتبار الجانب الديناميكي لوضع الطرف، وعلاوة على ذلك تعطي رؤى مختلفة ولكن ملائمة للوضع المعالج، ومن ثم يؤيد مفهوم واسع النطاق للطرف باعتبار أن أي شخص يشارك في الإجراء هو بالضرورة طرف في الحكم النهائي لكونه دافع عن مصلحة مشروعة (344).

ويستند اقتراح آخر إلى مفهوم الطرف الوهمي (الفرضي) وهو مفهوم من شأنه أن يكون خاصا بمادة صعوبات المقابلة (345) في حين أننا لا زلنا نلاحظ الحالة الخاصة لبعض المتقاضين الذين ليسوا بأطراف. وهناك جانب من الفقه يسعى إلى إتباع نهج آخر بعدم التوقف عند مفهوم الطرف، بل بالأخذ بعين الاعتبار المشكلة ككل انطلاقا من مفهوم النزاع، لنجد أنه في الواقع على صعيد مسألة صعوبات المقابلة ليس هناك نزاع (346) وبالتالي لا توجد أطراف.

وبطبيعة الحال فإن الطرف في دعوى إعادة الهيكلة الاقتصادية ليس لا على صعيد بيان عناصر الوصف ولا من منظور دوره في الخصومة طرفا بالمعنى المقصود في قانون المسطرة المدنية، والملاحظة تفسر محاولات تعريف أوضاع إجرائية أصلية. وبذلك ألن تكون الوقتية في الواقع طابعا لوضع الطرف في نزاعات صعوبات المقاولات؟

³⁴³-Meledo BRIAND: op cit, n°462, p 279.

³⁴⁴-Meledo BRIAND: op cit, n°462, p 281.

³⁴⁵-DERRIDA (f)- GODE (p)- sortais (j.p) -: redressement et liquidation judiciaires des entreprises DALLOZ , 3^{ème} Ed , 1991 N° 120.

³⁴⁶-Cabrillac; in "les aspects procédure du redressement et de la liquidation des entreprises G.P 1987. I doct 179 et sous Limoges 13 aout J C P éd ci 1986 II .14794.

2- احتمالية صفة الطرف

تؤدي مناقشة احتمالية صفة الطرف إلى استخلاص عواقب عدم استقرارها ورؤيتها حسب نظام معين، وهذا على ما يبدو يعتمد على آلتين إجرائيتين أصليتين، إحداهما تقنية وهي التي تحدد إسناد الصفة الإجرائية في الوقت المحدد (أ) والأخرى أساسية والتي تستعيز عن فكرة الطرف المشارك في الإجراءات الاقتصادية " l'instance économique" بفكرة الطرف الفاعل في الإجراءات (ب).

أ- العنصر التقني: يؤدي توسيع دائرة الخصومة لتشمل جميع المتدخلين المرتبطين بعلاقات هيكلية أو مؤسساتية مع المرافعة إلى الإبلاغ عن الأشخاص الذين يمكن أن يصبحوا أطرافاً.

ولكن الأمر يتعلق فقط باحتمالية لا توجد بالضرورة على الأقل بالنسبة لجميع الأشخاص المعنيين، وبالتالي فمفهوم الطرف مفهوم يتجدد باستمرار⁽³⁴⁷⁾.

والسؤال إذاً هو معرفة كيفية إسناد الصفة الإجرائية؟

إن إسناد الصفة الإجرائية وقتي ومتغير، فليس كون الصفة أسندت في بداية دعوى التصريح بالتوقف عن الدفع يعني أن هذه الصفة مستمرة أثناء سير المسطرة.

ثم إن نظام تسوية المرافعة يفترض تمرير عدد معين من الأعمال والقرارات القضائية، حتى ولو كانت الدعوى منفردة وتحافظ على تماسكها، فإن كل مرحلة من مراحل المسطرة تفترض مشاركة العديد من الأشخاص كل منهم على حدة بصفته طرفاً. إذا فالصفة الإجرائية النهائية قائمة أياً كانت طريقة المشاركة أو تدخل هؤلاء الأشخاص في سياق الفصل الذي من أجله يجب أن يبلغ هذا الشخص عن وجود تطابق تام بين مصلحته والمصلحة المشروعة.

وإذا كان من الناحية التقنية ملائماً، في إطار النزاعات التي تهمنا تصور فكرة مفهوم متغير للطرف فإن ذلك يرجع أساساً إلى أن الدور الإجرائي للمتقاضين قد تغير⁽³⁴⁸⁾.

³⁴⁷-A LYON – caen RTD com 1986 n special ; tom 2 p 183.

³⁴⁸-Meledo BRIAND: op cit, n°462, p 282.

ب- العنصر الجوهرى: إن الصفة الإجرائية ليست شرطا أساسيا لرفع الدعوى لذلك لا تحتاج إلى الديمومة، ولكنها أيضا تمس الجزء الجوهرى للدعوى وحتى طريقة النظر فيها مما يزعزع توازن القوى بين القاضى والأطراف.

ويجب أن نحفظ بمفهوم الطرف، لأن قانون صعوبات المقاوله يضع نظاما لنقل الصفة الإجرائية، وبالإضافة إلى ذلك فإن عدم تجانس الإجراءات يؤدي في بعض الأحيان إلى القيام بإتباع الإجراءات العادية حتى في إطار تسوية المقاوله، ولكن من الضروري فصل هذين البعدين لهذه الصفة.

وعليه لا ينبغي إذن الإبقاء على فكرة الطرف بوصفه فاعلا في الخصومة إلا في حالة النزاعات الشخصية أو الذاتية، ولكن كطرف مشارك فيها، حيث إنه شريك في الخصومة الاقتصادية.

وإذا كان أطراف الخصومة هم الأشخاص الذين أخذوا المبادرة لممارسة الدعوى أمام المحكمة أي الأطراف المدعية أو الأطراف الموجهة الدعوى ضدهم. هذا التحديد للأطراف ملائم للخصومة المتعلقة بمصير المقاوله والتي تميز بين الأطراف المدعية والأطراف الضرورية وهو ما سوف نبثه في المباحث التالية.

المبحث الثاني: الأطراف المدعية

في القانون القضائي الخاص تقديم ادعاء أمام المحكمة يخول صفة الطرف في الدعوى بالنظر للآثار المهمة المترتبة عن مفهوم الطرف قد يكون من المفيد التوفر على مفهوم واضح للادعاء، الأمر ليس كذلك بالنسبة للفقهاء B.Soinne الذي يعتبر أن الادعاء هو من بين المفاهيم الأكثر غموضا في المسطرة المدنية⁽³⁴⁹⁾، لذلك سنحاول تحديد هذا المفهوم بمنظور المسطرة المدنية (المطلب الأول) وبعده سنرى الصعوبات التي تعترى تطبيق المفهوم المعتمد في قانون صعوبات المقاوله (المطلب الثاني).

³⁴⁹-Bernard SOINNE: Traite des procédures collectives litec 2^e éd 1995, N°630.

المطلب الأول: مفهوم الادعاء في المسطرة المدنية

بالنسبة للأستاذ R.MARTIN يشير الادعاء من جهة إلى موضوع الطلب، ومن جهة أخرى إلى الوسائل الواقعية أو القانونية التي تنبني عليها⁽³⁵⁰⁾، عادة ما يتم الخلط بين الادعاء والمطالبة القضائية، الادعاء حسب المعنى العادي هو قبل كل شيء شرط، مطالبة لحق، لصفة أو لفائدة نؤكد لها. المطالبة القضائية بحسب المعنى العادي تختلف عن الادعاء من أنها غير منبثقة عن تعبير تأكيدي فهي إجراء يرمي إلى إبلاغ ما نتمنى وما نرغب. عموما يقترح الفقه معنيين قانونيين للادعاء هناك صيغة تظهر كثيرا هي تلك التي تعتبر أن الادعاء هو موضوع المطالبة القضائية⁽³⁵¹⁾، الجواب على السؤال ماذا نطلب؟ يبدو أن هذه نظرة المشرع عندما يشير إلى أنه يجب أن يشار في الدعوى إلى موضوع الطلب⁽³⁵²⁾.

بالنسبة لأغلبية الفقه فإن المطالبة هي إجراء قانوني بحسب التعبير عن الإرادة. هل الادعاء يعتبر حقيقة موضوع هذا الإجراء القانوني الخاص الذي هو المطالبة؟ الادعاء هو أولا وقبل كل شيء مطالبة هذا الحق أو الامتياز، على أي حال يلتقي هذا التعريف مع تعريف المنجد القانوني الذي تم تأليفه من طرف الفقيه G. CORNU. المطالبة القضائية هي «الإجراء القانوني الذي بواسطته يقدم الشخص ادعاءه ويعرضه على القاضي» الادعاء هو «التأكيد أمام القضاء الذي يهدف إلى المطالبة بالشيء إما من طرف المدعي أو من طرف المدعى عليه، إذا أخذنا المعنى الثاني للادعاء يكون من البديهي الحديث عن موضوع الادعاء، وبهذا المعنى يبدو أن هناك ازدواجية بين مفهوم المطالبة والادعاء، المطالبة هي بالتأكيد تعبير عن الإرادة، ذلك أنه متى لجأ الفرد إلى القضاء فعندئذ يكون ملزما باتخاذ

³⁵⁰-MARTIN (R):- le double langage de la prétention j c p éd G1981 I ; 3024.

³⁵¹-H. SOLUS et R. PERROT: opcit T 3 n°64 et 65.

³⁵²- تنص الفقرة الثانية من الفصل 32 من ق م ق م على أنه "يجب ان يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة..."

كما تنص الفقرة الأولى من الفصل 142 من ق م ق م على أنه: "يجب أن يتضمن المقال الأسماء الشخصية والعائلية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة كل من المستأنف عليه وكذا اسم وصفة وموطن الوكيل عند الاقتضاء وأن يبين إذا تعلق الأمر بشركة اسمها الكامل ونوعها ومركزها وأن يتضمن كذلك موضوع الطلب والوقائع والوسائل المثارة..."

إجراء يقوم به للتعبير عن إرادته في ممارسة هذا الحق وهذا الإجراء هو ما يعرف بالطلب القضائي»⁽³⁵³⁾.

كما يذهب جانب من الفقه إلى أن الطلب هو الإجراء الذي تتحول به مباشرة الدعوى إلى ممارسة حق اللجوء إلى القضاء، بعبارة أخرى إن الطلب يعد سلطة تمر من خلال إجراء يترتب على تقديمه افتتاح الخصومة ويسمى الطلب القضائي ويرى أنصار هذا الاتجاه أن المطالبة القضائية ليست استعمالاً للحق بل استخداماً لحق آخر هو الالتجاء إلى القضاء⁽³⁵⁴⁾، فضلاً عن أنه إذا كانت الدعوى حقاً شخصياً في عرض الادعاء على القضاء والتزامه بالفصل فيه فإن الطلب هو الأداة الفنية التي بموجبها يتحول الحق إلى واقع ملموس والطلب فكرة إجرائية⁽³⁵⁵⁾.

وللطلب موضوع مسطري محض: أن يستمع للطالب من طرف القاضي في جوهر الادعاء حتى يتمكن هذا الأخير من القضاء بتأسيسه أو عدم تأسيسه، الموضوع هو قبل كل شيء الجواب على السؤال ماذا نطلب؟ نطلب إصدار حكم بعد دراسة جوهر الادعاء. الادعاء كتعبير آخر عن الإرادة سيكون له موضوع جد مهم، لأن الادعاء هو اصطلاح عام قد يكون قانونياً وقد لا يكون، فإذا كان قانونياً فإنه يقترب من مفهوم الدعوى بعد مباشرة إجراءات التقاضي، أما إذا خالف ذلك فلا يعتد به لأنه والحالة هذه أقرب إلى الافتراء منه إلى الحقيقة، ومع هذا التمييز فالقضاء ملزم بالبث في الادعاء أياً كان نوعه متى عرض عليه⁽³⁵⁶⁾.

ولذلك يرى بعض الفقه أن الدعوى هي ادعاء لدى القضاء وهو المعنى المقصود في القانون الإجرائي، لأن الادعاء هو تأكيد شخص لمركز قانوني قبل شخص آخر بناء على واقعة أساسية معينة، ويحلل الادعاء إلى عناصره الواقعية وهي أشخاص وموضوع، والأشخاص هما المدعي والمدعى عليه، والموضوع هو المحل، والسبب، هو تأكيد حدوث

³⁵³-CORNU (G)-: vocabulaire juridique, association H. Capitant 8e éd Puf 2000.

³⁵⁴- محمد زلايجي: نظرية السبب في القانون القضائي الخاص دراسة تحليلية نقدية، الطبعة الأولى 2007، مطبوعات الهلال وجدة، ص 40.

³⁵⁵-SOLUS (H)- et Perrot (R)-: droit judiciaire privé T3 paris 1961 p 109 et 192.

³⁵⁶- عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 142.

الواقعة المرتبة للأثر المدعي، أي أنه الواقعة أو الوقائع القانونية التي يتمسك بها المدعي كسبب لطلباته (357).

أما الادعاء في الفقه الألماني فهو سلطة الحصول على قرار من المحكمة لصالح المدعي يؤيد مزاعمه. في حين أن الدعوى عندهم تعني طرح النزاع على المحكمة وإلزامها بنظره (358). أما في الفقه الفرنسي فإن الادعاء يطلق في الوقت الحاضر على محل الطلب أي ما يطلب المتقاضي الحكم به على خصمه (359). ولهذا نجد المشرع المغربي قد استعمل كلمة الادعاء بمعنى ما يطلبه الخصم في الفصل 87 من قانون المسطرة المدنية (360).

وعليه فالادعاء لا يحدد موضوع الطلب، وإنما دراسة هذا الادعاء التي تحدد موضوع الطلب من أجل استصدار حكم في الموضوع، ولقد اختلف الفقه حول معرفة ما إذا كان وجود الادعاء هو مشروط بضرورة التعبير عنه بصورة قانونية تمكن أهمية النقاش في مدى إمكانية القاضي من تغيير فصول النزاع (361). ليس من المفيد حسم هذه المسألة من أجل تحديد معنى الادعاء. نطاق الصلاحيات الممنوحة للقاضي من أجل تكييف الادعاءات هو إشكال يطرح بعد وجود الادعاء. هذا الأخير موجود سواء تم أو لم يتم تكييفه بصورة قانونية. إذا لم يتم التعبير عن الادعاء قانوناً فإن القاضي ومع ذلك ملزم بالبحث في الطلب. بناء على كل هذه الملاحظات يمكن أن نتساءل في مادة صعوبات المقولة عما هو التعبير عن الإرادة الذي يمكن اعتباره طلباً وادعاءً سيمنح لصاحبه صفة طرف في الدعوى؟

³⁵⁷- وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي طبعة 1974، منشأة المعارف، ص 429.

³⁵⁸- عمر بوخدة: سبب الطلب في الخصومة المدنية، نظراً وتطبيقاً، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى 2008 (أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق) ص 38.

³⁵⁹- Solus (H)- et Perrot (R) -: droit judiciaire privé t3, procédure de 1 ère instance L G D J 1992 p 58.

³⁶⁰- ينص الفصل 87 من ق م م على أنه: "إذا اعتبرت المحكمة أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أمكن لها تلقائياً أن توجه اليمين إلى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التي ستتلقى اليمين بشأنها".

³⁶¹-Pierre Cagnoli: op cit, n° 171, p132.

المطلب الثاني: مفهوم الادعاء كما هو مطبق في قانون صعوبات المقاول

تقديم ادعاء أمام القاضي يمنح صفة الطرف في الدعوى، وهناك نوعان من الادعاءات التي يمكن تقديمها أمام القاضي، الأول يقدم لفائدة المدعي، والثاني لفائدة الغير⁽³⁶²⁾.

بالنسبة للنوع الأول يتقدم به أصحاب الحق، تقدم المطالبة لأول مرة أمام السنديك لا يمكن اعتبار الأمر بمثابة مطالبة قضائية، مادامت أنها لم تقدم أمام أي قاض، وهذا في الواقع ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية⁽³⁶³⁾، وفي المقابل صاحب الحق الذي يتقدم بطلب استحقاقه، يعبر فعلا عن ادعاء بمجرد ما يفرض إرجاعه له، ولا نجد أنفسنا أمام نزاع إلا بعد ما أن يتم رفض طلبه من قبل جهاز المسطرة المختص.

وهكذا يقوم صاحب الحق بتقديم طلبه أمام القاضي المنتدب يمرر بواسطته ادعائه ويمنحه صفة طرف في دعوى الاستحقاق، ذلك أن السنديك يمكنه أن يقبل طلب الاسترداد بعد موافقة المدين، مما يفضي إلى حل المشكل بطريقة ودية، أما إذا لم تتم موافقة رئيس المقولة المفتوحة ضدها المسطرة على ذلك فيتم عرض طلب الاسترداد على القاضي المنتدب لكي يبيث في صحة هذا الطلب من عدم صحته⁽³⁶⁴⁾، وهذا ما أكدت عليه المادة 708 من م ت⁽³⁶⁵⁾.

يقدم ادعاء وطلبا لحسابه الخاص الدائن الذي يصرح بدينه أو الذي يلتمس رفع حالة السقوط، لأن التصريح بالدين يعتبر الوسيلة المعتمدة في تحديد خصوم المقولة الخاضعة لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية. كما أنه يعتبر أيضا مرحلة إعدادية لتحديد خصوم المقولة، تليها مرحلة أخرى يتم خلالها تحقيق الديون المصرح بها، حيث يتم بعد هذا

³⁶²-Pierre Cagnoli: op cit n°, 174 p 134.

³⁶³-Com 6-3 2001 Bull 2 n°, 50.

³⁶⁴- محمد لفروجي: صعوبات المقولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م س ص 402.

- محمد نشاط: الاتجاهات الحديثة للقضاء التجاري في مساطر معالجة صعوبات المقولة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات، 2016-2017، ص 351.

³⁶⁵- تنص المادة 708 من قانون 17-73 على أنه "يمكن للسنديك أن يقبل طلب الاسترداد بموافقة رئيس المقولة.

- في حالة تعذر الموافقة يتم عرض الطلب على أنظار القاضي المنتدب الذي يبيث في صحة الاسترداد".

التحقيق وضع قائمة بالديون المقبولة وبذلك المرفوضة⁽³⁶⁶⁾، وهو بهذا المعنى يعتبر نوعا خاصا من الطلبات المقدمة للقضاة أي طلب قضائي⁽³⁶⁷⁾، أو إجراء من إجراءات المسطرة لأن الدين الذي يتم التصريح به قد يأخذ طابعا نزاعيا مما يتعين على القاضي المنتدب البث في النزاع، وأن يقرر بناء على اقتراح السنديك، قبول الدين أو رفضه طبقا للفقرة الأولى من المادة 729 من قانون رقم 17-73 المتعلق بصعوبات المقاول⁽³⁶⁸⁾، كما أن المقررات الصادرة عن القاضي المنتدب بهذا الخصوص تخضع للطعن تطبيقا لمقتضيات المادة 731 من ذات القانون⁽³⁶⁹⁾، فضلا عن أن هذا الإجراء يتوفر على جميع خاصيات المطالبة القضائية، لأنه مطالبة مقدمة أمام سلطة قضائية من أجل عرض ادعاء قانوني، ذلك أنه من شأن هذا التصريح فتح دعوى حقيقية⁽³⁷⁰⁾، ينتظر الدائن من القاضي حكما يستجيب لادعائه

³⁶⁶- محمد لفروجي: وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاول - مقال منشور بأشغال الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى الندوة الجهوية الثامنة طنجة 21-22 يونيو 2007، صعوبات المقاول وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط 2007، ص 314. علال فالي: م س ص 236.

³⁶⁷-Philippe Pétel: procédures collectives 2ed 1998 Dalloz p 186.

- Michel Jeantin : droit commercial instruments de paiement et de crédit – entreprise en difficultés 4 ème éd. 1995 Dalloz p 490.

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات، الجزء الثالث، م س، ص 200.
- عبد الرحيم السلماني: التصريح بالديون وتحقيقها في إطار صعوبات المقاول الإجراءات والآثار، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 3، ص 11.

³⁶⁸- تنص الفقرة الأولى من المادة 729 من قانون صعوبات المقاول على أنه "يقرر القاضي المنتدب بناء على اقتراحات السنديك قبول الدين أو رفضه أو يعاين إما وجود دعوى جارية وأن المنازعة لا تدخل في اختصاصه".

³⁶⁹- تنص المادة 731 من م ت على أنه: "إذا كان الموضوع من اختصاص المحكمة التي فتحت المسطرة فإن الطعن ضد أوامر القاضي المنتدب يعرض على أنظار محكمة الاستئناف ويخول الطعن للدائن ولرئيس المقاول وللسنديك داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشعار بالنسبة للدائن ورئيس المقاول ومن تاريخ المقرر بالنسبة للسنديك".

غير أنه لا يمكن للدائن الذي وقع نزاع في دينه كلا أو بعضا والذي لم يرد على السنديك داخل أجل القانوني أن يطعن في أمر القاضي المنتدب المؤيد لاقتراح السنديك.

حينما يكون الموضوع من اختصاص محكمة أخرى يؤدي تبليغ المقرر القاضي بعدم الاختصاص الصادر عن القاضي المنتدب إلى سريان أجل مدته شهران يجب خلاله على الدائن أن يرفع الدعوى إلى المحكمة المختصة تحت طائلة السقوط ما لم يتعلق الأمر بدين عمومي فيتعين في هذه الحالة أن ترفع الدعوى من طرف المدين خلال نفس الأجل وإلا اعتبر متنازلا عن المنازعة في الدين".

³⁷⁰-Philippe PETEL: Déclaration de créance et représentation en justice mélanges c. Mouly 1998 t2 p 153.

الرامي إلى التصريح بضمه إلى لائحة الأشخاص المقبولين ضمن دائني المدين.

وهذه الطبيعة القانونية للتصريح بالدين باعتباره مطالبة قضائية أكدته محكمة النقض الفرنسية⁽³⁷¹⁾، كما أكد القضاء المغربي هذه الطبيعة حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش⁽³⁷²⁾ من أن «ما ذهب إليه الأمر المستأنف من أن العبرة في انطلاق أجل التصريح بالدين تاريخ توصل السنديك به في غير محله لأن الفصل 686 من مدونة التجارة الخاص بالتصريح بالديون يتحدث عن توجيه التصريح بالدين إلى السنديك، وينص على أن الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل حكم فتح المسطرة لأن يوجهوا تصريحهم بديونهم إلى السنديك، وليس هناك ما يمنع من أن يتم توجيه التصريح بالدين عبر كتابة الضبط التي تبقى في كل الأحوال هي محل المخابرة للدائن والمقولة والسنديك وكافة أجهزة المسطرة التي تكمل بعضها البعض.

التصريح بالدين لا يخرج عن نطاق كونه طلبا قضائيا يبقى لتاريخ التأشير عليه بصندوق المحكمة الأثر القانوني في احتساب الآجال، منها أجل التصريح بالدين، وما دام أن المستأنفة قامت بالتصريح بالدين بتاريخ 27-09-2005 وصل عدد 36724 حسب تأشيرة الصندوق الموضوع على بيان تصريح بدين وقامت بتوجيه هذا التصريح بنفس اليوم إلى السنديك على عنوانه بورزوات حسب ورقة الإرسال عن بريد أمانة الذي اقترح قبول الدين في حدود المبلغ المصرح به كما هو ثابت باقتراحات السنديك بالتصريح وما دام أن نشر الحكم بفتح المسطرة كان بتاريخ 03-08-2005 فإن التصريح بالدين يكون داخل الأجل القانوني خلافا لما جاء في الأمر المستأنف، وأنه يتعين تحقيق دين المستأنف وهو الأمر الذي يتطلب إرجاع الملف إلى القاضي المنتدب للبت فيه طبقا للقانون بعد إلغاء الأمر المستأنف».

³⁷¹-Com 14-12-1993 , J C P éd G1994 ;2 ;22200.

Com 14-2-1995 bull civ VI n° 43.

³⁷²- قرار عدد 683 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 4-6-2008 في الملف عدد 1609-2007 غير منشور.

بالنسبة للادعاءات المقدمة لفائدة المدعي بنفسه ولنفسه يتعلق النزاع بصفة خاصة بالعرض المقدم لشراء المقولة (الفقرة الأولى) ومن جهتهم تقوم أجهزة المسطرة بتدعيم الادعاء لهدف لا علاقة لهم به، الأكيد هم أطراف في الدعوى. تثار صعوبة بخصوص وضع اليد تلقائيا من طرف المحكمة والتي ينبغي معرفة ما إذا كان يمكن اعتبارها بمثابة ادعاء مقدم من طرف المحكمة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الادعاء وعروض الشراء

بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، الراغبون في شراء المقولة الذين تم استبعادهم من قبل المحكمة لا يعتبرون أطرافا في الدعوى على اعتبار أنه ليس لديهم ادعاء يمكن طرحه بمعنى الفصلين 4 و 31 من ق م م الجديد⁽³⁷³⁾، وتختلف آراء الفقهاء حول هذا الموقف ويتمحور النقاش حول قبول اقتراح الراغب في شراء المقولة وهو ما نعتقد أنه ناتج عن خلط بين وجود الادعاء وقبول الادعاء (أولا)، ويمكن لنا البحث عن طريق آخر اعتمادا على كون مفهوم الادعاء هو مستقل عن شروط دراسته من طرف القاضي (ثانيا).

أولا: الخلط الذي وقع فيه الفقه بين وجود الادعاء وقبوله

إن موقف محكمة النقض الفرنسية أعلاه يشاطره بعض الفقه الذي يعتبر أن الراغب في شراء المقولة لا يملك أي حق عليها طالما أنه لم يتم اختياره، من بين هؤلاء الفقهاء M.BOLARD الذي يعتبر أن تقديم ادعاء هو من قبيل استطاعة ادعاء وجود اضطراب أثناء ممارسة حقوقه وهو ما لا يستطيع إثباته الراغب في الشراء الذي رفض مخططه الذي يعتبر مجرد صاحب عرض من أجل التعاقد⁽³⁷⁴⁾.

ومع ذلك فإنه مع BARRET و STAES⁽³⁷⁵⁾، لا يمكن الاطمئنان إلى صحة

³⁷³-Com 14-12-1993 , Bull civ IV °471.

Com 14-2-1990 bull civ IV n° 43.

³⁷⁴-BOLARD (G):- "heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites" rev. Proc. coll. 1991 p 1 n° 16.

³⁷⁵-STAES (o):- op cit n ° 267 p 262.

BARRET (o)- : L'appel nullité dans le droit commun de la procédure civile RTD civ 1990 n°= 16 p 211.

العلاقة بين الادعاء والمطالبة بالحق، مثلا، عندما يتعلق الأمر بنزاع موضوعي لا يتم ادعاء أي حق، ولكن تبقى هناك ادعاءات مقدمة، كذلك هناك حالات لا يكون فيها الحق صحيحا طالما لم يصدر قرار قضائي في الموضوع، وبذلك فالراغب في شراء المقولة لا يملك أي حق عليها، و لا يعتبر ذلك كافيا للقول إنه لا يقدم أي ادعاء، لأن الراغب في الشراء الذي سيحاول إثبات أنه يمثل للشروط القانونية التي يترتب عليها تفويت المقولة سيحاول بصفة أساسية إقناع المحكمة بأن العرض الذي تقدم به هو الكفيل بضمان وفي أحسن الظروف للإبقاء على النشاط ومناصب الشغل المرتبطة به إضافة إلى إبراء ذمة المقولة من الخصوم⁽³⁷⁶⁾.

الخط بين الإشكاليتين وجود الادعاء وشروط قبوله تم الحفاظ عليه بمقتضى صيغة محكمة النقض الفرنسية التي تقبل الادعاء بمنظور الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، ومعلوم أن هذا الفصل يحدد شروط قبول الدعوى، بوجود مصلحة مشروعة⁽³⁷⁷⁾، وإذا أعطينا لمصطلح المصلحة معنى ضيقا يجب أن نقبل بأن الراغب في شراء المقولة له بدون شك مصلحة في المطالبة بشراء المقولة التي تعاني صعوبة⁽³⁷⁸⁾. عندما يكون من شأن الطلب الذي نفترض أنه مؤسس تحسين وضعيتها القانونية يكون لصاحبه مصلحة في تقديمه، والمصلحة موجودة سواء تعلق الأمر بوقف اضطراب وتحسين وضعية عادية. الإشارة في المادة 31 أعلاه إلى مشروعية المصلحة لا يمكن له أن يؤسس الاتجاه الذي سارت فيه محكمة النقض الفرنسية⁽³⁷⁹⁾. نعرف أن الفقه لا يتفق مع هذا الاتجاه والذي

M.BARRET Soulligne « si (...- le lien entre la prétention émise et la qualité de partie peut légitimement s'inférer de l'article 4 du nouveau code de la procédure civile ; celui entre la prétention et la revendication d'un droit subjectif ne s'impose pas ».

³⁷⁶- تنص المادة 635 من قانون صعوبات المقولة رقم 17-73 على أنه " يهدف التفويت إلى الإبقاء على النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط وإبراء ذمة المقولة من الخصوم".

³⁷⁷-Article 31 c p c: « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention... ».

³⁷⁸-STAES(O)-: op cit n ° 264 et s p 260 et s.

³⁷⁹-Facultativement entendus par le tribunal avant qu'il ne se prononce sur le plan de redressement de l'entreprise, les candidats repreneurs n'ont pas de prétention

يرى فيه خطأ بين صحة الطلب وقبوله⁽³⁸⁰⁾. بالنسبة للسيد Staes خصوصية المساطر الجماعية هي تقدير مشروعية المصلحة بالنسبة للراغبين في الشراء تماشياً مع مصلحة المقابلة، غير أنه بالنسبة لهذا الفقيه فإن مشروعية المصلحة على النحو المذكور يميز بشكل واضح مفهوم الطرف ولكن بناء على خلط في المصطلحات⁽³⁸¹⁾، فضلاً عما ذكر يمكننا إلقاء بعض الشك على هذه القراءة لقضاء محكمة النقض الفرنسية، في أي وقت من الأوقات لم تتم الإشارة إلى المصلحة المشروعة وهو الأمر الذي يستدعي مقاربة جديدة.

ثانياً: المقاربة المقترحة استقلالية الادعاء واستقلالية قبوله

اعتماد محكمة النقض الفرنسية على الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية هذا ببعض الفقه إلى القول إن الراغب في شراء المقابلة ليس طرفاً في الدعوى ما دام أنه لم يثبت وجود ادعاء صحيح، هذه القراءة قابلة للانتقاد. وجود ادعاء أمام القضاء هو أمر مستقل عن مدى قبوله أو تأسيسه من الناحية الموضوعية، يعتبر وجوده كافياً لمنح صفة الطرف للجهة التي تعبر عنه، وفي هذا الاتجاه فإن الفقه يسير إلى اعتبار أن الرابطة القانونية التي تخلفها الدعوى وبالتبعية صفة الطرف تعتبر قائمة بمجرد صياغة الطلب⁽³⁸²⁾. وعند الاقتضاء أثناء تقديم الطلب أمام المحكمة⁽³⁸³⁾. كيفما كان الحال فإن صفة الطرف تعتبر قائمة سواء كان الطلب مقبولاً أم لا⁽³⁸⁴⁾.

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 02-04-1996 يتبين أنها تراجعت عن الاستناد على الفصلين 4 و 31 من ق م م إذ إنها اقتصررت على اعتبار الشركة الراغبة في الشراء التي يتم قبولها لم يكن لديها أي ادعاء يمكن أن تتمسك به، وبالتبعية فإنه لم تكن

à soutenir au sens des articles 4 et 31 n'étant pas parties à l'instance ils sont irrecevables à se pourvoir en cassation » com. 22 mars 1988 D1988.375 cite au nouveau code de procédure civile Edition. 2000 Dalloz p 39.

³⁸⁰-SOLUS (h)- et Perrot (R)-: opcit TI introduction notions fondamentales n ° 228.

- VINCENT (J)- et GUINCHARD(S)-: opcit n ° 104.

³⁸¹-STAES (O)-: op cit n ° 273 et s p 268 et s.

³⁸²-SOLUS (H)- et Perrot (R)-: op cit T 1 n ° 110.

³⁸³-Vincent (J)- et Guinchard (s)-: op cit n°834.

³⁸⁴-CAGNOLI (p)-: OPCIT N° 179 p 139.

تتوفر على صفة الطرف من أجل الطعن بالاستئناف⁽³⁸⁵⁾، هذا التعليل لم يأخذ بعين الاعتبار شروط قبول الدعوى وإنما إلى وجود الادعاء، والفقه المغربي⁽³⁸⁶⁾ أكد على أن العروض التي تقدم للمحكمة من قبل المرشحين للاقتناء لا تعتبر ادعاءات لأنها غير ملزمة للقاضي الذي يملك الحرية المطلقة في حصر مخطط التفويت، ولا يتوفر المرشح الذي رفض عرضه على صفة الطرف حتى ولو تم الاستماع إليه من طرف المحكمة.

إذا قبلنا أن نهتم بطبيعة الاقتراح المقدم من قبل الراغب في الشراء لا ندري حينئذ هل يجب اعتبار هذا الاقتراح بمثابة عرض وهو المصطلح المعتمد من طرف المشرع⁽³⁸⁷⁾ أو بمثابة ادعاء؟

إن أول ملاحظة تتبادر إلى الذهن أن مخطط الاقتناء تعبير عن الإرادة يتقدم به شخص (المرشح للاقتناء) لشخص آخر (السنديك)⁽³⁸⁸⁾. وبذلك فالتعبير عن الإرادة بالنسبة للراغب في شراء المقولة تجسد تعهدا لصاحبه، هذا المظهر هو الأهم بالنسبة للمشرع، لأن عرض التفويت لا يعتبر مجرد عرض بسيط، بل يتعلق باقتناء مقولة في نطاق مسطرة

³⁸⁵-La haute juridiction s'était contenté d'affirmer que la société candidate non retenue n'avait aucune prétention à faire valoir et qu'elle n'avait donc pas la qualité de partie pour appeler «com 2-4-1996 bull civ IV n ° 109».

³⁸⁶- محمد أبو الحسين: تفويت المقولة كحل في إطار التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003، ص 74.

³⁸⁷- تنص المادة 636 من قانون 17-73 المتعلق بصعوبات المقولة على أنه "يجب إبلاغ السنديك بكل عرض داخل الأجل الذي سبق له أن حدده وأعلم به المراقبين. كما يجب أن يفصل بين تاريخ توصل السنديك بالعرض وبين الجلسة التي تنظر فيه خلالها المحكمة أجل مدته خمسة عشر يوما إلا إذا حصل اتفاق بين رئيس المقولة السنديك والمراقبين يتضمن كل عرض الإشارة إلى: - الضمانات المقدمة لأجل ضمان تنفيذ العرض.

ترفق بالعرض الوثائق الخاصة بالسنوات المالية الثلاث الأخيرة للمقولة حينما يكون صاحب العرض ملزما بإعدادها يمكن للقاضي المنتدب أن يطلب شروحات تكميلية.

- يخبر السنديك المراقبين وممثلي الأجراء بمضمون العروض.

- يعرض السنديك على المحكمة جميع العناصر التي تسمح بالتأكد من جديد العرض".

المادة 637 تنص على أنه "تختار المحكمة العرض المتعلق بالمجموعة المفوتة والذي يضمن أطول مدة لاستقرار التشغيل وأداء مستحقات الدائنين".

³⁸⁸- محمد أبو الحسين: تفويت المقولة كحل في إطار التسوية القضائية، مقال منشور بمجلة المنتدى عدد خاص بنووة معالجة صعوبات المقولة، مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني مراكش، العدد الثالث، يونيو 2002، ص 84.

قضائية محضة، والغاية من إنجاز عملية التفويت أنها تتصل مباشرة بالمصلحة العامة الاقتصادية، وهي الحفاظ على النشاط، ومناصب الشغل المرتبطة به، وتسوية الخصوم، وهذه نقط التقاء التفويت مع الأهداف العامة للتسوية القضائية⁽³⁸⁹⁾. ومن ثم فإن بيع المقولة التي تعاني صعوبة كمؤسسة قانونية أحدثت ليس من أجل إتاحة الفرصة للأغيار لتحقيق عمليات مربحة وإنما أحدثت من أجل إنقاذ المقولة. وهذا الأمر من شأنه أن يدفع بنا إلى اعتبار التعبير عن الإرادة بمثابة عرض بدلا من اعتباره كادعاء الذي يعتبر قبل كل شيء بحثا عن منفعة. كما أن التعهد لا يستثني فكرة الادعاء⁽³⁹⁰⁾، ذلك أن التعهدات التي يلتزم بها الراغب في شراء المقولة يبدو أنها تتماشى مع أركان القاعدة القانونية التي تسعى إلى بيع المقولة، والشرط الأساسي لهذه القاعدة هو التمكن من الإبقاء على الشغل في أحسن الظروف وتسديد ديون الدائنين، لأنه من الناحية العملية سيشتري المفوت إليه الأصول بثمن أقل من قيمتها الحقيقية لأنه يتحمل التزامات من طبيعة أخرى تشكل قيمة مضافة للثمن خاصة الحفاظ على مناصب الشغل، والنشاط. بمعنى أن التفويت لا يتم فقط وفق منظور مالي محض⁽³⁹¹⁾.

التعهد لا يستثني مفهوم الادعاء، بل هو مجرد شرط قانوني يستفيد منه الراغب في الشراء، ومن ثم يبدو أن مصطلح العرض يشير إلى التعبير الصريح أو الضمني عن الإرادة الذي بواسطته يقترح شخص على شخص آخر أو عدة أشخاص، إبرام عقد بشروط معينة⁽³⁹²⁾، ومادام العرض يشكل النقطة الحقيقية لانطلاق عملية التفويت ولا يترك زمام المبادرة للمرشح فهذا الأخير لا يتوفر على الحرية المطلقة في التصرف ولا على سلطة إملاء طرق إنجاز التفويت وتخضع اقتراحاته لقواعد أمره تهدف إلى عقلنة العروض واستبعادها عندما تكون غير جدية وغير شفافة، ذلك أن الأمر يتعلق في التفويت بعملية تترتب عن عجز المدين، وتعتبر نتيجة لفتح المسطرة وليست الروابط التعاقدية بين الأطراف

³⁸⁹- محمد أبو الحسين، تفويت المقولة كحل في إطار التسوية القضائية، أطروحة، م س، ص 15.
³⁹⁰-LEVY (J.M): contribution à l'étude de la cession d'entreprise dans le redressement judiciaire Thèse paris 1984, p24.

³⁹¹- محمد أبو الحسين: تفويت المقولة كحل في إطار التسوية القضائية، أطروحة، م س ص 55-56.
³⁹²-Cagnoli (P):- op cit n° 181, p 140- 141.

هي المطروحة، لكن يتعلق الأمر بتقوية مقولة في إطار مسطرة خاصة بواسطة حكم يحجب الضوء عن الحرية التعاقدية ويفسح المجال لتطبيق قواعد موضوعية ومسطرية خاصة تتصل بالنظام العام⁽³⁹³⁾.

وإذا كان يفترض في العرض أنه يستهدف شخصا حرا، هنا بالذات المدين غير ملزم بالموافقة على عملية البيع التي ستتم بالرغم عنه، لأن للطبيعة القضائية للتقوية أثرا على الحرية التعاقدية والقانون جاء بنزع الملكية من المدين عن طريق القضاء ويسلب منه الحق في اختيار المتعاقد الآخر في تحديد مضمون التقوية⁽³⁹⁴⁾. عندما يدعي شخص أنه يصبح مشتريا للمقولة فإنه يتصرف لنفسه، الأمر ليس كذلك عندما تضع المحكمة يدها تلقائيا، حيث تقوم بإجراء لا نعرف ما إذا كان ادعاء أم لا.

الفقرة الثانية: مفهوم الادعاء ووضع اليد بصورة تلقائية

إن تحقيق القاضي لأغراض الصالح العام قد تتعرض للمساس بشكل بالغ إذا ما اضطر لانتظار أن تعرض عليه القضية من قبل المتقاضين، خاصة وأن ترجيح المشرع لفئة من المصالح على حساب مصالح أخرى لن يؤدي إلى أي تغيير في طبيعة الوظيفة المنوطة بالمحكمة إذا لم يصاحبها إشراف من قبل هذه الأخيرة على جميع المقاولات المتوقفة عن الدفع، فهناك تقنية تهدف إلى ضمان إشراف المحكمة على جميع المقاولات التي تعاني من صعوبات ويتعلق الأمر بآلية وضع اليد تلقائيا.

فصلاحية المحكمة لوضع اليد تلقائيا إنما تقوم بها بدافع حماية حق أو مصلحة غير مصلحتها والتي تحددها عن طريق دراسة الأثر القانوني للقاعدة القانونية. ثم تقوم المحكمة بعده بالبحث في صحة الأساس القانوني للمبادرة المتخذة. نتصور الطابع الغير العادي لهذه التقنية التي تقود المحكمة إلى إشراك شخص في القضية مثلما يفعل الطرف المدعي، والسؤال المطروح هو معرفة ما إذا كانت المحكمة التي تدافع عن مصلحة معينة تقدم ادعاء أم لا؟ وبالتبعية تستحق ولو بصورة مؤقتة اعتبارها كطرف في الدعوى؟

³⁹³ - محمد أبو الحسين: م س، ص 43.

³⁹⁴ - نفسه: م س، ص 24.

في الحقيقة لا يمكن اعتبار وضع اليد تلقائياً ادعاء ولو كان القاضي يمارس الصلاحيات المخولة للطرف⁽³⁹⁵⁾، والمبادرة التي تتخذها المحكمة يمكن اعتبارها كطلب مرفوع إلى المحكمة الذي يطرح إشكالية واقعية وقانونية له نفس آثار الادعاء (أولاً) بعد ذلك ينبغي تحديد ماهية المشاكل التي يطرحها إنجاز هذا الطلب (ثانياً).

أولاً: وضع اليد بصورة تلقائية طلب بدون ادعاء

بغض النظر عن مسألة الادعاء، يجب ملاحظة أن وضع اليد بصورة تلقائية من طرف المحكمة مثل الطلب المرفوع أمام القضاء يرمي إلى الحصول على حكم وهذا هو سبب وجوده، كما هو الشأن بالنسبة للطلب المرفوع أمام المحكمة فإن وضع اليد بصورة تلقائية يفتح الدعوى ويقود إلى الحصول على حكم من المحكمة، وهي تبث في صحة تأسيس مبادرة المحكمة، ذلك أنه من الناحية المسطرية وضع اليد بصورة تلقائية من طرف المحكمة هو بمثابة طلب مرفوع إلى القضاء لا يطرح أي ادعاء لأن للطلب المرفوع إلى القضاء موضوع مسطري محض يعتبر تعبيراً عن الإرادة، يرمي إلى الحصول على حكم في موضوع ادعاء.

وفي المقابل فإن اعتبار وضع اليد بصورة تلقائية من طرف المحكمة بمثابة ادعاء يعترضه حاجزان اثنان، أولاً يمكن أن نعتقد أنه لا يمكن أن يكون للإدعاء أي معنى إلا إذا قدم أمام جهاز أجنبي، في الحقيقة يبدو أنه يجب إعمال هذا التمييز بين ادعاءات أشخاص القانون الخاص وتلك التي يمكن أن تصدر عن الدولة بواسطة أجهزتها، فشخص القانون الخاص عندما يضع ادعاء يصطدم بحاجز يتوجب عليه عرضه على شخص أجنبي الذي هو القاضي، وهذا نابع من أنه لا يمكن لأي أحد أن يأخذ حقه بيده. وعلى العكس من ذلك فإن الدولة لا تحتاج لأي أحد من أجل الدفاع عن ادعاءاتها وذلك انسجاماً مع مبدأ السيادة وهكذا يبقى الادعاء الذي تصيغه الدولة مختلفاً عن مفهوم الادعاء في القانون الخاص لا

³⁹⁵-Cagnoli (P): op cit N°:186, p 145.

يحتاج بالضرورة اللجوء إلى شخص أجنبي⁽³⁹⁶⁾.

الحاجز الحقيقي أن الادعاء هو بمثابة شرط، وهذا الموقف غير مسموح به للقاضي لأنه يلزم عليه ألا يكون خصما لأي أحد وهو يتماشى وشرط تجرد القاضي، لأن هذا الشرط كمعيار لتمييز العمل القضائي يجد تأكيدا له في جزء لا يستهان به من الفقه⁽³⁹⁷⁾. كما أن ذلك يتماشى أيضا ومبدأ حياد المحكمة، لأن الحيادية هي بلا شك الضمانة الأساسية التي يمكن اشتراطها في القاضي، ويمكن وصفها بأنها جوهر العمل القضائي. والحيادية حسب تعبير السيدة كوهرينغ جولان هي ما يرمز إلى تطبيق فكرة الديمقراطية في القضية⁽³⁹⁸⁾، فالمحكمة تفتتح مسطرة مماثلة لتلك التي كان سيقوم بها أحد خصوم من تدعوه للمثول أمامها. ذلك أن المحكمة تطرح نفس الإشكالية التي سيطرحها عليها المدعي في الدعوى فموضوع ادعاء أحد الأطراف هو نفسه موضوع جوهر النزاع الذي تطرحه المحكمة.

كيفما كان الحال، فإنه لا يمكن للمحكمة أن تضع يدها بصورة تلقائية من أجل السير في اتجاه التأكيد، لذا لا يمكن لنا القول إنها تقدم ادعاء، لهذا السبب لا يمكن منحها صفة الطرف⁽³⁹⁹⁾. وإذا كانت المحكمة ليست طرفا فإن القانون مع ذلك يعطيها الصلاحية من أجل مراقبة صحة تأسيس التخمين الذي قامت به إذا رغبت اعتبارها كذلك، وبالتالي البث في موضوع المبادرة المتخذة.

إن وضع اليد بصورة تلقائية يرمي إلى الحصول على حكم، لهذا السبب يمكن اعتباره كطلب قضائي. وفي المقابل فإن الحكم الذي سيتم اتخاذه لن يبت في موضوع ادعاء بمعنى أنه يمنع على المحكمة أن تسير في اتجاه التأييد والتأكيد، كما يمكن أن يقوم به الطرف، فالطلب المرفوع من قبل المحكمة يطرح إشكالا واقعيًا وقانونيًا له نفس الموضوع

³⁹⁶-CAGNOLI (P): op cit n° 186- p 145.

³⁹⁷-HERON (J): droit judiciaire privé Montchrestien 1991 n°271.

-BLERY (c-: l'efficacité substantielle des jugements civils LGDJ 2000 n °28.

- WIEDERKEHR (G) : qu'est -ce qu'un juge ? Nouveaux juges nouveaux pouvoirs ? mélanges R PERROT DALLOZ 1996 P 57 et s.

³⁹⁸-KOEHRING – joulin ; «la notion européenne de tribunal indépendant et impartial «au sens de l'article 6 de la convention européenne de sauve garde des droits de l'homme «rev, sc. crim 1990 p 693.

³⁹⁹-CAGNOLI (P): op cit n ° 188 p 146.

الجوهري كالادعاء.

هذه المعطيات تستدعي بعض الملاحظات بخصوص قبول المبادرة المتخذة من قبل المحكمة واختصاص القاضي الذي سينظر في هذا الطلب.

ثانيا: وضع اليد بصورة تلقائية قبوله والاختصاص

باعتبار وضع اليد بصورة تلقائية كطلب مرفوع إلى القضاء يعرض إشكالا ذا طابع واقعي وقانوني مطروحا من طرف القاضي. وضع اليد تلقائيا يطرح إشكالات عملية تتعلق بالقبول واختصاص القاضي المؤهل للنظر في مبادرة المحكمة.

أ- قبول طلب المحكمة من الناحية الشكلية

يجب على القاضي الذي يرغب في وضع اليد بصورة تلقائية أن يتأكد من وجود مقتضى قانوني يتيح له هذه الإمكانية، هذه الإمكانية القانونية كأنها سلطة. ذلك أن الصفة للدفاع عن مصلحة خاصة هو مفهوم خاص في المسطرة المدنية. لكن في القانون الموضوعي هناك مرادف أو مفهوم آخر وهو السلطة، كما أنه بخصوص دعاوى أجهزة المسطرة سيكون من المفيد توسيع نطاق مفهوم السلطة المعتمدة تقليديا في المسطرة المدنية من أجل تسليط الضوء على السمة الأولى على وظيفتهم، في الواقع أجهزة المسطرة تقوم بهذه المبادرة بدافع حماية مصلحة غير مصلحتها.

ومن هنا يمكن لنا أن نتساءل كذلك ما إذا كان القاضي ملزما أن يثبت عنصر المصلحة. هنا يكمن المشكل ما دام أنه من الصعب تصور محكمة تقضي بعدم قبول الطلب الذي قدمته بنفسها. هذا الاعتراض هو في محله لكنه ليس مبطلا، بل يجب على القاضي الذي يضع يده بصورة تلقائية أن يحترم قوانين اللعبة ويقبل الدفع بعدم القبول إذا كان مؤسسا. عندما يمنح القانون لأجهزة المسطرة الصلاحية من أجل اتخاذ إجراء معين فإن ذلك لا يعفيها من إثبات وجود مصلحة إذا كان هذا العنصر موضوع نزاع، وبذلك يجب على القاضي الذي يعتزم وضع اليد بصورة تلقائية أن يتأكد أن من شأن الطلب الذي يتقدم به تحقيق فائدة (فائدة مسطرية) للمؤسسة التي يحمي مصالحها الأساسية إذا ثبت له بعد الدراسة

خلاف ذلك فإنه يستوجب عليه التصريح بعدم قبول الطلب⁽⁴⁰⁰⁾.

ب- القاضي المختص للنظر في طلب المحكمة

مبدئياً فإن وضع اليد بصورة تلقائية هي صلاحية داخلية، بمعنى أنه لا يمكن أن نتصور أنه من الممكن أن ترفع محكمة طلباً إلى محكمة أخرى، لكن قواعد الاختصاص يمكن لها أن تذهب بنا إلى هذه النتيجة، وهو ما سيترتب عنه عدة صعوبات أخرى. وبمقتضى المادة 581 من قانون 17-73 المتعلق بصعوبات المقاول⁽⁴⁰¹⁾، فالمحكمة المختصة مكانياً هي المحكمة التي يقع في دائرة نفوذها مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة. يمكن أن يتبين للمحكمة التي وضعت يدها تلقائياً أن المقر الاجتماعي للشركة هو وهمي بالشكل الذي تصبح معه غير مختصة، ذلك أن المقر الحقيقي للمقولة هو وحده المعتمد في تحديد المحكمة المختصة محلياً لفتح المسطرة، وبذلك فمحكمة النقض الفرنسية استقرت في عدة من قراراتها على أن المقر الاجتماعي في مادة المساطر الجماعية هو المقر الحقيقي للشركة⁽⁴⁰²⁾.

ويمكن الدفع بعدم الاختصاص من طرف المدين أو بصفة عامة من طرف من تمت دعوته من طرف المحكمة، ويمكن أن يثار أيضاً بصورة تلقائية، ذلك أنه بكل بساطة عرض قضية على محكمة من طرف محكمة أخرى غير مختصة مكانياً يبقى أمراً ممكناً شريطة أن يثير تلقائياً القاضي الذي يضع يده بصورة تلقائية عدم اختصاصه، لهذه الغاية يكفي اعتبار القواعد المتعلقة بالاختصاص المحلي في مادة صعوبات المقاول قواعد خاصة. وصياغة الفقرة الثانية من المادة 581 من قانون صعوبات المقاول تسير في هذا الاتجاه لاستعمالها عبارة المحكمة المفتوحة مسطرة التسوية أمامها تكون مختصة للنظر في جميع الدعاوى، وهو ما يعكس الطابع الخاص لقواعد الاختصاص.

⁴⁰⁰-CAGNOLI (P): op cit N°190, p 148.

⁴⁰¹- تنص المادة 581 من م ت على أنه "ينعقد الاختصاص للمحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة. تكون المحكمة المفتوحة مسطرة التسوية أمامها مختصة للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها. تدخل في إطار اختصاص المحكمة بصفة خاصة الدعوى المتعلقة بتسيير المسطرة أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات هذا القسم".

⁴⁰²-Com 24-11-1982 Bull Civ IV, N°370.

Com 15-7-1970 Bull Civ II N°247, p 186.

المبحث الثالث: مفهوم الطرف الضروري

يرى بعض الفقه التجاري أن هناك بعض الأشخاص الذين من المفروض أن يكونوا معنيين بالقرار الصادر في موضوع مآل المقولة، والذين يجب اعتبارهم أطرافاً بغض النظر عن تقديم أي ادعاء⁽⁴⁰³⁾. المنطق المعتمد من طرف هؤلاء الفقهاء يجد سنده في القانون الذي يمنح لبعض الأشخاص أو لبعض الأجهزة صلاحيات مخولة عادة للأطراف مثل الحق في تقديم الطعن بالاستئناف، ضرورة الاستدعاء للجلسة أو كونهم معنيين بالتوصل بنسخة من مقرر قضائي تعكس هذه الصلاحيات إرادة المشرع بجعل المعنيين بهذه القواعد المسطرية أطرافاً في الدعوى⁽⁴⁰⁴⁾، ومفهوم الطرف الضروري هو مفهوم مثير للجدل⁽⁴⁰⁵⁾ يتردد القضاء في استعماله بل أحياناً يشجبه (المطلب الأول) تأتي بلا شك أسباب هذا الموقف السلبي من الغموض الذي يطبع هذا المفهوم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الطرف الضروري في الاجتهاد القضائي

يبدو أن المعيار المقترح للطرف الحقيقي هو واجب توجيه الدعوى ضده بصفة أصلية ولو قدمت ضده طلبات بصفة صريحة أو ضمنية. عندما قررت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) بأن الطاعن عندما أدخل المجموعة الحضرية بالدار البيضاء والجماعة الحضرية بابن مسيك لم يطلب الحكم عليهما لا بالضمان ولا بالتعويض ولا بأي شيء بل طلب إدخالهما لتقديم ملاحظتهما فقط، ولهذا لم يكن اعتبارهما طرفين في الدعوى حتى تكون المحكمة ملزمة بإتباع جميع إجراءات المسطرة معهما واستدعائهما بل في هذه الحالة يرجع أمر استدعائهما إلى سلطة المحكمة التقديرية⁽⁴⁰⁶⁾. ويفهم من هذا التعليل أن محكمة النقض أخذت بمبدأ أن الطرف لا يكون خصماً حقيقياً في الدعوى إلا إذا قدمت ضده طلبات، وهذا ما أكدته بوضوح في قرارها: «بأن الأطراف الحقيقيين في الدعوى هم الذين

⁴⁰³-Honorat (A) et mas (D): les perspectives de l'appel –nullité"

Petites affiches 1,7,1987n : 21p 28 etc.

⁴⁰⁴-DERRIDA (F): la notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises D 1989 chron, p 77.

⁴⁰⁵-Staes (O): op cit n° 282 et s, p 278 et s.

⁴⁰⁶- قرار عدد 227 بتاريخ 9-9-1983 في الملف عدد 96216 منشور بمجلة المحامون تصدرها هيئة المحامين بأسفي عدد 3 ص 194.

يكونون ممثلين تمثيلا لا يتيح لهم الدفاع عن حقوقهم، وذلك بصرف النظر عن وضعهم القانوني بالمستأنفين أو المستأنف عليهم أو المتدخلين اختياريا أو المدخلين في الدعوى أو المنضمين لأحد الأطراف أو المطلوب الحكم أو الطعن بحضورهم»⁽⁴⁰⁷⁾. كما أكدت أيضا المبدأ المذكور في اعتبار الطرف خصما حقيقيا في المخاصمة هو تقديم الطلبات ضده وذلك في عدة قرارات⁽⁴⁰⁸⁾، إلا أن هناك قرارات أخرى تم التراجع فيها عن المبدأ المذكور ومنها القرار عدد 896 والذي سايرت فيه محكمة الموضوع فيما عللت به قرارها من عدم قبول الاستئناف بأن الأمر يتعلق بطلب القسمة ودعوى القسمة تقوم على قاعدة جمع الخصوم لقول خليل، "وأجبر لها كل إن انتفع كل"، واعتبرت أن تقديم الاستئناف بحضور باقي الشركاء يدل فقط على الرغبة في إشعارهم بالخصومة لا مخاصمتهم وفي ذلك خرق للقاعدة المذكورة⁽⁴⁰⁹⁾.

وحسما لهذا الخلاف القضائي جاء قرار الغرفتين الاجتماعية والمدنية مجتمعتين⁽⁴¹⁰⁾ وكرس مبدأ اعتبار الطرف خصما حقيقيا في الدعوى ولو طلب فقط صدور الحكم بحضوره متى وجهت طلبات ضده أو حكم له أو عليه بأي شيء. كما أن المعيار المقترح من طرف القضاء الفرنسي لا اعتبار الطرف الضروري هو واجب الاستماع إليه، فمحكمة النقض الفرنسية عندما قررت بأن الراغب في شراء المقولة ليس بطرف في الدعوى⁽⁴¹¹⁾، فلأنها من جهة أولى اعتبرت أنه من غير اللازم الاستماع إليه في جوهر ادعائه. ورأى الفقه في هذا القرار تجسيدا لمفهوم الطرف الضروري، وبمفهوم المخالفة إذا كان يجب استدعاء هذا الشخص فإنه يعتبر بالضرورة طرفا في الدعوى⁽⁴¹²⁾. كما قامت محكمة النقض الفرنسية بتغيير السبب المعتمد من أجل التأكيد على

⁴⁰⁷- قرار عدد 6403 صادر بتاريخ 30-10-1996 في الملف عدد 95-6-1-105 غير منشور.

⁴⁰⁸- قرار عدد 1185 بتاريخ 22-3-2000 في الملف المدني عدد 95-721 غير منشور.

⁴⁰⁹- قرار عدد 896 بتاريخ 11-2-1998 في الملف المدني عدد 94-4716 غير منشور.

⁴¹⁰- قرار عدد 871 الصادر بغرفتين مجتمعتين بتاريخ 10-2-1998 في الملف المدني 96-4312 منشور بمجلة القضاء والقانون تصدرها وزارة العدل، مطبعة الأمانة الرباط العدد 145 السنة الثلاثون، ص 203 وما يليها.

⁴¹¹-Com 22-3-1988 D 1988 juris, p 375.

⁴¹²-DERRIDA (F) :-op cit art prec, n° 15.

عدم توفر صفة الطرف الراغب في شراء المقاول⁽⁴¹³⁾، لم تعد تشير منذ ذلك الحين إلى غياب الاستدعاء الضروري، بل إنها اعتبرت أيضا أنه بالنسبة لدائن أو فريق من الدائنين الذين يمثلون على الأقل 15% من الديون المصرح بها فإن حقهم في أن يتم الاستماع إليهم قبل اتخاذ مخطط الاستمرارية لا يخول لهم صفة الطرف في الحكم القاضي باستمرارية المقاول⁽⁴¹⁴⁾. وهكذا فإن محكمة النقض ترفض أن تجعل من الاستماع الواجب كإجراء مقرر قانونا معيارا للطرف الضروري⁽⁴¹⁵⁾.

بحسب بعض الفقهاء يبقى الحق في تقديم الطعن بالاستئناف من بين العلامات التي تطبع مفهوم الطرف في الدعوى⁽⁴¹⁶⁾. يبدو أن محكمة النقض الفرنسية تشجب بحدّة هذا المعيار بمقتضى قرارها الصادر في 13-10-1993⁽⁴¹⁷⁾ الذي أوضحت في هذه النازلة بأنها كانت لجنة مقاوله لشركة خضعت لمسطرة التصفية القضائية قد قامت بتعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد الحكم القاضي بالتصفية، فقد حرمت من الحق في تقديم هذا الطعن في المرحلة الاستئنافية من طرف قضاة الدرجة الثانية هؤلاء أسسوا ما انتهوا إليه على الحق في استئناف مثل هذا الحكم الذي يخول للجنة المقاوله صفة الطرف في الدعوى، تقدمت لجنة المقاوله بالطعن بالنقض حيث طرحت الإشكالية بشكل واضح جدا ما دامت أنها أقرت أن الحق في الطعن بالاستئناف لا يعتبر كافيا لمنحها صفة الطرف، عمدت محكمة النقض إلى استبدال الحثثيات المعتمدة لرفض الطلب فلقد اقتصررت على التذكير أن مآل ممارسة طعن عوض عن الطعن المقرر قانونا يجب أن يكون هو عدم القبول.

بلا شك فإن تذبذب الاتجاه القضائي في تحديد مفهوم الطرف الضروري يرجع للغموض الذي يطبع هذا المفهوم.

⁴¹³-Com 2-4-1996 bull cv IV n° 109.

⁴¹⁴-Com 23-6-1998 bull civ IV, n ° 207.

⁴¹⁵-CAGNOLI (P): op cit n° 204, p 163.

⁴¹⁶-DERRIDA (F): op cit art precis n° 9.

-BARRET (O) :-op cit n° 17.

⁴¹⁷-COM 13-10- 1993 bull civ IV n° 345 REV procedures collective 1994, p150 n°8.

المطلب الثاني: الغموض الذي يطبع مفهوم الطرف الضروري

مفهوم الطرف الضروري كما هو مقدم حالياً معيب، وهو ما انتقده بعض الفقهاء المختصين في قانون الإجراءات المسطرية (الفقرة الأولى) وبذلك فالرجوع إلى المصادر سيتمكن من جعل هذا المفهوم مفيداً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العيوب التي تمس مفهوم الطرف الضروري

أول ما يمكن أن يعاب على مؤيدي مفهوم الطرف الضروري هو كونهم ينطلقون من الصلاحيات المخولة للأطراف من أجل تحديد المفهوم نفسه للطرف هذا التفكير يخلط بين السبب والآثار⁽⁴¹⁸⁾. ومن الناحية العملية فإنه إضافة إلى ذلك يقود إلى تكاثر الأطراف الضرورية⁽⁴¹⁹⁾، على اعتبار أنه كلما منح شخص ما صلاحية خاصة بالطرف فإنه يجب الاعتراف له بهذه الصفة مع كافة الآثار التي تترتب عنه، وهنا تبرز أكبر الصعوبات لأنه يجب التمييز بين سمات صفة الطرف التي هي مهمة وبين تلك التي ليست كذلك، كي تحرم من صفة الطرف الراغبين في شراء المقالة الذين لم يتم قبولهم من طرف المحكمة. فقد لاحظت محكمة الاستئناف "بليون" "LYON" الفرنسية أنه لم يكن من الواجب تبليغهم الحكم القاضي ببيع المقالة⁽⁴²⁰⁾. لكن إذا اتبعنا هذا التعليل تبليغ الحكم يخول صفة الطرف بالرغم من أن قانون المسطرة المدنية الفرنسي⁽⁴²¹⁾ «ينص على إمكانية تبليغ الاغيار من أجل تقليص أجل الطعن عن طريق تعرض الغير الخارج عن الخصومة».

من أجل الإفلات من هذه الانتقادات يقترح بعض الفقه مفهوماً للطرف يكون خاصاً بقانون صعوبات المقالة بحسب الأستاذين Meledo BRIAND و STAES أنه يجب التمييز بين الدعاوى التي تروم إلى معالجة المقالة، وبين تلك التي تمس حقوق الخواص.

⁴¹⁸-En ce sens voir STAES (O):-: op cit n°, 292.

⁴¹⁹-Staes (O): op cit n° 292 et s.

⁴²⁰-Cour d'appel de Lyon 16-10-1987 gazette de palais, oct. p 249.

⁴²¹-Article 586; alinéa 3 du code de procédure civile: «en matière contentieuse elle n'est cependant recevable de la part du tiers auquel le jugement a été notifié que dans les deux mois de cette notification, sous réserve que celle-ci indique de manière très apparente le délai dont il dispose ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé».

بالنسبة للأولى يمكن أن يكون طرفا من كانت مصلحته الشخصية مرتبطة بمصلحة
المقاول⁽⁴²²⁾، حينئذ يكون للاستماع الإجباري هدفان: من جهة حماية مصالح المتعاملين مع
المقاول، ومن جهة أخرى تمكين المحكمة من تقدير وضعية الشركة بجميع أبعادها⁽⁴²³⁾.
وهكذا لن يكون طرفا ضروريا من له مصلحة شخصية في القرار المرتقب اتخاذه
ولكن من بفضل المبادرات المتخذة سيساهم بطريقة مفيدة في معالجة المقاول⁽⁴²⁴⁾؟
إن المقاربة المقترحة مهمة جدا من أنها تضع الأصبع على الصعوبات التي تثيرها
مسألة ضبط مفاهيم القانون القضائي الخاص مع قانون صعوبات المقاول، لكن يبدو أن
أعمالها يبقى أمرا جد صعب، ذلك أنه لا توجد حدود واضحة بين الدعاوى التي تهم مآل
المقاول وتلك التي لا تنظر إلا في حقوقها، وهناك عائق ثان ألا وهو معرفة معنى المصلحة
المرتبطة بالمقاول، ابتداء من متى يمكن القول إننا نساهم بصورة مفيدة في معالجة المقاول؟
بحسب الأستاذة BRIAND.M الراجب في شراء المقاول المستبعد له عن حق مصلحة
شخصية في تعديل الحكم القاضي بالبيع لكن ليس له مصلحة مرتبطة مع تلك المقاول ما
دامت المحكمة قررت أن مصلحة المقاول كانت هي أن يتم رفض عرضه الرامي إلى
شرائها⁽⁴²⁵⁾.

وبحسب الأستاذ Staes فإنه يتعين على المشرع تحديد لائحة الأشخاص الذين
يساهمون بصورة مفيدة في معالجة المقاول⁽⁴²⁶⁾، والمعايير المعتمدة من قبل هذا الفقيه التي
تمكن من كشف هذا الاختيار تكمن في الاستماع الإجباري والاستشارة الإجبارية⁽⁴²⁷⁾ على
الرغم من هذا التعريف والتحديد فإن مفهوم الطرف لا يرضي كثيرا لأنه يبقى نابعا عن
الصلاحيات المرتبطة به.

⁴²²-Meledo Briand :opcit n ° 456, p.275 et n° 460, p477.

⁴²³-STAES (O)-: op cit n° 300 p 291 et 292.

⁴²⁴-Cagnoli (P)-: op cit n° 207 p 165.

⁴²⁵-Meledo Briand: op cit n°456,p 275.

⁴²⁶-Staes (O)-: op cit n°300.

⁴²⁷-Staes (O)-: op cit n°301 et s p 293 et s.

الفقرة الثانية: تحديد مفهوم الطرف الضروري

في مادة صعوبات المقابلة تم نسبة مفهوم الطرف الضروري للعميد R.Houin⁽⁴²⁸⁾ ثم طرح هذا الإشكال بخصوص الطرف المدين، أثناء سريان قانون 1967 الفرنسي وأكدت محكمة النقض الفرنسية، أن هذا الأخير والحال أنه لم يتم الاستماع إليه أو استدعائه بصورة قانونية لا يمكن اعتباره غيرا بالنسبة للحكم الذي صرح بتسويته القضائية ولا بالنسبة للحكم القاضي بتصفية ممتلكاته⁽⁴²⁹⁾. بينما يرى الأستاذ R.PERROT الخصم المطلوب الحكم عليه يعتبر دائما طرفا ضروريا في جميع المواد القانونية⁽⁴³⁰⁾. في بعض الحالات يجيز المشرع تقديم الطلب بطريقة غير حضورية كما هو الحال بالنسبة لمسطرة الأمر بالأداء، الأوامر المبنية على طلب، في غياب أي إدخال فإنه مع ذلك يخضع شخص بطريقة مباشرة للطلب ويجب وصفه بالطرف. بالنسبة لطلب الأداء المقدم من قبل الدائن، كما هو الشأن بالنسبة لطلب التسوية القضائية، أو التصفية القضائية فإن المدين هو المعني الأول، لهذا السبب يعتبر طرفا ضروريا، لكن الصعوبة التي تعترى مادة صعوبات المقابلة تكمن في أن جميع القرارات المتخذة تهم عدة مصالح مختلفة وبدرجات متغيرة.

وإذا قبلنا وصف الطرف الضروري - إلا من كان معنيا مباشرة بالقاعدة القانونية المطبقة - سوف يكتسب هذا المفهوم مجالا شاسعا وضيقا للتطبيق في آن واحد، أكثر من ذلك الذي منحه الفقه التجاري مجالا شاسعا لأنه غير محصور بالنسبة للدعوى التي تتعلق فقط بمال المقابلة، وهكذا في مادة العقوبات الشخصية يكون طرفا ضروريا مسير الشركة ولو لم يتم استدعائه، ثم في المقابل يكتسب هذا المفهوم مجالا أكثر تقييدا لأنه بالنسبة لنفس القاعدة القانونية فالحقوق والمصالح المعنية مباشرة هي المبررة لوصف الطرف الضروري، من أجل الحصول على صفة الطرف في دعوى تتعلق بمساطر صعوبات المقابلة، يجب تقديم ادعاء أو إذا لم يتسن ذلك الخضوع له أو الاستفادة منه مباشرة.

بعد تحديد أطراف الدعوى ينبغي دراسة الكيفية التي تنظم بواسطتها مقابلة ادعاءاتهم هناك عدم ملائمة مهمة للمبادئ التوجيهية للدعوى في قانون صعوبات المقابلة وهو ما سنتولى دراسته.

⁴²⁸-Cagnoli (P)-: op cit n° 208, p166.

⁴²⁹-Com 17-6-1975 not Cagnoli (P)- op cit n°208 ,p 166.

⁴³⁰-Cagnoli (P)-: op cit n° 208, p 167.

الفرع الثاني: عدم ملائمة المبادئ التوجيهية للدعوى مع قانون صعوبات المقابلة

قانون صعوبات المقابلة يتحقق بواسطة المساطر القضائية التي تقدم الضمانات التي كانت من وراء اختيارات المشرع، ومع ذلك فإنه من الواضح قد لا تكون بعض المبادئ المسطرية الأساسية ملائمة لتحقيق الأهداف التي حددها المشرع منها، وجوب القاضي البث في حدود طلبات الأطراف دون أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات، وهي القاعدة التي من شأنها أن تشكل عائقاً يحول دون البحث عن حل أمثل. كذلك تكمن الصعوبة في إيجاد توازن بين إكراهات مسطرة معالجة صعوبات المقابلة وتلك المتعلقة بالمسطرة المدنية.

في قانون معالجة صعوبات المقابلة، فإن توزيع الأدوار بين الأطراف والقاضي تختلف عن تلك التي نجدها في دعوى عادية، وذلك أن المحكمة أصبح لها الدور المهم في تسيير الدعوى وتقوم مقام باقي الأطراف في توضيح وبسط ما لم يقدموه، ولم تقصر نظرها على الطلبات المقدمة وما يقع التمسك به لديها من دفعات كما تغير ما انحصر فيه الطلب، وإن ذلك نابع من كون قاضي صعوبات المقابلة يتوفر على عدة صلاحيات من أجل تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق. ومرد ذلك أنه غير ملزم بالامتثال للذين تعرضهما عليه المسطرة العادية وما هو مضمن في القانون القضائي الخاص بصفة عامة، فالحد الأول هو منع القاضي أن يقدم في الدعوى عناصر واقعية يعلمها شخصياً، والحد الثاني واجب احترام الادعاءات المصاغة من الأطراف. وهذان الحدان لا وجود لهما في قانون صعوبات المقابلة، لذلك سوف نهتم أولاً بعدم ملائمة مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها في قانون معالجة المقابلة (المبحث الأول) وعدم ملائمة مبدأ ثبات النزاع (المبحث الثاني) وكذا الأمر بالنسبة لمبدأ المواجهة (المبحث الثالث).

المبحث الأول: عدم ملائمة مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها مع قانون صعوبات المقاولة

إن القاعدة المسلمة في الفقه الإجرائي تتمثل في أن الخصوم أسياد على حقوقهم، فالقاضي وفقا لهذه القاعدة يفصل في الطلبات المقدمة إليه وفي حدودها، ذلك أن الخصومة المدنية خاضعة لمجموعة المبادئ العامة التي تقرر سيادة الخصوم عليها، لأن زمام الخصومة المدنية في يد الخصوم، هم الذين يطرحونها على القاضي محددين وقائعا ونطاقها مطالبين بما يرغبون من حقوق، وهم الذين يقررون الاستمرار فيها أو تركها، وبالتالي يملكون السيادة عليها ولا يستطيع القاضي إزائها إلا الحكم على حاصل ما تم أمامه من أعمال أجراها الخصوم.

وقد ترتب على هذا المبدأ إطلاق حرية الخصوم في مجال المنازعة، وبالتالي خضوع القاضي لإرادة الخصوم إلى حد كبير أنه لا يمارس القاضي سلطاته إلا في النطاق الذي رسمه له الخصوم ويعرف ذلك بمبدأ ملكية الخصومة لأطرافها⁽⁴³¹⁾.

وبالرغم من أن المشرع حرص على تسيير الخصومة، فإنه لم يجعل منها ظاهرة تلقائية تسيير وحدها، بل جعل عبء إدارتها يقع على أطرافها من يوم افتتاحها، ثم يتولى القاضي تسييرها بعد ذلك⁽⁴³²⁾، وما دامت الدعوى حقا كبقية الحقوق المعترف بها للأفراد، يمكن بالتالي لهؤلاء استعمال هذا الحق والقيام بالمطالبة القضائية، كما يمكنهم العدول عن استعمال هذا الحق، فالأفراد أسياد حقوقهم ومن ثم أسياد الدعوى الموضوعة لحماية هذه الحقوق⁽⁴³³⁾، لأن صاحب الحق هو سيده، أي أنه يعود له وحده ممارسته ورد الاعتداء عليه، وهو أمر إرادي له وليس واجبا عليه، ويتم استعمال هذا الحق عن طريق المطالبة به

⁴³¹ - علي بن عبد العزيز بن علي العميريني: الدعوى وسبب الدعوى في الفقه الإسلامي مع إجراء مقارنة بين الفقه الإسلامي وفقه القانون المدني، ماهية الدعوى وحقيقتها، أركانها وأطرافها، أنواعها ومراتبها وشروطها، ماهية السبب وطبيعته، دور القاضي والخصوم في سبب الدعوى - دار الحسينين دمشق بدون سنة ص 158.

⁴³² - محمد زلايجي: م س ص 291.

⁴³³ - راميا الحاج: مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2008، ص 50-51.

أمام القضاء⁽⁴³⁴⁾.

وإذا كان الأمر أعلاه بخصوص القاعدة العامة، فإن هذا المبدأ لم يعد ينسجم مع مسطرة صعوبات المقابلة التي ترمي إلى إنقاذ المقابلة وإيجاد السبل الكفيلة لمعالجتها، وبالتالي فإن هذا المبدأ لا يتلاءم مع الطابع الموضوعي والغائي لمسطرة صعوبات المقابلة (المطلب الأول) مما يؤدي إلى إبعاد هذا المبدأ في دعوى مسطرة صعوبات المقابلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم ملائمة مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها مع الغاية من مسطرة صعوبات المقابلة

إن دعوى صعوبات المقابلة ليست مرتبطة بنزاع تقليدي يرمي إلى الدفاع عن مصالح شخصية ذاتية، وإنما تسوية وضعية المقابلة، ودعم النشاط الاقتصادي، وإيجاد السبل الكفيلة لمعالجة المقابلة. ومن ثم فإن إنقاذ المقابلة وتسوية وضعيتها تعتبر غاية مسطرة معالجة صعوبات المقابلة، وهذه الغاية لا تتلاءم ومبدأ ملكية الخصوم للدعوى، كما أن الغاية من تدخل الأطراف في هذه المسطرة الجماعية ليست لطلب البث في نزاع ذاتي لهم في مواجهة المقابلة، بل المشاركة في تسوية وضعيتها وإنقاذها، وبذلك فهذا المبدأ والمؤسس على سيطرة الأطراف وملكيتهن للموضوع والطلبات، يفقد مغزاه ووجوده في مسطرة معالجة صعوبات المقابلة⁽⁴³⁵⁾. ذلك أن هذه الأخيرة كرسست تراجعاً ملحوظاً لمراكز الأطراف لصالح هيمنة القضاء⁽⁴³⁶⁾، وبالتالي فإن مراكز الخصوم قد شهد تغيراً ملحوظاً لأن تدخل الأطراف ليس هدفه الوصول إلى اقتضاء حقوق شخصية وذاتية، وإنما إلى تحقيق مصلحة أسمى تتمثل في إنقاذ المقابلة وتصحيح وضعيتها⁽⁴³⁷⁾. لأن مسطرة صعوبات المقابلة تخدم المصلحة العامة للمقابلة وليس المصلحة الذاتية للأفراد. ومن ثم فإن مبدأ

⁴³⁴- القاضي حبيب مزهر: دور القاضي حيال العناصر الواقعية والقانونية في الدعوى المدنية، مقال منشور بندوة دور القاضي في الخصومة، وحدة الهدف وتعدد الأدوار الجزء الأول المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص 337.

⁴³⁵- عبد الحميد خريف: م س، ص 456.

⁴³⁶-Cagnoli (P):- op cit n°213 p 170 et 171.

⁴³⁷- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري المغرب ومساطر معالجة صعوبات المقابلة، م س، ص 42.

ملكية الخصومة لأطرافها ذو طابع ذاتي لا ينسجم مع الطابع الموضوعي للمسطرة الجماعية⁽⁴³⁸⁾.

وعليه فإن مسطرة معالجة صعوبات المقاول لا تعتبر ملكاً لأطراف النزاع، وإنما هي ملك للكافة وللصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية لكونها محملة بوظيفة اجتماعية يتعين أن تؤديها لصالح المجتمع، لأن هذه المسطرة تعتبر من النظام العام الاقتصادي وتساهم في حماية مختلف المصالح سواء تعلق الأمر بالمقاول المتوقفة عن الدفع ومراعاة مناصب الشغل أو الدائنين الذين لهم على المقاول ديون غير مؤداة، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها: «لكن حيث أن ما قررته المحكمة الابتدائية المؤيد حكمها بالقرار المطعون فيه بشأن تدخلها التلقائي في فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاول، يجد أساسه في مقتضيات المادة 563 من م ت والتي أعطت الحق للمحكمة بأن تقضي من تلقاء نفسها بفتح تلك المسطرة كلما توفرت لديها المبررات لذلك، وأن ما نهجته المحكمة بهذا الخصوص وما عللت به قرارها بشأن أحقيتها في تحريك هذه المسطرة بصرف النظر عن أي طلب آخر يبرره أن هذه المسطرة تعتبر من النظام العام الاقتصادي ودور المحكمة فيها لم يعد منحصراً في الفصل في النزاع بناء على طلب أحد الأطراف، وإنما تجاوزه للمساهمة في تحقيق حماية لمختلف المصالح سواء تعلق الأمر بالمقاول المتوقفة عن الدفع أو بالدائنين الذين لهم عليها ديون غير مؤداة...»⁽⁴³⁹⁾.

وبذلك فالتوجه القضائي وضع حداً لصلاحيات الأطراف في إنشاء الخصومة أو التنازل عنها على اعتبار أن تسوية وضعية المقاول التي تعتبر غاية المسطرة الجماعية لا يخدمها مبدأ التصرف في الدعوى المعروف في القواعد العامة للتقاضي، فضلاً عن أن موضوع دعوى صعوبات المقاول ليست ملكاً لطالبيها، وإنما تعد ملكاً للجميع وللصلحة الاجتماعية والاقتصادية، لأنها تهدف إلى تحقيق مصلحة أعلى من المصلحة الخاصة

⁴³⁸-Meledo Briand: op cit n° 634 p 362 et n° 639, p 364.

⁴³⁹- قرار عدد 1328 صادر بتاريخ 2002/10/23 عن غرفتين مجتمعيتين الاجتماعية والتجارية في الملفين المضمومين عدد 304-2-3-2001 و 2002-1-3-2001 منشور بمجلة القضاء والقانون تصدرها وزارة العدل السنة الواحدة والثلاثون، مطبعة الأمانة الرباط، العدد 149، ص 264 وما يليها.

للأطراف وهي مصلحة المقاوله التجارية في البقاء منتجة وفعالة، ومن خلالها المصلحة العامة، وهو الأمر الذي أكدته محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرارها والذي جاء فيه «حيث أنه خلافا لما تمسكت به المستأنفة، فالمحكمة التجارية المرفوعة إليها دعوى فتح مسطرة التسوية من قبل المستأنفة، يمكنها بالرغم من تنازل المقاوله عن الدعوى، أن تحكم من تلقاء نفسها بفتح مسطرة معالجة الصعوبة إذا ثبت لها من خلال الاستماع إلى رئيس المقاوله، ومن خلال ظروف النازلة أن هناك توقفا عن دفع الديون المستحقة، وعليه فإن الحكم المستأنف عندما استبعد تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية بشأن التنازل عن النازلة لكون الأمر يتعلق بمسطرة جماعية لها علاقة بالنظام الاقتصادي العام يكون مرتكزا على أساس في هذا الجانب» (440).

وعليه فدور المحكمة تجاوز اختصاصها التقليدي بوضع يدها تلقائيا على النزاع ولم يعد بثها يتوقف على إرادة الخصوم وحدهم، لأن مساطر معالجة المقاوله هي مساطر جماعية يوكل إلى المحكمة حق تحريكها ومراقبتها والإشراف على سير وضمان سلامة إجراءاتها، من افتتاحها إلى قفلها، لأن دورها يشمل تقويم المقاوله، اقتصاديا وماليا واجتماعيا وغايتها إنقاذ المقاوله، وتراعي في تطبيقه الآثار السلبية والإيجابية على مستوى التشغيل وحماية حقوق الطبقة العاملة ومصالح الدائنين.

وقد ترتب على المركز الجديد للمحكمة في ظل مساطر صعوبات المقاوله تراجع دور الخصوم في الدعوى، واستبعاد سيادتهم عليها. لأن الخصومة أصبحت في ظل هذه المادة ذات مفهوم عام، لأنها تتجاوز المصلحة الفردية إلى المصلحة العامة ولم تعد ملكا لأطرافها يسيرونها ويديرونها على النحو الذي يرضى مصالحهم، بل إن المفهوم التقليدي للدعوى المرتبط أساسا بوجود ادعاء صادر من المدعي ضد المدعى عليه لا ينطبق على هذه المادة، لأن الأطراف لا يرمون إلى حسم نزاع، وإنما إلى تقديم مساهمتهم في معالجة المقاوله (441).

⁴⁴⁰ - قرار عدد 452 صادر بتاريخ 9-5-2006 في الملف عدد 560-2005 غير منشور.

⁴⁴¹ - عبد الحميد اخريف: م س، بند 284، ص 457.

المطلب الثاني: إبعاد مبدأ التصرف في الدعوى في مسطرة معالجة صعوبات المقابلة

الملاحظ أن تشعب المعاملات والتطور الحاصل في مجالات الحياة المختلفة، جعل من المتعذر عمليا ضبطها بنصوص قانونية حيث لا تستطيع مواكبة التطورات الهائلة، مما أتاح الفرصة لمنح القاضي المزيد من الإيجابية والمرونة تمكنه من معالجة الحالات المستجدة⁽⁴⁴²⁾، ذلك أن قانون صعوبات المقابلة منح القاضي دورا إيجابيا في العملية القضائية، وذلك لما في إعطاء القاضي هذه الإيجابية من سرعة حسم الدعاوي وانسيابه إقامة العدل، فغل يد القاضي في وقت تشهد فيه الحياة تطورات متلاحقة من شتى المجالات، يشكل وبلا شك خطوة نحو الوراء.

وعليه فسلطة الأطراف على موضوع الدعوى حلت محلها سلطة القاضي على الدعوى، فسلطة القاضي بداية لا تقتصر على ما أبداه الأطراف في مكتوباتهم وتصريحاتهم، وإنما أصبح يشارك بشكل فعال بما يملكه من صلاحيات غير عادية من أجل المساهمة في كشف الحقيقة⁽⁴⁴³⁾ التي توضح وضعية المقابلة ودرجة الصعوبة التي تمر منها وكل الملابسات المحيطة بها. وبذلك فالمحكمة أصبحت الوصي على حقوق الأطراف من أجل إنقاذ المقابلة وتوفير الشغل وسداد الديون، ومن أجل هذا فهي تتقصى كل العناصر الواقعية الضرورية لفحص وضعية المقابلة، وتستمع إلى كل شخص تفيد أقواله في المسطرة من خلال الصلاحيات الاستخبارية والتنقيبية التي خولها القانون المسطري الجديد، ذلك أن المادة 582 في فقرتها الثانية من قانون 17-73 تنص على أنه «يمكن للمحكمة أيضا الاستماع لكل شخص يتبين لها أن أقواله مفيدة دون أن يتمسك بالسر المهني، كما يمكنها أن تطلب من كل شخص من ذوي الخبرة إبداء رأيه في الأمر»، وهذه الصلاحية تمكن المحكمة من وضع يدها على العديد من المعطيات المفيدة حول وضعية المقابلة.

⁴⁴² - رضا المزغني: أحكام الإثبات معهد الإدارة العامة - السعودية 1985، ص 127.

⁴⁴³ - عبد الحميد أخريف: م س، ص 458.

نجلاء توفيق نجيب فليح: عبء الإثبات في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل 1998، ص 132.

والواقع أن الخصومة في ميدان صعوبات المقولة لم تعد نزاعا فرديا بين الخصوم، وإنما يكون للمحكمة دورها في إحقاق الحق بمنحها نشاطا إيجابيا في العملية القضائية، ذلك أن الطابع الموضوعي لمسطرة معالجة صعوبات المقولة لا يترك للأطراف أي تحكم في موضوع هذه المسطرة ولا على مآلها، فهؤلاء لهم أن يحركوا هذه المسطرة لكن دون تقييد للمحكمة بخصوص موضوع الطلب فيها، ودون اختزال لهذا الموضوع في طلب التسوية القضائية أو طلب التصفية القضائية⁽⁴⁴⁴⁾. وفي هذا الإطار قضت المحكمة التجارية بالدار البيضاء على أنه «يقضى بالتسوية القضائية إذا تبين أن وضعية المقولة غير مختلفة بشكل لا رجعة فيه وإلا فيقضى بالتصفية القضائية».

وحيث إن المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف ومستنداته وخاصة محضر عدم وجود ما يحجز، الذي جاء فيه أنه لم يعثر على أي منقول مهم، وأن الآلات نقلت منذ سنتين، ثبت لها أن وضعية شركة ... مختلفة بشكل لا رجعة فيه، مما يتعين معه الحكم بفتح مسطرة التصفية القضائية في مواجهتها⁽⁴⁴⁵⁾. كما قضت محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء على أن «المحكمة عند تحريك مساطر المعالجة لم تعد مقيدة بطلبات الأطراف، بل أصبح بإمكانها أن تضع يدها تلقائيا على القضية، وتقضي استنادا إلى وثائق الملف ومعطيات النازلة، كما أن المشرع في إطار المساطر الجماعية أخذ بعين الاعتبار مصلحة المقولة بالأساس، بدليل تنظيمه لمسطرة تفويتها إلى الغير، واعتبار التفويت كحل من حلول التسوية، وبالتالي فإن رئيس المقولة في النازلة وإن كان تقدم بطلب رام إلى التصفية القضائية فإن المحكمة لم تسايه مباشرة في طلبه بل أمرت تمهيدا بإجراء خبرة للوقوف على الوضعية المالية للمقولة والصعوبات التي تعترضها وأسباب ذلك...»⁽⁴⁴⁶⁾.

وعليه فإن المفهوم التقليدي للدعوى والذي من خلاله يتحكم أطراف الخصومة في

⁴⁴⁴- عبد الحميد اخريف: م س، ص 459-460.

- عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، دار نشر المعرفة، طبعة 2013، ص 272.

⁴⁴⁵- حكم رقم 64-2000 صادر بتاريخ 14-2-2000 عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء، مشار إليه عند عبد الحميد اخريف: م س، هامش، ص 459.

⁴⁴⁶- قرار عدد 2730-2000 بتاريخ 22-12-2000، صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، غير منشور.

النزاع، لا يجد له صدى في مسطرة معالجة صعوبات المقاوله، على اعتبار أن موضوع دعوى صعوبات المقاوله ليست ملكا لطالبيها، وإنما تعد ملكا للجميع وللمصلحة الاجتماعية والاقتصادية، لأنها تهدف إلى تحقيق مصلحة أعلى من المصلحة الفردية، وهي مصلحة المقاوله في البقاء منتجة وفعالة، وبالتالي لا يمكن أن تخضع لمبدأ التصرف، وهو الأمر الذي أكدته قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش والذي جاء فيه «حيث أنه خلافا لما تمسكت به المستأنفة، فالمحكمة التجارية المرفوعة إليها دعوى فتح مسطرة التسوية من قبل المستأنفة يمكنها بالرغم من تنازل المقاوله عن الدعوى، أن تحكم من تلقاء نفسها بفتح مسطرة المعالجة إذا ثبت لها من خلال الاستماع إلى رئيس المقاوله، ومن خلال ظروف النازلة أن هناك توقفا عن دفع الديون المستحقة، وعليه فإن الحكم المستأنف عندما استبعد تطبيق القواعد العامة الواردة في ق م م بشأن التنازل عن النازلة، لكون الأمر يتعلق بمسطرة جماعية لها علاقة بالنظام الاقتصادي العام يكون مرتكزا على أساس في هذا الجانب»⁽⁴⁴⁷⁾.

وبذلك فإن الأطراف بفقدانهم لحق التصرف في موضوع الدعوى، تصبح وضعيتهم أقرب إلى المشاركة في المسطرة منها إلى وضعية الخصوم في الدعوى⁽⁴⁴⁸⁾. ومن ثم فإن إبعاد هذا المبدأ في هذه المادة لا يتعارض ومبدأ الحياد، لأن هذا الأخير يشكل موجبا واحدا في جوهره متلازما مع سلطة القاضي وسلطة القضاء ولا يجب أن تفهم سلطة القاضي في إثارة الأمور عفوا على أنها نقيض الحياد لا بل هي تعززه، فهنا يظهر الوجه الإيجابي للحياد⁽⁴⁴⁹⁾، بعدما نص القانون على وضع اليد من قبل المحكمة تلقائيا دون طلب.

⁴⁴⁷- قرار عدد 452 صادر بتاريخ 9-5-2006 في الملف عدد 560-2005 غير منشور.

⁴⁴⁸- عبد الحميد أخريف: م س، ص 460.

⁴⁴⁹- راميا الحاج: م س، ص 58.

المبحث الثاني: عدم ملائمة مبدأ ثبات النزاع مع قانون معالجة صعوبات المقابلة

يقصد بهذا المبدأ أنه لا يمكن تغيير أو تعديل نطاق الخصومة بمجرد بدئها، أي عدم إجراء أي تعديل بزيادة أو إضافة إلى ما قدمه الخصوم، فنطاقها وعناصرها تبقى على حالتها⁽⁴⁵⁰⁾، بحيث تظل هذه العناصر جميعها ثابتة كما حددت في الطلب، فلا يجوز تغيير أشخاصها، ونطاقها عن طريق إبداء طلبات جديدة أو المساس بمحل الطلب، أو تغيير سببه. ويعتبر الموضوع والسبب من عناصر الدعوى الرئيسية التي تحدد نطاقها من حيث المضمون، وأي تغيير في إحدهما يكون مدعاة لتعديل نطاق الدعوى من جهة العنصر أو العناصر التي أصابها التغيير⁽⁴⁵¹⁾. ومن ثم فإن وجوب القاضي البث في حدود طلبات الأطراف دون أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات، وهي القاعدة التي من شأنها أن تشكل عائقاً يحول دون البحث عن حل أمثل في المساطر الجماعية، وكذلك تكمن الصعوبة في إيجاد التوازن بين إكراهات المسطرة الجماعية، وتلك المتعلقة بالمسطرة المدنية.

إن توزيع الأدوار بين الأطراف والقاضي في قضايا مساطر صعوبات المقابلة تختلف عن تلك التي نجد في دعوى عادية، في مراحل الدعوى من العادي معالجة الوقائع والطلبات والقانون، خلافاً لما يأتي به بعض الفقه التجاري فإن قاضي المساطر الجماعية يبت طبقاً للقانون ولا يبت بحسب الظروف المحيطة بالقضية، ما يمكن الوقوف عليه هو أن القاضي يتوفر على عدة صلاحيات من أجل تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق⁽⁴⁵²⁾.

وإذا كان الأصل في سلطة القاضي في إطار القواعد العامة أنه يمتنع عليه تعديل عناصر النزاع، والإضافة إليها كما قدمه الخصوم إليه، وإن خالف ذلك فإنه يوجه اعتداء إلى مبدأ ثبات النزاع⁽⁴⁵³⁾، فإن الزيادة في صلاحيات قاضي صعوبات المقابلة بخصوص

⁴⁵⁰- محمد زلايجي: م س، ص 266.

⁴⁵¹- آدم وهيب النداوي: مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات، الطبعة الأولى 2001، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ص 117.

⁴⁵²- Cagnoli (p-: op cit n° 212 p 169 .

⁴⁵³- نبيل إسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي 2011، دار الجامعة الجديدة، ص 9.

البحث عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق مرده أنه غير ملزم بالامتثال للحدين اللذين تفرضهما عليه المسطرة المدنية⁽⁴⁵⁴⁾، الحد الأول هو منع القاضي من أن يقدم في الدعوى عناصر واقعية يعلمها شخصيا، و الحد الثاني هو واجب احترام الادعاءات المصاغة من الأطراف، ولا وجود لهذين الحدين في قانون صعوبات المقابلة، لذلك سوف نهتم بعدم ملائمة القاعدة التي تلزم القاضي بأن يبت في حدود طلبات الأطراف من حيث موضوع النزاع (المطلب الأول) ومن حيث ادعاءات الوقائع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم الملاءمة من حيث الموضوع

يعرف موضوع الدعوى بأنه ما يطلبه المدعي من المحكمة في عريضة دعواه. فهو الحق أو المركز القانوني الذي يسعى المدعي لحمايته بالتداعي، سواء كان ذلك الحق متعلقا بشيء مادي أو معنوي. لذا فإنه عبارة عن تقرير وجود، أو عدم وجود حق، أو مركز قانوني، أو التزام الخصم، بالقيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو تغيير المركز القانوني للخصم⁽⁴⁵⁵⁾، والموضوع بصورة عامة هو ما يطلبه المدعي في عريضة دعواه، وهذا الطلب يتحدد به نطاق الدعوى ابتداء، من حيث موضوعها⁽⁴⁵⁶⁾.

وبذلك فإنه في إطار القواعد العامة يحدد الأطراف وحدهم موضوع النزاع عن طريق صياغة ادعاءاتهم، ولا يحق للقاضي تغيير الموضوع كما تم تحديده، فالمحكمة محددة إلى مدى بعيد جدا بالطلبات المقدمة إليها، فهي ممنوعة من الحكم بما لم يطلب منها، وفي الوقت الذي لا يمكن للمحكمة أن تقضي بشيء لم يطلبه الخصم، فإن المحكمة لا يمكن أن تبدل موضوع الدعوى بموضوع آخر، ومن بين التبريرات التي تقدم في هذا الصدد أن المحكمة ليست لها الوصاية القضائية على حقوق الأطراف، وأنه ليس من مهمتها أن تسعى بأي ثمن لتحقيق الحقوق الموضوعية، إن مهمتها تتحدد بالإجابة على النقطة الوحيدة التي تنحصر في معرفة ما إذا كانت الادعاءات التي قدمت إليها مبنية على أساس قانوني أم لا⁽⁴⁵⁷⁾.

⁴⁵⁴-Cagnoli (P):- op cit n° 212 p 170.

⁴⁵⁵-Normand (J):- le juge et le litige, thèse – Lille, LGDJ 1965 N° 103 P 99

⁴⁵⁶- آدم وهيب الندوي: مدى سلطة المحكمة المدنية، م س، ص 118.

⁴⁵⁷-Normand (J):- op cit n° 113 p 106: «le juge n'a pas la tutelle juridictionnelle des intérêts des parties sa mission ne coésite pas à assurer à tout prise la

إلا أنه توجد استثناءات لهذه القاعدة، ذلك أنه للقاضي إمكانية تفسير إرادة الطرفين عن طريق إعطاء الادعاء التكييف الذي كان سيعطى من لدن الأطراف لو لم يقعوا في الخطأ. بعض هذه الحالات لا تخص مساطر صعوبات المقابلة، وتجد في هذه المساطر تطبيقاً محدوداً (الفقرة الأولى) وعلى العكس فإن قاضي المساطر الجماعية حر في البث خارج الإطار المحدد من لدن الأطراف عندما يتمتع القانون بالحق في وضع اليد بصورة تلقائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاستثناءات التقليدية للصلاحيات المخولة للأطراف للاستثناء بتحديد موضوع النزاع

توجد استثناءات قانونية للقاعدة التي تلزم القاضي بأن يبت في حدود طلبات الأطراف التي تسمح بالتغيير في العمق لدرجات متفاوتة موضوع الطلب. هذه الاستثناءات القانونية حسب الفقيه NORMAND تستند كلها على اعتبارات من النظام العام⁽⁴⁵⁸⁾، لكن النظام العام في حد ذاته لا يبرر إمكانية المس بهذه القاعدة⁽⁴⁵⁹⁾. ونمثل لهذا الاستثناء القانوني في قانون المساطر الجماعية الفرنسي⁽⁴⁶⁰⁾، بكون هذا الأخير يسمح للقاضي بإنزال عقوبة المنع من التسيير والتصرف ومراقبة المقابلة مكان عقوبة أشد ألا وهي الإفلاس الشخصي الذي كان بإمكان وكيل الجمهورية طلبه مثلاً، بينما لا وجود لنص مماثل للنص الفرنسي في قانون 17-73 ولا في القانون الملغى.

réalisation du droit objectif, mais à répondre au seul point de savoir si les prétentions qui lui sont soumises sont au non juridiquement fondées».

⁴⁵⁸-Normand (J):- «principes directeurs du procès – office du juge – détermination des éléments de l’instance – les parties – l’objet du litige» j.c la procédure fasc. 151, 1995 n° 115 et s.

⁴⁵⁹-Normand (J):- «principes directeurs du procès ...» op cit N° 110
-EUDIER (F) : ordre public substantiel et office du juge, thèse Rouen 1994 n° 210.

⁴⁶⁰-Art.L 653-8 «dans les cas prévus aux articles L.653-3à L.653-6 le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l’interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles –ci...».

كما أن هناك استثناءات تقليدية أخرى للامتياز المخول للأطراف للاستثناء بتحديد موضوع النزاع، وهي مرتبطة باختيار الطابع القانوني أو غير القانوني للدعاء⁽⁴⁶¹⁾، فعادة يقوم الطرف في الدعوى بإعطاء التكييف القانوني لدعائه، في حين أن المشرع المغربي نص في الفصل 3 من ق م م على وجوب البث دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة، ولو لم يطلب الأطراف ذلك. وهو بذلك يجعل القاضي ملزما بتكييف الدعوى، لأن هذا الأخير من صميم عمل القاضي لا يتقيد فيه بتكييف الخصوم ولا بالوصف الذي يعطونه للنزاع⁽⁴⁶²⁾، لأن التكييف يسهل تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع. فالتكييف عصب العمل القضائي فبدون أعمال وظيفة التكييف على الدعوى لا يستطيع القاضي أن يحكم فيها⁽⁴⁶³⁾، ذلك أن التكييف هو إلحاق عمل أو واقعة أو وضع واقعي قائم بفكرة مرسومة بواسطة القانون⁽⁴⁶⁴⁾، ومن ثم فالتكييف يعتبر استدلالا فكريا يمارس بواسطة القاضي من خلال فهمه للقانون الذي يحكم الواقعة، ولذا فهو يعد علاقة قانونية تربط بين الواقعة والنص القانوني الذي تخضع له⁽⁴⁶⁵⁾. والوصول إلى التماثل بين الواقعة المعروضة على القاضي وعناصر القاعدة القانونية ليست مسألة تلقائية بل لابد من قرار يتخذه القاضي يؤكد فيه صراحة هذا التماثل⁽⁴⁶⁶⁾. وتتجلى أهمية التكييف في أنه لازم لتطبيق القانون، إذ يعرض على القاضي وقائع قانونية يرتب عليه القانون مجموعة آثار، ومن ثم يجب عليه تكييفها تكييفا صحيحا لإعمال القانون عليها، فالتكييف هو الذي يساعد القاضي على تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، إذ بدون التكييف لا يستطيع القاضي الوصول إلى الحل القانوني السليم

⁴⁶¹-Cagnoli (P):- op cit n° 217 p 173.

⁴⁶²- عبد العزيز توفيق: شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي معلقا عليه بأحكام محاكم النقض العربية إلى غاية 1995، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 84.

- عمر بوخدة: تكييف الدعوى المدنية، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة مجلة دورية تصدرها هيئة المحامين بالرباط العدد 5 أبريل 1988، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 133.

⁴⁶³- محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، القاهرة، دار الفكر العربي 1982، ص 20.

⁴⁶⁴- عيد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي القاهرة، دار النهضة العربية 1994، ص 354.

- أحمد أبو الوفا : نظرية الأحكام في قانون المرافعات الإسكندرية، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف 1985، ص 271.

⁴⁶⁵- علي حمودة: القواعد المنطقية لفهم الواقع والقانون بدون سنة ودار النشر، ص 96.

⁴⁶⁶- عيد القصاص: م س، ص 356.

للنزاع⁽⁴⁶⁷⁾، لأن التكييف هو أول نشاط ذهني يقوم به القاضي إزاء ما يعرض عليه من منازعات⁽⁴⁶⁸⁾.

ولقد أثير جدل من طرف الفقه حول سلطة القاضي في الاعتماد على ما لم يستند إليه الخصوم في تأييد ادعاءاتهم⁽⁴⁶⁹⁾، ولقد خلص الرأي الراجح⁽⁴⁷⁰⁾ إلى القول بأن للقاضي سلطة كاملة في الاعتماد على كافة عناصر الدعوى، استنادا إلى أن القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون من تلقاء نفسه، وأن هذا لا يقيد من طبيعة دور القاضي، كما خلص الفقه⁽⁴⁷¹⁾ إلى أنه يجب تكييف الدعوى في حدود طلبات الخصوم ودفعهم، فلا تطبق إلا القاعدة القانونية اللازمة للحكم فيها، والعبرة بحقيقة المقصود من طلباتهم الجازمة لا بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات.

ولقد استقر قضاء محكمة النقض على ضرورة منح المحكمة صلاحية تكييف الدعوى والبت طبقا للقوانين المطبقة على النازلة حيث جاء في قرار لها: «لكن حيث أنه إذا كان يتعين على المحكمة البت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوع لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات، إلا أن الفصل 3 من ق.م. م منح المحكمة صلاحية تكييف الدعوى والبت طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أوردت في تعليلها أن القانون المطبق على النازلة هو الفصل 618-3 من ق ل ع، والطالبة لم تنتقد هذا التكييف وبذلك تكون المحكمة ملزمة بالآثر الناتج عن هذا التكييف الذي يجعل العقد الرابط بين الطرفين باطلا مادام أنه لم يحرر طبقا لما ينص عليه الفصل المشار إليه أعلاه وقضت بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد طبقا لما ينص عليها الفصل 306 من ق.ل.ع وبذلك لم يقض القرار بأكثر

⁴⁶⁷- محمد محمود إبراهيم: م س، ص 22.

نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2011، ص 199.

⁴⁶⁸- فايز محمد حسين محمد: المنطق القانوني ودور القاضي في الخصومة، دراسة الأسس المنطقية لدور القاضي في تطبيق القانون، مقال منشور بكتاب دور القاضي في الخصومة الجزء الأول، المؤتمر العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص 141.

⁴⁶⁹- عيد القصاص: م س، ص 328 وما بعدها.

⁴⁷⁰- عيد القصاص: م س، ص 328.

⁴⁷¹- أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، م س، ص 274.

مما طلب ولم يخرق الفصل 3 من ق م م والوسيلة على غير أساس»⁽⁴⁷²⁾.

يبدو أن هذه الرؤية الواقعية لصلاحيات القاضي بخصوص موضوع النزاع جد حاسمة من أجل تبرير استثناءات العمل القضائي للمبدأ الذي يجبر القاضي على الالتزام بالتكييف القانوني للطلب، ذلك أن القاضي محمل بالترام قانوني مقتضاه أنه يلتزم عند تكييفه للواقع بالمفهوم القانوني الذي حدده المشرع، وكل هذا محكوم بغاية كبرى وهي غاية تحقيق العدالة للوصول إلى التطبيق الصحيح للقانون، وهذه هي الوظيفة الأساسية التي يلعبها المنطق القانوني⁽⁴⁷³⁾، في التطبيق القانوني.

في مادة صعوبات المقولة يتمسك الفقه أحيانا برؤية موسعة لموضوع النزاع، وهكذا يمكن للمحكمة في احترام مبدأ ثبات النزاع الذي يلزم القاضي بأن يبت في حدود طلبات الأطراف التصريح بالتصفية القضائية للمدين في حين أن الدائن لم يطلب إلا التسوية القضائية⁽⁴⁷⁴⁾.

في الواقع يشمل هذا التفسير عيبا في المفهوم المأخوذ، ذلك أنه يعتبر أمرا خاطئا القول إن التسوية القضائية والتصفية القضائية هما فقط طريقتان لتقديم نفس الطلب الذي هو معالجة المقولة، هل ستنتم مراعاة نفس المنطق عند تقديم هذا الطلب من قبل المدين؟
الأكد لا، فتغيير إرادة الطالب هو قائم⁽⁴⁷⁵⁾، فالمحكمة التي تنظر في طلب الأداء

⁴⁷²- قرار عدد 70 صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 1-4-2015 في الملف التجاري عدد 985-3-1-2014 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية، عدد 23 ص 112.

انظر في نفس الاتجاه قرار عدد 289 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13-5-2014 في الملف المدني عدد 4072-1-4-2013 غير منشور - قرار عدد 1340 بتاريخ 28-4-2004 في الملف عدد 07-1166 غير منشور - قرار عدد 231 بتاريخ 31-1-2001 في الملف المدني عدد 369-3-2-1999 - قرار عدد 673 بتاريخ 26-4-2000 في الملف التجاري عدد 1191-93 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى مجلة تختص بنشر قرارات المجلس الأعلى عدد خاص بالقضاء التجاري العدد 56 السنة 22، ص 325.

⁴⁷³- قيل إن المنطق القانوني هو "المنهج الذي يؤدي إلى نشأة القاعدة القانونية وتطبيقه وتفسيره واستخلاص مادته من أحكامه" السيد العربي حسن: الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية دراسة مقارنة بين النظامين الإسلامي والأنجلو أمريكي القاهرة، دار النهضة العربية 1999 ص 13 انظر الدكتور محمود السقا: المنطق القانوني والمنطق القضائي، القاهرة 2001، ص 10.

⁴⁷⁴-Meledo Briand: op cit N°666 p 377.

- Staes (O):- op cit N°151 p 142.

⁴⁷⁵-Cagnoli (P):- op cit n°218 p 174.

يمكن لها التصريح بالتسوية القضائية للمقولة دون البحث في أساس الادعاء⁽⁴⁷⁶⁾. وبحسب القانون فالدعوى الرامية إلى الأداء والدعوى الرامية إلى فتح مسطرة التسوية القضائية هما مختلفان، الأكيد أن ما يسعى إليه الدائن ليس هو معالجة المقولة، وإنما إلى استصدار حكم يقضي على المدين بالأداء لفائدته وحده، وفي هذا المثال فالقاضي لا يقوم بتغيير الطلب الرامي إلى الأداء ولا يصرح بأنه مؤسس ولا يرفضه بل لا يثبت فيه، هذه العملية يمكن اعتبارها كوقف لدعوى الأداء التي تبتدئ عند تقييد الدعوى وستتوقف مباشرة بعد ذلك إذا قرر القاضي وضع يده بصورة تلقائية وفتح مسطرة التسوية القضائية في حق المدين، حينئذ سنكون أمام عارض من عوارض الدعوى الذي يجد مصدره في القانون وكذا في إرادة القاضي.

وعليه فهذا المبدأ لا يطبق في دعوى معالجة صعوبات المقولة الرامية إلى تحقيق مصلحة موضوعية تخرج عن تحكم الأطراف، لأن تسوية المقولة التي تعتبر غاية المسطرة الجماعية لا يخدمها المبدأ أعلاه، والذي بموجبه يمنع على القاضي أن يغير موضوع طلبات الأطراف، وبذلك نرى بزوغ فجر من التطور في قانون معالجة صعوبات المقولة وهذه أشعة من الضياء ترمي إلى تحرير القاضي في هذه المادة من صرامة القواعد التي تقيده في القواعد العامة، ومن جملة هذه القيود قاعدة منعه من تعديل موضوع الطلب سواء بالزيادة أو بالتغيير.

وبهذا يكون لقاضي مساطر معالجة صعوبات المقولة أن يتجاوز حدود الطلب (موضوع الدعوى) الذي ادعاه المدعي ما دام هذا التجاوز ضروريا لحماية الحقوق والمصالح التي من أجلها سن هذا القانون. لأن هذا الأخير يخدم أغراضا اقتصادية واجتماعية واسعة. وهذا قائم على النظر إلى الدعوى في هذه المادة بأنها ليست وسيلة لتسوية خلاف خاص، مما يفرض على المحكمة أن تتولى ما ينطوي عليه النزاع من أسباب وآثار اقتصادية واجتماعية.

بصفة عامة يبدو أنه يجب استبعاد القاعدة التي تلزم القاضي بأن يثبت في حدود

⁴⁷⁶-Guyon (Y)-: droit des affaires T2 economica, 8eme éd 2001 n°1135.

طلبات الأطراف في مادة صعوبات المقولة، ليس لأنها تعتبر غير ملائمة للأهداف المتبعة من طرف قانون 17-73 ولكن بسبب الصلاحيات المخولة للقاضي لاتخاذ المبادرة، ذلك أن هذا الأخير حر في البث خارج الإطار المحدد من لدن الأطراف عندما يمتعه القانون بالحق في وضع اليد بصورة تلقائية.

الفقرة الثانية: عدم ملائمة مبدأ عدم جواز تغيير موضوع النزاع في حالة وضع اليد بصورة تلقائية

من السهل قبول أن القاضي غير مرتبط بالادعاءات التي يصيغها الأطراف بممارسته لصلاحية مشابهة لتلك المخولة للطرف، فيمكن له أن يساهم في نسج موضوع النزاع عن طريق إضافة إلى موضوع ادعاءات الأطراف ادعاء يتعلق بالإشكال الذي يقوم بطرحه كلما كان من حق القاضي وضع يده بصورة تلقائية، يجب قبول أنه بإمكانه استعمال هذه الإمكانية ليس فقط كدعوى أصلية بمبادرته الشخصية، ولكن كذلك كطلب عارض بعد افتتاح الدعوى.

وهكذا يمكن للمحكمة التي تنتظر في طلب فتح مسطرة التسوية القضائية أن تصرح بالتصفية القضائية مكان الملتمس المقدم لأن القانون يسمح لها بالتصريح بصورة تلقائية بذلك⁽⁴⁷⁷⁾، لأن المحكمة لا تتقيد بطلب المدعي الرامي إلى فتح التسوية القضائية، ولها الصلاحية فيما إذا لم تتوفر شروط الاستجابة لهذا الطلب أن تنتظر في إمكانية فتح مسطرة التصفية القضائية رغم أنها ليست موضوع طلب الأطراف، ذلك أن خصوصية مسطرة معالجة صعوبات المقولة تبرر منح المحكمة صلاحية اختيار المسطرة المناسبة لوضعية المقولة⁽⁴⁷⁸⁾. بعض الفقه⁽⁴⁷⁹⁾ يفضل النظر إلى هذه الحالة كتغيير في موضوع الطلب، الأكيد استثناء في القانون العام بدلا كحالة وضع اليد بصورة تلقائية، لن نكون أمام حالة وضع اليد بصورة تلقائية إلا عندما تقوم المحكمة بمسك بصورة تلقائية نزاعا. كما أنه عند

⁴⁷⁷- تنص المادة 583 من م ت على أنه "تقضي المحكمة بالتسوية القضائية إذا تبين لها أن وضعية المقولة ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه وإلا فتقضي بالتصفية القضائية".

⁴⁷⁸- عبد الحميد أخريف: م س، ص 459.

⁴⁷⁹-Normand (J)-: le juge et le litige, thèse préc N° 84.

تقديم دعوى رامية إلى الأداء فإن المحكمة التي تقضي بالتسوية القضائية للمقولة لا تتخذ حكمها في إطار المساطر الجماعية بل هي تتموقع فيه بنفسها. في هذه الفرضية الأمر يتعلق بأكثر من تغيير بسيط لموضوع الطلب القاضي بفتح دعوى مختلفة بموضوع مختلف⁽⁴⁸⁰⁾. كما أن الفقيه DERRIDA يقترح استبعاد القاعدة التي تلزم القاضي بأن يثبت في حدود طلبات الأطراف في حالة وضع اليد بصورة تلقائية بمناسبة الأحكام التي تنظر في طلبات تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع والصادرة بناء على طلب المتصرف أو ممثل الدائنين، فإن المحكمة التي دون أن تضع يدها بصورة تلقائية، تقوم بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع في تاريخ سابق على ذلك المقترح تكون قد بتت في أكثر مما طلب⁽⁴⁸¹⁾، بمفهوم المخالفة سيستفاد من هذا التأكيد أنه يتم إقصاء القاعدة التي تلزم القاضي بأن يثبت في حدود طلبات الأطراف كلما وضع القاضي يده بصورة تلقائية وهو ما يمكن القيام به من أجل تغيير تاريخ التوقف عن الدفع.

وبالنسبة للبث في مآل المقولة فمحكمة النقض الفرنسية تحرر قضاة الموضوع من احترام القاعدة التي تلزم القاضي بأن يثبت في حدود طلبات الأطراف، فلقد قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 أكتوبر 1993 أن القاضي لا يتجاوز حدود الطلبات عندما يحدد مخططاً للتسوية مختلفاً عن ذلك الذي اقترحه السنديك أو المدين⁽⁴⁸²⁾، لأنه بعد دراسة تقرير السنديك بخصوص مشروع مخطط التسوية والاستماع لرئيس المقولة والمراقبين ومندوبي الأجراء يمكن للمحكمة أن تسائر ما ذهب إليه التقرير، أو تصرف النظر عنه، أو تعدله فقط، بحيث ليس هناك ما يلزم المحكمة بالأخذ بالحلول التي اقترحتها السنديك بذلك التقرير، وإنما تعتبر بمثابة موجه ومساعد لها في الحكم الذي ستصدره في هذا الإطار لأنها مجرد مقترحات يتقدم بها السنديك بعد استشارته للمعنيين بوضعية المقولة⁽⁴⁸³⁾.

يتم استبعاد القاعدة التي تلزم القاضي بأن يثبت في حدود طلبات الأطراف في قانون

⁴⁸⁰-Cagnoli (P):- op cit n° 219 p 176.

⁴⁸¹-DERRIDA (F):- obs. sous com 12-10-1993, d, 1994, somm,comm,p7 ,n°3.

⁴⁸²-Com 12-10-1993 bull civ IV n°334 d 1994 somm, comm, p7, obs (f)- Derrida, jcp edsg, 1994, i, 3759, n°1 obs. p petel.

⁴⁸³- علال فالي: م س، ص 297-298.
- عبد الحميد اخريف: م س ص 460.

صعوبات المقولة، مرد ذلك أن القاضي يمارس اختصاصات مخولة للطرف، يتكرر هذا الوضع في التطبيق الآخر لهذا المبدأ الأساسي وهو ما نقدمه عادة كامتياز مخول للأطراف بالاستثناء بتحديد وقائع النزاع.

المطلب الثاني: عدم الملاءمة من حيث الوقائع

تعتبر الوقائع بداية لتحريك النشاط القضائي ويجب على الخصوم إثباتها ويقع على القاضي البحث عن القاعدة القانونية القابلة للتطبيق عليها⁽⁴⁸⁴⁾، وبذلك لا يستطيع القاضي ممارسة عمله بدون وقائع، لأن الأطراف يزودون القاضي بالوقائع، وهذا الأخير يمدّهم بالقانون، لأن الدعوى ما هي إلا وقائع يثيرها الأطراف، ويطلبون من القاضي تطبيق القاعدة القانونية الملائمة عليها⁽⁴⁸⁵⁾.

والوقائع هي الأحداث كما ظهرت أمام القاضي، أي الأحداث التي حصلت في الماضي وكان لها كيان ذاتي⁽⁴⁸⁶⁾، وما دام عرض الوقائع يشكل نقطة البداية في تحريك العمل القضائي، فوظيفة القاضي تتمثل في إعمال القاعدة القانونية، وتطبيقها على ما ثبت من وقائع الدعوى، وبذلك فالتكييف يعتبر جزءاً هاماً من العمل القضائي، إذ تتوقف عليه العدالة، وهي الغاية من العمل القضائي، والتي تتم عن طريق تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على المراكز القانونية⁽⁴⁸⁷⁾.

ومن المقبول في قانون المسطرة المدنية⁽⁴⁸⁸⁾، أنه على الأطراف تقديم المعطيات الواقعية التي من شأنها أن تفسر ادعاءاتهم. وتشكل هذه الفكرة التقليدية الشق الثاني من القاعدة التي تلزم القاضي بأن يثبت في حدود طلبات الأطراف. وبذلك يجب على المدعي تقديم جميع المعطيات الواقعية التي تناسب العناصر التي يتولد عنها الحق المطالب به. وفي

⁴⁸⁴- محمد محمود إبراهيم: م س، ص 65.

⁴⁸⁵- محمد زلايجي: م س، ص 129.

⁴⁸⁶- أحمد مليحي: أوجه الطعن بالنقض المتصلة بوقائع الدعوى الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1991، ص 61.

⁴⁸⁷- محمد محمود إبراهيم: م س، ص 114.

⁴⁸⁸- تنص الفقرة الثانية من الفصل 32 من ق م م على أنه "يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة...". -تنص الفقرة الأولى من الفصل 142 من ق م م على أنه "يجب أن يتضمن المقال ... وأن يتضمن كذلك موضوع الطلب والوقائع والوسائل المثارة وترفق المستندات التي يرد الطالب استعمالها بالمقال".

المقابل لا يلزم القاضي بتقديم معرفته الشخصية، ولا بالبحث عن وقائع جديدة، لأنه يتمتع عليه تعديل وقائع النزاع، والإضافة إليها. ونقصد بذلك عدم قيامه بإضافة وقائع جديدة وإن خالف ذلك فهو يوجه اعتداء إلى مبدأ ثبات النزاع ويخالف واجب حياده. وبذلك يتمتع على القاضي القضاء في النزاع المطروح عليه وفقا لمعلوماته الشخصية التي اكتسبها من وقائع لا تدرج ضمن الوقائع التي قام الخصوم بطرحها عليه وطلبوا منه إصداره ينهي النزاع عليها⁽⁴⁸⁹⁾، لأن قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي تعني أن القاضي لا يجوز له تأسيس حكمه إلا على وقائع مقدمة ومثبتة بواسطة الخصوم، وهي القاعدة التي تتحلل إلى ادعاء وإثبات كليهما من عمل الخصوم، لأنه لا يحق للقاضي في إطار مبدأ الحياد الاستناد إلى وقائع خارجة عن ما قدمه الخصوم وغير مدلى بها وفقا للأصول⁽⁴⁹⁰⁾.

ومع ذلك فإن تطبيق هذه القواعد هي محط مناقشة من قبل الفقه، وقانون صعوبات المقالة يقدم الدلائل لذلك (الفقرة الأولى) ويثير بعض إشكاليات الإثبات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الدلائل المقدمة من قبل قانون صعوبات المقالة

في إطار القواعد العامة فالبنان الواقعي للنزاع ويقصد به سبب الطلب، وموضوعه، ما زال للخصوم كامل السيطرة عليه، فعليهم يقع بصفة أساسية عبء الادعاء وعبء الإثبات، وعلى القاضي من خلال الخصوم، استكمال ما يراه ناقصا لإظهار الحقيقة، وللصل في النزاع. إذ الأصل أن يصل إلى الحقيقة في موضوع النزاع.

لكن نفي الامتياز المخول للأطراف للاستئثار ببناء الوقائع، يأتي أولا من عند بعض فقهاء المسطرة المدنية، الذين يتمسكون بالواجب الأساسي الملقى على عاتق القاضي، وهو احترام مبدأ المواجهة. الفكرة لدى هؤلاء الفقهاء هي أنه عندما تطرح واقعة في المناقشة

⁴⁸⁹- نبيل إسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعمله الشخصي، م س، ص 9.

⁴⁹⁰- راميا الحاج: م س ص 53.

- كامل عبده نور: مبدأ حياد القاضي الجنائي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر 2017، ص 72 و 312.

- فارس علي عمر الجرجري: مبدأ حياد القاضي المدني دراسة مقارنة، سنة النشر 2012، مطابع شتات، ص 63.

- عبد الصمد عدنان: مدى حياد القاضي الجنائي في ظل خصوصية النظام القضائي المغربي أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة السنة الجامعية 2013-2014 ص 47.

يمكن للقاضي استعمالها بغض النظر عن الطريقة التي وصلت إلى علمه، وبذلك فللقاضي إمكانية مطالبة الأطراف بتفسيرات واقعية يعتبرها ضرورية لحل النزاع، وهو الشيء الذي يمكن أن يقود الأطراف إلى صياغة ادعاءات جديدة⁽⁴⁹¹⁾. ومن ثم فإن غالبية القضايا تصدر فيها الأحكام مثلا في روسيا على أساس الحقيقة الموضوعية التي يتوصل إليها القاضي بموجب سلطته، فالقاضي يلزم بالبحث عن الحقيقة الموضوعية وهو لا يتقيد بالوقائع التي يثبتها الخصوم ولكنه يسعى إلى البحث عن الوقائع الحقيقية اللازمة لتحديد الحقوق والالتزامات الحقيقية للخصوم⁽⁴⁹²⁾، وهذا قائم على النزعة الاجتماعية التي يؤمن بها هذا النظام وبالتالي فإنه يضيف على الخصومة طابعا اجتماعيا.

وكذلك فإن دور القاضي في تحقيق الدعوى مثل حقه في الأمر بإجراء خبرة بصورة تلقائية، أو إجراء معاينة، أو استدعاء أحد الخصوم للحضور لسماع أقواله، أي القيام بأي إجراء مناسب لإظهار الحقيقة مثل استدعاء من يرى لزوما لسماع شهادته إظهارا للحقيقة حتى ولو لم يستشهد به أحد الخصوم، فهذه الإجراءات يمكن لها إحكام معطيات واقعية في النزاع لم يسبق للأطراف تقديمها، وهكذا فالبحث المجري أو المعاينة أو تقرير الخبرة سيكشف عناصر جديدة.

إمكانية القاضي الإشارة إلى وقائع يعلمها شخصا هو أمر يدافع عنه كذلك بعض الفقه التجاري⁽⁴⁹³⁾، والفكرة هي أن القاضي لا يمكنه أن يكتفي بحقيقة نسبية من أجل إنجاز معالجة المقابلة بشكل صحيح، لأن غايات قانون معالجة صعوبات المقابلة يفسر أحقية المحكمة في استغلال صلاحيتها المتعلقة بتحقيق الدعوى من أجل الكشف عن الحقيقة الموضوعية للمقابلة، أي يجوز للقاضي أن يدخل في الخصومة عناصر واقعية تشكل دفعا موضوعيا أو إجرائيا، أي يجوز له من تلقاء نفسه القيام باستدلالات أو تحقيق أو أعمال

⁴⁹¹-LEBARS (T)-: le défaut de base légale en droit judiciaire privé thèse caen, LGDJ, 1997 N° 345.

⁴⁹²- فتحي والي: قانون القضاء المدني في الاتحاد السوفياتي، - مجلة القانون والاقتصاد - السنة 37- العدد الثاني - يونيو 1973 ص 162.

⁴⁹³-Meledo Briand: opcit n°656 et 657.
-Staes (O)- : op cit n°150.

خبرة، أو بحث، أو استعمال خبرته الخاصة للبحث عن وقائع تصلح لبناء دفع في الخصومة المطروحة، فيقوم بإدخالها دون ادعاء بها من جانب الخصوم، وبذلك يجوز له أن يبحث من تلقاء نفسه عن الوقائع الأساسية اللازمة لتطبيق القانون في الحالة التي تخالف فيها هذه الوقائع الجديدة الوقائع التي طرحها الخصوم وتمت مناقشتها بمعرفتهم، وله أن يأتي بدليل يثبت هذه الوقائع مستمد من خارج نطاق الدعوى.

ومن ثم فالإمكانية المتاحة للقاضي من أجل وضع اليد بصورة تلقائية تعني بالنسبة له إمكانية الإشارة إلى معرفته الشخصية، عندما يسمح القانون للقاضي بأن يتصرف بصورة تلقائية فإنه يجيز له استعمال ما يعرفه شخصياً. ذلك أنه لا يمكن تصور قيام القاضي بفتح المسطرة بصورة تلقائية إذا لم يسمح له باستعمال المعطيات التي يتوفر عليها (معلومات مقدمة من طرف المؤسسات التي تمثل الإجراء أو من طرف النيابة العامة، معطيات محصل عليها من المؤسسات العمومية، أو الأبنك...). وأن علم القاضي الشخصي المستقى من مصادر خارجية لا يؤدي إلى إهدار المبادئ السابقة وإنما هو طريق حدد للمحكمة من أجل تحديد وضعية المواقلة والنظر في الدعوى، ومن ثم يتعين على المحكمة التي تضع يدها بصورة تلقائية تحديد الوقائع التي من شأنها أن تبرر وضع يدها.

وعليه فإن المحكمة عندما تضع يدها تلقائياً فإنه يتعين عليها أن تحمل إلى جوهر النزاع الوقائع التي تعلمها بصفة شخصية، وبالتالي فهذه التقنية لها تأثير على المبادئ الموجهة للدعوى خاصة أن المحكمة لا تؤسس حكمها في هذه الحالة على وقائع مقدمة ومثبتة بواسطة الخصوم. ذلك أن للقاضي بناء عقيدته في الدعوى على علم شخصي له بظرف ما من ظروفها دون أن يكون قد اعتدى على حقوق الدفاع أو خالف مبدأ حياده.

الفقرة الثانية: إثبات الوقائع

يتجسد دور الخصم في الإثبات بإقامة الدليل على الواقعة المنشئة للحق إذا توافرت شروطها، فالإثبات هو جزء من دور الخصم في الدعوى، ودوره في الإثبات هو دور إيجابي⁽⁴⁹⁴⁾. ولذلك لا بد أن يعترف القانون للخصم في الدعوى بحقه في الإثبات لأنه من الحقوق الطبيعية لتمكينه من الدفاع عن حقه، والحصول عليه، لأن الحق في الإثبات هو التكملة الضرورية لحق الخصم في الدفاع في الدعوى، لأن الدفاع يبقى ساكناً لا نفع فيه حتى يجد الدليل على وجود الحق⁽⁴⁹⁵⁾.

ورغم أن الغاية من الإثبات هي الدليل على الحق المتنازع عليه، فإن الوسيلة لذلك هي إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة للحق، والإثبات بهذا المضمون يرد على الواقع، لأن محل الإثبات الذي يتكلف الطرف بإقامة الدليل عليه هو عنصر الواقع لا على القانون، باعتبار أن القاضي مكلف من تلقائه بحكم وظيفته بتطبيق القانون الذي يفترض فيه الحكم بغير انتظار لإثبات الخصوم له.

وإذا كان الإثبات حقاً للخصوم، فإن ذلك لا يعني أن الخصم يملك أن يفرض على المحكمة طلبه لإثبات ما يدعيه، وفي كل الأحوال هناك وقائع تملك المحكمة فيها رفض إثباتها، لأن القانون يمنع ذلك، أو أن هناك وقائع مسلماً بها من قبل الخصوم، بحيث يكون إثباتها مضيعة للوقت والجهد أو أن تلك الوقائع غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها⁽⁴⁹⁶⁾، وبذلك يجب على الطرف أن يقيم الدليل على ما يدعيه وإلا خسر دعواه، وأن هذا الواجب لا يفرضه القاضي على الطرف بل يفرضه القانون على كل من يدعي بحق، فعليه إثبات ذلك، وهذا ما قرره التشريع⁽⁴⁹⁷⁾. إلا أن هذا الواجب غير ملزم فلا يترتب القانون على عدم القيام بهذا الواجب، أي واجب إثبات على ما يدعيه، أي جزاء نتيجة لعدم قيامه بهذا الواجب،

⁴⁹⁴- سجي عمر شعبان آل عمرو: دور الخصوم في الإثبات المدني، دراسة مقارنة سنة النشر 2012، مطابع شتات، دار شتات للنشر والبرمجيات، ص 55.

⁴⁹⁵- جليل الساعدي: كفالة حق الدفاع أثناء نظر الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، دراسة مقارنة 1993، ص 113-114.

⁴⁹⁶- أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الإسكندرية 1987، ص 16.

⁴⁹⁷- ينص الفصل 399 من ق ل ع المغربي على أن: "إثبات الالتزام على مدعيه".

بل يترتب عليه عجز الطرف عن الإثبات فيخسر دعواه⁽⁴⁹⁸⁾.

وإذا كان الشيء الذي ينبغي إثباته هو الواقعة، فإن بعض الفقه⁽⁴⁹⁹⁾ يرى أنه يجب إثبات الواقعة المتنازع فيها⁽⁵⁰⁰⁾، لأن المنطق يفرض بالنظر للغرض من الإثبات أن تكون الواقعة محل الإثبات متنازعا عليها، وهذا شرط تقتضيه وظيفة الإثبات أمام القضاء كوسيلة لفض المنازعات، وإن لم تكن الواقعة المدعاة محل نزاع لم تعد هناك حاجة لاستلزام إثباتها⁽⁵⁰¹⁾. بينما بعض الفقهاء⁽⁵⁰²⁾، يقترحون ترك الحرية للقاضي لإعمال سلطته التقديرية في حال منازعة ضمنية يمكن أن تكشف عليها عناصر الملف. بمعنى أن المحكمة تحتفظ بسلطتها التقديرية في تحصيل الإقرار الضمني ونطاقه، مما يقام الدليل عليه من الوقائع، وما يقدم من مستندات، أو عموما مما تحصل لها أو اتخذ أمامها من إجراءات إثبات. بينما يرى البعض الآخر⁽⁵⁰³⁾ أن المنازعة الضمنية وعدم المنازعة أي سكوت الخصم من الأمور التي يصعب تحديدها بالشكل الذي يجعل ما لم يكن محط منازعة صريحة بمثابة ما لم يكن

⁴⁹⁸- سجي عمر شعبان ال عمرو: م س، ص 59.

⁴⁹⁹- إدريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات الكتابية - الشهادة القرائن - القرار - اليمين، الطبعة الأولى 1977، ص 24.

- آدم وهيب النداوي: دور الحاكم في الإثبات دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مكتب روعة للطباعة، الطبعة الأولى 2001، ص 38.

- همام محمد محمود زهران: الوجيز في الإثبات، المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر 2003، ص 20.

⁵⁰⁰- إن فكرة الإثبات القضائي تستلزم بالضرورة فكرة النزاع فإذا لم تكن الواقعة محل النزاع فلا معنى للإثبات ولا للتقاضي إذ أن عمل المحكمة ينحصر فيما هو منازع فيه. وأن فكرة الواقعة المتنازع فيها هي شرط من الشروط الطبيعية للواقعة محل الإثبات إلى جانب أن تكون محددة وممكنة. في حين أن هناك شروطا قانونية للواقعة محل الإثبات وهي أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائزة، انظر إدريس العلوي العبدلاوي: م س ص 25، آدم وهيب النداوي: م س، ص 35 وما يليها -

همام محمد محمود زهران: م س ص 20 وما يليها.

كما أن الفصل 403 من ق ل ع أكد على هذه الشروط القانونية عندما نص على أنه "لا يجوز إثبات الالتزام:

• إذا كان يرمي إلى إثبات وجود غير مشروع أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه.

• إذا كان يرمي إلى إثبات وقائع غير منتجة".

⁵⁰¹- إدريس العلوي العبدلاوي: م س، ص 25.

⁵⁰²- Vincent (J) - et Guinchard (S) -: procédure civile Dalloz 26 éd 2001 n°550.

- همام محمد محمود زهران : م س، ص 21.

⁵⁰³-Lagarde (X)-: Recevabilité et fond dans la théorie de la preuve, thèse ، LGDJ,1997 N° 90.

محط منازعة. ويستخلص من ذلك أن القاضي يبقى حراً في اعتبار كل واقعة لم تكن محط منازعة ثابتة، وبذلك فهناك مواقف مختلفة حول المضمون الحقيقي لنظرية الواقعة الثابتة. وقانون صعوبات المقولة يقدم جواباً فعالاً، ذلك أن القاضي الذي ينظر في الطلب الذي كان بإمكانه تقديمه غير ملزم بالواقعة المدعاة من لدن الأطراف بسبب عدم المنازعة فيها من لدن الطرف الآخر، الإمكانية المتاحة للقاضي للجوء إلى معرفته الشخصية بخصوص وضع اليد بصورة تلقائية تعني إمكانية منازعة الوقائع المتمسك بها من لدن الأطراف. كما أن وضع اليد بصورة تلقائية يسمح للقاضي بأن يبحث عن وقائع جديدة غير معروفة وغير مدعاة من لدن الأطراف، ذلك أنه يمكن للقاضي ممارسة اختصاصات الطرف، ويمكن له إذن تشكيل المنازعة التي لم تثر ومن ثم يمكن للمحكمة التي تنظر في طلب رام إلى الأداء مقدم من طرف الدائن في مواجهة مدينه أن تأمر بإجراء تحقيق من أجل تحديد ما إذا كان المدين متوقفاً عن الدفع، علماً أن الأطراف لم تشر على الإطلاق للوضعية المالية للمدين.

وما دامت واقعة تحديد وضعية المدين جائزة الإثبات والقانون منح الإمكانية للمحكمة بهذا الخصوص ولا يحرم إثباتها لكونها غير منافية للنظام العام والأخلاق⁽⁵⁰⁴⁾، فإن قانون صعوبات المقولة يسير في هذا الاتجاه بحيث يسمح للمحكمة بأن تستمع إلى أي شخص يبدو الاستماع إليه مفيداً في توضيح الوضعية الحقيقية للمقولة ومدى خطورة الصعوبات التي تمر منها وما إذا كانت متوقفة أم لا عن الدفع، وبذلك يمكن لها أن تستدعي محاسب الشركة ومراقب الحسابات إن وجد، ومندوبي الإجراء، وممثل البنك المتعامل مع المقولة، وممثل إدارة الضرائب، والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، والدائنين، وغير ذلك من الأشخاص المرتبطين بالمقولة، ولا يمكن لمن تم استدعاؤه للاستماع إليه أن يحتج بالسر المهني من أجل عدم تزويد المحكمة بالمعلومات المطلوبة منه⁽⁵⁰⁵⁾، لأن المؤشرات

⁵⁰⁴ - الفصل 403 من ق ل ع مشار إليه بالهامش 499.

⁵⁰⁵ - تنص المادة 582 من م ت على أنه "تبت المحكمة بشأن فتح المسطرة بعد استماعها لرئيس المقولة أو استدعائه قانونياً للمثول أمام غرفة المشورة.

- يمكن للمحكمة أيضاً الاستماع لكل شخص يتبين أن أقواله مفيدة دون أن يتمسك بالسر المهني، كما يمكنها أن تطلب من كل شخص من ذوي الخبرة إبداء رأيه في الأمر.

التي تتوفر عليها المحكمة (سجلات الاحتجاج أوامر الأداء وضعية تقييدات ديون الخزينة والضمان الاجتماعي...) تعتبر دائما غير كافية من أجل إثبات توقف المقاول عن الدفع، ومن ثم فإنه يمكن للمقتضيات الخاصة لقانون صعوبات المقاول أن تقود إلى اكتشاف وقائع جديدة وبصفة خاصة الأصول المتوفرة للمقاول، والخصوم المستحقة فهي تعكس الصلاحيات المخولة للقاضي الناجمة عن وضع اليد بصورة تلقائية⁽⁵⁰⁶⁾.

إذا كان يتعين على الأطراف تقديم العناصر الواقعية الكفيلة لتفسير ادعاءاتهم فإنه يتعين عليهم أيضا إثبات هذه الوقائع عندما تكون محط منازعة، لكن من الناحية المنطقية فإن وضع اليد بصورة تلقائية يؤثر على عبء إقامة الدليل، ذلك أن الحق في الدليل يطرح بالتحديد كلما كان بإمكان المحكمة وضع يدها بصورة تلقائية في قانون صعوبات المقاول تعتبر هذه الإشكالية ذات أهمية عملية كبيرة، للتدليل على ذلك يكفي أن نتذكر مثلا أن محكمة النقض تلقي عبء إثبات التوقف عن الدفع على الدائن المدعي حيث جاء في قرارها: «أنه لا يكفي للقول بقيام شرط التوقف عن الدفع الذي يعد مناط فتح مساطر صعوبات المقاول الاستناد لمجرد امتناع المدين عن أداء دين واحد أو عدة ديون، وإنما يشترط لذلك صيرورته في مركز مالي مضطرب تصبح معه أصوله غير قادرة على تغطية خصومه، مبرزة أن ما استدلت به الطالبة من وثائق والتي هي عبارة عن أمر بالأداء وقرار استئنافي ومحضر لمعينة انتقال المطلوبة من مقرها لا تكفي لإثبات الشرط المذكور، وفي موقفها المذكور إسقاط ضمني لملتزم الطالبة الرامي إلى إجراء خبرة للتأكد من درجة اختلال وضعية المقاول (المطلوبة) وتوقفها عن الدفع اعتبارا لأن الدائن طالب فتح المسطرة هو الملزم بإثبات أن مدينه المدعي عليه بات في وضعية مختلة بشكل لا رجعة فيه وإثبات توقفه عن الوفاء بالتزاماته ولا يمكن للمحكمة أن تصنع له الدليل المثبت لذلك بواسطة خبرة، كما أن عدم بيان المقاول (المطلوبة) لأسباب امتناعها عن الوفاء بدین الطالبة وتخلف رئيسها عن الحضور للجلسة التي أدرجت بها القضية رغم إعداره بذلك، لا يمكن اعتباره إقرارا ضمنيا بالتوقف عن الدفع والعجز عليه عملا بالفصل 406 من ق ل ع الذي لا مجال لتطبيقه في النازلة مادام أن الأمر يتعلق بمسطرة

ثبت المحكمة بعد خمسة عشر يوما على الأكثر من رفع الدعوى إليها".

⁵⁰⁶-Cagnoli (P)-: op cit N° 232 p185.

تخضع لقواعد خاصة، وبذلك فإن المحكمة لم تقلب عبء الإثبات ولم تغفل الجواب على ما وقع التمسك به أمامها فجاء قرارها معللاً بما يكفي ومرتكزاً على أساس والوسيلة على غير أساس»⁽⁵⁰⁷⁾. وسبق لمحكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁰⁸⁾ أن سارت في نفس الاتجاه.

هذا الحل المتشدد وإن كان ينسجم مع القاعدة العامة القائلة بأن الإثبات يقع على المدعي فإنه محط انتقاد من طرف بعض الفقهاء⁽⁵⁰⁹⁾، من الناحيتين الواقعية والقانونية: فمن الناحية الواقعية يبدو أنه من غير المعقول تكليف الدائن بجرد كامل لأوضاع المدين المالية أو تقديم معلومات عن اضطراب المركز المالي لمدينه لأنه من الصعب جمع هذه المعلومات، أما من الناحية القانونية فلا شك أن ما يطالب به الدائن كمدعي لا يتجاوز حدود الاعتراف له بالدين المترتب في ذمة مدينه، ومن هنا يمكن التساؤل عما إذا لم يكن يقع على عاتق المدين إثبات سلامة مركزه المالي لإبعاد تطبيق نظام معالجة صعوبات المقولة عليه، وحتى إذا فرضنا جدلاً بأن الدائن ملزم بإثبات اضطراب مركزه المالي فإن واقعة عدم أداء الدين من طرف المدين تشكل قرينة لصالح الدائن على اضطراب أعمال مدينه يتعين على هذا الأخير إثبات العكس.

الإمكانية المخولة للمحكمة من أجل وضع اليد بصورة تلقائية تعتبر مسا للقاعدة التي تلزم المحكمة بأن تبث في حدود طلبات الأطراف لسبب بسيط هو أنه يمكن للمحكمة أن تمارس صلاحيات الطرف، بقدر أقل فإنها تغير كذلك تطبيق مبدأ المواجهة الذي سنتولى مناقشته الآن.

⁵⁰⁷ - قرار عدد 128 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 5-3-2015 في الملف التجاري عدد 937-3-1-2014 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية، العدد 23 السلسلة 5 تاريخ الإصدار 2015، ص 75 وما يليها.

⁵⁰⁸ - Com 27-4-1993, bull civ IV N° 154.

-com 2-4-1996 , bull civ IV N° 111.

⁵⁰⁹ - PEROCHON (F)- et BONHOMME (R)-: op cit 5^{ème} éd , 2001 N° 119.

- عبد العزيز حضري : م س، ص 138-139.

المبحث الثالث: مبدأ المواجهة le principe du contradictoire

لدراسة مبدأ المواجهة وعلاقته بمساطر صعوبات المقابلة سنقوم إذن بمواجهة هذا المبدأ مع مؤسسة وضع اليد بصورة تلقائية (المطلب الثاني) ومع مؤسسة الدعاوى المشتركة (المطلب الثالث) على أن نبين الإطار العام لهذا المبدأ (المطلب الأول).

المطلب الأول: الإطار العام لمبدأ المواجهة

يقصد بمبدأ المواجهة تمكين أطراف الدعاوى من مناقشة الوقائع والادعاءات المطروحة، وكذا وسائل الإثبات التي تدعمها والمستندات التي يقدمها كل طرف⁽⁵¹⁰⁾. ومفهوم المواجهة يلزم علم الخصم بما يدلي به خصمه، والاطلاع عليه، سواء كان ذلك عنصرا واقعيا أو قانونيا وحقه في مناقشته وإبداء ملاحظاته بشأنه في الوقت المناسب تحت مراقبة القاضي⁽⁵¹¹⁾.

ويعتبر مبدأ المواجهة في الدعاوى المظهر الحقيقي لمبدأ أعم هو مبدأ حق الدفاع. ولذلك يمكن تقديم مبدأ المواجهة كأحد أهم تطبيقات حق الدفاع، لأنه بدون المواجهة لن يتمكن الخصم من ممارسة حقوق الدفاع، ولذلك فهو حجر الزاوية في النشاط الإجرائي عموما⁽⁵¹²⁾.

ومن النادر أن نجد تعريفا تشريعيًا لهذا المبدأ، ومع ذلك فقد عرفه القانون الفرنسي في الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية وفقا لمرسوم 1981 على الشكل التالي: «يجب على القاضي في جميع الأحوال أن يراقب مبدأ المواجهة وأن يلتزم هو نفسه به. ولا يمكن له أن يعتد في حكمه إلا بالوسائل والإيضاحات والمستندات التي أثارها أو عرضها الأطراف وتناقشوا فيها وتواجهوا بشأنها.

ولا يمكن له أن يؤسس حكمه على وسائل القانون التي يثيرها تلقائيا دون أن يدعو

⁵¹⁰ - محمد زلايجي: م س، ص 301. أمينة مصطفى النمر: قانون المرافعات: م س ص 43.

⁵¹¹ - عمر بوخدة: سبب الطلب في الخصومة المدنية، م س، ص 473.

عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية 1992-1993، ص 14.

⁵¹² - وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم، م س، ص 148.

الأطراف مسبقاً لتقديم ملاحظاتهم بشأنها»⁽⁵¹³⁾ وبذلك تؤكد أعمال هذا المبدأ، وأصبح القاضي ملزماً بمراقبة مدى احترام المتقاضين له، كما أضحي هو نفسه ملزماً به، بحيث لا يجوز له بناء حكمه إلا بعد دعوة الأطراف لإجراء المواجهة بينهم.

كما نصت المادة 372 من قانون المرافعات المدنية اللبنانية على أنه: «لا يصح على الإطلاق إصدار الحكم ضد خصم لم يجر سماعه أو يمكن من إبداء دفاع»، كما نصت المادة 373 من نفس القانون على أنه: «يجب على القاضي في أي حال أن يتقيد وأن يفرض التقيد بمبدأ الواجهة، فلا يجوز له أن يعتمد في حكمه أسباباً أو إيضاحات أدلى بها أحد الخصوم أو مستندات أبرزها إلا إذا أتاح للخصوم الآخرين مناقشتها وجاهياً».

لكن قانون المسطرة المدنية المغربي لا يتضمن نصاً مماثلاً للنصوص أعلاه، إلا أنه يمكن ملامسة بعض مظاهره من خلال عدة نصوص، وهكذا تشير الفصول 45-329-336-335-334-332-331 وغيرها من ق م م إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع والتواجه فيما يقدمه الأطراف من وقائع ووسائل ومستندات ودفع، والبيان من مقتضيات هذه النصوص أن المشرع المغربي يعتبر المواجهة فيما يعرضه المتداعون من وقائع ومستندات وما يثيرونه من دفع ووسائل من المبادئ العامة الواجبة التطبيق ولو بدون نص صريح يقررها. كما ينظر إليه كحق من حقوق الدفاع الجوهرية يؤدي الإخلال به إلى فساد الإجراءات المفضي إلى بطلان الحكم⁽⁵¹⁴⁾.

فهذا الحق لا يحتاج إلى نص خاص لأنه فكرة عامة، وهو روح تنتشر في جميع أرجاء القانون، حيث قيل بحق إن هذا الحق قديم قدم العالم بل إنه عاصر نشأة البشرية حتى

⁵¹³-Art 16 (décret N° 81-500 du 12 mai 1981) - le juge doit, en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

⁵¹⁴- محمد زلايجي: م س، ص 313.

قبل هبوط آدم من السماء إلى الأرض⁽⁵¹⁵⁾. ذلك أنه عندما عصى آدم وحواء ربهما وأكلا من الشجرة المحرمة أعطاهما الله تعالى فرصة للدفاع عن نفسيهما قبل أن يخرجهما من الجنة⁽⁵¹⁶⁾. وهو سبحانه علام الغيوب وفي غنى عن سؤالهم إلا أنه جسد لنا المواجهة في أبداع صورها حيث قال: (وَنَادَيْهِمَا رَبُّهُمَا أَلَمْ أَنْهَكُمَا عَنْ تِلْكَ الشَّجَرَةِ وَأَقُلْ لَّكُمَا إِنَّ الشَّيْطَانَ لَكُمَا عَدُوٌّ مُبِينٌ قَالَا رَبَّنَا ظَلَمْنَا أَنْفُسَنَا وَإِنْ لَّمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ)⁽⁵¹⁷⁾.

ويعتبر مبدأ المواجهة تقنية لحماية أساسية للمتقاضي وهو أيضا وسيلة لإعداد الحكم⁽⁵¹⁸⁾. لأن هذا الأخير ما هو الا نتيجة للمواجهة بين أطراف النزاع في نطاق الوقائع المعروضة من طرفهم، بحيث يتمكن كل خصم من مناقشتها وإبداء ملاحظاته بخصوصها. في الحقيقة يمكن للقاضي أن يبت بعد المناقشة التي تنحصر في تبادل المذكرات والوثائق. هذا المظهر الثاني هو حاضر في قانون صعوبات المقولة⁽⁵¹⁹⁾. ولمبدأ المواجهة هدفان وهما حماية المتقاضي وتنوير الدعوى⁽⁵²⁰⁾.

وفي هذا الإطار يصبح مبدأ المواجهة، أو الحضورية⁽⁵²¹⁾، المعروف في إطار القواعد العامة لا يهدف فقط إلى ضمان شرعية المرافعات وسلامة الإجراءات، واحترام حقوق الدفاع كما في القواعد، وإنما هو وسيلة للتوصل الجماعي إلى تحقيق هدف موضوعي هو إنقاذ المقولة⁽⁵²²⁾، غير أن هذا المبدأ لا يتلاءم ومساطر معالجة صعوبات المقولة في

⁵¹⁵- محمد زلايحي: م س، ص 313.
⁵¹⁶- بندر محمد طاهر الشريف: مبدأ المواجهة في التنفيذ الجبري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2013، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 15.
⁵¹⁷- سورة الأعراف الآية 22-23. انظر كذلك سورة الأنبياء الآية 59-62 وسورة طه الآية 57-60.
⁵¹⁸-CADIET (L)-: droit judiciaire privé, litec , 3^e éd 2000 N° 2081.
⁵¹⁹-STAES (O)-: op cit N° 155 ET S.
⁵²⁰-Marie – Anne frison – roche: généralités sur le principe du contradictoire, droit processuel, thèse paris II, LGDJ, lextenso éditions , 2014 p 180.
⁵²¹- استعمل المشرع المغربي فعل حضر ومصدره الحضور عندما يتعلق الأمر باحترام حقوق الخصوم في النزاع وذلك في عدة نصوص منها على الخصوص الفصول من 37 إلى 41 من ق م م ونصوص أخرى تتعلق بإجراءات تحقيق الدعوى حيث يستلزم المشرع استدعاء الأطراف للحضور الفصول 63 و 67 و 72 وغيرها من ق م م.
⁵²²- عبد الحميد اخريف: م س، ص 460 و 461.

جوانب عديدة ذلك أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر أنه يفترض في الوسائل المعتمدة من طرف القاضي أنه تمت مناقشتها بصورة حضورية في الجلسة، ففي قرار لها صادر بتاريخ 1995/1/31 بخصوص نزاع متعلق بقبول الديون⁽⁵²³⁾، كان القاضي المنتدب قد صرح ببطلان التصريح بالدين بعلّة أن المصرح لم يدل بتوكيل خاص من طرف الدائن، استأنف هذا الأخير هذا الأمر ثم تبعه بالطعن بالنقض، تمسك بكون عدم الإدلاء بوكالة هي وسيلة تمت إثارتها تلقائياً من طرف القاضي المنتدب الذي لم يطلب من الأطراف تقديم ملاحظاتهم في هذا الشأن، فأصدرت محكمة النقض قرارها برفض الطلب مذكرة «بأن المسطرة المتبعة أمام القاضي المنتدب هي مسطرة شفوية، وأن ادعاءات الأطراف يمكن تقديمها أثناء الجلسة ويفترض أنه تمت مناقشتها بصورة حضورية أثناءها». والطرف الذي يعتبر أنه كان ضحية خرق مبدأ المواجهة يلقي على عاتقه عبء إثبات أنه لم يتم التمسك بالوسيلة المعتمدة من طرف المحكمة أثناء الجلسة، وهو أمر مستحيل عملياً، لا يمكن الاستنجاد بسجل الجلسة ما دام أن المشرع لا يشترط أن يتم تضمينه جميع الوسائل المثارة من طرف المحكمة أو الأطراف، وبالتالي لا يقوم قانون المساطر الجماعية إلا بإظهار هذا الجانب الجائر للمساطر الشفوية⁽⁵²⁴⁾.

كما أن هناك صوراً أخرى من الاعتداء على هذا المبدأ في إطار قانون صعوبات المقولة مثل جلسة دراسة عروض شراء المقولة التي تجري أحياناً خلافاً لمبدأ الحضورية تجاه المدين، وكذلك ما يتعلق بوضع المحكمة يدها بصورة تلقائية. في الحقيقة مادامت المحكمة تمارس صلاحيات الطرف من الطبيعي إجبارها على عرض المبادرة التي تتخذها على الأطراف من أجل المناقشة، ومن جهة أخرى تطبيقاً لهذا المبدأ يمكن أن يظهر في هذه المادة ويتعلق الأمر بالدعوى المشتركة، عندما يتم تقديم مثل هذه الدعوى من طرف جهاز المسطرة يمكن أن نتساءل عما إذا كان من الضروري إبلاغ الطلب المقدم من طرف هذا الأخير إلى باقي الأجهزة التي لها نفس الصلاحية لتقديم هذه الدعوى؟ وهو ما سنتعرض له في المطلبين المواليين.

⁵²³-Com 31 janvier 1995 bull civ IV N° 30.

⁵²⁴-Cagnoli (P)-: op cit N° 241 P 191 – 192.

المطلب الثاني: مبدأ المواجهة ووضع اليد بصورة تلقائية

إن القاضي ملزم باحترام مبدأ المواجهة عندما يتخذ مبادرات، مثلاً عندما يثير وسيلة قانونية جديدة. عندما تضع المحكمة يدها بصورة تلقائية فإنها تمارس صلاحيات الطرف عن طريق تقديم طلب يجب عليها احترام مبدأ المواجهة كما هو الشأن بالنسبة لطرف عادي، وهذا في الواقع ما ينص عليه المشرع في المادة 582 من قانون 17-73 عندما أكدت على أنه: «تبت المحكمة بشأن فتح المسطرة بعد استماعها لرئيس المقابلة أو استدعائه قانونياً للمثول أمام غرفة المشورة. يمكن للمحكمة أيضاً الاستماع لكل شخص يتبين لها أن أقواله مفيدة...».

ومع ذلك يمكن أن تثار بعض الصعوبات، من المهم منح الطرف المعني بمبادرة المحكمة الوقت الكافي لتهيئ دفاعه، فالمحكمة التي تضع يدها في إطار صعوبات المقابلة بصورة تلقائية تتولى تحديد تاريخ الجلسة، لكن المحكمة تبت بعد خمسة عشر يوماً على الأكثر من رفع الدعوى إليها، وفي هذه الحالة من وضع يدها عليها طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 582 من قانون صعوبات المقابلة، وهذا الأجل القصير للبت يجد تبريره في الرغبة في الحفاظ على كيان المقابلة من الانهيار السريع، على اعتبار أن صدور حكم فتح المسطرة يرتب العديد من الآثار الكفيلة بتحقيق تلك الغاية⁽⁵²⁵⁾.

فالمدين المرفوعة ضده دعوى التسوية القضائية، مثلاً، يمكن أن يعاني صعوبات من أجل تقديم توضيح بخصوص مجموع ديونه المستحقة، وتقديم توضيح بخصوص مبلغ الأصول المتوفرة أو كذلك احتياطات القرض، وبذلك يبدو من الواجب أن يتأكد القاضي من أن الطرف الذي قام بمقاضاته يتوفر على الوقت المناسب لتهيئة دفاعه⁽⁵²⁶⁾. فالوقت المناسب لتهيئة الدفاع ليس في جوهره إلا مظهراً من مظاهر مبدأ المواجهة أو الحضورية⁽⁵²⁷⁾.

⁵²⁵ - علال فالي: م س، ص 141.

⁵²⁶ -Amrani. MEKKI SORAYA : op cit N° 262 p 249 « le temps utile est et doit demeurer une pure appréciation in concreto du juge qui doit avoir égard à certains éléments concrets : ampleur du dossier, des documents fournis, des nouvelles argumentations, délai entre la communication et l'ordonnance de clôture, etc... ».

⁵²⁷ -Cagnoli (p)-: opcit N° 244 p194

وهناك صعوبة أخرى تتعلق بطبيعة المحاكم الملزمة باحترام مبدأ المواجهة في حالة وضع اليد بصورة تلقائية، فمحكمة الاستئناف التي تقضي بإلغاء أو تعديل حكم التسوية القضائية أو التصفية القضائية، يمكن لها أن تصرح تلقائياً بإحدى هذين الإجرائين، الإشكال يكمن في معرفة ما إذا كانت المحكمة التي تلجأ لهذه الإمكانية أو الصلاحية ملزمة باستدعاء المستأنف إلى غرفة المشورة أم لا. هذا الإجراء غير منصوص عليه في القانون إلا فيما يتعلق بالمرحلة الأولى من التقاضي. بعض الفقه الفرنسي يعتمد على كون المستأنف يتوفر على فرصة من خلال مذكرته الاستئنافية من أجل التمسك بدفعه بالشكل الذي تكون معه حقوق دفاعه محمية (528)، في حين أكد الأستاذ P.CAGNOLI بأن سكوت النص لا يمنع محكمة الاستئناف بأن تقوم بشيء صحيح، الواجب الملقى على عاتق المحكمة لاستدعاء المدين في حالة وضع اليد بصورة تلقائية، سبق معالجته من طرف الاجتهاد القضائي قبل النص عليه من طرف المشرع، فضلاً عن ذلك من غير الصحيح التأكيد على أن حقوق الدفاع هي محمية لأن المستأنف قام ببسط وسائله في مذكرته الاستئنافية (529).

يمكن أن نتصور أن المستأنف تقدم باستئنافه من أجل تعديل الحكم القاضي بإخضاع مقاولته للتسوية القضائية، والمستأنف المدين أثار فقط الوسائل التي تبين أن الشروط الموضوعية والشكلية لفتح مسطرة التسوية القضائية غير قائمة. يسمح المشرع للمحكمة التي تنظر في الاستئناف بأن تصرح بالتصفية القضائية استناداً على الشروط المتعلقة بهذه المسطرة وهي الشروط التي لم تخطر على بال المستأنف وبالتالي فمن غير الواقعي اعتبار أن الأسباب المثارة في المذكرة الاستئنافية كافية للمستأنف لضمان الحق في الاستفادة من مناقشة حضورية، ومن ثم يتعين على محكمة الدرجة الثانية احترام الالتزامات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 582 من قانون مساطر صعوبات المقاولة (530).

-S. Amrani MEKKI: op cit N° 262 p 249.

⁵²⁸-F. DERRIDA: Note sous c.a. Aix en Provence 23 Janvier 1973. Cite chez CAGNOLI (P)- : op cit n°245 p 194.

⁵²⁹-P. CAGNOLI: op cit n°246 p 194-195.

⁵³⁰- تنص الفقرة الأولى من المادة 582 من ق 17-73 "تبت المحكمة بشأن فتح المسطرة بعد استماعها لرئيس المقاولة أو استدعائه قانوناً للمثول أمام غرفة المشورة".

ويعتبر مبدأ المواجهة مرتبطا ارتباطا وثيقا بمبدأ المساواة بين الأطراف لذا يمكن أن نتساءل عما إذا لم يكن من الواجب أن يظهر تطبيق آخر لهذا المبدأ في الحالات التي يكون بإمكان عدة أشخاص تطبيق نفس القاعدة القانونية وهو ما سنبحثه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: مبدأ المواجهة والدعوى المشتركة

المسألة هنا ليست للتشكيك في مبدأ تعدد الهيئات المعنية في مساطر معالجة صعوبات المقولة، هذا يعبر عن نية وإرادة المشرع للتعبير عن مصالح المعنيين بعجز المقولة، وله ما يبرره تماما من قبل الوظائف الخاصة والغير المشتركة لكل واحد من أعضاء المسطرة. وببساطة فهذا يدل على الحالات التي يقدم فيها المشرع على الملكية المشتركة للدعوى cotitularité d'actions، ومن هنا يتم التساؤل عن ماهية الفائدة المحتملة لاقتسام السلط إذا كانوا يريدون أن يعبروا عن نفس المصلحة؟

وهكذا فالمادة 587 من قانون مساطر صعوبات المقولة نجدها تنص على أنه: «يمكن للمحكمة في أي وقت أن تأمر بتوقيف المقولة عن نشاطها جزئيا والحكم بتصفياتها قضائيا، وذلك بناء على طلب معلل من السنديك أو من المراقب أو من رئيس المقولة أو تلقائيا وبناء على تقرير القاضي المنتدب». فانطلاقا من هذه المادة نورد مثالا للقرارات الباتة في مآل المقولة، يمكن لنا أن نتصور أن المراقب يطلب التوقيف الكلي للمقولة والحكم بالتصفية القضائية معترضا بذلك على السنديك الذي يقترح اتخاذ مخطط التفويت ومعترضا على رئيس المقولة الذي يقترح مخطط الاستمرارية، في هذه الحالة يعبر رئيس المقولة والسنديك عن مصلحة المقولة.

إذا تم اتخاذ الإجراء من قبل أحد أعضاء المسطرة، فالبعض الآخر من الأعضاء يتم استدعاؤهم لتحديد وضعيتهم الخاصة. وبدون شك فنفس الدعوى التي يتم ممارستها إذا كان يعهد بها إلى عدة هيئات يمكن إجراؤها من طرف واحد⁽⁵³¹⁾، وبذلك فالمشرع في مادة مساطر معالجة صعوبات المقولة منح الفائدة لعدة أجهزة المسطرة لإمكانية تقديم نفس الادعاء، ومن

⁵³¹-M.H. MONSERIE: les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises thèse litec 1994 N° 462-463.

-E. JOUFFIN : le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective thèse, L.G.D.J 1998 N° 527.

ثم فالمصلحة التي ينطوي عليها الأمر هي محددة بالأثر القانوني للقاعدة القانونية، كل جهاز حصل على الصلاحية القانونية من أجل الإقدام على شيء، سيساهم في تحديد الطريقة لخدمة هذه المصلحة على نحو أفضل.

يجب التأكيد على المساواة المبدئية بين مختلف الأجهزة التي حصلت على الصلاحية لتقديم الدعوى، ويبدو من المستحيل إعطاء الأفضلية لأحد على الآخر، لكن ما هو الترتيب الذي يمكن وضعه بين أجهزة المسطرة والمحكمة التي تتصرف بصورة تلقائية؟

في الحقيقة لا يوجد أي تدرج موجب للاحترام، إذا كان المشرع يخول لعدة أجهزة إمكانية طلب تفعيل مقتضيات قانونية فإن كل واحد يستحق ذلك وبنفس الكيفية (532)، وإن مطالبة القاضي باختيار من بين طلبات مختلف الأجهزة تلك التي تبدو له منسجمة مع المصلحة الممثلة هو أمر يبدو غير معقول، ذلك أنه لا يمكن للقاضي إلا أن يبت في مجموع الادعاءات، ولا يمكن له أن يجري اختياراً أولياً يرمي إلى إحقاق اتفاق بين مختلف الأجهزة فيما بينهم.

وبعد تحديد المساواة الجوهرية للأجهزة أمام قاعدة قانونية يمكن إعمالها من طرف العديد منهم ينبغي معرفة ما إذا كانت الدعوى المقدمة من أحدهم لا يجب إخبار الباقيين بها. في الحقيقة إلزام الجهاز الذي يأخذ مبادرة تقديم دعوى بإخبار من هم بإمكانهم تقديمها يعتبر بلا شك تطبيقاً جديداً لمبدأ الحضورية، وليس من شأن هذا الواجب حماية خصم المدعي، سيهدف إلى مواجهته بخصوم جدد.

في الواقع هذا المظهر الجديد لمبدأ الحضورية لا يستخلص من حقوق الدفاع، وهو ما يجعله يتميز بطابع أصيل، وبذلك فلا يوجد أي نص عام يلزم من رفع الدعوى بأن يخبر من لهم الصلاحية في رفع نفس الدعوى بذلك (533)، ومن ثم ففي قانون مساطر معالجة صعوبات المقابلة الذي مفاده أن تعدد الأجهزة التي لها صلاحية تقديم الطلب ومجتمعين بموجب مصلحة مشتركة يجب أن يرافقه واجب بالنسبة لمن قدم الطلب إخبار الآخرين بمبادرته، والتقنية القانونية التي تخول لعدة أشخاص الحق في اتخاذ إجراء لا تسمح بإجراء تحليل على أساس الحقوق الذاتية، بل تحت بأن يكون التحليل المنطقي على أساس الصلاحيات والمصالح

⁵³²-CAGNOLI (P)-: op cit n° 248 p 197.

⁵³³-CAGNOLI (P)-: op cit n°250 p 198.

المحمية، هذه المساواة بين الأجهزة المؤهلة لتقديم نفس الادعاء المفيد لتحديد جيد للمصلحة المحمية لا يمكن أن تكون ذات فعالية إلا إذا تمكنت جميعها من إبداء الرأي في موضوع هذه المصلحة (534).

ويترتب عن تقنية وضع اليد بصورة تلقائية من طرف المحكمة، وعن الدعاوى المتعلقة بالدعاوى المشتركة بين أجهزة المسطرة، والمبادئ الموجهة للدعوى في مادة صعوبات المقابلة خصوصيات وبدون شك يمكن معاينة هذه المميزات أيضا من خلال تغليب الطابع القضائي على المسطرة وهو ما نقترح دراسته الآن.

الفرع الثالث: الطابع القضائي للمسطرة Judiciarisation de la procédure

هناك مطابقة في المفهوم التقليدي بين مشروعية النزاع وصلاحيّة رفع النزاع أمام القضاء، وفي قانون مساطر معالجة صعوبات المقابلة هذه المشروعية لا تكفي، بل لابد من الكشف عن معايير القضائية (535).

المعيار الأول هو نتيجة النقص في مشروعية النزاع، ذلك أن القضائية ليست طبيعية وإنما هي مسندة ومخصصة. هذا المعيار يعطي نزاعا خاصا ومعينا، ولكن هذا المعيار بمجرد دراسته يطرح مشكلة في الميدان، إذ هناك اختصاص وتوزيع، وبدلا من الاقتصار على معيار شكلي مفرط لإسناد السلطة للقاضي، يمكن الكشف عن مختلف التدخلات والصلاحيات القضائية، والتي تبين حقيقة طبيعة دعوى صعوبات المقابلة، ومن ثم فهناك معيار موضوعي، التحقيق القانوني من طرف القاضي يفسر أنماطا مختلفة لتسوية النزاع القضائي، وهذا يبين لنا سيطرة الطابع القضائي على مساطر معالجة صعوبات المقابلة (المبحث الأول) ومن ثم تعطيل الوسائل البديلة لحل النزاعات في هذه المساطر (المبحث الثاني) فضلا عن أن قيام دعوى فتح المسطرة تؤدي إلى وقف الدعوى الجنائية (المبحث الثالث).

⁵³⁴-CAGNOLI (P)-: op cit N°250 p 199.

⁵³⁵-Meledo BRIAND: op cit n°349 p 222.

المبحث الأول: سيطرة الطابع القضائي على مساطر معالجة صعوبات المقاول

لقد جعل المشرع من المحكمة سيده مساطر المعالجة بدءا بفتح المسطرة، ومرورا بالتشخيص والاستشارات التي تقوم بها، وتحديد الحل وتحديد مضامين المخطط كذلك، وشروطه واعتماد التغييرات الضرورية لإعادة هيكلة المقولة (536) إلى غاية قفل المسطرة. وبذلك يعد فتح المسطرة إجراء قضائيا، سواء من حيث تقريره وإنشائه، كحالة قانونية، أو من حيث خضوع إجراءاته لرقابة محكمة فتح المسطرة.

ونظرا لأهمية الآثار القانونية التي تترتب على حكم فتح المسطرة فقد رأى المشرع أن يعهد بالإشراف على إجراءات معالجة صعوبات المقاول إلى السلطة القضائية. فجعل للمحكمة التي تصدر حكم فتح المسطرة دورا رئيسيا في إدارة المسطرة المفتوحة ورعاية شؤونها، والفصل في المنازعات التي تثور بصدد (537)، وهذا ما نص عليه مشرع قانون 73-17 في الفقرة الثانية من المادة 581 منه التي نصت على أنه «تكون المحكمة المفتوحة مسطرة التسوية أمامها مختصة للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها».

وهكذا إذا كان للقضاء دور المحرك والمشرف على سير مساطر معالجة صعوبات المقاول وذلك من خلال السلطات الممنوحة للمحكمة، إذ إن هذه الأخيرة، وبعدما تصرح بفتح المسطرة تشرف على سيرها من خلال القاضي المنتدب لتتبع إجراءاتها، وتتخذ مجموعة من القرارات السيادية التي لا رقابة عليها (538).

فمساطر المعالجة مساطر جماعية وقضائية حيث يكون للقضاء سلطات واسعة للتدخل في شؤون المقاول الموجودة في حالة توقف عن الدفع، وكذا فيما يخص تطبيق المساطر القضائية الرامية إلى معالجة الصعوبات التي أدت بهذه المقاول إلى التوقف عن أداء ديونها (539). ومن ثم فدعوى معالجة صعوبات المقاول تؤطر نزاعا متعدد الأبعاد يهيمن

536- محمد أبو الحسين: تفويت المقاول كحل في إطار التسوية القضائية أطروحة، م س، ص 62؛ عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاول، م س، ص 22.

537- مرتضى حسين إبراهيم السعدي: النظام الإجرائي لإفلاس الشركة المساهمة والدعاوى الناشئة عنها، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى 2014، ص 14.

538- المهدي شبو: لماذا تبني المشرع المغربي نظام صعوبات المقاول؟ مجلة المحاكم المغربية تصدرها هيئة المحامين بالدار البيضاء، عدد 89 يوليوز - غشت 2001، ص 68.

539- عبد الكريم عباد: م س، ص 10.

عليه تدخل القضاء لتوجيهه، والوصول به إلى هدف محدد، هو إنقاذ المقاول من خلال استمراريتها في النشاط، والحفاظ على مناصب الشغل، وتصفية الخصوم⁽⁵⁴⁰⁾.

وعليه فمعالجة مساطر معالجة صعوبات المقاول، هو أمر موكول للمحكمة. وعلى الرغم من أصالته التي لا جدال فيها فإن قانون معالجة صعوبات المقاول يتحقق بواسطة المساطر القضائية التي تقدم الضمانات التي كانت من وراء اختيارات المشرع⁽⁵⁴¹⁾. إذ إن قاضي المساطر الجماعية يطلق مساراً معيناً، فالأمر لا يتعلق بقضية يجب البث فيها، ولكن بقضية يجب تتبعها. ذلك أن تحقيق القاضي لأغراض الصالح العام قد تتعرض للمساس بشكل بالغ إذا ما اضطر للانتظار أن تعرض عليه القضية من قبل المتقاضين، خاصة وأن ترجيح المشرع لفئة من المصالح على حساب مصالح أخرى لن يؤدي إلى أي تغيير في طبيعة الوظيفة المنوطة بالقاضي إذا لم يصاحبها إشراف من قبل هذا الأخير على جميع المقاولات المتعثرة والمتوقفة عن الدفع. فهناك تقنيتان تهدفان إلى ضمان إشراف القاضي على جميع المقاولات التي تعاني من صعوبات، ويتعلق الأمر بالتزام المدين بالتصريح بحالة التوقف عن الدفع، ومسطرة وضع اليد بصورة تلقائية من طرف المحكمة. وأن المشرع بإلزامه المدين المتوقف عن الدفع بالتصريح بذلك فهو يرغب في التحكم في مصير المقاولات التي توجد في حالة صعوبة بواسطة أجهزته المتمثلة في المحاكم⁽⁵⁴²⁾.

ومهما يكن من أمر فإن تقرير مصير المقاول أصبح موكولاً لسلطة القضاء بناء على المعلومات والمعطيات التي تشير إلى كون المقاول مختلة بشكل لا رجعة فيه، ومن ثم يتعين تصفيتها، أم أنها تمر بصعوبات ظرفية يمكن التغلب عليها وإيجاد حلول لتسوية وضعيتها⁽⁵⁴³⁾، وبذلك فالمشرع يضع افتراضاً مؤداه أن تسوية أوضاع المقاولات ذات الصعوبة هو أحد أغراض الصالح العام، ويسند للمحاكم مهمة تنظيم هذه التسوية، وهي

- Abdellaoui (N)- : op cit p 108 et S

540- عبد الحميد أخريف: م س، ص 44.

541-CAGNOLI (P)-: op cit n°211.

542-CAGNOLI (P)-: op cit n°314.

543- عبد الرحيم السلماي: م س، ص 35.

وظيفة موجهة أكثر نحو المستقبل منها نحو الماضي⁽⁵⁴⁴⁾.

ومن المؤكد أنه لا توجد مساطر معالجة صعوبات المقولة خارج إطار المحاكم، وقد أراد المشرع أن يكون تدخل القاضي أمرا لا غنى عنه لمعالجة وضع المقولة التي توقفت عن الدفع، لأن قانون معالجة صعوبات المقولة أعطى للقاضي وظيفة تنظيمية محددة، وهي مهمة مخصصة، ذلك أن التنفيذ القضائي لقانون معالجة صعوبات المقولة هو ميل ليس طبيعيا بل مهمة مخصصة ومسندة للقضاء. هذه الصلاحيات متولدة من القوانين الخاصة ومن اختيارات المشرع بل وسياسية كذلك⁽⁵⁴⁵⁾.

ولقد أدى تنامي دور القضاء في إطار قضايا معالجة صعوبات المقولة ببعض الفقه إلى وصف هذا الدور بالقضاء الموجه «dirigisme judiciaire» أو القضاء الاقتصادي «magistrature économique»⁽⁵⁴⁶⁾. وذلك لغلبة الطابع الاقتصادي لوظيفة القضاء في نطاق النظام الجديد على الوظائف القانونية، والقضائية التقليدية، ولاتخاذ مجموعة من القرارات ذات طبيعة اقتصادية أكثر منها قانونية، كما أدت هذه الهيمنة القضائية على سائر مراحل المسطرة منذ افتتاح المسطرة إلى حين انتهائها، وهذه الهيمنة تؤدي إلى إبعاد الوسائل البديلة لحل النزاعات في إطار مساطر معالجة صعوبات المقولة وهو ما سنبحثه في النقطة الموالية.

⁵⁴⁴-CAGNOLI (P)-: op cit n°316.

⁵⁴⁵-Meledo Briand: op cit N° 351.

⁵⁴⁶-أحمد شكري السباعي: م س، الجزء الأول، ص 96.

المبحث الثاني: تعطيل الوسائل البديلة لحل النزاعات في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاول

يختلف مفهوم العدالة من بلد إلى آخر ، بمعنى أن وظيفة القضاء ونزعه وتنظيمه ليست واحدة في جميع بلدان العالم، فوظيفة القاضي تختلف نسبيا من بلد إلى آخر، لذا فقد ظهرت هذه الوسائل البديلة لحل النزاعات، وأخذت مكانها عن طريق مواجهة مع القضاء التقليدي⁽⁵⁴⁷⁾، خصوصا في الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا، ذلك لأن الأسلوب القضائي في هذه الدول يتصف بالاهتمام المتزايد بدقائق القانون، وكثرة الشكليات، والصعوبات، والتعقيدات الناتجة عنها، مما جعله بطيئا للغاية عن منال وطموح الذين يرغبون في الوصول إلى حقوقهم بأقرب وقت ممكن، وبأقل جهد، وتكلفة، مع الحفاظ على سرية خلافاتهم، واستمرار نشاطهم، وحفظ علاقاتهم التجارية⁽⁵⁴⁸⁾.

فقد جاء تعريف هذه الوسائل لدى بعض الفقهاء مقاربا إلى حد ما، فقد عرفها الأستاذ «loukes amistelis» بأنها «مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات، وغالبا ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي»⁽⁵⁴⁹⁾. وعرفها الأستاذ JARROSSON بأنها: «مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات»⁽⁵⁵⁰⁾.

أما الأستاذان MARRIOTT و BROWN فقد عرفا هذه الوسائل بصفة عامة بأنها «مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي أو غير تحكيمي، ولكن ليس بالضرورة تقتضي تدخلا أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة

⁵⁴⁷-G. CORNU: «Les modes alternatifs de règlements des conflits» R.I.D.C 1997 N°2 P 316.

⁵⁴⁸-علاء ابريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2008، ص 52.

⁵⁴⁹-Loukes AMISTELIS: A.D.R in England and wales, elive mschmitthoff senior lecturer in international commercial law, school of international arbitration center for commercial law studies, queen Mary, university of London p 3.

⁵⁵⁰- مشار إليه عند علاء ابريان: م س، ص 53.

الأطراف بغية الوصول إلى حل النزاع» (551).

وتتنوع الوسائل البديلة تبعاً لدرجة وطبيعة تدخل الشخص الذي يتم تعيينه من قبل الأطراف المتنازعة، مما يعني تعدد هذه الآليات، غير أنه يظل التحكيم والوساطة عنصرين ممثلين لهذه الآليات، باعتبار أن كل التصنيفات الأخرى لا تعدو أن تكون تأليفة من عناصر هاتين الآليتين (552).

وبما أن هذه الوسائل تخضع لأحكام قانون العقود فلا بد من قيود واردة وبالتالي من شأنها أن تعطلها بخصوص دعوى صعوبات المقاول، وهكذا سيتم التركيز بشكل أساسي على التحكيم وعدم ملائمة مع قانون معالجة صعوبات المقاول كقوة تنتمي إلى الوسائل البديلة ذات الطبيعة القضائية (المطلب الأول) وإبعاد الوساطة كقوة تنتمي إلى الوسائل الودية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم ملائمة التحكيم مع قانون صعوبات المقاول

يعد التحكيم من الوسائل الودية التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني، والاقتصادي على المستوى العالمي (553)، ويمكن تعريفه بأنه: «آلية تهدف إلى فصل النزاع الدائر بين طرفين أو أكثر من قبل محكم أو محكمين تخول لهم سلطات الفصل في اتفاق التحكيم فيجب عليهم أن يفصلوا في النزاع على أساسه بدون تدخل من جانب الدولة في هذه المهمة» (554). كما عرفه الأستاذ Jarroson بأنه «نظام يحل نزاعاً بين اثنين أو أكثر من الأطراف عن طريق محكمين تمنح لهم مهمة قضائية» (555). في حين عرفه البعض

⁵⁵¹-H. BROWN and A. MARRIOT: «ADR principals and practices» sweet and Maxwell, éd London 1993, p 9.

⁵⁵²- إسماعيل اوبلعيد: الطرق البديلة لتسوية المنازعات، طوب بريس الرباط الطبعة الأولى ماي 2015، ص 49 هذا الكتاب عبارة عن أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال الرباط، السنة الجامعية 2015.

⁵⁵³- إلهام المودان: نطاق سلطات المحكم في خصومة التحكيم، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2014-2015، ص 2.

⁵⁵⁴-Rene David: «l'arbitrage dans le commerce international» Economica 1982, p 9.

⁵⁵⁵ - Charles Jarroson « la notion d'arbitrage » : l'arbitrage LGDJ 1987 N° 785 p 372

الآخر (556) بأنه: «اتفاق الأطراف ذوي علاقة معينة على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم أو ربما تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين». كما عرفه البعض الآخر على أن التحكيم هو عمل المحكم، ويرى أنصار هذا التعريف على أنه لا ينظر إلى التحكيم من خلال اتفاق الأطراف عليه، ولكن ينظر إليه من خلال العمل الذي يقوم به المحكم فنكون بصدد تحكيم عندما يتوجه الأطراف إلى شخص خاص بغية الفصل في النزاع الناشئ بينهم (557).

والظاهر أن التعريفات الفقهية للتحكيم تعددت، وليست متناقضة فيما تصرح به، ولكن لتعدد زوايا التحكيم فإن كل فقيه سلط نظره على زاوية من هذه الزوايا، ومن ثم فإن البين من التعريفات أعلاه أن هناك ثلاث اتجاهات في تعريف هذه المؤسسة، إما أنه اتفاق، أو أنه عمل المحكم، أو أن التحكيم نظام أو وسيلة قانونية.

وإذا كان كل من صعوبات المقولة والتحكيم نظامين قانونيين فإن الأساس الذي يبنى عليه كل نظام يختلف، ذلك أن صعوبات المقولة تتشكل من مجموعة من القواعد التشريعية ذات الطبيعة الآمرة والتي تستمد أساسها من النظام العام، هذا الأخير الذي يؤطر الهدف الأسمى الذي تسعى إليه هذه المساطر، وهو محاولة إيجاد نوع من التوازن بين ثلاث مصالح قد تكون متناقضة في أغلب الأحيان: مصلحة المقولة، ومن خلالها مصلحة الاقتصاد الوطني، ومصلحة الأجراء أي الحفاظ على مناصب الشغل ومن خلال هذه المصلحة حماية السلم الاجتماعي، ومصلحة الدائنين من خلال حماية المراكز القانونية المستقرة وحماية الائتمان كأداة للثقة الواجب توفرها في عالم الأعمال (558).

والتحكيم يبنى بالأساس على سلطان الإرادة المطلق، المستمد من الاختيار الحر للأطراف، بمحض إرادتهم للجوء إلى هذه الوسيلة لتسوية منازعاتهم، لأن هذا النظام يقوم

556 - محمود مختار بريري: "التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1998، ص 5 وما بعدها.

Fouchard (ph-, Gaillard et Goldman (B)- : traité de l'arbitrage commercial international Litec 1996 p11-12.

557 -Guinchard (s- BANDRAC (M)-: Droit processuel, droit commun du procès Dallez 2001, 1ere éd p 729.

558 - رياض فخري: "التحكيم ومساطر صعوبات المقولة أية علاقة؟ مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 117، مجلة تصدرها هيئة المحامين بالدار البيضاء، ص 11.

على مبدأي الحرية التعاقدية وحسن النية، وهذه الوسيلة تخضع لأحكام قانون العقود، وهذا الأخير خاضع لمبدأ حرية التعاقد وبالتالي فطرفا التحكيم يعبران عن ذلك، وفق شكل معين، فإما أن يتخذ صورة بند ضمن اتفاقية تعالج موضوعا يشكل التزاما تعاقديا، ويوضع البند لحل المنازعات المحتملة الناتجة عن العقد ويسمى بند التحكيم أو شرط التحكيم، وإما أن يأخذ الاتفاق على التحكيم صورة اتفاق متكامل يأتي بمناسبة بروز نزاع فيحدد الأطراف النزاع الذي ينوون طرحه على التحكيم وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم والقانون الإجرائي المطبق، إلى غير ذلك من التفاصيل وهذا ما يطلق عليه عقد التحكيم أو مشاركة التحكيم. وإذا كان نظام صعوبات المقولة يهدف إلى حماية الائتمان التجاري، فإن هذا النظام يقوم على معادلة مزدوجة حماية المصلحة الاقتصادية العامة للدولة، وحماية المصلحة الاقتصادية الخاصة للأفراد المخاطبين بأحكام هذا النظام. ومن ثم فإن كل ما تعلق بمصلحة أساسية للدولة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية يعتبر متعلقا بالنظام العام. وإذا كان التحكيم يمكن أن يكون مدنيا أو تجاريا بحسب طبيعة المعاملة الموقعة بين طرفيها، فإن الفقه⁽⁵⁵⁹⁾ يتفق على أن المنازعات المتعلقة بفتح المساطر الجماعية تخرج من نطاق التحكيم لأنه من غير المتصور أن يعلن المحكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية لما في ذلك من تناف مع طبيعة التحكيم ونسبيته، كما أن الأمر يقتضي في أحيان كثيرة الحكم في الدعاوى بعقوبات مالية وبسقوط الأهلية التجارية⁽⁵⁶⁰⁾.

فضلا عن أن المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية تضمنت تنظيم الاختصاص النوعي لهذه المحاكم غير أن المشرع لم يهمل مؤسسة تؤثر على اختصاص المحكمة التجارية ويتعلق الأمر بالتحكيم، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه أنه: «يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم»، والتي أحالت إليها الفقرة الثانية من الفصل 308 من ق م م والتي جاء فيها: «يمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملا بالمادة

⁵⁵⁹-Fouchard (ph)-: Rev Arb 1998 p 471 et S (Arbitrage et faillite) - P. Ancel: Rev arb 1983 p 255 et s. «arbitrage et procédures collectives».

⁵⁶⁰- امحمد لفروجي: صعوبات المقولة، م س، ص 164.

5 من القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية» و المادة الخامسة المحال عليها لم تتضمن صعوبات المقولة، كما أن الطبيعة التقنية لمسطرة هذه الصعوبات، وما تتطلبه من إجراءات، وأجهزة لتسييرها، وآجال محددة تتعلق بالنظام العام، وتدخل النيابة العامة في هذه المادة، وقدرة المحكمة على اتخاذ قرارات بشأنها من تلقاء نفسها، هي أمور تجعل من غير المتصور فتح هذه المسطرة وتسييرها إلا من قبل القضاء الرسمي وحده دون المحكمين⁽⁵⁶¹⁾.

ولهذه الأسباب دعا الفقه إلى ضرورة استبعاد التحكيم من دائرة النزاعات المتعلقة بصعوبات المقولة وأقر مبدأ الاختصاص الحصري للقضاء بالنظر في ذلك⁽⁵⁶²⁾، وهذا المبدأ يجد سنده في المادة 581 من قانون صعوبات المقولة التي تنص على أنه: «ينعقد الاختصاص للمحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة.

تكون المحكمة المفتوحة مسطرة التسوية أمامها مختصة للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها». وبذلك فالمحكمة التي قضت بفتح المساطر تعتبر وحدها القادرة على الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المساطر، نظرا لاتباعها لظروف التاجر المتوقف عن الدفع، بواسطة أجهزة المسطرة، كما أن جميع الوثائق المتعلقة بالأعمال الوارد عليها النزاع تكون في محل المقولة المفتوحة المسطرة في مواجهتها المتواجدة بدائرة نفوذ المحكمة، الأمر الذي يسهل عليها البت في هذه المنازعات، وهذه كلها معطيات تتعارض مع اللجوء إلى التحكيم. كما أن المسطرة عندما تفتح فإنها تهم كل الدائنين الآخرين، وليس فقط الدائن الذي طلب فتحها، في حين أن التحكيم لم يربط سوى بين هذا الدائن والمقولة المعسرة وبالتالي لا تنسحب آثاره على الدائنين الآخرين الذين لم يوقعوه، إعمالا لمبدأ نسبية آثار العقد.

ويستخلص من هذا كله أن مساطر صعوبات المقولة تتعلق بحماية مصلحة اقتصادية وأساسية للدولة، وهي كلها متعلقة بالنظام العام. لأن هذا الأخير هو مجموعة من القواعد والأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا، وهي تعبر عادة عن تلك الأسس

⁵⁶¹- رياض فخري: م س، ص 12.

⁵⁶²- عمر الاسكرمي الم رابط: "التحكيم ونظام صعوبات المقولة"، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات مجلة فصلية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، العدد 8 ماي 2005، ص 51.

الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية، التي يقوم عليها كيان الجماعة⁽⁵⁶³⁾. ومفهوم النظام العام هو واسع ولا يمكن تحديده بمفهوم محدد، ذلك أنه توسع على أنقاض مبدأ سلطان الإرادة وخاصة عندما ازداد تدخل الدولة، وانقسم النظام العام، بين النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي، ترسم الدولة بموجبه الخطوط العريضة لسياستها الاقتصادية والاجتماعية، ونظام عام اقتصادي واجتماعي حمائي الغرض منه إعادة التوازن في مختلف العمليات التعاقدية بغية حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة⁽⁵⁶⁴⁾، عكس التحكيم الذي يستهدف تسوية نزاع محدد غالبا ما يكون تعاقديا بين شخصين، ولا يهم سواهما في الأصل، مما يتعين استبعاد النزاع المتعلق بصعوبات المقولة من التحكيم⁽⁵⁶⁵⁾.

ونتيجة للمبررات أعلاه والمتصلة بالنظام العام وأثره على مساطر صعوبات المقولة، فإن المسألة تأخذ طابعا آخر، وإعمال شرط التحكيم في مواجهة المقولة المتوقعة عن الدفع ممكن في أمور أخرى تتعلق بوجود، أو بقيمة الدين، أو التعويض، وذلك سواء قبل فتح المسطرة، أو أثناء سريانها كما يتصور الاتفاق على هذا الشرط في حالات معينة بعد فتحها.

ففيما يتعلق بمصير إجراءات التحكيم التي تكون قد بدأت قبل صدور حكم فتح المسطرة ذهب القضاء إلى إمكانية استئناف إجراءات التحكيم بعد صدور حكم فتح المسطرة، ففي قرار لمحكمة استئناف باريس⁽⁵⁶⁶⁾ كانت شركة فرنسية (EMA) قد أعطت في شهر ماي لشركة سويسرية (ALMIRA) وكالة حصرية للتوزيع العالمي لفيلم (la dernière image) وفي غشت تقدمت الشركة EMA بطلب تحكيم إعمالا لشرط التحكيم المضمن في العقد مطالبة ببطلان العقد أساسا وفسخه احتياطيا أمام جمعية التوفيق والتحكيم للمهن السينماتوغرافية بباريس وكانت إحدى مواد نظام هذه الجمعية تقضي بأن الحكم يجب

⁵⁶³- محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، أطروحة لنيل الدكتوراة في الحقوق، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، 1986، ص 68.

⁵⁶⁴- أبو جعفر عمر المنصوري: فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة 2010، ص 19.

⁵⁶⁵-Fouchard (PH). : op cit p 473.

⁵⁶⁶- قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 16-2-1989 مشار إليه عند رياض فخري: م س، ص 12.

أن يصدر خلال ستة أشهر من تاريخ أول جلسة يحضرها الأطراف كما تقضي أيضا بأن محكمة التحكيم ليست ملزمة باحترام قواعد المسطرة ولا الآجال المحددة في قانون المسطرة المدنية الفرنسي وبأنها تستطيع أن تحكم بناء على قواعد العدل والإنصاف.

وكانت أول جلسة يحضرها الأطراف في مارس حيث طالبت الشركة السويسرية بتعويضات، وفي شهر يونيو الموالي فتحت المسطرة في مواجهة الشركة الفرنسية ولم تعلم به محكمة التحكيم إلا في يوليو فتوقفت الإجراءات إلى أن التحق السنديك بإجراءات التحكيم لتستأنف هذه الأخيرة في أكتوبر بين الشركة السويسرية والسنديك ممثلاً للشركة الفرنسية باعتبار هذا التاريخ هو بداية أجل الستة أشهر التي يجب أن يصدر خلالها الحكم باعتباره أول جلسة يحضرها الأطراف، وفي حكمها بتاريخ أكتوبر قررت محكمة التحكيم فسخ العقد لعدم تنفيذ الأطراف للالتزامات المتقابلة. فطعن في الحكم من قبل الشركة السويسرية بالبطالان أمام محكمة الاستئناف بحجة أن اختصاص محكمة التحكيم ينتهي بمجرد فتح المسطرة بالنظر إلى تعلق هذه الأخيرة بالنظام العام فرفضت محكمة الاستئناف الحكم بالبطالان بعلّة أن تعلق المسطرة بالنظام العام لا يؤدي إلى إنهاء إجراءات التحكيم التي تكون قد بدأت قبل فتح المسطرة وإنما يؤدي فقط إلى توقيفها المؤقت إلى حين التحاق مسير المسطرة أو السنديك بها لتستأنف من جديد باعتبار مسطرة التحكيم في هذا المقام تتساوى مع الدعاوى القضائية التي توقف وتمنع إلى أن يقوم الدائن المدعي بالتصريح بدينه لتواصل بقوة القانون بعد استدعاء السنديك بصفة قانونية من أجل إثبات وجود الدين وحصر مبلغه فقط.

وهذا الاتجاه هو الذي ذهبت إليه الهيئة التحكيمية نفسها، ففي قرار صدر سنة 1991 بصدد نزاع نشأ بين شركة سورية وأخرى فرنسية بشأن عقد تسليم وبناء Chaudière، وخلال إجراءات التحكيم وضعت الشركة الفرنسية في إطار التصفية القضائية فبحث المحكمون في تأثير هذا الظرف الجديد على التحكيم وانتهوا إلى اعتبار أن تصفية الشركة الفرنسية لا تعفيهم من ضرورة إصدار القرار التحكيمي⁽⁵⁶⁷⁾.

⁵⁶⁷ - القرار التحكيمي موضوع القضية رقم 6057 لسنة 1991 مشار إليه عند عمر الاسكرمي المرابط، م س، ص 52.

أما عندما لا تكون إجراءات التحكيم قد بدأت يوم صدور حكم فتح المسطرة فإن قدرة أحد الأطراف على اللجوء إلى مسطرة التحكيم للمنازعة في الدين المصرح به تكون متصورة أيضا فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها⁽⁵⁶⁸⁾، إلى أن القاضي المنتدب الذي ينازع أمامه في دين معين ويدفع أمامه بوجود شرط تحكيم يكون ملزما بعد مراقبة قانونية للتصريح بالدين أن يعلن عدم اختصاصه ما لم يكن شرط التحكيم واضح البطلان أو غير قابل للانطباق. وإذا كانت مسطرة التحكيم غير ملائمة مع قانون صعوبات المقولة، ومن المستحيل إيجاد أية علاقة بين هذين النظامين لتناقض واختلاف الأساس الذي ينبني عليه كل منهما فإن الأمر يكون أكثر بالنسبة للوساطة كقوة تنتمي إلى الوسائل البديلة الودية وهو ما سنبحثه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إبعاد الوساطة في قضايا صعوبات المقولة

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة، فهي المحرك والسبيل الأول لجهة إيجاد حل توافقي بين المتنازعين وتقع في قلب الوسائل البديلة⁽⁵⁶⁹⁾، كما تعرف على أنها «وسيلة للتفاعل بهدف الوصول إلى اتفاق»⁽⁵⁷⁰⁾، ومن خلال هذا يمكن تعريف الوساطة على أنها: «وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلاف القائم وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية، وبدون أن يفرض عليهم حلا أو يصدر قرارا ملزما»⁽⁵⁷¹⁾.

ولقد أصبحت الوسائل البديلة لحسم النزاعات وعلى رأسها الوساطة جزءا من الأنظمة القانونية الحديثة، وهكذا تم وضع القانون رقم 05-08 في المغرب بشأن التحكيم والوساطة الاتفاقية وهو نص تعديلي لقانون المسطرة المدنية. وبذلك من حيث المبدأ، اللجوء إلى هذه الوسيلة بهدف حل أي نزاع يتم إما بتشجيع من القاضي بغية تلافي التعقيدات والعننية التي

⁵⁶⁸- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 يونيو 2004 تحت رقم 700-18-02 مشار إليه عند رياض فخري، م س، ص 14 وكذا عند عمر الاسكرمي، م س، ص 52.

⁵⁶⁹-JARROSSON (ch-: «les modes alternatifs de règlement des conflits» R.I.D.c 1997 N°2 p 330.

⁵⁷⁰-Jean. TIMSIT :65-64 ص س، ص 64-65.

⁵⁷¹- علاء اباريان: م س، ص 65.

بنسالم أوديكا: الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، المطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى 2009، ص 35.

ترافق سير إجراءات القضاء، أو باللجوء إلى هذه الوسيلة من إرادة الأطراف المتنازعة، ومن ثم فإن هذه الوسيلة تقوم على مبدئي الحرية التعاقدية وحسن النية، وبالتالي تخضع لأحكام قانون العقود، وبذلك لا بد من قيود واردة، منها قيود تتعلق بالنظام العام، والأخلاق الحميدة وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 56-327 من ق م ق م حيث جاء فيها: «لا يجوز أن يشمل اتفاق الوساطة مع التقيد بمقتضيات الفصل 62 من ق ل ع المسائل المستثناة من نطاق تطبيق الصلح، ولا يجوز إبرامه إلا مع مراعاة التحفظات أو الشروط أو الحدود المقررة لصحة الصلح بموجب الفصول من 1099 إلى 1104 من نفس الظهير المذكور»⁽⁵⁷²⁾.

ما نستنتجه هنا هو أن لا تكون الاتفاقات المتعلقة باللجوء إلى الوساطة مخالفة للنظام العام والآداب العامة أي يجب استبعاد كل إجراء مصالحة تتعارض مع النظام العام والأخلاق الحميدة، فلا يجوز إجراء وساطة طالما أن هذا الإجراء يكون مخالفا للنظام العام وبذلك فلا يجوز الصلح في أمور تتعلق بصعوبات المفاوضة وإجراء أي تسوية بهذا الشأن⁽⁵⁷³⁾، ومن ثم فالمنطق يدعو إلى أن لا تعرّض هذه الوسائل المصلحة العامة التي تسمو على المصالح الخاصة لخطر، إلى حد أن الأفراد لا يمكنهم أن يجروا تسوية أو أي اتفاق ودي خارج الحالات التي يسمح بها القانون. وقانون صعوبات المفاوضات لا يمكن أن يكون محل اتفاق أو تسوية. كما أن المشرع منح الاختصاص في فتح المسطرة للمحكمة، والوسيط ليس له سلطة قضائية ولا يستطيع فرض أي حل. كما أن الوساطة تقوم على مبادئ اتخاذ القرار الذاتي من قبل المتنازعين، والوسيط يقترح عليهم حلولاً دون أن يفرضها عليهم، زيادة على أن هذه الآلية تخول للأطراف التحكم الكامل في المسطرة وفي باقي الأوجه الأخرى المكونة للعملية. فضلا عن أن هذه الوسيلة لا تثبت في النزاع عن طريق إصدار قرار ملزم وإنما تقوم على مساعدة الأطراف على إيجاد حل بأنفسهم، أو إصدار

⁵⁷²- ينص الفصل 62 من ق ل ع على أن: "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون". وينص الفصل 1100 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل...".

⁵⁷³- إياد بردان: التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، بيروت 2004، ص 310.

توصيات، واقتراحات، من قبل الوسيط دون أن تكون ملزمة لهم، وهذا لا يتلاءم وقانون صعوبات المقولة الذي يتطلب صدور حكم يقضي بفتح المسطرة إذا توفرت الشروط القانونية، وينتج عن ذلك عدة آثار، ومنها الحجية في مواجهة الجميع.

ومن كل ما سبق تبقى الوساطة، كآلية بديلة لحل النزاعات، غير عاملة في مجال صعوبات المقولة، التي تتطلب تحقيق أهداف أسمى من تقريب وجهة نظر المتنازعين، والمتمثلة في إنقاذ المقولة والحفاظ على النشاط، ومناصب الشغل، وتسديد الخصوم. لأن الغرض من قانون صعوبات المقولة هو هذه الأهداف ورعايتها، ذلك أن المصلحة العامة هي المعنية بالأمر، وأن الوساطة لا يمكنها أن تحقق ذلك الأمر الذي يستوجب استبعادها.

المبحث الثالث: تعطيل الدعوى الجنائية إلى حين فتح المسطرة

لقد تضمن الكتاب الخامس من مدونة التجارة إلى جانب المساطر التقنية استمرارية المقولة والتفويت، والتصفية القضائية، ومساءلة المسيرين، والجزاءات المالية وسقوط الأهلية، نظاما جنائيا تحت عنوان التفالس والجرائم الأخرى.

ولم يعد التوقف عن الدفع الذي كانت تعاينه المحكمة الجنائية للحكم على المدين المقلوب بعقوبة أو تعتمده النيابة العامة الأساس القانوني لتحريك الدعوى العمومية بالتفالس ضد المدين، بل لتحريك المتابعة من أجل هذه الجريمة، وتوقيع العقاب يستوجب صدور حكم بفتح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية ضد المدين عن المحاكم التجارية. وهكذا نصت المادة 736 من مدونة التجارة في القسم السابع من الكتاب الخامس المتعلق بالعقوبات على أنه: «تطبق مقتضيات هذا القسم على مسيري المقولة الفردية، أو ذات شكل شركة والتي كانت موضوع فتح المسطرة سواء كانوا مسيرين قانونيين، أو فعليين، يتقاضون أجرا أم لا».

كما نصت المادة 754 من نفس القانون على أنه: «يدان بالتفالس في حال افتتاح التسوية أو التصفية القضائية الأشخاص المشار إليهم في المادة 736 أعلاه الذين تبين أنهم

ارتكبوا أحد الأفعال التالية...»⁽⁵⁷⁴⁾.

ونستنتج مما سبق أن المشرع منع المتابعة والعقاب من أجل جريمة التفالس إلى أن يصدر حكم عن المحكمة التجارية بفتح مسطرة من مساطر المعالجة، وبعبارة أخرى تتوقف المتابعة والعقاب إلى أن يصدر حكم من المحكمة التجارية⁽⁵⁷⁵⁾، وبالتالي فقاعدة الجنائي يعقل المدني غير عاملة في هذا المجال بل أصبح العكس هو الصحيح، بل لا تحرك المتابعة والعقاب إلا بعد صدور حكم فتح المسطرة. وبذلك أعطيت الأولوية للقضاء التجاري القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية على القضاء الجنائي ومن هنا يتضح إرجاء البت في الدعوى الجنائية إلى أن يتم فتح مسطرة المعالجة.

إن ضرورة إرجاء البت في الدعوى الجنائية يعني أن المتابعة لا يمكن تحريكها من الأطراف المخولة لهم ذلك وهما النيابة العامة والسنديك طبقا للمادة 759 من م ت⁽⁵⁷⁶⁾ إلى أن يتم إصدار حكم بفتح مسطرة المعالجة ذلك ان السنديك يتم تعيينه في حكم فتح المسطرة طبقا للمادة 670 من م ت. ومن هنا يتضح أنه لكي يؤدي الوقف الذي فرضه المشرع دوره ويكون له معنى يجب أن يكون حكم فتح المسطرة ملزما للمحكمة الزجرية. ذلك أن قاعدة وقف المتابعة والعقاب في هذا الصنف من الجرائم، هي نتيجة لقاعدة تقييد القاضي الجنائي بالحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية. وبالتالي ففائدة إلزام المشرع لوقف المتابعة والعقاب لحين صدور حكم فتح المسطرة، أن هذا الأخير مقيدا لتحريك المتابعة. وبالتالي فالوقف لن تكون له أية فائدة إذا ظل القاضي الجنائي في حل من التقييد بحكم فتح المسطرة، فضلا عن أن مشرع الكتاب الخامس خلع على الحكم الفاتح للمسطرة خاصية اعتباره مرشدا للقضاء الجنائي، ذلك أن تقييد المحكمة الجنحية بالتزام مصدره

⁵⁷⁴- هناك حالة استثنائية أخرى نص عليها قانون 97-17 المتعلق بالملكية الصناعية في الفقرة الثانية من المادة 205 على أنه: "لا يجوز للمحكمة الجنحية أن تبت في الأمر إلا بعد صدور حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به عن المحكمة المرفوع إليها التحقق من ثبوت الضرر" ذلك أن قانون 97-17 هو الآخر قلب قاعدة الجنائي يعقل المدني إذ منع على المحكمة الجنحية أن تبت في دعوى التزييف الجنائية إلا بعد صدور حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به عن المحكمة التجارية المرفوع إليها أمر التحقق من ثبوت الضرر.

⁵⁷⁵- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات، م س، الجزء الثالث، ص 442.
⁵⁷⁶- تنص المادة 759 من م ت على أنه: "تعرض الدعوى على أنظار القضاء الزجري إما بمتابعة من النيابة العامة أو من طرف السنديك بصفته طرفا مدنيا..".

القانون، بموجبه عليه أن يحترم ما قضى به من طرف قاضي المساطر الجماعية، لأن المصلحة الاجتماعية والاقتصادية تقضي بأن تمتنع المحكمة الزجرية من تحريك المتابعة والعقاب إلا بعد فتح مسطرة معالجة صعوبات المقولة.

وبذلك فالغاية من لزوم تعطيل تحريك المتابعة والعقاب في جريمة التفالس والجرائم الأخرى المنصوص عليها في الكتاب الخامس، أن الحكم الفاتح للمسطرة له تأثير حاسم على القضاء الجنائي وحتمي لازم. ومن هنا فإن الطرح العكسي لفكرة الوقف هو تقرير لمبدأ حجية الحكم القاضي بفتح المسطرة أمام القضاء الجنائي، لأن سير دعوى فتح المسطرة ووسائل تحري الحقيقة فيها سواء من الدائن أو المدين أو النيابة العامة بالمحكمة التجارية، أو المحكمة تلقائياً، سيكون منبعا للإرشاد أكثر من الطريق الجنائي في تحديد التوقف عن الدفع، زيادة على كون المحكمة التجارية تكون حرة في تكوين قناعاتها مادامت الأدلة التي يمكن الاهتداء إليها من جميع الهيئات والمؤسسات أو عن طريق المساطر المفتوحة أمامها من أوامر بالأداء أو مساطر الاحتجاج بعدم الدفع، وهذا خلاف القاضي الجنائي الذي لا يمكن التوصل إليه عبر مختلف هذه الطرق.

وإذا كانت مساطر صعوبات المقولة من النظام العام الاقتصادي، فإن قاعدة تعطيل أو إرجاء تحريك المتابعة إلى حين فتح المسطرة، هي أيضا من النظام العام، وتؤكد القوة الملزمة الواجبة لحكم فتح المسطرة قبل الكافة، وعليه فوقف تحريك المتابعة، والعقاب يكون لازما، مادام الحكم في دعوى فتح المسطرة ذا تأثير على الحكم في الدعوى الجنحية لأن تحريك المتابعة يستوجب أن يكون هناك توقف عن الدفع وهذا الأخير لا يثبت إلا بمقتضى حكم فتح المسطرة.

وعليه فالملاحظ أن القانون المغربي على مستوى الفصل في المنازعات المتعلقة بصعوبات المقولة قد قلب قاعدة الجنائي يعقل المدني المنصوص عليه في المادة 10 من قانون المسطرة الجنائية إذ منع على المحكمة الجنحية أن تثبت وتتم تحريك المتابعة في جريمة التفالس والجرائم الأخرى إلا بعد صدور حكم فتح المسطرة عن المحكمة التجارية المرفوع إليها دعوى صعوبات المقولة، وهو ما يعني تأثير فتح مسطرة معالجة صعوبات المقولة على الدعوى الجنحية، فهذه الأخيرة لا يمكن تحريكها إلا بصدور الأولى عن المحكمة التجارية.

الباب الثاني: خصوصيات الأحكام وطرق الطعن في مساطر صعوبات المقابلة:

قد يحدث أن تنقضي الدعوى قبل صدور حكم في موضوعها وذلك لأسباب إرادية ترجع إلى إرادة طرفي الدعوى، وهذا يعتبر تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. ذلك أن إرادة الأطراف قد تكون قادرة على إزالة بعض العوارض، وهذا معناه أن إرادة الأطراف بصفة عامة تعد معياراً يتنوع تبعاً له انقضاء الدعوى⁽⁵⁷⁷⁾.

وبذلك فالدعوى قد لا تبلغ نهايتها الطبيعية وتنتهي قبل ذلك لأسباب مختلفة وهو ما يطلق عليه انقضاء الدعوى بغير حكم والذي ينقسم إلى انقضاء إجرائي، والذي يقصد به انتهاء الخصومة من الناحية الشكلية بما لا يؤثر على موضوع الدعوى وهو الحق المتنازع عليه⁽⁵⁷⁸⁾، وتتنحصر أحواله في التنازل عن الخصومة والعيوب المتصلة بصحة انعقاد الخصومة أو قبولها أمام القضاء، وأخيراً الانقضاء بسبب عدم السير في الخصومة⁽⁵⁷⁹⁾. أما الانقضاء الموضوعي للخصومة هو انتهاءها بانتهاء النزاع الذي يعتبر سبباً لها وذلك بأي سبب من أسباب الانقضاء الموضوعي مثل الصلح أو الاتفاق على التحكيم أو تسليم المدعى عليه بالحق المتنازع عليه⁽⁵⁸⁰⁾.

ويمكن أن تنقضي الدعوى بغير إرادة أطرافها وهذه الطريقة تتمثل في الحكم القضائي، وهذا الأخير يعتبر النهاية الطبيعية للانقضاء الموضوعي للخصومة⁽⁵⁸¹⁾. ذلك أن صدور حكم في موضوع الدعوى هو الغاية الأساسية التي يهدف إليها رافع الدعوى وهو

⁵⁷⁷- سعيد المعتصم: دور الإرادة في إنهاء الخصومة المدنية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الخامس أكادال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 2013-2014 ص 16.

⁵⁷⁸- أحمد مسلم: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة ص 87 مشار إليه عند عادل محمد جبر شريف: الانقضاء الموضوعي للخصومة المدنية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دار شتات للنشر والبرمجيات سنة 2013 ص 111.

⁵⁷⁹- سعيد المعتصم: م س ص 18.

⁵⁸⁰- أحمد مسلم: م س ص 69 مشار إليه عند عادل محمد جبر شريف م س ص 111.

⁵⁸¹- عادل محمد جبر شريف: م س ص 275.

- عبد السلام ذيب: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد موفم للنشر الجزائر 2012 الطبعة الثالثة ص 207.

- محمادي لمعكشاوي: الوجيز في الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها في ضوء قانون المسطرة المدنية الطبعة الأولى 2011 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 110.

ما يسمى بالانقضاء التام. ومادام الحكم أو القرار القضائي قد يشوبه الخطأ فاحتمال الوقوع في الخطأ وارد بحق القاضي لكونه إنسانا ووجب أن تتاح للطرف الخاسر أو من لم تلب كل طلباته فرصة طلب إصلاح العيب لذلك اهتدى الفكر القانوني إلى ابتكار طرق الطعن في الأحكام، وخول للأطراف الطعن في هذه الأحكام تكريسا لحقوق الدفاع وتمكيننا لهم من نقل النزاع إلى محكمة أعلى درجة.

لكن انقضاء الدعوى في إطار مسطرة صعوبات المقابلة لا تكون إراديا ولا يكون لمبدأ حرية الأطراف دور في إنهائها. كما أن الحكم بفتح المسطرة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى ولكن يكون موجها نحو المستقبل. فضلا عن أن الطعن في الحكم الصادر في مادة صعوبات المقابلة، يفرض بعض الخصوصيات حتى لا تصبح القرارات التي تهم جوانب اقتصادية واجتماعية عرضة للإبطال والإلغاء، لأجل ذلك حرص المشرع المغربي على تقادي كل ما من شأنه أن يعيق سير المسطرة، ولاسيما الطعون التعسفية التي قد تنعكس سلبا على مصالح مختلف الأطراف⁽⁵⁸²⁾.

وبهذا سنعمل على إبراز الخصوصيات التي تشمل الأحكام الصادرة في إطار مساطر صعوبات المقابلة مع الاختصار على الحكم بفتح المسطرة باعتباره الأكثر خصوصية (الفصل الأول) وإبراز خصوصيات طرق الطعن في هذه المادة عن طرق الطعن المضمنة في إطار القواعد العامة (الفصل الثاني).

⁵⁸²- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبة المقابلة: م س ص 52.

الفصل الأول: خصوصيات الأحكام في مساطر صعوبات المقابلة:

كل دعوى يتم تقييدها أمام المحكمة مستوفية لشروطها الشكلية والموضوعية تنتهي بصدر حكم قضائي بشأنها، إذ أن الحكم يعتبر خاتمة مسار الدعوى وهدفها المنشود.

والحكم هو القرار الذي تصدره المحكمة وهي مشكلة طبقا للقانون للبت في منازعة مقدمة إليها طبقا للإجراءات والقواعد المسطرية المتطلبية (583). كما يمكن أن نقول بأن الحكم بمعناه العام هو كل قرار يصدر في إطار القوانين المسطرية من طرف هيئة قضائية منهيّة للنزاع (584). والحكم القضائي باعتباره قرارا صادرا في خصومة هو إعلان عن رأي القانون بشكل ملزم في المسألة المطروحة على المحكمة والمطلوب الفصل فيها (585). وغالبا ما يطلق لفظ الحكم على أحكام محاكم الدرجة الأولى، ولفظ قرار يطلق على أحكام محاكم الأعلى درجة محاكم الاستئناف ومحكمة النقض، ويطلق لفظ أمر على الأوامر الاستعجالية وعلى الأوامر المبنية على طلب والمعاينات (586). والحكم القضائي إذا هو العمل القضائي الذي يزود المراكز الموضوعية بالحماية القضائية التي تعزز الحماية القانونية القائمة في القاعدة الموضوعية، ويعيد إليها فعاليتها في الاحترام الواجب لها (587).

ولكن خصوصيات مساطر معالجة صعوبات المقابلة لا تقتصر على الدعوى وإنما تمتد لتشمل حتى الأحكام الصادرة في إطار هذه المسطرة. في حين أن مشروع التوزيع المنجز من قبل السنديك لا يعتبر حكما أو أمرا أو موقرا و في هذا قضت محكمة النقض على أن "المشروع الذي ينجزه سنديك التصفية القضائية من أجل توزيع منتج بيع أصول المقابلة على الدائنين لا يعتبر أمرا أو حكما أو موقرا صادرا في مادة صعوبات المقابلة، حتى يمكن إخضاعه لطرق الطعن لأنه لا ينفذ إلا بعد مصادقة القاضي المنتدب عليه، و حينذاك يجوز الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر عن

583- رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية سنة 1969 ص 666.

584- الطيب برادة: إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1996 مطبعة المعارف الجديدة الرباط ص 33.

585- نبيل إسماعيل عمر: الحكم القضائي دراسة لبعض الجوانب الفنية للحكم القضائي دار الجامعة الجديدة 2016 ص 5.

586- عبد الكريم المساوي: القواعد الإجرائية أمام المحاكم الإدارية مطبعة البيضاوي الطبعة الأولى 2012 ص 212.

- الطيب برادة: م س ص 34

587- نبيل إسماعيل عمر: الحكم القضائي م س ص 8.

القاضي المنتدب بهذا الخصوص، و من ثم فإن الطعن في مشروع التوزيع الصادر عن سنديك التصفية القضائية بمقال أمام المحكمة التجارية قبل البث فيه بأمر صادر عن القاضي المنتدب يعتبر غير مقبول⁽⁵⁸⁸⁾. كما أن فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله رهين بصدور حكم يقضي بذلك، لأن اجتماع صفة تاجر وحالة التوقف عن الدفع في شخص المدين غير كافيين بل يستوجب صدور حكم بفتح المسطرة. وزيادة على الشروط الموضوعية لفتح المسطرة، هناك إجراءات شكلية تبقى ضرورية لإصدار الحكم. ذلك أن قواعد مساطر معالجة صعوبات المقاوله المتعلقة بالإجراءات والتي تتصل بفكرة فتح المسطرة، وكذلك القواعد الموضوعية المرتبطة بالإجراءات لا تترتب إلا إذا صدر حكم بفتح المسطرة. والحكم الصادر بهذا الخصوص لا يقصد به أصلا الفصل في نزاع، ولكن يقتصر على تقدير حالة قانونية جديدة متى توافرت شروطها، ذلك أن دعوى فتح المسطرة بطبيعتها ليست دعوى خصومة يطلب فيها الدائن رافعها القضاء بدينه وإجبار مدينه على الوفاء به، وإنما هي دعوى إجراءات هدفها إثبات حالة معينة هي توقف التاجر عن دفع ديونه⁽⁵⁸⁹⁾.

ومصير الدعوى في مادة صعوبات المقاوله يكمن أساسا في الحكم. بيد أن مجموعة من العوامل تشكك في الطبيعة القضائية للحكم الصادر عن محكمة صعوبات المقاوله. فضلا عن أن نظام الفتح التلقائي للمسطرة يبدي بهذا الصدد شكاً أولياً حتى إذا كانت المحكمة لا تكون ادعاءً ألا يمكن أن تكون أكثر ميلاً بالرد بالإيجاب على السؤال القانوني الذي تم وضعه؟ كما أن مضمون الحكم يستوجب أن يتضمن مجموعة من العناصر الرئيسية وذلك في تعليل الموقف الذي ستتخذه المحكمة من الدعوى وتحديد تاريخ التوقف عن الدفع، وتعيين الأجهزة المكلفة بالمسطرة إضافة إلى الشهر. كما أن حكم فتح المسطرة ينتج آثاراً مهمة سواء بالنسبة للحكم ذاته أو بالنسبة للمدين التاجر أو الدائنين.

وعليه فإن هذا الفصل سيخصص لدراسة خصوصيات طبيعة الحكم المتخذ في إطار صعوبات المقاوله (الفرع الأول) وخصوصيات مضمون الحكم (الفرع الثاني) والآثار المترتبة عنه (الفرع الثالث).

⁵⁸⁸- قرار رقم 1/289 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 4-7-2013 في الملف التجاري عدد 261-3-1-2012 منشور بمجلة القضاء التجاري مجلة علمية نصف سنوية مطبوعة المعارف الجديدة الرابط العدد الرابع-السنة الثانية-صيف/خريف 2014 ص 282.

⁵⁸⁹- محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه والقضاء في الإفلاس طبقاً للقانون رقم 11 لسنة 2018 الطبعة الأولى 2019 دار محمود للنشر والتوزيع المجلد الثاني فقرة 342 ص 628 وما يليها.

الفرع الأول: طبيعة الحكم الصادر في مادة صعوبات المقابلة:

إن فتح مسطرة صعوبات المقابلة تعلن بمقتضى حكم من المحكمة، بيد أن مجموعة من العوامل تشكك في الطبيعة القضائية للحكم الصادر عن محكمة صعوبات المقابلة. في الواقع يجب التساؤل عما إذا كان للسماة المسطرية التي تم الكشف عنها تأثير على الأحكام والقرارات الصادرة في المادة؟

للإجابة عن هذا السؤال يتعين علينا مقارنة حكم وقرار مساطر صعوبات المقابلة بمعايير العمل القضائي، ويمكن تعريف هذا الأخير بأنه: " تقرير قانوني، يؤديه باسم الدولة عضو مستقل محايد في نطاق إجراءات خاصة، تعرف بالإجراءات القضائية ولهذا التقرير قوة الحقيقة القانونية"⁽⁵⁹⁰⁾. وفي معنى آخر: " العمل القضائي هو كل فصل على أساس قاعدة قانونية في نزاع أو ادعاء بمخالفة القانون على أن يتم هذا الفصل بقرار يصدر من سلطة عامة محايدة ومستقلة، وفي نطاق أشكال وإجراءات محددة ويتمتع هذا القرار بحجية الشيء المقضي به "⁽⁵⁹¹⁾. وعرفه البعض بأنه " العمل الصادر عن قاض غير عن الطلب وفق مسطرة تقوم على معاينة تمكن من رفع معيقات النشاط من عدمه في إطار صيانة حقوق المتقاضين "⁽⁵⁹²⁾.

فالعمل القضائي يجب أن يكون بالضرورة صادرا عن قاض أو عن هيئة قضائية تتمتع بالاستقلالية والحياد ولا تتلقى الأوامر من أية سلطة أخرى مهما كانت درجتها في هرم الدولة⁽⁵⁹³⁾.

كما أن معظم التشريعات تجعل من العمل القضائي عملية منظمة قانونا لحسم كل نزاع يثور بين الأفراد، سواء فيما يتعلق بإجراءات تقديم الدعوى، أو فيما يتعلق بطرق

⁵⁹⁰ - القطب محمد طبلية: " العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر ". دار الفكر العربي الطبعة الأولى بدون سنة ص 143.

⁵⁹¹ - بدر خان عبد الحكيم إبراهيم: " معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام طبعة 1994 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 197.

⁵⁹² - C. BLERY: «l'efficacité substantielle des jugements civils», L G D J 2000 N° 19.

Roger Perrot : institutions judiciaires, 7^e édition, Montchrestien, DELTA 1995 N° 581 P 531.

⁵⁹³ - جلال محمد امهمول: نظام الدفع في قانون المسطرة المدنية م س ص 105.

التحقيق، ووسائل الإثبات المقبولة بخصوصها وطرق الطعن في الأحكام الصادرة بشأنها⁽⁵⁹⁴⁾. كما أن المراحل التي يمر منها العمل القضائي تهدف إلى تحقيق نتيجة واحدة وهي حل النزاع من خلال تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على وقائع القضية وهو ما جعل بعض الفقه يؤكد على أن الوظيفة القضائية لا تعمل من أجل مصالح الأشخاص القانونية، وإنما تعمل من أجل مصلحة القانون في الحالات الواقعية الخاصة⁽⁵⁹⁵⁾.

ويعد الحكم القضائي القالب الذي يفرغ فيه الحل القانوني للنزاع سواء كان عملاً أو اجتهداً قضائياً، على نحو يفترض معه أن الحكم أو القرار القضائي يستمد وصفه من طبيعة الحل القانوني الذي يتضمنه⁽⁵⁹⁶⁾.

والبين من التعريف أعلاه أن العناصر المكونة للعمل القضائي: أن المكون الأول منها يكمن في المهمة المنوطة بالقاضي، ذلك أن غالبية فقه الإجراءات يجمع على أن وظيفة القضاء هي الفصل في المنازعات التي تنشأ في المجتمع، الشيء الذي يجعل من المنازعة مناطاً للعمل القضائي وسبباً له⁽⁵⁹⁷⁾. ذلك أنه من الناحية التاريخية لم يوجد القضاء إلا للمحافظة على السلم الاجتماعي عن طريق فض المنازعات وحسم الخصومات⁽⁵⁹⁸⁾.

والمكون الثاني للعمل القضائي انبثق عن الفقه الإجرائي لأوائل القرن العشرين هذا الأخير يقر بأن ما يميز العمل القضائي هو بناؤه وهيكله وتسلسل مكوناته. فحسب "دوكي Duguit" القاضي يجري معاينة لإثبات خرق القاعدة القانونية من عدمه وكذلك جهل حالة قانونية في وجودها أو امتدادها، بعد ذلك يعلن القاضي قراره الذي هو في الأصل النتيجة المنطقية والحتمية⁽⁵⁹⁹⁾.

⁵⁹⁴- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: م س ص 19.

⁵⁹⁵- احمد محمد حشيش: نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2002 ص 159.

⁵⁹⁶- عبد الرحمان اللمتوني: دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس اكدال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 2010-2011 ص 111.

⁵⁹⁷- جلال محمد امهمول: م س ص 99.

⁵⁹⁸- احمد مليجي: " تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي " دار النهضة العربية القاهرة 1993 ص 20.

⁵⁹⁹- جلال محمد امهمول: م س ص 103-104.

- P. Cagnoli : op cit N°265 p 210.

والعامل الثالث المميز للعمل القضائي هو استعمال قواعد المساطر الخاصة من اجل اتخاذ قرار العدالة، ويتزعم هذا الاتجاه السيد " carré de malberg " وهو من أعار الاهتمام الأكبر لهذا العامل والمتمثل في المعيار العضوي الإجرائي، والذي انطلق في كتاباته من كون الوظيفة القضائية لا تتميز عن باقي أعمال سلط الدولة الأخرى لا بمحلها ولا بغايتها ولا حتى بطبيعة أعمالها، لكن يبقى مناط العمل القضائي هو شكله المتمثل في صدوره عن جهة قضائية ووفق إجراءات خاصة منصوص عليها قانوناً⁽⁶⁰⁰⁾. لكن العامل التنظيمي الأكثر تداولاً اليوم هو ضرورة وجود قاض غير عن النزاع⁽⁶⁰¹⁾.

ومن هنا فالقرار الصادر في مادة صعوبات المقاوله يلقي صعوبة في الانخراط ضمن القالب المعرف سابقاً. وهكذا فالمعيار المادي للعمل القضائي يشكل صعوبة خاصة، فالشائع في هذه المسألة أن نقول إن القاضي يبت في الفرض أكثر من القانون، ويمكن أن نعتقد أن محكمة مساطر معالجة صعوبات المقاوله تبت في القانون بالرغم من أنها تطبق قانوناً خاصاً، لذا فإن قاضي صعوبات المقاوله لا يضع حداً للنزاع في الغالب يقوم بتأمين عملية موجهة نحو المستقبل. صحة هذا التأكيد يمكن التحقق منه عند افتتاح فترة الملاحظة التي لا تنهي القضية ولكن تؤسس لمرحلة الانتظار للبحث عن الحل الذي يحدد مصير المقاوله، لأن الهدف الأول هو ضمان نشاط المقاوله والذي يتحقق من خلال اعتماد مخطط التسوية القضائية. وهكذا فالحكم الذي يعتمد هذا المخطط لا يكون الغرض من وضعه حد للتقاضي ولكن يكون موجهاً نحو المستقبل⁽⁶⁰²⁾.

وإذا كانت الطبيعة القضائية لهذه القرارات الصادرة في هذه المادة مؤجلة من خلال سببين اثنين: أولاً بالنسبة لبعض القرارات والشكوك حول حياد المحكمة، ثانياً القاضي يمارس نشاطاً نهائياً يكون موجهاً لإرضاء المصلحة العامة والذي يبدو أنه يتوافق مع الوظيفة الإدارية. لذا سوف نرى طبيعة هذه القرارات من خلال سلطة القاضي في مساطر معالجة صعوبات المقاوله (المبحث الأول) قبل دراسة الأسباب التي تجعل بعض القرارات

⁶⁰⁰ - جلال محمد امهمول: م س ص 105.

⁶⁰¹ -P. Cagnoli: op cit N°265 p 211.

⁶⁰² -P. Cagnoli: op cit N° 266 P 211.

المتخذة في المادة تأخذ طابعا إداريا، بمعنى حظر تحيز المحكمة والوظيفة الإدارية لقاضي مساطر معالجة صعوبات المقولة (المبحث الثاني) على أن نبحت الطبيعة الكاشفة للحكم (المبحث الثالث).

المبحث الأول: سلطة قاضي مساطر صعوبات المقولة:

تبقى هذه السلطة أحد أهم المعايير التي لا جدال فيها فيما يخص العمل القضائي. من وجهة النظر هذه قانون صعوبات المقولة ليس بالأصل فيما نحاول تأكيده، حيث إن بنية العمل القضائي تحظى بالاحترام: قبل اتخاذ قرار (المطلب الثاني) قاضي مساطر صعوبات المقولة يلاحظ وجود وضع قانوني معين (المطلب الأول).

المطلب الأول: المعاينة في مساطر صعوبات المقولة

إذا كان الادعاء يطرح على القاضي مسألة قانونية، فإن المعاينة أو التقرير هو العمل الذي يقوم به القاضي من أجل معاينة المخالفة القانونية التي يدعيها المدعي بمناسبة حل المسألة القانونية المطروحة⁽⁶⁰³⁾. وبذلك فالتعبير الرائج "معاينة انتهاك القانون أو وضع قانوني" يجب أن يحدد من خلال تأكيد أن المدين المتوقف عن الدفع يخالف القانون أو ينتهك وضعاً قانونياً، وهذا غير كاف خصوصاً في حالة عدم وجود خطأ⁽⁶⁰⁴⁾. فالقاضي يواجه وقائع القضية حسب قاعدة قانونية معينة، حيث يتحقق من استيفاء شروط تطبيق القاعدة القانونية أو استيفاء العناصر المفترضة في المعيار القانوني ويستنتج النتائج. غير أن جزءاً من الفقه يقول إن قاضي مساطر صعوبات المقولة لا يبت في القانون بل في الملاءمة⁽⁶⁰⁵⁾. وعليه فنظام مساطر صعوبات المقولة يستعمل تقنيات ذات طبيعة اقتصادية⁽⁶⁰⁶⁾. غير أن هناك تحليلاً آخر يبدو مناسباً لمادة صعوبات المقولة من خلال أهمية استعمال المشرع للمعايير القياسية للقانون (الفقرة الأولى) لكن اتخاذ القاضي لأي قرار وفق هذه النماذج أو المعايير القياسية لا تطبق إلا مع القانون (الفقرة الثانية).

⁶⁰³- جلال محمد امهمول: م س ص 104.

⁶⁰⁴-P. Cagnoli: op cit N° 271 p 213.

⁶⁰⁵-S. NEUVILLE: op cit N° 127.

⁶⁰⁶-C. Saint Alary-Houin: droit des entreprises en difficulté, Montchrestien 4^e éd 2001 N°47.

الفقرة الأولى: أهمية المعايير في قانون صعوبات المقابلة

إن ما يميز المقتضيات القانونية المتعلقة بصعوبات المقابلة هو الحضور القوي للمعايير القانونية. فالمعيار هو بمثابة قاعدة مرنة تعتمد على مقياس محدد سلفا وبشكل مقصود، وبعبارة أدق فهو تقنية خاصة للتعبير عن القاعدة⁽⁶⁰⁷⁾. ومن ثم لقد اهتم الفقه بالبحث عن المعايير الكفيلة بتحديد ذاتية العمل القضائي، فمن معايير ذات صبغة مادية تعتمد موضوع العمل القضائي إلى أخرى ذات صبغة شكلية وأخرى تحاول الجمع بينهما. وأصبح فتح مسطرة المعالجة يعتمد على معايير موضوعية تتحدد من خلال الصعوبات التي تعاني منها المقابلة ومدى قابليتها للاستمرار وليس من خلال تصرفات المدين⁽⁶⁰⁸⁾.

وإذا كان في امكان هذه المعايير مثلا أن تمنح التوقف عن الدفع مضمونا حديثا، لأن المشرع ربط من خلالها واقعة الامتناع عن الأداء بوضعية المقابلة، بما يجعل من الأولى باعنا على افتتاح الثانية تبينا لدرجة الاختلال. ومن ثم فالظاهر من خلال مضمون المادة 575 من م ت أن المعيار لا اعتبار المقابلة فردية أم جماعية في حالة توقف عن الدفع هو عدم القدرة على سداد الديون المستحقة المطالب بها بسبب عدم كفاية الأصول المتوفرة. يؤكد هذا أن المعايير التي وضعها المشرع لاختيار إحدى مساطر المعالجة على الأخرى لا يمكن أن تكسب عجز المقابلة على سداد الديون المستحقة المطالب بها بسبب عدم كفاية الأصول المتوفرة إلا مفهوما، ماليا واقتصاديا، يتجاوز ظاهر واقعة العجز عن الأداء، إذ البين أن المشرع لم يجعل من العجز عن سداد الديون إلا وقفة من أجل هدف أبعد، هو تبين درجة اختلال وضعية المقابلة فيقضي بالتسوية أو بالتصفية القضائية. وهذا ما يفسر عدم اكتفاء المشرع بالمادة 575 من م ت بلجؤه إلى وضع مادتين تتضمنان معايير موجهة ينضبط لها نظر القضاء، هما المادتان 583 و 651 من نفس المدونة اللتان جاء في المادة الأولى " تقضي المحكمة بالتسوية القضائية إذا تبين لها أن وضعية المقابلة ليست

⁶⁰⁷-S. RIALS: «le juge administratif français et la technique du standard» thèse LGDJ 1980 N° 28.

⁶⁰⁸- كان نظام الإفلاس يعتمد على تصرف المدين وحسن نيته معيارا أساسيا في الاختيار بين الإفلاس والتصفية القضائية وهو وضع لم تكن تقرضه وضعية المقابلة بقدر ما يفرضه سلوك المدين.

مختلفة بشكل لا رجعة فيه، وإلا فتقضي بالتصفية القضائية". وجاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية " تفتتح المحكمة مسطرة التصفية القضائية...إذا تبين لها أن وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه".

وبهذا فإن نية المشرع قد انصرفت إلى وضع مفهوم شمولي للتوقف عن الدفع، يتجاوز ثبوت واقعة العجز على سداد الديون المستحقة المطالب بها، وهو ما يقتضي بالضرورة التأسيس له بالاعتماد على مجموع مكونات مساطر صعوبات المقاوله لا التوقف عند حدود نص المادة 575 من م ت.

وبالاطلاع على القانون 17- 73 المتعلق بصعوبات المقاوله نجده يعتمد على لائحة من المعايير، البعض منها معايير محايدة وتقتصر على التعبير عن مراعاة سلوك ما للقواعد. فيما يعكس البعض الآخر موقفا متحيزا من قبل المشرع الذي يعتبر أن مصلحة من هذا القبيل ينبغي أن تسمو على المصلحة الأخرى.

ومن بين المعايير التي تنتمي للصنف الأول يمكن أن نورد مثال التعديلات الجوهرية التي تطرأ على أهداف ووسائل المخطط، وهو ما تختص المحكمة باتخاذ قرار في شأنه⁽⁶⁰⁹⁾، وكذلك الأداء المقبول عادة في العلاقات التجارية دون أن تشمل قرارات الإبطال المتعلقة بفترة الريبة⁽⁶¹⁰⁾، وكذا الخطأ في التسيير الذي يمكن من إقامة دعوى تسديد الخصوم⁽⁶¹¹⁾. وكذا المحاسبة غير الكاملة أو غير الصحيحة التي قد تؤدي إلى التسوية أو التصفية القضائية لمسؤول الشخص المعنوي الخاضع لمسطرة التسوية أو التصفية

⁶⁰⁹ نصت الفقرة الأولى من المادة 692 من م ت على أنه: " لا يمكن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية إلا بحكم من المحكمة وذلك بطلب من رئيس المقاوله وبناء على تقرير السنديك "

⁶¹⁰ تنص الفقرة الأولى من المادة 716 من م ت على أنه: " لا تمس مقتضيات المادة 715 أعلاه بصحة أداء كميالية أو سند لأمر أو شيك أو دين تم تقويته طبقا لمقتضيات المادة 529 وما بعدها " وتنص المادة 715 من م ت على أنه: " يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع ".

⁶¹¹ تنص الفقرة الأولى من المادة 738 من م ت على أنه: " حينما يظهر من خلال سير مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في مواجهة شركة تجارية نقص في باب الأصول يمكن للمحكمة في حالة حصول خطأ في التسيير ساهم في هذا النقص أن تقرر تحميله كليا أو جزئيا تضامنيا أم لا لكل المسيرين أو للبعض منهم فقط".

القضائية⁽⁶¹²⁾. ومن بين المعايير التي تعكس الموقف المتحيز للمشرع تجدر الإشارة إلى الضرورات المرتبطة بالحفاظ على استمرارية المقولة، والذي يتخذ عدة صياغات من أجل تصحيح وضعيتها وضمان استمرار نشاطها والحفاظ على مناصب الشغل وتسديد خصوم المقولة⁽⁶¹³⁾.

ويتبين من هذا أن طبيعة دور القاضي تأخذ بعدا اقتصاديا وآخر اجتماعيا: فالبعد الاقتصادي، يتجلى في حماية المقولة وتقادي تصفيتها. أما البعد الاجتماعي، فيتمثل في إقرار السلم الاجتماعي داخلها بالمحافظة على أكبر عدد ممكن من مناصب الشغل، بل وإمكانية التدخل لتلطيف الأجواء المضطربة بين الأجراء والمؤجرين عند معالجة الصعوبات⁽⁶¹⁴⁾. ومن ثم فمسطرة معالجة صعوبات المقولة ترتبط بجوانب اقتصادية ومالية واجتماعية ترمي إلى إنقاذ المقولة وإيجاد السبل الكفيلة لمعالجتها. وتبعا لذلك يستعمل المعيار لتبرير استبدال أحد أو عدد من مسؤولي المقولة التي توجد في حالة التسوية القضائية⁽⁶¹⁵⁾، من أجل تحديد الطابع المتميز لبعض الديون⁽⁶¹⁶⁾، والممتلكات التي

⁶¹² - تنص المادة 740 من م ت على أنه: " في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما يجب على المحكمة أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول يمكن أن تثبت في حقه إحدى الوقائع التالية:

- المسك بكيفية واضحة لمحاسبة غير كاملة أو غير صحيحة".

⁶¹³ - تنص المادة 560 من م ت على أنه: " تهدف مسطرة الإنقاذ إلى تمكين المقولة من تجاوز صعوباتها وذلك من أجل ضمان استمرارية نشاطها، والحفاظ على مناصب الشغل بها وتسديد خصومها". وتنص المادة 1/635 من م ت على أنه: " يهدف التقويت إلى الإبقاء على النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك وإبراء ذمة المقولة من الخصوم".

⁶¹⁴ - عبد الكريم كريش: صعوبة المقولة مرامي اجتماعية وقواعد ناقصة، مجلة الحدث القانوني عدد 20 نونبر 1999 ص 6.

⁶¹⁵ - تنص الفقرة الأولى من المادة 600 من م ت على أنه: " يمكن للمحكمة إن كانت استمرارية المقولة تستدعي ذلك أن تعلق اعتماد مخطط تسوية المقولة على استبدال مسير أو عدة مسيرين وذلك بناء على طلب السنديك أو تلقائيا".

⁶¹⁶ - تنص الفقرة الأولى من المادة 668 من م ت على أنه: " يصدر القاضي المنتدب أمرا بترتيب الدائنين وتوزيع منتج التصفية طبقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل".

يمكن للمحكمة أن تقضي بعدم قابليتها للتفويت⁽⁶¹⁷⁾.

وهناك بعض المعايير التي يمكن اعتبارها في منزلة وسطية، إذ تشكل في آن واحد تقنية تستخدم لغاية معينة أرادها المشرع ووسيلة لتقدير سلوك أو وضعية على أساس مدى مراعاتها للقاعدة⁽⁶¹⁸⁾. وهذا ما ينطبق على الطابع الحتمي والضروري الذي ينبغي أن تكتسبه قرارات الطرد لأسباب اقتصادية خلال فترة الملاحظة⁽⁶¹⁹⁾. كما يسري أيضا على مفهوم الطابع الجدي الذي ينبغي أن يتصف به العرض المقدم من قبل المرشح للملك⁽⁶²⁰⁾، أو إمكانات التسوية التي يتيحها مخطط الاستمرارية⁽⁶²¹⁾.

وبطبيعة الحال فإن مفهوم المعيار يدخل في مجال صعوبات المقولة وغالبا ما يستعمل في هذا الإطار بالنظر لما يميزه من مرونة. وما يبدو أساسيا هنا هو أن القاضي حينما يكون بصدد التقرير في شأن أحد المعايير فإنه لا يغير من وظيفته التقليدية⁽⁶²²⁾، بل دائما يقوم بالمعينة ويرجع السبب في ذلك لكون المعيار احد مسائل القانون.

الفقرة الثانية: حضور القانون في مساطر صعوبات المقولة

السؤال الذي يطرح هنا، يرمي إلى معرفة ما إذا كان القاضي يحكم طبقا لمفهوم القانون حينما يعتمد على أحد المعايير؟ للإجابة عن هذا السؤال ينبغي أن نتفق أولا حول ما المقصود بعبارة مفهوم القانون، ذلك أن كلمة قانون تستخدم للدلالة على معاني متعددة. ومفاهيم مختلفة، فيقصد بها أحيانا القانون بمفهومه الواسع أو الضيق، ويقصد بها أحيانا

⁶¹⁷ - تنص الفقرة الأولى من المادة 626 من م ت على أنه: " يمكن للمحكمة أن تقرر في الحكم الذي يحصر مخطط الاستمرارية أو يغيره عدم إمكانية تفويت الأموال التي تعتبرها ضرورية لاستمرارية المقولة دون ترخيص من المحكمة ولمدة تحددها ".

⁶¹⁸ -P. Cagnoli: op cit N° 276 P 217.

⁶¹⁹ - تنص الفقرة الخامسة من المادة 624 من م ت على أنه: " إذا كانت القرارات المصاحبة للاستمرارية المذكورة أعلاه ستؤدي إلى فسخ عقود الشغل فان هذا الفسخ يعتبر واقعا لأسباب اقتصادية بالرغم من كل مقتضى قانوني مخالف ".

⁶²⁰ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 636 من م ت على أنه: " يعرض السنديك على المحكمة جميع العناصر التي تسمح بالتأكد من جدية العروض ".

⁶²¹ - تنص الفقرة الأولى من م 624 من م ت على أنه: " تقرر المحكمة استمرارية المقولة إذا كانت هناك إمكانات جدية لتسوية وضعها وسداد خصومها ".

⁶²² -H. BERLINER: les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté thèse Nice 1990 p 168 et s.

أخرى القانون بمعناه الضيق جدا⁽⁶²³⁾. ونتيجة لذلك فتعاريف القانون تتجدد بشكل يصعب حصرها بسبب عدم اتفاق الفقهاء⁽⁶²⁴⁾ على الغاية التي يهدف إليها المعرف من تعريفه. كما انه يستفاد من الفصل 359 من ق م م أن خرق القانون سواء في جانبه الموضوعي أو جانبه الشكلي يعتبر أهم أسباب الطعن بالنقض، إلا أن المشرع المغربي لم يبين المقصود بعبارة قانون⁽⁶²⁵⁾.

والملاحظ هنا أن الفقه يعتريه شيء من التردد في التمييز بين الواقع والقانون، ولا توجد قاعدة عامة تحدد ما يعتبر قانونا وما يعتبر واقعا، لأنه يصعب وضع حدود فاصلة بينهما وخير دليل على ذلك هو فشل الفقه لحد الآن في وضع معيار متفق عليه للتمييز بين الواقع والقانون⁽⁶²⁶⁾. وهناك عدة فقهاء يشككون في إمكانية وضع تمييز من هذا القبيل⁽⁶²⁷⁾. بينما هناك آخرون يعتبرون أن مفاهيم القانون هي تلك التي تخضع لمراقبة محكمة النقض، بينما مفاهيم الواقع هي تلك التي تركتها محكمة النقض للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽⁶²⁸⁾، إلا أن هذه المقاربة لم تكن مقنعة. وبالنظر إلى التقلبات التي يعرفها الاجتهاد

⁶²³- محمد زلايجي: م س ص 134.

⁶²⁴- حمدي عبد الرحمان: فكرة القانون الطبعة الأولى دار الفكر العربي 1979 ص 108.
اسحق إبراهيم منصور: نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائية ديوان المطبوعات الجزائرية 1999 ص 29 وما بعدها.

⁶²⁵- محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية محاولة للتمييز بين الواقع والقانون الطبعة الأولى 2001 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 111.

⁶²⁶- عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي: الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا دراسة مقارنة رسالة لنيل الدكتوراه جامعة عين شمس كلية الحقوق القاهرة سنة 1969 ص 10 وما بعدها.

- احمد فتحي سرور: النقض في المواد الجنائية دار النهضة العربية القاهرة 1997 ص 341.
- محمد على الكيك: رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية الإسكندرية 1988 ص 14.
- أمين مصطفى محمد: التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2011 ص 5.

⁶²⁷-R. Martin: retour sur la distinction du fait et du droit, D. 1987. Chron, p 273.

- M. Jeantin : « reformer la cour de cassation » Mélanges P. Hebraud. 1981 p 465 et s.

⁶²⁸- محمد لمعمري: قرارات المجلس الأعلى وأثارها في المادة المدنية أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش السنة الجامعية 2008-2009 ص 129.

- عبد الكريم الطالب: م س ص 54.

- محمد الكشور: م س ص 110.

- محمد زلايجي: م س ص 142.

القضائي، هل سيظل المفهوم ذاته دائماً تحت مراقبة محكمة النقض⁽⁶²⁹⁾، وهذا يعني أن نفس المفهوم سيكون تارة مفهوم قانون وتارة أخرى مفهوم واقع حسب الحقب. وأخيراً من منظور منطقي، فإن طبيعة مفهوم ما – سواء وقع ضمن مسائل القانون أو الواقع – سابقة لقرار محكمة النقض بإدراجه أو عدم إدراجه في مجال مراقبتها⁽⁶³⁰⁾.

ويأخذ الفقه عموماً في التمييز بين الواقع والقانون طريقتين:

الأولى اخذ بها BONNIER بعد أن شق طريقها الأستاذ Gaugnier⁽⁶³¹⁾، وتتنحصر في إيراد المراحل التي يقطعها القاضي في سبيل الحكم في الدعوى ثم النظر في هذه المراحل، مرحلة مرحلة والتقرير فيها بأنها خاضعة أو غير خاضعة لمراقبة محكمة النقض⁽⁶³²⁾. ذلك أن القاضي يقوم بدراسته للوقائع ليتأكد من صدقها ثم يطبق على ما ثبت صدقها منها القاعدة القانونية المناسبة ثم يستخلص النتائج القانونية التي تنشأ عن تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة الثابتة محل الدعوى. ووفقاً لهذه الطريقة فالمرحلة الأولى تدخل فيها مسائل الواقع أما المرحلتان الثانية والثالثة فتندرج في نطاقهما مسائل القانون⁽⁶³³⁾. إن قاضي الموضوع يبدأ بتقرير وقائع الدعوى والتحقق منها ثم ينتقل إلى مرحلة التكييف القانوني لهذه الوقائع بمعنى إخضاعها لقاعدة قانونية معينة ثم ينتهي أخيراً بتطبيق النتائج القانونية المستخلصة من هذه القاعدة على وقائع الدعوى. ذلك أن التكييف القانوني هو عملية تستهدف البحث عما إذا كانت شروط تطبيق القاعدة القانونية قد تحققت في الحالة الواقعية⁽⁶³⁴⁾ أم لم تتحقق. وبعبارة أخرى فالتكييف القانوني هو استنتاج قانوني يرتكز على البحث عن القالب القانوني الملائم الذي يجب أن تفرغ فيه الواقعة المطروحة أمام المحكمة

- J. Bore : « la cassation en matière civile » Dalloz 1997 N°953.

⁶²⁹-P. Cagnoli: op cit N° 277 p 218.

⁶³⁰-T. LEBARS: op cit N° 152.

⁶³¹- محمد زلايجي: م س ص 141.

⁶³²- محمد لمعمر: م س ص 130.

⁶³³- محمد زلايجي: م س ص 142.

⁶³⁴- Croze (H) : Recherche sur la qualification en droit processuel français, thèse, Lyon 3, 1981 N° 101 p 99.

أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختبار بين الشرائع، الطبعة الأولى مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993 ص 370.

سواء كانت هذه الواقعة تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً⁽⁶³⁵⁾.

أما الطريقة الثانية فتتضمن في أن كل حكم يصدره القاضي يفترض أنه طبق قاعدة قانونية معينة على وقائع محددة⁽⁶³⁶⁾. وهذه الطريقة تتم بطريق الاستدلال القياسي، وتعتبر القاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى في هذا الاستدلال، وتكون الحالة الواقعية المعروضة أمام القاضي هي المقدمة الصغرى ويكون الحكم هو نتيجة هذا الاستدلال⁽⁶³⁷⁾. ويتكون هذا الأخير من مقدمة ونتيجة وعلاقة منطقية يكتشفها العقل تربط بين المقدمة والنتيجة من خلال تطبيق المقدمة وتسمى المقدمة الكبرى على الحالة الواقعية المجهولة وتسمى المقدمة الصغرى للوصول إلى النتيجة التي تؤكد أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين المقدمة الكبرى وتطبيقاً على المقدمة الصغرى والنتيجة المترتبة على ذلك⁽⁶³⁸⁾. ومن ثم فالقاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما: الفرض والحكم، والفرض هو المركز أو الوضع المجرد الذي تعالجه القاعدة القانونية، والحكم هو الحل الملائم الذي يتقرر لمواجهة الفرض عند تحققه في العمل⁽⁶³⁹⁾.

وهذه القاعدة تستوجب توافر شروط معينة في التطبيق، فإذا أخذنا بهذه النظرية نقول بأن قاعدة المادة 575⁽⁶⁴⁰⁾ من مدونة التجارة تشترط حدوث وضعية التوقف عن الدفع لتطبيق مسطرة التسوية القضائية، ومقتضيات المادة 651⁽⁶⁴¹⁾ من نفس المدونة تستلزم توافر شرط اختلال وضعية المقابلة للحكم بالتصفية القضائية.

⁶³⁵ - عبد الرزاق أبوب : التكييف القانوني، الأسس النظرية والجوانب العملية، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء 2004 ص 12 وما يليها.

⁶³⁶ - محمد زلايجي: م س ص 142.

⁶³⁷ - محمد لمعمري: م س ص 133

⁶³⁸ - محمود السقا: المنطق القانوني والمنطق القضائي القاهرة 2001 ص 23.

⁶³⁹ - فايز محمد حسين: دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه دراسة في فلسفة القانون دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2011 ص 31-32.

⁶⁴⁰ - تنص الفقرة الأولى من المادة 575 من م ت على أنه: " تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقابلة ثبت أنها في حالة توقف عن الدفع ".

⁶⁴¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 651 من م ت على أنه: " تفتتح المحكمة مسطرة التصفية القضائية تلقائياً أو بطلب من رئيس المقابلة أو الدائن أو النيابة العامة إذا تبين لها إن وضعية المقابلة مختلفة بشكل لا رجعة فيه ".

والعلاقة بين الواقع والقانون تتأسس من خلال عملية التكييف القانوني للوقائع والتي لازال يطلق عليها مصطلح إدراج الواقع داخل إطار قاعدة قانونية، وهذه العملية تقتضي مقابلة وقائع القضية مع عنصر الفرض الذي تعتمد عليه القاعدة. وحسب الأستاذ "لوبارس LEBARS" فالطبيعة القانونية للتكييف لا يمكن أن تنتج إلا عن طبيعة أحد المفاهيم التي تشملها القاعدة، وأول تلك المفاهيم هو الواقع، بينما المفهوم الثاني الذي ينبغي اعتباره هو القانون⁽⁶⁴²⁾.

إذا ما قبلنا بهذا التصور حول الواقع والقانون ينبغي تبعا لذلك الإقرار بأن كل معيار يمثل فكرة قانونية لكونه يشكل جزءا من صيغة القاعدة القانونية، فهو أحد عناصر القاعدة.

وبشكل أدق هو عنصر من فرض القاعدة القانونية⁽⁶⁴³⁾. وقاضي مساطر التسوية والتصفية القضائية حينما يصدر حكمه في شأن الخطأ في التسيير من قبل المسؤول، أو في شأن الإمكانيات الجدية للتسوية في إطار مخطط الاستمرارية فهو يجري تكييفا قانونيا لبعض عناصر الواقع، حتى لو كانت المعايير المعتمدة ذات طابع اقتصادي أو محاسباتي فهي تصبح أفكارا قانونية لكونها جزءا من صيغة القاعدة القانونية⁽⁶⁴⁴⁾.

إن القول بكون قاضي صعوبات المقولة حينما يعتمد على المعيار فانه يصدر حكمه عملا بالقانون لا بالملاءمة هو قول ينطوي على نتيجة عملية ذات أهمية: ألا وهي السلطة المخولة لمحكمة النقض في الرقابة على مجموع معايير الحكم الذي يتأسس عليه قانون صعوبات المقولة⁽⁶⁴⁵⁾. وأن ما ينبغي استخلاصه هو أن القاضي إنما ينطق بالقانون حينما يصدر حكمه في شأن أحد معايير قانون صعوبات المقولة إما بتطبيقه مباشرة أو بممارسة الرقابة على تطبيقه. ومن هذا المنظور فإن القرار المنطوق به هو بالتأكيد عمل قضائي⁽⁶⁴⁶⁾، بعد معاناة وضعية قانونية ما فان سلطة إصدار الأحكام تستلزم اتخاذ قرار معين وهو ما سنتناوله.

⁶⁴²-T. LEBARS: op cit N° 162.

⁶⁴³-J.S. NAVARRO: «standards et règles de droit» R R J 1988 N° 10.

⁶⁴⁴-P. Cagnoli: op cit N° 279 p 219.

⁶⁴⁵-T. LEBARS: op cit N° 164.

⁶⁴⁶-P. Cagnoli: op cit N° 280 P 220.

المطلب الثاني: إصدار قرارات في شأن مساطر معالجة صعوبات المقاول

إصدار الحكم أو القرار في العمل القضائي يوصف بأنه النتيجة المنطقية للمعينة، وأخذاً في الاعتبار لعدد من الفرضيات، يبدو أن المقتضيات القانونية المتعلقة بمساطر معالجة صعوبات المقاول تغيّر من هذا الاستدلال. فحينما تواجه المحكمة بالوقائع المادية المعروضة عليها لا تتردد بين عدة قرارات. فالمشرع أحياناً يتوقع عدة آثار قانونية عن نفس الفرض أو عن نفس المعينة، وهكذا فإن شروط فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية لمسؤول شخص معنوي هي نفسها التي تفتح الباب أمام المنع من التسيير وهذه الشروط أيضاً في جزء منها تنطبق على القواعد التي تنص على جريمة التفالس. وفي الواقع فإن هذه الوقائع القانونية لا يلغي بعضها البعض الآخر، ولا يجب على القاضي أن يقرر إحداها على حساب الأخرى، ومنطوق أحد هذه الإجراءات يتوقف على الطلب الذي تم تقديمه، وذلك حسب ما إذا تعلق الأمر بتسوية الوضعية الاقتصادية للمسؤول أو توقيع عقوبات مدنية أو جنائية عليه والإجراء الذي سيطبق هو النتيجة المنطقية للمعينة التي أجريت من قبل القاضي.

ويزداد الأمر تعقيداً حينما تكون وقائع القضية قابلة لأن تدرج ضمن قاعدتين منفصلتين بالنظر إلى فرضيتهما وآثارهما القانونية. ويقع ذلك مثلاً، حينما يتم اقتراح مخططين للتسوية أحدهما للاستمرارية والثاني للتفويت، وتكون الصعوبة أكثر حدة حينما يستجيب كل من المشروعين للمتطلبات القانونية التي تميزه شكلاً وجوهرًا، ليست هناك أية قاعدة بعينها بموجب قانون 17-73 للإجابة عن هذا الإشكال.

إن الاختيار بين أحد الحلين يقع ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهذا ما لا يعد قط استثناء من منظور الملاءمة، ولكن يمكن أن يكون محل انتقاد⁽⁶⁴⁷⁾، وفي حضور المخططين الجديين معاً، يبدو من المنطقي ترجيح الاستمرارية لكونها الحل الأقل إضراراً بالمدين وفي غالب الأحيان بالدائنين أيضاً. وفي هذا الإطار اتفق بعض الفقه على ترجيح

⁶⁴⁷-B. SOINNE: «le bateau Ivre» à propos de l'évolution récente de droit des procédures collectives» Rev proc coll. 1997 p 105 et SN 8

كفة المخطط الذي يستجيب لقدر أكبر للمقاصد التي حددها المشرع⁽⁶⁴⁸⁾، كما رتبها حسب درجة الأفضلية المادتان 560 و 635 من مدونة التجارة وذلك من أجل ضمان استمرارية نشاط المقاوله والحفاظ على مناصب الشغل وتسديد الخصوم. وهذا التوجه هو ما نحت إليه بعض القرارات القضائية، ومنها القرار الصادر عن محكمة النقض والذي جاء فيه: " لكن حيث انه في إطار الدور الاقتصادي الهادف لمعالجة صعوبات المقاوله اختارت محكمة المسطرة من بين الحلول المحددة حصرا بالمادة 690 من مدونة التجارة حل تفويت المقاوله موضوع النزاع بدل استمراريته أو تصفيتها وهذا الاختيار الذي من شأنه الإبقاء على نشاط المقاوله بشكل يضمن أطول مدة لاستقرار التشغيل وأداء مستحقات الدائنين حسب ما تنص عليه المادتان 603 و 605 من مدونة التجارة يستتبعه تفويت العقود التي ترى المحكمة أنها ضرورية للحفاظ على نشاط المقاوله إعمالا للمادة 606 من نفس المدونة التي تعتبر الحكم الذي يحصر المخطط بمثابة تفويت للعقود"⁽⁶⁴⁹⁾.

واتجاه فقهي آخر يقترح وضع تراتبية بين الحلول مع إعطاء الأفضلية المبدئية لمخطط الاستمرارية حتى في حالة ما إذا لم تكن الآفاق الاقتصادية جيدة بما فيه الكفاية شريطة أن يتصف مخطط التسوية بالطابع الجدي⁽⁶⁵⁰⁾. والركيزة الأساسية التي تم الاعتماد عليها تكمن في كون المدين يوجد في وضعية أضعف بالنسبة للمفوت له المحتمل، لأن مخطط الاستمرارية يقضي بتسديد جميع الخصوم مع مراعاة التأجيلات المتفق عليها بالتراضي⁽⁶⁵¹⁾، وهو ما يتم إجراؤه بالضرورة على حساب بقية المقاصد التي يتوخاها قانون 17-73 خاصة الحفاظ على مناصب الشغل. وب نفس القدر من المجهود يمكن أن يقترح

⁶⁴⁸-F. DERRIDA- P. GODE – J.P, sortais: op.cit note 1838 sous N° 429.

C.Saint – ALARY – HOUIN: op cit N° 834.

S. NEUVILLE : op.cit. 1998 N° 129 P 129-130.

⁶⁴⁹- قرار عدد 357 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 3-4-2012 في الملف التجاري عدد 11-3-3-2009 مشار إليه عند عمر ازوكار: قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية منشورات دار القضاء بالمغرب مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2014 ص 280.

⁶⁵⁰-Y. Guyon: droit des affaires T2 economica 8^{ed} 2001 N° 1275

⁶⁵¹- تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة 630 من م ت على انه: " تشهد المحكمة على الآجال والتخفيضات الممنوحة من الدائنين خلال الاستشارة. ويمكن لها أن تخفض هذه الآجال والتخفيضات، إن اقتضى الحال".

مرشح آخر للتفويت مخطط تسوية يضحى بشكل أكبر بمصالح الدائنين مع الحفاظ على عدد أكبر من مناصب الشغل⁽⁶⁵²⁾، وتفرض المحكمة بالنسبة إلى باقي الدائنين آجالاً موحدة للأداء، مع مراعاة الآجال الأطول التي اتفق عليها الأطراف قبل فتح المسطرة وذلك فيما يخص الديون المؤجلة. ويمكن أن تزيد هذه الآجال عن مدة تنفيذ مخطط الاستمرارية، ويجب أن يتم السداد الأول داخل سنة.

ومن هنا فإن لمحكمة صعوبات المقاوله سلطة تقديرية في اختيار هذا المخطط أو ذاك اعتباراً لكون الحل المتخذ هو أفضل ضمان لتسوية وضعية المقاوله. وفي الواقع فإن التعليقات التي يركز عليها قضاة الموضوع في شأن إمكانات تسوية وضع المقاوله، وهو الهدف الأول الذي حدده المشرع تعد كافية، وفي حال وجود تردد بين مخطط الاستمرارية ومخطط التفويت يتعين على قضاة الموضوع تعليل قرارهم، لأن تسوية وضع المقاوله يمثل معياراً للاختيار بين مختلف الحلول الممكنة التي تحدد مصير المقاوله، وإن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع لا تشمل سوى مضمون عناصر الاستدلال القانوني. ولذلك فالتعليل والتسبيب يوضح لنا المنهج الاستدلالي الذي سلكه القاضي وكيفية وصوله لاستدلالاته، وبالتالي هل طبق القانون تطبيقاً صحيحاً أم لا، لأن القاضي عن طريق قيامه بتسبيب حكمه يجب أن يوضح وبدقة كيفية استخلاصه للوقائع التي بني عليها قراره الذي تم به أعمال وتطبيق القانون⁽⁶⁵³⁾. ولدى العمل القضائي بنية خاصة به، وهي البنية التي يحترمها القرار الصادر في شأن مساطر معالجة صعوبات المقاوله. ومن هذا المنظور، فإن هذا القرار لا يكتسي بلا أدنى شك الطابع الأصل الذي يراد له أن يتصف به. وإذا كانت بعض القرارات القضائية تتغير طبيعتها فهذا مرده إلى ما للشكوك التي قد تنشأ عن الطبيعة الإدارية لوظيفة محكمة صعوبات المقاوله.

⁶⁵²-P. Cagnoli: op cit. N° 282 P 222.

⁶⁵³- محمد محمود إبراهيم: م س ص 44.

المبحث الثاني: القرارات الإدارية في مجال مساطر معالجة صعوبات المقاول

إذا كانت القرارات الصادرة في مسائل القانون بشأن معالجة صعوبات المقاول صدرت طبقا للقانون مقتربة في ذلك من العمل القضائي فإنها رغم ذلك في نظر بعض الفقه تظل ذات طبيعة إدارية على الأقل بالنسبة للبعض منها⁽⁶⁵⁴⁾. ذلك أن بعض هذه القرارات لا تستجيب لباقي معايير العمل القضائي المتعارف عليها لأنها تصدر عن قاض ليس غيرا عن النزاع والذي يمكن التشكيك في حياديته. فضلا عن أن مهمة قاض معالجة صعوبات المقاول ليست هي البت في النزاع أو بصفة عامة إزاحة العائق الذي يحول دون ممارسة المتقاضين لنشاطهم لأن قاضي معالجة صعوبات المقاول يمارس وظيفة موجهة لتحقيق الصالح العام.

ونسلم الضوء هنا على الدواعي التي تؤدي إلى إعادة النظر في حيادية المحكمة (المطلب الأول) والوظيفة الإدارية لقاضي معالجة صعوبات المقاول (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التشكيك في حيادية المحكمة

إن شرط تجرد القاضي في القانون أمر مقبول، ذلك أنه يجب أن يكون متجردا إزاء القضية المعروضة أمامه، لأن القاضي لا يتوجب عليه فقط البت في النزاعات، بل يجب أن يكون أيضا متجردا وغيرا إزاء الإدارة صاحبة القرار⁽⁶⁵⁵⁾. وفي القانون الخاص فان شرط تجرد القاضي واعتباره غيرا كمعيار لتمييز العمل القضائي يجد تأكيدا له لدى غالبية الفقه⁽⁶⁵⁶⁾، من شرط كون القاضي غيرا عن القضية تقترب من شرط حياد المحكمة. إن مفهوم الغير والحياد مفهومان متقاربان لكنهما منفصلان عن بعضهما البعض. ويمكن في الواقع أن نتصور أن شخصا طرفا في قضية ما يمكن أن يحتفظ بمسافة معينة ليظل محايدا، دون أن يكون من الممكن وصف ذلك الشخص بالغير. فالغير هو قبل كل شيء شخص غريب عن القضية موضوع التقاضي. والحيادية هي الضمانة الأساسية التي يمكن اشتراطها في القاضي، ويمكن وصفها بأنها جوهر العمل القضائي. في المقتضيات القانونية المتعلقة

⁶⁵⁴-P. Cagnoli: op cit N° 284 P 223.

⁶⁵⁵-S. RIALS: «ouverture – l'office du juge» droit la fonction de juger 1989 N° 9.

⁶⁵⁶-J. HERON: droit judiciaire privé, Montchrestien 1991 N° 271.

بمسطرتي التسوية والتصفية القضائية فإن صلاحية المحكمة للفتح التلقائي لإحدى المسطرتين تضع حياديتها موضع شك، ذلك أن المحكمة التي تقوم بفتح المسطرة يصعب اعتبارها متجردة أو محايدة عن القضية إذ إنها هي الأصل في إثارتها رغم أن مبادرتها كانت بدافع حماية مصلحة غير مصلحتها. ومن هنا نتساءل عما إذا كان من الممكن وصف عملها هذا بالحيادية^{(657)؟}، إن المنهجية المتبعة من قبل المحكمة المتمثلة في استدعاء المدين⁽⁶⁵⁸⁾ تظهر أنها غير محايدة إزاء الوقائع المتوفرة لديها والتي تعكس لديها واقعا ممكنا. ويجدر التذكير أن عمل القاضي أو المحكمة يمر عبر مرحلتين: المرحلة الأولى تطرح سؤالا قانونيا بصفقتها ذات سلطة خولت لها لتحقيق مصلحة يحددها الأثر القانوني للقاعدة القانونية المطبقة، وفي مرحلة ثانية تصدر قرارها. هذا التفكيك لمنهجية المحكمة للفتح التلقائي للمسطرة تحول دون الإقرار بتحيزها⁽⁶⁵⁹⁾ بشكل جازم⁽⁶⁶⁰⁾.

ومن منظور قانوني هناك طريقة لمواجهة تحيز المحكمة والمتمثلة في إمكانية اللجوء إلى مسطرة التجريح⁽⁶⁶¹⁾ التي ينظمها الفصل 295 من ق م م والذي يحدد الأسباب المعتمدة في التجريح والتي ترجع إلى علاقة القاضي الشخصية بأحد أطراف النزاع حبا أو كراهية، سواء كان ذلك فعلا أو حكما، مادامت القرينة قائمة وهي أسباب مذكورة على سبيل

⁶⁵⁷ - مبدأ حياد القاضي انحصار مهمته في القيام بدور الحكم بين الخصوم، وان يتخذ موقفا سلبيا يقتصر دوره على تقدير ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى وبالطريقة التي حددها القانون وفقا للإجراءات انظر كامل عبده نور: مبدأ حياد القاضي الجنائي دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2017 ص 72 - وفارس علي عمر الجرجري: م س ص 14-

وأكدت الأستاذة راميا الحاج: بأن مبدأ الحياد هو ذو وجهين وجه مؤسساتي ووجه شخصي. حيث إن الطابع المؤسساتي لاستقلالية القضاء يتناول نظام المحاكم. والطابع الشخصي لهذا الاستقلال يتناول الحالة النفسية وموقف المحكمة من خلال ممارسة أعمالها أو الشبه قضائية أثناء المحاكمة، ومنه يتضح أن الوجه المؤسساتي للحياد يتناول النظام الموضوعي للمحكمة - راميا الحاج: م س ص 26.

⁶⁵⁸ - تنص الفقرة الأولى من المادة 582 من م ت على أنه: "تبت المحكمة بشأن فتح المسطرة بعد استماعها لرئيس المقابلة أو استدعائه قانونيا للمثول أمام غرفة المشورة".

⁶⁵⁹ - حياد القاضي هو عدم التحيز من قبله، ولكن في حقيقة الأمر هناك اختلاف واضح ما بين المفهومين فالتحيز معناه: أن يقف القاضي بجانب أحد الخصوم على حساب الآخر، في حين أن الحياد يعني أن يقف القاضي موقف الحكم الذي يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل. (الدكتور فارس علي عمر الجرجري: م س ص 13).

⁶⁶⁰ - P. Cagnoli: op cit. N° 287 P 226.

⁶⁶¹ - التجريح إمكانية أعطاهها المشرع للخصوم لتجريح القاضي المشكوك في حياده في القضية المعروضة عليه للحيلولة بينه وبين النظر فيها.

الحصر لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها. وبذلك ينبغي مقابلة آلية الفتح التلقائي ومسطرة التجريح (الفقرة الأولى) وموقف الفقه والقضاء من هذه الآلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آلية الفتح التلقائي ومسطرة التجريح:

طبقا للمادة 578 من قانون 17-73⁽⁶⁶²⁾، يمكن للمحكمة فتح المسطرة تلقائيا وهي آلية من بين الآليات المخولة قانونا لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية. وإن آلية التجريح هي إمكانية إعطاها المشرع للطرف لتجريح القاضي المشكوك في حياده في القضية المعروضة عليه للحيلولة بينه وبين النظر فيها. وغاية المشرع من سن هذه الآلية هي حماية القاضي نفسه الذي يجد في نفسه الحرج عند النظر في قضية تهمه تجعله لا يقدر موضوع النزاع حق قدره ولا يمحص الوقائع والحجج إما لعلمه بحقيقة النزاع من مصادر خارجة عن ما هو ثابت بالملف أو ما راج بالجلسة، وإما لكونه يعلم أن أحد أطراف النزاع مظلوم ولا يجد وسيلة لإنصافه⁽⁶⁶³⁾. وإن آلية الحماية الداخلية التي ينبغي توفرها هي آلية التجريح وهي ترجع إلى علاقة القاضي الشخصية بأحد أطراف النزاع حبا أو كراهية، وليست آلية الإحالة من أجل التشكك المشروع⁽⁶⁶⁴⁾، والذي يعتبر نوعا من التجريح والذي يكون موجها ضد المحكمة بكاملها والذي يؤدي إلى تنحي المحكمة لفائدة محكمة أخرى.

وعليه فإن تجريح أحد القضاة لا يكون ممكنا إلا للأسباب التي حددها القانون، وهي حالات مذكورة على سبيل الحصر لا يجوز القياس عليها ولا التوسع فيها لأنها استثناء والاستثناء لا يقاس عليه. ذلك أنه بالرجوع إلى الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية نجده وضع لائحة لهذه الأسباب والتي لا تمكن من استبعاد الفتح التلقائي في حد ذاته. ويمكن

⁶⁶² - تنص الفقرة الثانية من المادة 578 من قانون 17-73 على أنه: " يمكن للمحكمة أيضا أن تضع يدها على المسطرة إما تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة أو من رئيس المحكمة في إطار ما تخوله له الوقاية الخارجية من اختصاصات".

⁶⁶³ - عبد العزيز توفيق: م س الجزء الثاني ص 24.

⁶⁶⁴ - ينص الفصل 383 من ق م م على أنه: " لا يمكن تقديم طلب الإحالة من أجل التشكك المشروع من أي شخص طرف في النزاع بوصفه مدعيا أو مدعى عليه أو مت دخلا أو مدخلا كضامن. تطبق على هذا الطلب نفس مسطرة تنازع الاختصاص أمام المجلس الأعلى. إذا قبل المجلس الأعلى دعوى التشكك المشروع أحال القضية بعد استشارة النيابة العامة على محكمة يعينها وتكون من نفس درجة المحكمة المتشكك فيها ".

تجريح القاضي بناء على الأسباب التالية:

- إذا كانت له أو لزوجه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع؛
- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه مع أحد الأطراف حتى درجة ابن العم المباشر بإدخال الغاية؛
- إذا كانت هناك دعوى قائمة أو انتهت منذ أقل من سنتين بينه أو بين زوجه أو أصولهما أو فروعهما وبين أحد الأطراف؛
- إذا كان دائنا أو مدينا لأحد الأطراف؛
- إذا قدم استشارة أو رافع أو كان طرفا في النزاع أو نظر فيه كحكم أو أدلى فيه بشهادة؛
- إذا سبق أن كان نائبا قانونيا لأحد الأطراف؛
- إذا وجدت علاقة تبعية بين القاضي أو زوجه وبين أحد الأطراف أو زوجه؛
- إذا وجدت صداقة أو عداوة مشهورة بين القاضي واحد الأطراف.

والبين من الأسباب أعلاه، أن السبب الأول للتجريح لا يمكن إثارته، فالقاضي في إطار مساطر معالجة صعوبات المقولة لا يتصرف من أجل مصلحته هو بل على العكس فهو يسعى إلى انجاز حق أو تحقيق مصلحة منفصلة عن مصلحته بصفته ذا سلطة قانونية. أما الأسباب الثاني والثالث والرابع لا يمكن تصور حدوثهما. والسببان الخامس والسادس ليسا قريبا من الواقع لأن المحكمة لا تنظر ولم تنظر في القضية من موقع القاضي بل من موقع المدعي. وحتى على افتراض أن المقولة لا يمكن اعتبارها ضمن أملاك المدين فهي لا تحيل إلى نفس مفهوم الملكية المنصوص عليه في النصوص المتعلقة بالتجريح. وإن الإقرار بعكس ذلك سوف يؤدي إلى منع المحاكم من النظر في مساطر معالجة صعوبات المقولة. أما السببان الآخران فلا يمكن العمل بهما أيضا إلا إذا كنا سنشوه النصوص. وعلى سبيل المثال فإن السعي لتحقيق مصلحة الدائنين لا تجعل من القاضي صديقا لهؤلاء ولا عدوا للمدين والعكس صحيحا تماما. والملاحظ أن النصوص لا تفسح المجال أمام استبعاد الفتح التلقائي في حد ذاته، لأن آلية الفتح التلقائي للمسطرة بطبيعتها ترفع من احتمال التحيز. وسنتطرق الآن لموقف الفقه والقضاء من هذه الآلية.

الفقرة الثانية: موقف الفقه والقضاء من آلية الفتح التلقائي

يعتبر وضع المحكمة يدها تلقائيا على مسطرة معالجة صعوبات المقولة، من الآليات التي وضعها المشرع بيد القضاء، وهذا يدل على الدور التدخل للفتح في إطار هذه المساطر، إلا أنه يتعين مقابلة هذه الآلية مع موقف الفقه (أولا) ثم موقف القضاء (ثانيا).

أولاً: موقف الفقه

قد يعتبر البعض أن وضع المحكمة يدها تلقائيا على مسطرة معالجة صعوبات المقولة مخالف للقواعد العامة للتقاضي، لأن المحكمة تفصل في نازلة لم يطلب منها ذلك طبقا للفصل 3 من ق.م.م، كما يتعارض مع مبدأ الحياد أو الاستقلالية التي تميز مؤسسة القضاء كطرف ثالث يكمن دورها في البت في القضايا المرفوعة أمامها لا تحريكها بنفسها ثم بعد ذلك الفصل فيها⁽⁶⁶⁵⁾. لكن لارتباط مادة مساطر معالجة صعوبات المقولة بالنظام العام الاقتصادي فإن مجال تدخل المحكمة التجارية تجاوز ذلك الاختصاص التقليدي ليشمل تقويم المقولة اقتصاديا واجتماعيا وماليا⁽⁶⁶⁶⁾، على اعتبار تواجد مصالح مختلفة يستوجب معها على القضاء العمل على مراعاتها والمحافظة عليها وخصوصا تلك التي تخرج عن إطار مصالح أطراف النزاع⁽⁶⁶⁷⁾. فضلا عن أن الاعتراف للمحكمة بوضع يدها تلقائيا على المسطرة يكسر القاعدة القائمة على أن القضاء لا يقضي إلا إذا طلب منه⁽⁶⁶⁸⁾. كما أن المشرع المغربي عندما مكن المحكمة التجارية من وضع يدها تلقائيا على المسطرة فإنه توخى من ذلك تفادي الخلل الذي يمكن أن ينجم عن إهمال المداول المدين التصريح شخصيا بحالة التوقف عن الدفع التي وصل إليها، وتقاعس الدائنين عن ممارسة الحق الذي خولهم إياه القانون في طلب فتح المسطرة أو إغفالهم إحدى الشكليات الضرورية التي قد تؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا⁽⁶⁶⁹⁾.

665- عبد الكريم عباد: م س ص 27.

666- علال فالي: م س ص 77. - عبد الرحيم السلمي: م س ص 34.

667- عبد الكريم عباد: م س ص 27.

- محمد لفروجي: م س ص 189.

668- عبد الرحيم شميعة: شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقولة في ضوء القانون 17-73 مطبوعة الأمانة الرباط الطبعة الأولى 2018 ص 121.

669- احمد شكري السباعي: م س الجزء الثاني ص 95.

وإن المشرع بوضعه لهذا المقتضى يحاول انقاذ ما يمكن انقاذه عبر وضع المحكمة يدها تلقائياً على النازلة، الأمر الذي يجعل مساطر المعالجة في قلب النظام العام الاقتصادي، وبالتالي يخول للقضاء فعلاً التدخل على أرض الواقع للمساهمة في الإبقاء على المقاولات والحفاظ على مناصب الشغل⁽⁶⁷⁰⁾.

فيما ينتقد جانب آخر من الفقه هذا التبرير بالقول إن هذه الحجج لا تصلح لتبرير حق المحكمة في فتح المسطرة من تلقاء نفسها، إذ ليست أحكام صعوبات المقولة وحدها التي تتعلق بالنظام العام فهناك الكثير من هذا النوع ومع ذلك لم يجر المشرع للمحاكم تطبيقها من تلقاء ذاتها⁽⁶⁷¹⁾. في حين رد جانب من الفقه على هذا بالقول ليست كل الأحكام التي تتعلق بالنظام العام تمس المصلحة العليا للمجتمع ولا كلها تشكل جريمة كما يشكله الإفلاس وعلى هذا أجاز المشرع للمحكمة أن تصدر حكم الإفلاس من تلقاء ذاتها⁽⁶⁷²⁾.

ولاحظ الفقيه الفرنسي "مارتن MARTIN" أن الفتح التلقائي للمسطرة لا يشكل أي مساس باستقلالية القاضي، ذلك أن المشرع خرج عن الأصل المتمثل في أن القضاء لا يقضي بغير طلب يقدم إليه بالنسبة لقضايا صعوبات المقولة فأجاز للمحكمة أن تفتح المسطرة من تلقاء ذاتها. وإذا كان هذا رأي الفقه فما هو موقف القضاء من هذه الآلية وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانياً: موقف القضاء

لقد قامت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في قضيتين متشابهتين بربط قرار قضى بفتح مسطرة التسوية القضائية تلقائياً من طرف المحكمة في حق مسيري شركة ذات مسؤولية محدودة، وقضت بالحكم عليهم بسداد الخصوم والإفلاس الشخصي⁽⁶⁷³⁾. أهمية

⁶⁷⁰ - كريم ايت بلا: استمرارية المقولة في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون المقاولات جامعة محمد الخامس الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال السنة الجامعية 2003-2004 ص 17.

⁶⁷¹ - محسن شفيق: القانون التجاري المصري، الإفلاس الجزء الثاني مطبعة دار نشر الثقافة الإسكندرية الطبعة الأولى 1951 ص 320.

⁶⁷² - مرتضى حسين إبراهيم السعدي: النظام الإجرائي لإفلاس الشركة المساهمة والدعوى الناشئة عنه دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان الطبعة الأولى 2014 ص 57.

⁶⁷³ - Cass. Com 3 novembre 1992 et cass. Com 16 mars 1993, D 1993, juris, p 538 note J.L. Vallens.

هذين القرارين فيما يتعلق بشرط حيادية المحكمة غني بالخلاصات. حيث اعتبرت الغرفة التجارية أن حضور القاضي المنتدب في الدعوى ليس في حد ذاته متعارضا مع شروط المادة 6 الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ورغم تأكيد محكمة النقض الفرنسية أن شرط الحيادية ينبغي أن يتم تقديره بشكل موضوعي إلا أنها ردت القرار الاستئنافي الذي رفض إلغاء الحكم الابتدائي. حيث إن قضاة المحكمة الابتدائية في المذكرة المرفقة بالاستدعاء الموجه إلى مسؤولي الشركات أفصحوا عن رأيهم فيما يخص مآل المسطرة المفتوحة⁽⁶⁷⁴⁾.

لكن محكمة النقض وإن أكدت موقفها أعلاه في عدة قرارات إلا أنها قد غيرت موقفها في الفترة الأخيرة إذ بموجب القرار الصادر في 23 ماي 2000 انتقدت مشاركة النقيب في الهيئة التأديبية لكونه مصدر إثارة المتابعة، و هو أيضا ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرارها على أنه: "تبين صحة ما نعه الطاعن ذلك أنه لما كان الهدف من تجريح القاضي أو الحاكم إبعاده عن النظر في القضية حتى لا يصبح خصما و حكما في القضية، و بذلك يتوفر في المحكمة صفة المحاكمة العادلة لتحقيق هدف أساسي و هو كفالة حق الدفاع، و بذلك يجب أن تتوفر لدى الأطراف أمام هيئة تبت في تأديبهم كما هو الشأن في هيئة المحامين التي تتعد للنظر في المنسوب إليهم و تطبيق عقوبات في حقهم قد تصل إلى العزل إمكانية الطعن في الأشخاص الذين نصبهم المشرع دون حق اختيار من هؤلاء المتابعين عن طريق تجريحهم إذا لم تتوفر فيهم شروط إصدار حكم عادل. وفي النازلة من الثابت أن الطاعن تمسك أمام قضاة الاستئناف بل وأرفق المرفق الثامن بنسخة من طلب التجريح في شخص النقيب وأحد الأعضاء وهو الأستاذ ... الذي شارك في إصدار القرار التأديبي وكان الطالب قد وضعه بمكتب الهيئة بتاريخ 3-7-2003 ولم تصدر الهيئة مقرر لها إلا في 10-10-2003 فكان بذلك القرار المطعون فيه باعتباره أن قواعد مهنة المحاماة

⁶⁷⁴ -Civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, bull. civ. I n° 151 ; RTD civ 2000 p 622 N° 1 OBS J. Normand.

تتناهى مع مبادئ التجريح غير معلل تعليلا كافيا وبذلك وجب نقضه "(675).

وأوضحت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 24-2-1993⁽⁶⁷⁶⁾ أن القاضي حينما يباشر التحقيق في قضية جنائية ثم يصبح فيما بعد من قضاة هيئة الحكم، فهذا في حد ذاته لا يفتح الباب أمام التشكيك في الحيادية الموضوعية للقاضي. ولتأكيد ذلك ارتأت المحكمة انه خلال التحقيق لم يتخذ القاضي سوى التدابير التي لا تنطوي على استباق الحكم في الجوهر. كما قررت نفس المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 24-8-1993⁽⁶⁷⁷⁾ إن قاضي الأحداث الذي لم يشمل منطوق حكمه سوى الحبس الاحتياطي للقاصر المتابع يظل محايدا، وحياده غير مشوب حسب رأي المحكمة، لكونه حينما اتخذ قرار الحبس، لم يبت في المسائل التي تتطابق مع ما كان ينبغي النظر فيه في الجوهر، ولم يتعد منطوق حكمه ملائمة قرار الحبس.

أما فيما يخص مشاركة القاضي المنتدب في هيئة الحكم فلقد تنبّهت النيابة العامة بالمحكمة التجارية بمراكش إلى هذه المسألة المسطرية وجعلتها أحد أسباب الاستئناف الذي تقدمت به ضد حكم المحكمة الصادر في 20-4-2000 والقاضي بحصر مخطط الاستمرارية. ومما ورد في مذكرة استئناف النيابة العامة " ... كما أن القاضي المنتدب المعين في مسطرة صعوبات المقاوله هو القاضي المقرر، وانه من الصعب أن يقوم بالدورين معا، لأنه هو كقاض منتدب ملزم عند إعداده لتقريره أن يعطي رأيه حول مشروع المخطط وأن يدافع عليه ويصعب عليه أن يحافظ على حياده كقاض مقرر ضمن هيئة الحكم" غير أن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش لم يكتب لها أن تقول رأيها في هذا الوجه من أوجه الاستئناف لأنها قضت بعدم قبول الاستئناف لعدم أحقية النيابة العامة في الاستئناف في هذه النازلة.

⁶⁷⁵ - قرار رقم 668 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1-7-2009 في الملف الإداري عدد 1-4-653-2004 منشور بمجلة الرقيب العدد الرابع يونيو 2016 ص 161.

⁶⁷⁶ - CEDH , 24 février 1993, fey, publ. CEDH, série A, vol 255, Jcped. G. 1994, I, 3742 N° 18, obs. sudre.

⁶⁷⁷ - CEDH, 24 aout 1993, nortier, publ, CEDH, série A, vol 267, D 1994.

وكما لاحظته " نورماند NORMAND " أنه في العديد من المحاكم ذات الموارد البشرية المحدودة، يجبر القضاة على التدخل في العديد من مراحل الدعوى⁽⁶⁷⁸⁾. وذلك أنه في العديد من الأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية في بدايتها وجدناها أحيانا أن تعيين القاضي المنتدب يتم من بين أعضاء هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم القاضي بفتح مسطرة معالجة صعوبات المقابلة⁽⁶⁷⁹⁾.

ويرى الأستاذ شكري السباعي أنه لا يمكن الادعاء بجواز اختيار القاضي المنتدب من قاض خارج أعضاء المحكمة لعمومية نص المادتين 568 و 637 من م ت كما في ذلك من بعثرة للجهود وأخطار على الإجراءات وعلى التعاون بين أعضاء المحكمة للسير بالمسطرة إلى نهايتها⁽⁶⁸⁰⁾. بينما ذهب الأستاذ لفروجي⁽⁶⁸¹⁾ إلى أنه لا يشترط أن يتم تعيين القاضي المنتدب من بين قضاة المحكمة التجارية الذين ينتمون إلى الهيئة التي أصدرت الحكم القاضي بفتح المسطرة. في حين اعتبر الأستاذ أخريف أن تبني القاضي المنتدب لمشروع المخطط الذي يقترحه السنديك ودفاعه عنه أمام الهيئة يخرج القاضي المنتدب من حياده أمام هيئة الحكم، مما لا يؤهل أن يكون عضوا فيها، وذهب إلى أنه يستحسن أن تسند المحاكم التجارية بالمغرب مهام القاضي المنتدب إلى عضو خارج عن الهيئة التي أصدرت الحكم⁽⁶⁸²⁾.

كما أن المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 7 دجنبر 2012⁽⁶⁸³⁾ أكد بان وضع اليد تلقائيا من طرف المحكمة على النزاع غير مؤسس ولا يمكن أن يتم بعد أن أكد مبدأ واضحا "لا يمكن لأحد أن يكون حكما وخصما". وبذلك فالمجلس الدستوري أكد على مبدأ المنع وعدم الجمع بين رفع الدعوى وسلطة الحكم، الأمر الذي دفع بالمشروع

⁶⁷⁸-J. NORMAND, dos. RTD CIV. 1993 p 875.

⁶⁷⁹- حكم رقم 77-2002 صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 4-3-2002 في الملف رقم 10-2002-35 غير منشور

حكم رقم 62-2002 صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 18-2-2002 في الملف رقم 12-2002-10 غير منشور.

⁶⁸⁰- احمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية ... م س الجزء الثالث ص 158.

⁶⁸¹- محمد لفروجي: صعوبات المقابلة ... م س ص 218

⁶⁸²- عبد الحميد أخريف: م س 218.

⁶⁸³-Décision du 7 décembre 2012 , recueil DALLOZ 2013 p 28.

الفرنسي إلى إلغاء إمكانية الفتح التلقائي للمسطرة من طرف المحكمة، وذلك بناء على أمر رئاسي رقم 1088-2014 بتاريخ 26 شتنبر 2014 وفي ذلك تطبيق لقرار المجلس الدستوري أعلاه.

المطلب الثاني: الوظيفة الإدارية لقاضي معالجة صعوبات المقابلة

إن الوظيفة الأساسية للجهاز القضائي، هي الفصل في المنازعات التي تنشأ في المجتمع عن طريق تطبيق القانون عليها، بواسطة أحكام قضائية تمثل الشكل النموذجي للعمل القضائي. ويمارس القضاة مجموعة من الأعمال، منها أعمال ذات طبيعة قضائية محضة تشكل محور العمل القضائي، إلى جانب أعمال ولائية وأخرى ذات طبيعة إدارية يضطلع بها القضاة لتعلقها بمرفق القضاء وحسن سير العدالة⁽⁶⁸⁴⁾.

وتتمثل مهمة القاضي في إزاحة العوائق التي تحول دون ممارسة المتقاضين لنشاطهم، سواء تعلق الأمر بعائق أقامه أحد الخصوم في مادة المنازعات، أو عائق وضعه المشرع في المادة الولائية أو في حالة المنازعات الحبرية. وفي كل تلك الحالات يلجأ المتقاضي للمحكمة للمطالبة بما يعتبره حقا من حقوقه، واللجوء إلى المحكمة لا يكون على الإطلاق على وجه الإكراه.

هذا الوضع لا نجده في قانون صعوبات المقابلة، حيث تتغير مبادرة المدعين باستمرار خاصة فيما يتعلق بفتح المسطرة. بعض الفقه يحلل مساطر صعوبات المقابلة على أساس انتمائها بشكل عام لدائرة العمل الولائي⁽⁶⁸⁵⁾، ونحن لا ننخرط في هذا التحليل، إذ إن المجال الولائي يضم فرضيات يجعل فيها القاضي صحة العمل القانوني أمرا تابعا لمراقبة المحكمة، ويفترض ذلك حرية الإرادة لدى المتقاضين، وهو ما لا ينطبق على قانون معالجة صعوبات المقابلة. وبذلك فهناك شبه إجماع في الفقه على استقلال العمل الولائي عن العمل القضائي بمفهومه الضيق. كما أنه ورغم تنوع المعايير التي اعتمدها الفقه لتمييز العمل القضائي عن العمل الولائي، ومنها معيار عدم وجود خصم أو نزاع، ومعيار

⁶⁸⁴ - جلال محمد امهمول: م س ص 97.

⁶⁸⁵ -G. WIEDERKEHR: «de la distinction entre décision, contentieuse et décision gracieuse» justices 1996 N° 4 p 266 et S.

إجراءات إصدار العمل الولائي، ومعيار مدى سلطة القاضي في العمل الولائي، ومعيار الأسلوب الخاص بالعمل الولائي، يمكن الجزم بان المعيار الراجح يعتبر كل عمل يقوم به القاضي في مسألة ليس فيها نزاع ولا وجود فيها لخصم عملا ولائيا مستقلا عن العمل القضائي بالمعنى الضيق⁽⁶⁸⁶⁾،

ولا تختزل مساطر معالجة صعوبات المقاوله في حالة منازعة جبرية، ونذكر هنا أن قضية ما تدخل في دائرة المنازعة الجبرية حينما يكون ذوو المصلحة غير قادرين على تحقيق آثار تصرفاتهم بأنفسهم. ومن المؤكد أن فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله إجراء قضائي ولا يكون إلا بحكم قضائي، والمحكمة أبقاها المشرع مهيمنة على شؤون الإجراءات المتعلقة بها منذ افتتاحها حتى قفلها. وبذلك لا توجد مساطر معالجة صعوبات المقاوله خارج إطار المحاكم، والمشرع جعل للمحكمة التي تصدر حكم فتح المسطرة دورا رئيسيا في إدارة المسطرة ورعاية شؤونها والفصل في المنازعات التي تثور بصددتها، ومن ثم فقد أراد المشرع أن يكون تدخل المحكمة أمرا لا غنى عنه لمعالجة وضع المقاوله التي توقفت عن الدفع. وفي المقابل وفي إطار منازعة جبرية عادية كحالة المديونية أو التعويض مثلا، يظل الدائن أو المتضرر أحرارا في عدم إقامة الدعوى أولهما الحق في التنازل عن المطالبة بحقوقهم، وهذا لا ينطبق على قانون مساطر معالجة صعوبات المقاوله إذ إن المدين مجبر على التصريح بالتوقف عن الدفع.

إن عمل القاضي من الناحية الايجابية غير موجه فقط نحو الماضي، بل ينطوي أيضا على نظرة نحو المستقبل، ولا سيما حينما يتعلق الأمر بوضع مخطط التسوية وهذه المهمة تبدو إدارية أكثر منها قضائية⁽⁶⁸⁷⁾. والتمييز بين الوظيفتين الإدارية والقضائية أمر معقد، مادام أن كلا من القضاء والإدارة يعملان على نقل القاعدة القانونية من حالة العمومية والتجريد إلى حالة الخصوصية بتطبيقها على الفروض الواقعية⁽⁶⁸⁸⁾. وهذا التشابه هو الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء في وضع معيار يميز العمل القضائي عن العمل الإداري، فمنهم

686- جلال محمد امهمول: م س ص 107.

687-P. Cagnoli: op cit N° 304 P 240.

688- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: م س ص 3.

من اخذ بمعيار شكلي يقوم على أنه العمل الذي يصدر من جهة منحها القانون ولاية القضاء، ومنهم من أخذ بمعيار موضوعي يقوم على أنه القرار الذي يصدر في خصومة بين طرفين أو عدة أطراف لبيان حكم القانون فيها، بينما ذهب آخرون إلى الأخذ بالمعيارين معاً⁽⁶⁸⁹⁾.

ولقد ذهب " ليون دوكي Leon Duguit " بمناسبة تحديد أعمال كل سلطة من سلط الدولة، إلى البحث عن مناط العمل القضائي وأساسه من خلال مكوناته التي تميزه عن غيره من الأعمال⁽⁶⁹⁰⁾، فالعمل القضائي في نظره يتكون من عناصر ثلاثة هي الادعاء prétention والتقرير constations والقرار décision ، وهذا الأخير هو الحل الذي ينتهي إليه القاضي، ولهذا الحل قوة الحقيقة القانونية بخلاف القرار الإداري الذي لا يكتسب هذه الصفة إلا إذا زكاه القضاء بعد الطعن فيه، أي رفض القضاء طلب الطعن بشأنه⁽⁶⁹¹⁾. وبذلك فوظيفة القاضي لا تقتصر على إجراء معايينة وضع قانوني ما، بل تتمثل من منظور عملي في رفع العقبات التي تعيق ممارسة المتقاضين لنشاطهم، وبشكل أدق يتعين على القاضي تطبيق القانون لإنجاز مهمته المتمثلة في البت في طلبات المتقاضين دون السعي وراء تحقيق غاية أخرى، ويتبع العمل الإداري منطقاً مختلفاً، فمهمة الإدارة موجهة دائماً نحو تحقيق غاية واحدة ألا وهي الصالح العام.

وفي حالة اضطلاع قاضي معالجة صعوبات المقولة بمهمة إدارية، فهذا يرجع إلى كون المشرع قد خول له مهمة السعي وراء هدف يقصد منه تحقيق الصالح العام، وتتمثل في الحفاظ على استمرارية نشاط المقولة التي تعاني من صعوبات. إن تحيز المشرع في حد ذاته لمصلحة المقولة المتعثرة لا يعد ذلك كافياً، لأن هناك عدداً من التشريعات تعطي الأولوية لبعض المصالح على حساب مصالح أخرى، وفي المقابل إن إنجاز مهمة إدارية يقتضي كون الجهاز الإداري الذي أنيطت به المهمة قد خولت له سلطة العمل في ذلك الاتجاه، وهذا ينطبق على قاضي مساطر معالجة صعوبات المقولة الذي بإمكانه أن يتصدى لمعالجة أوضاع المقاولات التي تعاني من صعوبات.

689- الحسن سيمو: " استقلالية القضاء " مقال منشور بمجلة الإشعاع مجلة تصدر عن هيئة المحامين بالقنيطرة العدد التاسع عشر يونيو 1999 ص 14.

690- جلال محمد امهمول: م س ص 103.

691- الحسن سيمو: م س ص 17.

وسوف نعرض لكيفية مساهمة تحيز المشرع في تغيير مهمة القاضي (الفقرة الأولى) قبل أن نبرز آليات تغيير وظيفة قاضي معالجة صعوبات المقابلة من حيث طبيعتها مع ضمان خضوع المقاولات التي تعاني من صعوبات لسلطته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحيز المشرع

لدراسة تحيز المشرع يتعين تحديد الطابع الغائي لوظيفة المحكمة (أولا) وكيفية مساهمة ذلك في إحداث تغيير في منظور القاضي، وهنا لا يقتصر القاضي على الفصل في النزاع بل يخول لنفسه مهمة تنظيمية (ثانيا).

أولا: الطابع الغائي لوظيفة المحكمة

يهدف قانون 17-73 إلى تحقيق أهداف محددة، والتي مؤداها أن الحفاظ على استمرارية المقابلة هو الهدف الرئيسي لهذا القانون وبالتالي تحقيق للصالح العام. وبطبيعة الحال فإن تحقيق العدالة هو بدون شك أحد الأنشطة الأساسية التي تتوافق مع الصالح العام، وهو من أهم المرافق العامة، لأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة مادام يحقق غاية المشرع، وهي التوصل في نهاية المطاف إلى حل يحقق المصلحة العامة، دون المس بمصالح الأفراد وحقوقهم، وتغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة في حالة التعارض⁽⁶⁹²⁾. ومن ثم فإن السعي وراء أحد أغراض الصالح العام هو ما سيبرر تجاوز التنظيمات فقط فيما يهم العلاقات بين الدائنين والمدينين.

ولعل تفويت المقابلة هو أفضل مثال على ذلك، لأنه نوع من النقل القضائي الجبري لملكية المقابلة من مالكيها الأصلي إلى مالك جديد بهدف الحفاظ على النشاط ومناصب الشغل⁽⁶⁹³⁾ وبذلك فالقانون جاء بنزع الملكية من المدين عن طريق القضاء⁽⁶⁹⁴⁾. ومن ثم فإن تفويت المقابلة هو شكل من أشكال نزع الملكية لفائدة أحد الخواص بهدف تحقيق الصالح العام من أجل تحقيق هدف أسمى، وهو الحفاظ على استمرارية النشاط. إن الأمر لا يتعلق

⁶⁹²-رمزي الشاعر: المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية الطبعة الأولى 1978 ص 37.

وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي مكتبة المعارف القاهرة 1974 ص 38.

⁶⁹³-عبد الحميد اخريف: م س ص 205.

⁶⁹⁴-محمد ابو الحسين: تفويت المقابلة كحل في إطار التسوية القضائية أطروحة م س ص 94.

فقط بضبط العلاقات بين أشخاص القانون الخاص، بل بالتوصل إلى إيجاد حل يعتبره المشرع متوافقا مع الصالح العام⁽⁶⁹⁵⁾. وهذه المنهجية هي بدون منازع أقرب إلى المنهجية الإدارية منها إلى المنهجية القضائية⁽⁶⁹⁶⁾.

وكما يلاحظ " نوفيل S.NEUVILLE " لا يمكننا التشكيك في حيادية محكمة ما يفرض عليها القانون أن ترجح مصلحة ما على المصالح الأخرى⁽⁶⁹⁷⁾. فالتحيز هو تحيز المشرع أكثر منه تحيز القاضي⁽⁶⁹⁸⁾. إن التقنيات التي تتيح للمحاكم بصفقتها أجهزة تابعة للدولة أن تخضع لمراقبتها مجموع المقاولات التي توقفت عن الدفع، إضافة إلى الهدف الذي وضع لهذه المحاكم، والمتمثل في ضمان الحفاظ على نشاط تلك المقاولات كل ذلك يضيف على مهمتها طابعا إداريا وليس قضائيا⁽⁶⁹⁹⁾.

وإذا كانت مهمة القاضي في المنازعات تحدد إما في فض نزاع حال وناشئ، أو بالتدخل في بعض الحالات التي لم تنشأ بعد منازعة حقيقية، فإن المهمة الجديدة لقاضي معالجة صعوبات المقولة يتم تصورها من منظور ديناميكي، فالمحكمة لا تضع حدا لنزاع ما ولا تنهي صيرورة معينة، فالقاضي يخول لنفسه مهمة تنظيمية.

⁶⁹⁵-P. Cagnoli: op cit. N° 310 p 248.

⁶⁹⁶-P. Cagnoli: op cit. N° 310 p 248.

⁶⁹⁷-S. NEUVILLE: op cit. N° 127 p 128 , «la loi du 25 janvier 1985 , crée une même obligation légale de prendre parti incombant au juge, mais l'objectif n'est plus de protéger le débiteur celui -ci peut aisément être remplacé. L'objectif légal est un parti-pris en faveur de l'entreprise, ou plus exactement en faveur de l'entreprise activité ».

⁶⁹⁸-NEUVILLE: op cit. N°151 p 146 « le juge est rappelé à suivre une affaire des avant le jugement d'ouverture , notamment s'il y'a eu un règlement amiable, ou si des informations lui ont été communiquées , après un premier jugement , il continue de suivre l'affaire : pendant la période de l'observation par le jugement qui arrête le plan , par les rapports de commissaire à l'exécution du plan , par un éventuel nouveau jugement modificatif ou emportant résolution dudit plan et même jusqu' à la liquidation judiciaire et au-delà »

⁶⁹⁹-P. Cagnoli: op cit. N° 310 p 248.

ثانيا: المهمة التنظيمية للمحكمة

إن قاضي معالجة صعوبات المقابلة يطلق مساراً معيناً، فالأمر لا يتعلق بقضية يجب البت فيها ولكن بقضية يجب تتبعها⁽⁷⁰⁰⁾. وحينما نفكر في اعتماد وتبني مخطط للتسوية فإن القاضي يتعين عليه أن يجري مزيداً من التحليل لتكوين فكرة عن المآل المستقبلي، ذلك أن مخطط التسوية يأتي كنتيجة لعمل الأجهزة التي قامت بإعداد الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقابلة المتعثرة، ودراسة المحكمة لهذه الموازنة واستماعها لشروحات رئيس المقابلة والمراقبين ومندوبي العمال⁽⁷⁰¹⁾. إن محاولة التحكم في المآل المستقبلي هاته تستوجب تنظيماً معيناً، ومن هنا فإن القاضي يخول لنفسه اختصاصاً تنظيمياً.

إن المحكمة في هذه المادة تجد على عاتقها مهمة تنظيم المستقبل، وذلك عن طريق الحكم. ويمكن التحقق من هذه الفكرة عند النطق بالحكم القاضي بالتسوية القضائية حيث تعين المحكمة الأجهزة المكلفة بالمسطرة⁽⁷⁰²⁾، كما يقرر في شأن نطاق المهام المسندة لبعضها⁽⁷⁰³⁾. وبطبيعة الحال حينما تقرر المحكمة مخططاً للتسوية تظهر بشكل جلي الوظيفة التنظيمية لها، ففيما يتعلق بمخطط الاستمرارية فإنه يحدد التعديلات التي يجب إدخالها على تسيير المقابلة، كما يحدد كفاءات تصفية الخصوم⁽⁷⁰⁴⁾، كما يمكن اتخاذ قرار توقيف أو إضافة أو تفويت بعض قطاعات النشاط⁽⁷⁰⁵⁾. وحينما تقرر المحكمة مخططاً

⁷⁰⁰-G. Cornu et J. Foyer: procédure civile PUF, Thémis, 1996 N° 17p 94.

⁷⁰¹- تنص المادة 622 من م ت على أنه: " تقرر المحكمة أما استمرار نشاط المقابلة أو تفويتها أو تصفيتها القضائية وذلك بناء على تقرير السنديك وبعد الاستماع لرئيس المقابلة والمراقبين ومندوبي الإجراء".

⁷⁰²- تنص الفقرة الأولى من المادة 670 من م ت على أنه: " تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب والسنديك كما تعين نائبا للقاضي المنتدب تسند إليه نفس المهام إذا عاق مانع هذا الأخير".

⁷⁰³- تنص المادة 592 من م ت على أنه: " يكلف الحكم السنديك إما:

- بمراقبة عمليات التسيير،

أو بمساعدة رئيس المقابلة في جميع الأعمال التي تخص التسيير أو في بعضها، أو بان يقوم لوحده بالتسيير الكلي أو الجزئي للمقابلة. يمكن للمحكمة أن تغير في أي وقت مهمة السنديك بطلب منه أو تلقائياً".

⁷⁰⁴- تنص الفقرة الثانية من المادة 624 من م ت على أنه: " يشير مخطط الاستمرارية الذي تحصره المحكمة، إن اقتضى الحال إلى التغييرات الواجب إدخالها على تسيير المقابلة وفقاً للمقتضيات الموائية، وبمقتضى كفاءات تصفية الخصوم المحددة تطبيقاً للمواد من 630 إلى 634 أدناه".

⁷⁰⁵- تنص الفقرة الرابعة من المادة 624 من م ت على أنه: " ترفق هذه الاستمرارية بتوقيف أو إضافة أو تفويت بعض قطاعات النشاط إن اقتضى الحال. تخضع التفويطات التي تتم وفق هذه المادة لمقتضيات القسم الخامس من هذا الكتاب".

للتفويت فإنها تقوم بتحديد نطاقه، ذلك أن الحكم يجب أن يحدد مصير النشاط المفوت والأشخاص الملزمين بتنفيذ المخطط والالتزامات المبرمة، وطرق تمويل المقولة ومستوى وأفق التشغيل وحصر ضمانات تنفيذ المخطط. كما أن المحكمة عندما تعتمد مخطط التفويت توفر للمقولة كل الوسائل التي تكفل لها الاستمرار، وبذلك تحدد استمرارية العقود الضرورية واللازمة للحفاظ على النشاط⁽⁷⁰⁶⁾.

كل هذه القواعد لها جانبان عند التطبيق، فمن جهة تثبت المحكمة في طلبات وادعاءات الخصوم، ومن جهة أخرى فإن الحل الذي تضعه إزاء تعارض المواقف يفيد في تنظيم العلاقات المستقبلية التي تقيمها المقاولات مع شركائها. "إن جدلية المنازعة تفيد في إنجاز ... معالجة وضع المقولة"⁽⁷⁰⁷⁾.

وكما يبينه السيد Jean Paillusseau فإن هناك رابطا أكيدا بين القيام بنشاط ذي غاية وضبط المال المستقبلي عن طريق العمل التنظيمي⁽⁷⁰⁸⁾. وهذا التصور للوظيفة المنوطة بقاضي معالجة صعوبات المقولة لا يكون صحيحا إلا إذا أخذنا بعين الاعتبار الآليات التي تمكن القاضي من إنجاز مهمته.

الفقرة الثانية: الإشراف القضائي على المقاولات التي توجد في حالة صعوبة

إن القضاء مرفق عام يهدف إلى تحقيق العدالة وسيادة القانون داخل المجتمع، وباعتباره كذلك فإنه في حاجة إلى نشاط إداري يكفل له التنظيم والانسجام والاستمرارية⁽⁷⁰⁹⁾. ذلك أن الوظيفة القضائية تتطلب اتخاذ مجموعة من التدابير ذات الصبغة الإدارية، وفي هذه الحالة اقتضت الضرورة أن تضطلع تلك السلطة بصفة استثنائية

⁷⁰⁶-تنص الفقرة الأولى من المادة 638 من م ت على أنه: " تحدد المحكمة عقود الانتماء الإيجاري أو عقد الكراء أو التوريد بالسلع أو الخدمات الضرورية للحفاظ على نشاط المقولة بناء على ملاحظات الأطراف المتعاقدة مع المقولة التي يقوم السنديك بالإبلاغ بها ".

⁷⁰⁷-O. Staes: op.cit. N° 300 p 291 « certes, il y'a indéniablement des oppositions d'intérêts entre les différents participants, mais la dialectique contentieuse sert la réalisation d'un intérêt supérieur : le traitement de l'entreprise ».

⁷⁰⁸-Jean Paillusseau: «le droit est aussi un science d'organisation» RTD, com , 1989 p3.

⁷⁰⁹- جلال محمد امهمول: م س ص 108.

بصلاحيات إدارية في الحدود اللازمة لتسييرها⁽⁷¹⁰⁾.

ولعل ما يميز هذا النوع من الأعمال هو استثنائ القضاء في إصدارها بسلطة تقديرية واسعة على منوال الممارسة الإدارية، بعيدا عن القيود القانونية الصارمة التي تهيمن على العمل القضائي. فالأعمال الإدارية لا تتعلق بالمصالح الخاصة بقدر ما تتعلق بحسن سير إدارة مرفق العدالة⁽⁷¹¹⁾.

للإقرار بكون الوظيفة الإدارية من المهام المنوطة بالمحكمة، ينبغي التأكد من كون هذا الجهاز التابع للدولة يتوفر على وسائل العمل لإنجاز مهمته. وإن تحقيق القاضي لأغراض الصالح العام قد تتعرض للمساس بشكل بالغ إذا ما اضطر لانتظار أن تعرض عليه القضية من قبل المتقاضين، خاصة وأن ترجيح المشرع لفئة من المصالح على حساب مصالح أخرى لن يؤدي إلى أي تغيير في طبيعة الوظيفة المنوطة بالمحكمة، إذا لم يصاحبها إشراف من قبل هذه الأخيرة على جميع المقاولات المتوقفة عن الدفع.

هناك تقنيتان تهدفان إلى ضمان إشراف القاضي على جميع المقاولات التي تعاني من صعوبات، ويتعلق الأمر بالتزام المدين بالتصريح بحالة التوقف عن الدفع (أولا) ومسطرة الفتح التلقائي من طرف المحكمة (ثانيا).

أولا: التزام المدين بإشعار المحكمة

ما من شك في أن إعطاء التاجر المدين رخصة طلب فتح المسطرة أمر قد يتنافى لأول وهلة مع المنطق السليم، إذ من المستغرب أن يبادر الشخص بنفسه إلى طلب وضعه في حالة تحول بينه وبين إدارة أمواله وتقيد تصرفاته⁽⁷¹²⁾ وهكذا يجب على المدين أن يعتمد داخل أجل ثلاثين يوما تلي توقفه عن الدفع التقدم للمحكمة التجارية المختصة بتصريح يطلب

⁷¹⁰ - احمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي دار النهضة العربية القاهرة 1993 ص 201.

⁷¹¹ -H. Solus et R. Perrot: droit judiciaire privé, paris 1961 tome 1 p 456: «en réalité, ces actes intéressent moins les intérêt privés que le bon fonctionnement du service public de la justice, et pour cette raison, ils ont un caractère administratif et discrétionnaire très marqué».

⁷¹² - محمد السيد الفقي: م س ص 60.

فيه فتح المسطرة القضائية للمعالجة. وبذلك فالقانون⁽⁷¹³⁾ يفرض على المدين أن يتقدم بطلب فتح المسطرة منذ اليوم الأول لتوقفه عن الدفع، بل ترك أمامه مهلة ثلاثين يوما يستطيع خلالها أن يتبين حقيقة أحواله وأن يقدر ظروفه. والحكمة من إلزام المدين بإشعار المحكمة لأنه هو أدرى بحقيقة وضعه المالي والاعتراف بعجزه عن الوفاء، وطلبه هذا بفتح المسطرة يفرضه عليه واجب الصدق والأمانة في المعاملات التجارية. وبذلك فالقاضي الذي ينظر في الطلب سيعتمد إلى تطبيق كافة المساطر القانونية التي تمكن من إنقاذ المداولة. فالمحكمة بحكمها يوقف المتابعات الفردية⁽⁷¹⁴⁾، كما توقف سريان الفوائد، والتي لا تسري إلا ابتداء من تاريخ الحكم المحدد لمخطط الاستمرارية⁽⁷¹⁵⁾. وتشهد المحكمة أيضا على تخفيض الديون وتفرض على الدائنين آجالا للدفع⁽⁷¹⁶⁾، فإن تدخل المحكمة يزيح بعض العقوبات التي تعيق نشاط المدين، وفي الواقع فإن المدين الذي يطلب فتح المسطرة داخل الأجل ينصاع لإكراه القانون تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها في المادة 747 من م ت⁽⁷¹⁷⁾. إذا فالمدين حينما يلجأ للمحكمة فإنه لا يفعل ذلك بدافع الحفاظ على مصالحه بل تنفيذا لالتزام قانوني، هذا النمط لا ينطبق على العمل القضائي. فاللجوء إلى القاضي لا يكون على وجه الإكراه إلا إذا تعلق الأمر بالمدعى عليه بطبيعة الحال.

⁷¹³ - تنص المادة 576 من م ت على أنه: " يجب على رئيس المداولة أن يطلب فتح مسطرة التسوية القضائية في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ توقف المداولة عن الدفع".

⁷¹⁴ - تنص المادة 686 من م ت على أنه: " يوقف حكم فتح المسطرة أو يمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور...".

⁷¹⁵ - تنص المادة 692 من م ت على أنه: " يوقف حكم فتح المسطرة سريان الفوائد القانونية والاتفاقية وكذا كل فوائد التأخير وكل زيادة".

⁷¹⁶ - تنص المادة 630 من م ت على أنه: " تشهد المحكمة على الآجال والتخفيضات الممنوحة من الدائنين خلال الاستشارة. ويمكن لها أن تخفض هذه الآجال والتخفيضات أن اقتضى الحال.

تفرض المحكمة بالنسبة إلى باقي الدائنين آجالا موحدة للأداء...".

⁷¹⁷ - تنص المادة 747 من م ت على أنه: " يجب على المحكمة أن تضع يدها في جميع مراحل المسطرة من أجل النطق بالحكم عند الاقتضاء بسقوط الأهلية التجارية عن كل مسؤول بمداولة ثبت في حقه أحد الأفعال الآتية:

- إغفال القيام بتقديم طلب فتح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التوقف عن الدفع".

وحكم الطابع الإجباري الذي يكتسبه إشعار المدين للمحكمة، فإن هذا الإشعار يصبح الوسيلة العادية لفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاول⁽⁷¹⁸⁾. ففي حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء أبرزت هذه الأخيرة الطابع الجوهري لهذه الوسيلة والتي جاء فيه: " حيث يهدف طلب المدعية إلى الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهتها وذلك لتوقفها عن سداد ما بذمتها من ديون.

وحيث يستفاد من وثائق الملف ومستنداته وخاصة القوائم التركيبية لآخر سنة مالية و المدعمة بلائحة الدائنين و المدينين أن المقاول تعرف خلا في موازنتها المالية بسبب تراكم الديون المختلفة و التوقيفات التي عرفت منذ نشأتها، و هو الشيء الذي أقر به رئيس المقاول عند الاستماع إليه بغرفة المشورة، مؤكدا أن المنافسة العالمية و المنافسة غير المشروعة وارتفاع كلفة الإنتاج والإضرابات التي شنها العمال وعدم قبول المساهمين الزيادة في رأسمال و كذا عدم وفاء مدينها بديونهم أدى إلى شل سيولتها المالية و توقفها عن أداء ديونها الحالة ...

وحيث إنه بالنظر إلى كون غاية المشرع من سن مساطر معالجة صعوبات المقاول هو مساعدة المقاول على تجاوز ما يعترضها من صعوبات وذلك بتوفير الجو المناسب والخالٍ من كل صعوبة قد تؤثر على سيرها بالصورة العادية وكذا حماية الجانب الاقتصادي والاجتماعي المرتبط بها.

وحيث إن المحكمة ترى بأن وضعية المدعية المالية غير مختلة بشكل لا رجعة فيه ... مما يتعين معه الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهتها"⁽⁷¹⁹⁾.

إن المشرع بإلزامه المدين المتوقف عن الدفع بتقديم طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاول فهو يرغب في تحكم الدولة في مصير الشركات التي توجد في حالة

⁷¹⁸-F. PEROCHON et R. BONHOMME: op cit. N° 126.

⁷¹⁹- حكم رقم 2001-253 صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 17-9-2001 في الملف رقم 10-2001-267 غير منشور.

انظر في نفس الاتجاه حكم رقم 179-2010 صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 26-7-2010 في الملف رقم 80-21-2010 غير منشور.

صعوبة بواسطة أجهزتها المتمثلة في المحاكم⁽⁷²⁰⁾. والأجل الوجيز نسبيا والمحدد في ثلاثين يوما من قبل المشرع لا يبرره سوى رغبة هذا الأخير في ضمان التسوية المحتملة لوضع المقابلة. كما أن هذا الأجل مقبول إذا نظرنا إليه من زاوية المفهوم الجديد للتوقف عن الدفع المعتمد على المعيار الاقتصادي طبقا لما حددته المادة 575 من مدونة التجارة من أن المدين استحال عليه تنفيذ التزاماته اتجاه دائنيه وفق قاعدة عدم كفاية أصول المقابلة لمواجهة خصومها، ومن ثم فلا مبرر للتأخير في الإعلان عن حالة التوقف عن الدفع والتسريع بإقحام المحكمة عبر تقديم طلب استصدار حكم يقضي بفتح مسطرة التسوية القضائية. فضلا عن أن الهدف من هذا الأجل دفع رؤساء المقاولات إلى الإسراع بسلوك هذه المسطرة قبل أن تتفاقم وضعية المقابلة المتوقفة عن الدفع⁽⁷²¹⁾.

كما أن آلية الفتح التلقائي للمسطرة من قبل المحكمة تأسست هي الأخرى لنفس الغاية والهدف وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانيا: الفتح التلقائي للمسطرة من قبل المحكمة

الأصل في القضاء أنه ساكن أي بمعنى لا يتحرك إلى الأشخاص ويطلب منهم إقامة الدعوى على الغير، وتأسيسا على هذا فالمحاكم لا تقضي بغير طلب يقدم إليها. غير أن مشرع قانون 17- 73 خرج عن هذا الأصل من حكم القواعد العامة، فأجاز للمحكمة أن تطلب فتح المسطرة ولو لم يقدم طلب بذلك من طرف المدين أو أحد الدائنين أو النيابة العامة، وإنما من تلقاء ذاتها⁽⁷²²⁾.

⁷²⁰-P. Cagnoli: op cit. N° 314 p 252.

⁷²¹- عبد الرحيم شميعة: م س ص 118.

⁷²²- تنص الفقرة الثانية من المادة 578 من م ت على أنه: "يمكن للمحكمة أيضا أن تضع يدها على المسطرة أما تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة، أو من رئيس المحكمة في إطار ما تخوله له الوقاية الخارجية من اختصاصات "

تنص المادة 552 من قانون التجارة المصري على أنه: "يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه أو أحد الدائنين أو النيابة العامة. ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإفلاس من تلقاء ذاتها".

تنص المادة 572 من القانون التجاري اليمني على أنه: "يشهر إفلاس التاجر بناء على طلب أحد دائني أو بناء على طلبه هو، ويجوز للمحكمة إن تقضي بشهر إفلاس التاجر بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء ذاتها".

إن هيمنة هاجس إنقاذ المقولة كان من وراء الاعتراف للمحكمة بالحق في وضع اليد تلقائيا على المسطرة كوظيفة جديدة في ظل المفهوم الجديد للقانون الذي يوطر النظام الاقتصادي العام.

والمشرع يضع افتراضا مؤداه أن تسوية أوضاع المقاولات ذات الصعوبة هو أحد أغراض الصالح العام، ويسند للمحاكم مهمة تنظيم هذه التسوية وهي وظيفة موجهة أكثر نحو المستقبل منها نحو الماضي. لأنه في ظل هيمنة المصلحة الاقتصادية العامة كمحدد جديد لنظام المعالجة أضحى التدخل القضائي التلقائي مجالا في ظل المنظومة القانونية المغربية. وأن تغير وظيفة القاضي من حيث طبيعتها يصبح واقعا بمجرد إيجاد التقنيات التي تمكن من إشراف المحاكم على مجموع المقاولات التي تعاني من صعوبات.

إن محكمة معالجة صعوبات المقولة لا تكتفي بالفصل في النزاعات، بل إن تحقيق أغراض الصالح العام حاضرة منذ بداية المسطرة إلى نهايتها. والمحكمة شأنها في ذلك شأن أية إدارة تتوفر على سلطة للتدخل. وحينما تثبت المحكمة في مصير المقولة يتعين عليها اعتماد الحل الذي يضمن أفضل الأحوال الحفاظ على المقولة، وهو ما يعادل الصالح العام في نظر المشرع⁽⁷²³⁾. وإذا كان من الصعب التشكيك في حيادية المحكمة، فإن المشرع على العكس من ذلك أمر واقع، وسعيا من القاضي لتحقيق أغراض محددة يتعين عليه تنظيم المستقبل من خلال حكمه في الموضوع. وإن تحيز المشرع ليس هو الذي يضفي الصبغة الإدارية على عمل القاضي بقدر ما تضيفها عليه المهمة المتمثلة في أجرأة ذلك التحيز.

⁷²³-P. Cagnoli: op cit. N° 318 P 255.

المبحث الثالث: الطبيعة المنشئة لحكم فتح المسطرة

الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة للحقوق المتنازع عليها، فهي تعلن وجود هذه الحقوق أو عدم وجودها دون أن تنشئ مركزاً جديداً. إلا أن حكم فتح المسطرة يختلف عن سائر الأحكام في أنه حكم منشئ وليس مقرر، فهو ينشئ آثاراً قانونية جديدة ويقرر حالة جديدة لم تكن موجودة من قبل.

ويرى بعض فقهاء قانون المرافعات والقانون التجاري، أن حكم فتح المسطرة هو صورة نموذجية للحكم المنشئ الذي يقرره القانون خلافاً للقواعد العامة، ويعلل الفقه ذلك بأن حكم فتح المسطرة لا يفصل في نزاع أو يقرر حقاً، وإنما ينشئ مركزاً قانونياً جديداً يسمى بالمركز القانوني للمدين نفسه أو الدائنين⁽⁷²⁴⁾.
غير أن بعضاً من الفقه⁽⁷²⁵⁾ يرى أن حكم فتح المسطرة ذو طبيعة مختلطة، حيث

⁷²⁴ - ضياء شيت خطاب: الإفلاس الواقعي مجلة المحاماة الأردنية العدد الثامن السنة التاسعة 1961 ص 117.

- محسن شفيق: القانون التجاري المصري: الإفلاس الجزء الثاني مطبعة دار نشر الثقافة الإسكندرية الطبعة الأولى 1951 ص 199.

- رشاد نعمان شايع العامري: الآثار المالية للإفلاس على الشخص الطبيعي المدين دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2013 ص 32.

- عزيز العليكي: أحكام الإفلاس والصلح الواقعي دراسة مقارنة مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1997 ص 55 - 56.

- رضوان فايز نعيم: أحكام قانون التجارة الجديد في الإفلاس دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الثانية 2000 - 2001 ص 86.

- Jean. F. Martin : redressement et liquidation judiciaire 7^{ed} 1999 éd. De paris p 99.

⁷²⁵ - لحسن زهران: م س ص 198-199.

- احمد السيد الصاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية دار النهضة العربية القاهرة 2000 ص 754.

- وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات منشأة المصارف الإسكندرية 1974 ص 367-368.

- كمال محمد أبو سريع: القانون التجاري (الإفلاس طبقاً لإحكام قانون التجارة الجديد) كلية الحقوق جامعة الزقازيق 2002 ص 64.

- حسن المصري: القانون التجاري والإفلاس بدون مكان نشر الطبعة الأولى 1978 ص 98-99.

- محمد السيد الفقّي: القانون التجاري: الإفلاس - العقود التجارية - عمليات البنوك منشورات الجلي الحقوقية الطبعة الأولى 2005 ص 53 - 54.

تتداخل فيه الطبيعة الكاشفة و الطبيعة المنشئة، و يعلل ذلك بأن حكم فتح المسطرة يكشف عن حالة التوقف عن الدفع التي كانت قائمة قبل صدوره، بحيث إن حكم فتح المسطرة يكشف فقط عن وجود هذا الوضع ولا ينشئه بحيث يكون تاريخه سابقا على تاريخ الحكم القاضي بفتح المسطرة بثمانية عشر شهرا كما هو منصوص عليه في المادة 713⁽⁷²⁶⁾ من مدونة التجارة، كما يكشف هذا الحكم عن حالة التدهور المستعصية التي تعاني منها المقولة، ومسؤولية المسيرين القانونيين أو الفعليين عن الوضع المالي للمقولة بسبب تدخلهم في شؤون تسييرها بشكل أخل باستمراريتها مما يفتح المجال أمام تمديد المسطرة إليهم بسبب تلك الأفعال من جهة، و ينشئ حالة قانونية جديدة لم تكن موجودة قبل صدوره سواء بالنسبة للمدين أو بالنسبة للدائنين، ومن ذلك اتخاذ جملة من الإجراءات التحفظية لضمان أموال المقولة كوقف المتابعات الفردية، ومنع أداء الديون السابقة ومنع التقييدات من رهون وامتيازات و تحديد فترة الريبة، و تخلي المدين عن التصرف في أموال المقولة وإبطال كافة التصرفات التي قد يقوم بها بقصد الإضرار بذمة المقولة، كما أن الحكم ينشئ حق الدائنين في التصريح بديونهم و لو لم تكن حالة الأداء.

كما علل البعض من هذا الاتجاه الأخير بأن حكم فتح المسطرة هو من قبيل ما يعرف بظاهرة الأحكام المركبة، فهو مركب من شقين: أحدهما منشئ وهو الذي يخلق مركزا جديدا هو مركز المدين وتنصرف آثاره إلى المستقبل فقط، والآخر مقرر إذ يقتصر على مجرد تقرير وضع سابق هو عدم نفاذ التصرفات السابقة على صدور حكم فتح المسطرة، وللحكم المقرر له بطبيعة الحال أثر رجعي إذ يؤكد وضعاً سابقاً على صدوره⁽⁷²⁷⁾.

في حين ذهب البعض من الفقه على أن حكم فتح المسطرة يعتبر ذا أثر كاشف، معللاً ذلك بأن الحكم يثبت وضعية قانونية سابقة، لأن المقولة وقبل أن تفتتح المسطرة في

⁷²⁶ - تنص الفقرة الأولى من المادة 713 من م ت على أنه: "يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب ألا يتجاوز، في جميع الأحوال ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة".

⁷²⁷ - علي البارودي ومحمد العريني: الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004 ص 5.

مواجهتها كانت قد توقفت عن الدفع. وعلى إثر الصعوبات التي أزمّت وضعيتها، أو أن من شأن الصعوبات أن تؤدي بها إلى التوقف عن الدفع من الناحية الواقعية والفعلية، فإن المقابلة قد تكون قد دخلت في دوامة الأخطار المهددة بزوالها منذ أن تعرف هذه الصعوبات والأزمات، وأن ما يفعله حكم فتح المسطرة هو كشف هذه الوقائع وإثبات حالة التوقف عن الدفع عند الاقتضاء، هذه الحالة التي تعتبر حالة قانونية سابقة عن الحكم والقضاء لا يخلقها بل يجليها مما سبق من الوقائع والأحداث السابقة التي عرفت المقابلة وليس مما يدعيه الأطراف، كما أن المشرع يتوخى من تدخل القضاء تسوية وضعية مختلفة قبل أن ترغم على توقفها المادي⁽⁷²⁸⁾.

ولكن يمكن بلورة رأينا في طبيعة حكم فتح المسطرة بعدما عرضنا وجهة رأي الفقه، و لمعرفة هذا الحكم الذي تصدره المحكمة كاشفا لحالة فتح المسطرة أم انه منشئ له، و بعبارة أخرى هل صدور الحكم بفتح المسطرة ضروري لاعتبار المقابلة في حالة توقف، أم أن هذه الحالة تنشأ من مجرد توقف التاجر عن دفع ديونه، وهو ما يعرف عنه بنظرية الإفلاس الفعلي⁽⁷²⁹⁾ للمسألة أهمية بالغة من عدة نواح، فقد يتوقف التاجر عن الدفع مدة قد تطول أو تقصر قبل أن يطلب هو أو أحد دائنيه فتح المسطرة، وقد ترفع عليه في أثناء ذلك دعوى أمام المحاكم الجنحية يطلب المدعي فيها أن تطبق عليه بعض قواعد مسطرة صعوبات المقابلة و لو لم يصدر حكم بفتح المسطرة، كما لو صدرت من التاجر أفعال تبرر توقيع عقوبات زجرية عن جريمة التفالس⁽⁷³⁰⁾، أو يجد أحدا أن من مصلحته أن يطلب من المحكمة بطلان تصرف قام به التاجر وهو في حالة توقف عن الدفع بالاستناد إلى النصوص

⁷²⁸ - عبد الكريم عباد: م س ص 67.

⁷²⁹ - نظرية الإفلاس الفعلي شيدها القضاء الفرنسي الذي ذهب منذ زمن بعيد إلى أن حالة الإفلاس من تنشأ من مجرد توقف التاجر عن دفع ديونه وأن حكم الإفلاس لا ينشأ حالة قانونية جديدة بل يقتصر على كشف حالة سابقة على صدوره، هي توقف التاجر عن دفع ديونه، وعلى ذلك يحق للمحكمة المدنية أو الجنائية أن تطبق بعض قواعد الإفلاس على التاجر الذي يثبت توقفه عن الدفع ولو لم يصدر حكم بفتح المسطرة.

⁷³⁰ - تنص الفقرة الأولى من المادة 755 من م ت على انه: " يعاقب المتفالس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10.000 درهم إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط"

المتعلقة بفترة الريبة⁽⁷³¹⁾. فإذا ثبت للمحكمة في مثل هذه الفروض توقف التاجر عن الدفع، فهل يجوز أن تطبق قواعد صعوبات المقاوله، أم تمتنع عن ذلك بسبب عدم صدور حكم بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية.

وهكذا ففتح المسطرة يعد إجراء قضائياً سواء من حيث تقريره وإنشائه كحالة قانونية، أو من حيث خضوع إجراءات فتحها لرقابة محكمة فتح المسطرة. ففتح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية للمدين التاجر لا يكون إلا بحكم قضائي يكشف عن حالة التوقف عن الدفع وينشأ حالة فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله إما بناء على طلب المدين أو أحد الدائنين أو النيابة العامة أو المحكمة من تلقاء نفسها⁽⁷³²⁾.

إن المشرع المغربي⁽⁷³³⁾، وكذا المشرع العراقي في المادة 566 من قانون التجارة⁽⁷³⁴⁾، والمشرع اليمني في المادة 571 من القانون التجاري⁽⁷³⁵⁾، والقانون المصري في الفقرة الثانية من المادة 550 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 والملغى

⁷³¹ - تنص المادة 714 من م ت على أنه: " يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع.

يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع".

تنص المادة 715 من نفس المدونة على أنه: " يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع".

⁷³² - تنص المادة 576 من م ت على أنه: " يجب على رئيس المقاوله أن يطلب فتح مسطرة التسوية القضائية في أجل أقصاه ثلاثون يوماً من تاريخ توقف المقاوله عن الدفع".

تنص المادة 578 من نفس المدونة على أنه: " يمكن فتح المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين كيفما كانت طبيعة دينه.

يمكن للمحكمة أيضاً أن تضع يدها على المسطرة إما تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو من رئيس المحكمة في إطار ما تخوله له الوقاية الخارجية من اختصاصات".

تنص المادة 651 من ذات المدونة على أنه: " تفتتح المحكمة مسطرة التصفية القضائية تلقائياً أو بطلب من رئيس المقاوله أو الدائن أو النيابة العامة إذا تبين لها أن وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه ".

⁷³³ - المواد 576-578 و 651 من م ت المشار إليهم بالهامش 731 أعلاه.

⁷³⁴ - تنص المادة 566 من قانون التجارة العراقي على أنه: " كل تاجر وقف عن دينه التجاري يعتبر في حالة إفلاس ويشهر إفلاسه بحكم يصدر بذلك.

الحكم الصادر بإشهار الإفلاس ينشئ حالة الإفلاس وبدون هذا الحكم لا يترتب على الوقوف عن الدفع أي أثر ما لم ينص القانون على غير ذلك".

⁷³⁵ - تنص المادة 571 من القانون التجاري اليمني على أنه: " لا تنشأ حالة الإفلاس إلا بحكم..."

بالقانون رقم 11 لسنة 2018⁽⁷³⁶⁾، يستلزمون صدور حكم بفتح المسطرة وهذا الحكم منشئ بحيث لا يمكن أن تترتب آثاره القانونية إلا بصدوره. وبذلك قوضت هذه التشريعات نظرية الإفلاس الفعلي، وأقرت بأن فتح المسطرة تعلن بمقتضى حكم، أما إذا لم يصدر حكم بذلك فإننا على رأي القوانين أعلاه لا نكون أمام حالة فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية. وهذه النصوص تؤكد وتنفي نفياً قاطعاً وصريحاً نشوء فتح المسطرة بغير صدور حكم قضائي بها. ومن خصائص فتح المسطرة أنها إجراء قضائي بمعنى خضوع إجراءات المسطرة لرقابة المحكمة منذ فتحها المسطرة إلى حين قفلها، بل ويمكن إعادة فتح المسطرة، إذا تبين أن هناك أصولاً لم يتم تحقيقها أو دعاوى لم تباشر لفائدة الدائنين، ومن شأنها إعادة تأسيس أصول المقولة⁽⁷³⁷⁾.

غير أن بعض التشريعات جاء موقفها متناقضاً، ومنها التشريع اللبناني وذلك في موضوع طبيعة فتح المسطرة، فلقد نصت المادة 490 من قانون التجارة اللبناني على أنه: " يعلن الإفلاس بمقتضى حكم من المحكمة الابتدائية الموجودة في منطقتها المؤسسة التجارية الأصلية ". وجاء نص المادة 498 من نفس القانون على نقيض المادة أعلاه حيث نصت " إذا ظهر للمحكمة عرضاً في أثناء محاكمة مدنية أو تجارية أن التاجر في حالة إفلاس ظاهرة فيحق لها وأن يكن الإفلاس لم يعلن أن تطبق أحكام الإفلاس الأساسية كما هي محددة في هذا الكتاب ". فطبقاً للنص الأول يكون المشرع اللبناني قد اعتمد نظرية الإفلاس القانوني واعتبر حكم الإفلاس حكماً منشئاً، وطبقاً للنص الثاني يكون المشرع قد اعتمد نظرية الإفلاس الفعلي واعتبر حكم الإفلاس حكماً كاشفاً.

⁷³⁶ - تنص الفقرة الثانية من المادة 550 من القانون التجاري المصري على أنه: " ولا يترتب على التوقف عن الدفع إثر قبل صدور حكم شهر الإفلاس ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

⁷³⁷ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 669 من م ت على أنه: " ... غير أنه يمكن إعادة فتح مسطرة التصفية القضائية بطلب من كل ذي مصلحة وبموجب حكم معلل كلما تبين أن هناك أصولاً لم يتم تحقيقها أو دعاوى لم تباشر لفائدة الدائنين ومن شأنها إعادة تأسيس أصول المقولة ".

الفرع الثاني: خصوصيات مضمون الحكم

يتضمن حكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية بالإضافة إلى البيانات العامة التي تتضمنها الأحكام طبقاً لقواعد قانون المسطرة المدنية⁽⁷³⁸⁾، بيانات خاصة، ذلك أن تحديد مضمون حكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية هي مسألة جوهرية، إذ من خلاله تتحدد العديد من النقاط وتتوضح أساساً في وجوب تعليل وتسبيب الموقف الذي ستتخذه المحكمة من الدعوى المرفوعة إليها (المبحث الأول)، وكذا تحديد تاريخ التوقف عن الدفع (المبحث الثاني) وتعيين الأجهزة المكلفة بالمسطرة (المبحث الثالث) وفي ضرورة تنصيبه على الشهر الذي يخضع له (المبحث الرابع).

المبحث الأول: خصوصية تعليل حكم فتح المسطرة

يقصد بتعليل الأحكام القضائية بيان الأسس الواقعية والقانونية التي بني عليها القاضي منطوقه الصادر عند إصدار الحكم القضائي⁽⁷³⁹⁾، وكذلك فالتعليل جزء من أجزاء الحكم، والقاضي ملزم بأن يقدم للمتقاضين والمحاكم العليا التي تراقب قانونية ومنطقية حكمه المسببات التي دعت إليه الوصول إلى حل للدعوى. كما ينبغي في تعليل الحكم مراعاة بعض القواعد التي ترشد القاضي وتقي حكمه الطعن، وهي أن التعليل يجب أن يرد في الحكم أو يحيل على الحكم الابتدائي. ويجب على القاضي أن يستند في حكمه على أدلة

⁷³⁸ - ينص الفصل 50 من ق.م.م. علة أنه: "تصدر الأحكام في جلسة علنية وتحمل في رأسها العنوان التالي: المملكة المغربية - باسم جلالة الملك وطبقاً للقانون.

تشمل على اسم القاضي الذي أصدر الحكم، واسم ممثل النيابة العامة عند حضوره واسم كاتب الضبط وكذا أسماء المستشارين عند الاقتضاء في القضايا الاجتماعية.

تتضمن أسماء الأطراف الشخصية والعائلية وصفاتهم أو مهنتهم وموطنهم أو محل إقامتهم وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفات وموطن الوكلاء.

توضح حضور الأطراف أو تخلفهم مع الإشارة إلى شهادات التسليم. تتضمن أيضاً الاستماع إلى الأطراف الحاضرين أو إلى وكلائهم وكذا مستنتاجات النيابة العامة.

يشار فيها إلى مستنتاجات الأطراف مع تحليل موجز لوسائل دفاعهم والتتبع على المستندات المدلى بها والمقتضيات القانونية المطبقة.

تنص الأحكام على أن المناقشات قد وقعت في جلسة علنية أو سرية وأن الحكم قد صدر في جلسة علنية يجب أن تكون الأحكام دائماً معللة.

تؤرخ الأحكام وتوقع حسب الحالات من طرف رئيس الجلسة والقاضي في المقرر وكاتب الضبط...

⁷³⁹ - نبيل إسماعيل عمر: تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة 2016 ص3.

الإثبات المقدمة إليه، كما أن القاضي غير ملزم بتسبيب أسبابه. ويجب أن تكون علل الحكم كافية، فضلا عن أنه يجب أن تكون العلل متسقة فيما بينها ومع المنطوق.⁽⁷⁴⁰⁾

وإذا كان المشرع المغربي لم يورد أية مقتضيات خاصة بتعليل الأحكام في قانون إحداث المحاكم التجارية، فإنه يرجع بشأنها إلى المادة 19 منه⁽⁷⁴¹⁾، التي تحيل على المقتضيات المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية وخاصة الفقرة الثانية من الفصل 50 منه التي تنص على أنه: "يجب أن تكون الأحكام دائما معللة"، وهذه الفقرة تعتبر تعليل الأحكام القضائية إجراء إلزاميا ووجوبيا.

وهكذا فالمشرع المغربي في إطار الكتاب الخامس من مدونة التجارة خص إجراءات فتح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية بعدة خصوصيات ومن بينها الإجراءات التي يتعين على المحكمة التقيد بها قبل البث في طلب فتح المسطرة، ومنها أن تتأكد من كونها مختصة محليا⁽⁷⁴²⁾، ذلك أن الاختصاص ينعقد للمحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقرر الاجتماعي للشركة⁽⁷⁴³⁾، ومن توفر الشروط الموضوعية لفتح المسطرة وهما الصفة التجارية (المطلب الأول) والتوقف عن الدفع (المطلب الثاني) وهو ما سنتناوله.

المطلب الأول: الصفة التجارية

نصت الفقرة الأولى من المادة 546 من مدونة التجارة على أنه: "يقصد بالمقولة في مدلول هذا الكتاب الشخص الذاتي التاجر أو الشركة التجارية"، وبذلك فطبقا لهذه الفقرة فالمسطرة تفتتح في مواجهة المقولة التاجر الشخص الطبيعي والمقولة الشركة التجارية، ومن ثم فالمحكمة عليها قبل البث في طلب فتح مسطرة التسوية لا بد لها من البحث والتحري وتقدير مدى توفر المدين المراد فتح إحدى المسطرتين أعلاه في حقه على الصفة التجارية

⁷⁴⁰ الطيب برادة: م س ص 356 وما يليها.

⁷⁴¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 19 من قانون إحداث المحاكم التجارية على أنه: "كما تطبق أمام المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص على خلاف ذلك".

⁷⁴² سبق أن بحثنا موضوع الاختصاص المحلي أنظر الصفحة 89 وما يليها.

⁷⁴³ تنص الفقرة الأولى من المادة 581 من م.ب.ت على أنه: "ينعقد الاختصاص للمحكمة، التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقرر الاجتماعي للشركة".

لأن نظام هذه المسطرة القضائية يخضع لها كل شخص طبيعي تتحقق فيه صفة تاجر، وأن الشخص الذاتي الذي يخضع لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية هو حسب مدلول الفقرة الأولى من المادة 546 من مدونة التجارة التاجر المزاوول لنشاط تجاري، غير أن الإطار المحدد في الفقرة الأولى من المادة أعلاه يتجاوز ليمتد إلى المقولة كنشاط بغض النظر عن الشخص القائم به، ذلك أن المشرع أخضع التجار الذين توقفوا عن مزاولة أنشطتهم التجارية أو توقفوا وهم متوقفون عن أداء ديونهم لنظام مساطر صعوبات المقولة شريطة أن يتم ذلك داخل أجل سنة من وضع حد للنشاط التجاري أو ستة أشهر من تاريخ الوفاة⁽⁷⁴⁴⁾.

وهذه الصفة التجارية أكدت عليها القوانين العربية ذلك أن الإفلاس نظام خاص بالتجار وحدهم⁽⁷⁴⁵⁾، كما أن القانون الفرنسي والذي يعتبر المصدر الرئيسي للقوانين العربية قد أكد هو الآخر على الصفة التجارية لتطبيق مسطرتي التسوية أو التصفية القضائية⁽⁷⁴⁶⁾، وعليه لا يصح فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية إلا إذا كان تاجرا سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، أي أنه لا يصح إخضاع المدين غير التاجر لنظام التسوية أو التصفية القضائية في حالة عدم وفائه لديونه، وتعليل ذلك أن هذا النظام يعد نظاما تجاريا خاصا يلائم ظروف البيئة التجارية والتي تقوم على السرعة والائتمان، وهذا ما أكد عليه القضاء المغربي⁽⁷⁴⁷⁾ من أن مساطر المعالجة لصعوبات المقولة تطبق على كل تاجر وكل شركة

⁷⁴⁴ - تنص المادة 579 من م ت على أنه: " يمكن فتح المسطرة ضد تاجر وضع حدا لنشاطه أو توفي وذلك داخل أجل سنة عن تاريخ وضعه حد لنشاطه أو داخل أجل ستة أشهر من تاريخ وفاته إذا كان التوقف عن الدفع سابقا لهذه الوقائع".

⁷⁴⁵ - نصت الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 على أنه: "يعتبر تاجرا كل تاجر طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق أحكام هذا القانون".

ونصت الفقرة الأولى من المادة 75 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري على أنه: "يعد في حالة إفلاس كل تاجر ملزم بموجب أحكام قانون التجارة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999 بإمساك دفاتر تجارية إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية".

⁷⁴⁶ ART L620-2 alinéa 1 « le redressement et la liquidation judiciaire sont applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé ».

⁷⁴⁷ - حكم رقم 37 صادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 29-11-2000 في الملف عدد 5-34-2000 غير منشور رقم 51 صادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 12-12-2001 في الملف رقم 5-35-2001 غير منشور.

ليس بمقدورهما سداد الديون المستحقة عند الحل، كما أنه سبق لمحكمة النقض أن نقضت قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 50 الصادر بتاريخ 15-10-2003 في الملف رقم 2003/63 بعلّة أن المحكمة لم تبين العناصر التي بموجبها أسبغت على المطلوب صفة التاجر الممارس اعتياديا أو احترافيا للأنشطة الواردة بالمادتين السادسة والسابعة أو الأخرى المماثلة لها موضوع المادة الثامنة الموالية من مدونة التجارة⁽⁷⁴⁸⁾، وهو نفس الاتجاه الذي أكدته محكمة النقض المصرية من أن إشهار الإفلاس جزاء يقتصر توقيعه على التاجر المتوقفين عن سداد مديونياتهم التجارية⁽⁷⁴⁹⁾.

ولئن كان هذا هو الرأي السائد، إلا أن هناك بعض القوانين تطبق هذا النظام على التاجر وغير التاجر، ومن هذه القوانين القانون الانجليزي والألماني والهولندي، والسويدي والنرويجي والدنمركي وتشريع الإفلاس في أمريكا ويعلل الفقه هذا الاتجاه بأنه لحت غير التاجر على سرعة الوفاء بالديون⁽⁷⁵⁰⁾.

كما يمكن أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في وجه أشخاص آخرين بحكم صفاتهم، ويهم الأمر أشخاصا تسري عليهم أحكام هذه المسطرة كنتيجة قانونية لأوضاع قانونية خاصة، ومنهم الشريك المتضامن في الشركات التجارية، لأن طبيعة المسؤولية التي يتحملها الشريك المتضامن عن ديون الشركة تفترض أن توقف هذه الأخيرة

حكم رقم 2001/253 صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 17-9-2001 في الملف رقم 10-2001-267 غير منشور.

قرار عدد 150-2000 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 20-1-2000 غير منشور.

قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 4-5-2016 في الملف رقم 30-2016-8301 غير منشور.

قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 5-10-2016 في الملف رقم 24-2016-8301 غير منشور.

قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 5-10-2016 في الملف رقم 27-2016-8301 غير منشور.

⁷⁴⁸- قرار عدد 394 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2-4-2008 في الملف التجاري عدد 1-3-583-2004 غير منشور.

⁷⁴⁹- طعن رقم 6784 لسنة 66 ق جلسة 10-4-1997- طعن رقم 176 لسنة 68 ق جلسة 4-1-1999 – طعن رقم 640 سنة 68 ق جلسة 29-6-1999 – طعن رقم 500 لسنة 68 ق جلسة 16-5-2000 مشار إليها عند محمد عزمي البكري: الإفلاس حرس المجلد الأول ص 443.

⁷⁵⁰- حسن المصري: الإفلاس مطبعة حسان – القاهرة الطبعة الأولى 1988 ص 7.

عن أداء ديونها يوجب إثارة المسؤولية المالية للشريك المتضامن، وإن فتح المسطرة ضد الشريك المتضامن تكون واجبة ولو اعتزل الشركة وانسحب منها أو أخرج منها، شريطة أن يتم ذلك داخل أجل سنة إذا كانت الشركة متوقفة عن أداء ديونها⁽⁷⁵¹⁾، وهو ما أكدته أيضا الفقرة الأولى من المادة 197 من القانون المصري⁽⁷⁵²⁾، ذلك أن الشريك المتضامن يعتبر تاجرا بمجرد انضمامه إلى الشركة وهو مسؤول عن ديونها بصفة شخصية وتستقر هذه الديون في ذمته، كما لو كانت ديونه الخاصة، فمتى توقفت الشركة عن الدفع كان من واجبه أن يبادر إلى الوفاء، فإذا لم يفعل فقد توقف بدوره عن الدفع وهو ما استقر عليه الفقه⁽⁷⁵³⁾، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية "... عدم جواز شهر إفلاس الشريك المتضامن متى تخارج من الشركة وأشهر تخارجه بالسجل التجاري قبل سنة من تاريخ توقف الشركة عن الدفع، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة الأولى...، قد ثبت شهر تخارجها بالسجل التجاري من الشركة بتاريخ 7 من أبريل سنة 1999 وحلت محلها الطاعنة الثانية، وكان الحكم المطعون فيه قد حدد 15 من يونيو سنة 2000 تاريخا مؤقتا للتوقف عن الدفع أي بعد أكثر من سنة من تاريخ تخارجها فإن الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بإشهار إفلاسها يكون خالف القانون وأخطأ في تطبيقه"⁽⁷⁵⁴⁾.

ويخضع مسيرو الشركات التجارية لمساطر التسوية أو التصفية القضائية بقطع النظر عن كونهم شركاء أم لا، ذلك أنه حسب الفقرة الأولى من المادة 738 من مدونة التجارة أنه إذا ظهر نقص في باب أصول الشركة أثناء فتح المسطرة يمكن للمحكمة في

⁷⁵¹ تنص المادة 580 من م ت على أنه: "يمكن فتح المسطرة ضد شريك متضامن من داخل سنة من تاريخ أصحابه من شركة التضامن عند ما يكون توقف الشركة عن الدفع سابقا لهذا الانسحاب".

⁷⁵² تنص الفقرة الأولى من المادة 197 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري على أنه: "إذا شهر إفلاس الشركة وجب شهر إفلاس جميع الشركاء المتضامين فيها، ويشمل شهر الإفلاس الشريك المتضامن الذي خرج من الشركة بعد توقفها عن الدفع إذا طلب شهر إفلاس الشركة قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر خروج الشريك في السجل التجاري".

⁷⁵³ ثروت عبد الرحيم: شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول الطبعة الثالثة سنة 2000 ص 1271 وما بعدها.

مصطفى كمال طه: القانون التجاري (الأوراق التجارية والإفلاس) الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ص 566.

⁷⁵⁴ طعن رقم 13298 لسنة 75 ق جلسة 2006-6-27 مشار إليه عند محمد عزمي البكري م س المجلد الثالث ص 1242-1243.

حالة حصول خطأ في التسيير ساهم في هذا النقص أن تقرر تحميله كلياً أو جزئياً تضامنياً أولاً لكل المسيرين أو للبعض منهم فقط. كما أكدت المادة 739 من نفس المدونة على أنه يجب فتح المسطرة تجاه المسؤولين الذين تم تحميلهم خصوم الشركة كلاً أو بعضاً منها. الشيء الذي أوضحته المادة 740 من مدونة التجارة من أنه يجب على المحكمة أن تفتح المسطرة تجاه كل مسؤول يمكن أن تثبت في حقه إحدى الوقائع المحددة بالمادة المذكورة، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المغربية على أنه "يجب على المحكمة لما تكون هناك مسطرة للتسوية أو التصفية القضائية مفتوحة في حق شركة ما، أن تقضي بفتح إحدى المسطرتين كعقوبة مالية تجاه كل مسؤول تثبت في حقه اقتراف أحد الأفعال الواردة في المادة 706 من مدونة التجارة، كما يجب أن تحكم عند الاقتضاء على نفس المسؤول بسقوط أهليته التجارية كعقوبة شخصية، بمعنى أن مسؤول الشركة يكون معرضاً لعقوبة مالية تتجلى في الحكم بفتح المسطرة في حقه، وعقوبة شخصية تتجسد في الحكم بسقوط أهليته التجارية وهما عقوبتان يمكن الحكم بهما معاً أو بإحدهما دون الأخرى"⁽⁷⁵⁵⁾. بل إن محكمة النقض أكدت على أن فتح المسطرة في حق المسير لا يتوقف على صفته التجارية بل يكفي أن تكون له صفة مسير قانوني أو فعلي لشخص معنوي يخضع للقانون الخاص وأن يثبت في حق المسؤول ارتكاب إحدى الأفعال المنصوص عليها في المادة 706 من مدونة التجارة⁽⁷⁵⁶⁾.

ويفترض التمديد إلى المسير أن هناك مقابلة تخضع بالفعل لإجراء تسوية أو تصفية قضائية، ويرتكب هذا المسير خطأ يضر بالمقابلة وبدائيتها. وفي هذه الحالة نصت المادتين 739 و740 من م ت على فتح مسطرة التسوية أو التصفية في حق المسير. وأن الخطأ في التسيير يتمثل في كل تقدير سيء أو خاطئ للموقف، أو أي تصرف لا يهدف في

⁷⁵⁵ - قرار محكمة النقض عدد 1/207 بتاريخ 16-5-2013 في الملف عدد 821-3-1-2011 غير منشور.

⁷⁵⁶ - قرار عدد 279 بتاريخ 12-3-2008 في الملف التجاري عدد 759-3-1-2004 غير منشور.

وفي نفس الاتجاه انظر قرار محكمة النقض عدد 1328 بتاريخ 23-10-2002 في الملفين التجاريين عدد 304-3-2-2001 و201-3-1-2002 منشور بمجلة القضاء والقانون. مجلة تصدرها وزارة العدل السنة الواحد والثلاثون العدد 149 ص 264 وما بعدها.

وقرار عدد 14 بتاريخ 8-1-2015 في الملف التجاري عدد 1006-3-1-2014. غير منشور.

حقيقته إلى تحقيق مصالح المقابلة وإنما يهدف إلى تحقيق أهداف شخصية للمسير. وفي هذا قضت محكمة النقض على أنه "يشترط لقيام فعل مواصلة استغلال به عجز بصفة تعسفية المؤدي إلى توقف الشركة عن الدفع، الذي يترتب عنه فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في حق المسيرين ثبوت المصلحة الشخصية التي توخى المسير تحقيقها من وراء إتيانه الفعل المذكور" (757).

ويجب أن يتسم الخطأ المنسوب إلى المسير من ناحية بأنه واضح ومحدد، وأن المسير قد ارتكب هذا الخطأ أثناء مدة تسييره للمقابلة، ومن ناحية ثانية يجب أن يكون هذا الخطأ جسيماً بمعنى أن يكون هو السبب في تعثر المقابلة أو خضوعها لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية، أو على الأقل قد أدى إلى زيادة تعثرها أو جعل فتح المسطرة في حقها وشيك الوقوع (758). وفي هذا قضت محكمة النقض على أن "المحكمة لما أبدت الحكم المستأنف القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق المسير...، والتصريح بسقوط أهليته التجارية أبرزت أن تمديد مسطرة التصفية القضائية إليه كان بسبب الأخطاء الخطيرة التي ارتكبها قبل تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية في حق المقابلة، بعدما اعتبرت أن تلك الأخطاء كانت هي السبب فيما عانت من صعوبات مالية واقتصادية أدت إلى إخضاعها للمسطرة المذكورة" (759).

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية كبيرة في تقدير الخطأ الذي يمكن نسبته إلى المسير، فقضاة الموضوع هم الذين يقدرّون ويزنون تصرفات المسير، وإذا ما كانت هذه التصرفات تشكل خطأ في التسيير أم لا، ومقدار جسامته هذا الخطأ إن وجد (760).

⁷⁵⁷- قرار رقم 17 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18 يناير 2018 في الملف التجاري رقم 1-3-247-2015 غير منشور.

انظر في نفس الاتجاه قرار رقم 61 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 8 فبراير 2018 في الملف التجاري رقم 1-3-1664-2016 غير منشور.

⁷⁵⁸- BOTTIAU (A): op cit P 225.

⁷⁵⁹- قرار رقم 14 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 8 يناير 2015 في الملف التجاري رقم 1-3-1006-2014 غير منشور.

⁷⁶⁰- DAUDIER DE CASSINI (J-D) : La responsabilité des dirigeants sociaux en cas de cession d'une filiale en difficulté, Gaz. Pal., recueil septembre-octobre, 2000 P 1637.

وفي هذا قضت محكمة النقض على أن "المحكمة مصدرية القرار المطعون فيه لما ثبت لها أن المطلوبين لم يحققوا أي مصلحة شخصية من وراء مواصليتهما الاستغلال رغم العجز الذي كانت تعاني منه الشركة نتيجة الاختلال المالي الكبير وقضت بإلغاء الحكم المستأنف جزئياً، والحكم من جديد بعدم قبول طلب تمديد المسطرة للمسيرين وتأبيده فيما عدا ذلك تكون قد بنت قضاءها على أساس سليم" (761).

ويبدو تمديد المسطرة للمسير تطبيقاً للمادتين 739 و740 من م ت استثناء على القواعد العامة في فتح المسطرة، وتبدو مظاهر هذا الاستثناء في أمرين:
الأول: هو عدم تطلب صفة التاجر في المسير الذي يتم التمديد إليه على خلاف القواعد العامة التي تتطلب في الشخص المدين الذي يتم فتح المسطرة في حقه أن يكون تاجراً. فالأهمية وفقاً للمادتين أعلاه تعطى للعمل نفسه الذي يقوم به المسير، وهو أن يكون مندرجاً ضمن الحالات المنصوص عليها بغض النظر عن صفة القائم به (762)، وهو ما نهجه القضاء في هذا الخصوص (763).

الثاني: ويتمثل في أنه لا يشترط في إجراء التمديد أن يكون المسير في حالة توقف عن دفع ديونه، بخلاف القواعد العامة في فتح المسطرة. فالمسير يمكن فتح المسطرة في حقه وفقاً لأحكام المادة 740 من م ت نتيجة التمديد في إجراء التسوية أو تصفية أموال المقولة حتى ولو كان موسراً وليس متوقفاً عن دفع الدين.

ومن هنا نكون أمام إجراءات للتسوية أو التصفية القضائية، أحدهما يتعلق بالمقولة المدينة وهو الإجراء الأساسي والثاني يمتد إلى المسير وهو الإجراء الثانوي. وبذلك يعد هذا التمديد للمسير امتداداً لإجراء التسوية أو التصفية القضائية الذي بدأ من قبل ضد المقولة، ويتضح ذلك من خلال التوقف عن الدفع، ذلك أن هذا الأخير يعد بالنسبة للمسير

⁷⁶¹ - قرار رقم 17 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18 يناير 2018 في الملف التجاري رقم 1-3-247-2015 غير منشور.

⁷⁶² - ARTZ (J-F) : L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, RTD com, 1975 N°10 P 13.

⁷⁶³ - انظر قرارات محكمة النقض المشار إليها بالهامش 755. وبخصوص القضاء الفرنسي انظر. cass.com, 16 juin 1987, Bull. Civ, IV, N°147, P111.

هو نفسه تاريخ التوقف عن الدفع الذي تم تحديده في إجراء التسوية أو التصفية القضائية للمقولة، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 741 من م ت على أن "تاريخ التوقف عن الدفع هو التاريخ المحدد في حكم فتح المسطرة اتجاه الشركة". وفي هذا قضت محكمة النقض على أن: "المحكمة لما أبدت الحكم المستأنف القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق المسير، واعتبار تاريخ توقفه عن الدفع هو نفس تاريخ التوقف المحدد بالنسبة للشركة..." (764).

ومن ثم فإن النص على تاريخ واحد للتوقف عن الدفع لكل من المسير والمقولة، يعد خير دليل على ارتباط الإجراء الذي يبدأ ضد المسير والإجراء الذي يبدأ ضد المقولة وعدم الاستقلال التام بينهما، ومن ثم إضافة مدين جديد وضمن عام جديد يضمن الوفاء للدائنين بديونهم.

ويمكن أن تمتد المسطرة إلى الوصي أو المقدم إذا تم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية ضد مقولة القاصر بسبب سوء إدارتهما وتسييرهما وذلك طبقاً للمادة 14 من مدونة التجارة التي نصت في فقرتها الأخيرة على أنه "في حالة فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية بسبب سوء تسيير الوصي أو المقدم يعاقب المعني منهما بالعقوبات المنصوص عليها في القسم الخامس من الكتاب الخامس من هذا القانون"، لكن بعد إلغاء الكتاب الخامس وتعديله بقانون 17-73 أصبحت العقوبات منصوصاً عليها في القسم السابع وليس القسم الخامس.

وإذا لاحظت المحكمة أثناء نظرها في ملف مقولة متوقفة عن الدفع أن ذمتها المالية تتداخل مع الذمة المالية لمقولة أو مقالات أخرى أمكن للسنديك أو رئيس المقولة أو النيابة العامة أن يطلب أحدهم من المحكمة تمديد فتح المسطرة إليها أو تقوم المحكمة بذلك تلقائياً⁽⁷⁶⁵⁾ وفي هذا الإطار سبق للمحكمة التجارية بالرباط أن مددت المسطرة إلى مقولة

⁷⁶⁴- قرار رقم 14 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 8 يناير 2015 في الملف التجاري رقم 1006-3-1-2014 غير منشور.

⁷⁶⁵- تنص المادة 585 من مدونة التجارة على أنه: "يمكن تمديد المسطرة إلى مقولة أو مقالات أخرى بسبب تداخل ذمتها المالية مع الذمة المالية للمقولة الخاضعة للمسطرة أو بسبب صورية الشخص

تداخلت ذمتها المالية مع مقولة أخرى وجاء في حكمها: "وحيث إن المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف ومستنداته تبين لها أن هناك تداخلا في الذمم المالية للمقاولات موضوع طلب التمديد مع المقاولتين المفتوحتين في حقهما مسطرة التسوية القضائية، وإن ما يؤكد تداخل هذه الذمم المالية هو أن التصريح بالضريبة على القيمة المضافة يتم عن نفس الرقم وكذلك بالنسبة للضريبة المهنية للأرباح وضريبة الباتانتا، كما أن الشركة موضوع طلب التمديد تمارس نفس النشاط" (766).

وفي هذا قضت محكمة النقض أيضا على أن "تمديد مسطرة معالجة الصعوبات المفتوحة في مواجهة مقولة ما، إلى مقولة أو عدة مقاولات أخرى، بسبب التداخل الحاصل في ذممهم المالية، الذي يحول التداخل دون التحديد الدقيق لأصولهم وخصوم كل واحدة منهم لا يترتب عنه بالضرورة فتح مساطر مستقلة لكل واحدة منهم مع ما يستتبع ذلك من مباشرة إجراءات بما فيها تصفية أصول وخصوم كل مقولة بصفة مستقلة، لتعلق الأمر بمسطرة واحدة تشملهم جميعا، ينشأ عنها تضامن بينهم في تصفية كافة خصومهم" (767).

كما يمكن فتح المسطرة في مواجهة المقولة الشركة التجارية سواء كانت تجارية بالشكل كما هو الأمر بالنسبة لشركات المساهمة والتضامن والتوصية البسيطة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، أو تعلق الأمر بشركة المحاصة عند ما يكون غرضها تجاريا، كما يمكن أن تخضع لذات المساطر المجموعات ذات النفع الاقتصادي ذات الغرض التجاري.

إضافة إلى شرط الصفة التجارية يستوجب أن تكون المقولة غير قادرة على سداد ديونها وهو ما نتناوله في النقطة الموالية.

الاعتباري يتم تمديد المسطرة بطلب من السنديك أو رئيس المقولة الخاضعة للمسطرة أو النيابة العامة أو تلقائيا من قبل المحكمة".

⁷⁶⁶ - حكم عدد 37 صادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 5-1-2000 في الملف رقم 5-35-1999 غير منشور.

⁷⁶⁷ - قرار عدد 171 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 5-5-2016 في الملف التجاري رقم 1-3-22-2015 غير منشور.

المطلب الثاني: التوقف عن الدفع

تنص المادة 575 من م ت على أنه: "تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقولة ثبت أنها في حالة توقف عن الدفع.

تنبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه".

وبذلك فالمشرع هو بصدد وضع شرط موضوعي أساسي لانطلاق معالجة صعوبات المقولة، وإن وجوده أو عدمه هو الذي يتحكم في قبول المحكمة للدعوى أو عدم قبولها، ومن ثم تتميز الصياغة التي جاءت بها المادة أعلاه فيما يخص تحديد التوقف عن الدفع بالمرونة الكافية، لتمكين المحكمة من التأكد من واقعة التوقف التي تختلف حسب كل قضية على حدة. ومع ذلك فإن واقعة التوقف، تتأكد من خلال مقابلة أصول المقولة بخصومها⁽⁷⁶⁸⁾، ذلك أن الديون المستحقة المعبر عنها في المادة 575 من م ت يجب أن تكون ديونا ثابتة وحالة ومطالب بها عجزت المقولة تسديدها، وهذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها "... وحيث إن التوقف عن الدفع كشرط موضوعي لتبرير فتح مساطر المعالجة يتعين أن تكون ديناً ثابتاً وحال الأداء ومطالباً به

⁷⁶⁸ - مفهوم الإحاطة في الفقه الإسلامي يعتبر شرطاً من شروط الإفلاس. وبذلك فالحق أن المدارس القانونية المقارنة ينبغي أن تعيد التاريخ للتوقف عن الدفع بمفهومه الحديث، بما يعيد للفقه الإسلامي سبقه بقرون إلى النص عليه بمذاهبه الأربعة، ذلك أن هذه الأخيرة قد أقامت القضاء بالإفلاس على أساس التقويم الشامل للذمة المالية للمدين لما استلزمت شرط الإحاطة، مقرر أن المدين لا يحجر عليه للإفلاس إلا إذا أحاطت الديون بمجموع ماله.

والفقه الإسلامي أقام نظرية الإحاطة على أساس التقويم الشامل للذمة المالية للمدين، تنبه جانب منه إلى قصور شرط الإحاطة عن تحقيق المقصد من سن نظام الإفلاس، فقال بلزوم الربط بين التقويم الشامل للذمة المالية للمدين وحسن إدارة الذمة المالية في تقدير ضرورة القضاء بالإفلاس أو صرف النظر عنه، متجاوزاً بذلك مجرد الربط بين واقعة التوقف عن الاداء والوضعية المالية للمقولة.

للمزيد من التوسع حول مفهوم الإحاطة راجع:

يوسف بورضى: مفهوم الإحاطة في الفقه الإسلامي المقارن نحو تجاوز المفهوم الحديث للتوقف عن الدفع، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري مجلة علمية نصف سنوية العدد التاسع/العاشر السنة الخامسة، شتاء/خريف 2017 ص 79 وما يليها.

وكون المقاوله أصبحت عاجزة عن سداد ديونها" (769). كما سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس ان قضت "بأن مجرد التوقف عن أداء الأقساط الحالة غير كاف ولا مبرر للحكم بالتسوية القضائية طالما أنه لم يثبت كون المقاوله أصبحت عاجزة عن سداد الديون وكونها أصبحت عاجزة عن إيجاد الحل المناسب لاسترجاع توازنها المالي لاستحالة مواجهة الخصوم عليها بأصولها القابلة للتصرف" (770). كما عرفت المحكمة التجارية بأكادير التوقف عن الدفع بأنه "عجز المقاوله عن أداء خصومها المستحقة والحالة بأصولها المتوفرة لديها والقابلة للتحصيل الفوري" (771).

كما قضت محكمة النقض على أن "الشركة أسست دعواها الرامية إلى فتح مسطرة التصفية القضائية في حقها على كونها أصبحت في وضعية مختلة بشكل لا رجعة فيه بسبب تعرضها خلال السنوات الأخيرة لخسائر مالية متتالية و عدم قدرتها على اختراق الأسواق الأجنبية و العتور على زبناء جدد، و استدلت لإثبات تلك الوضعية بتقرير الخبرة المنجزة بناء على قوائمها التركيبية و عند استئنافها الحكم الابتدائي ارتكزت في تأسيس مذكرة بيان أسباب طعنها على نفس الأسباب، مضيئة أنها صارت غير قادرة على أداء الديون التي لا زالت بدمتها، غير أن المحكمة، مصدرة القرار المطعون فيه أيدت الحكم المستأنف القاضي برفض الطلب دون أن تأخذ بعين الاعتبار عند بحثها في توفر عنصر التوقف عن دفع الديون من عدمه الوثائق المستدل بها أو تستبعدا بمقبول فجاء قرارها متسما بنقصان التعليل المعد بمثابة انعدامه" (772).

⁷⁶⁹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 10-11-2000 في الملف رقم 1270-2000-14 غير منشور.

⁷⁷⁰ - قرار رقم 43 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 24-9-2003 في الملف عدد 30-2003 غير منشور.

⁷⁷¹ - حكم رقم 14-2003 صادر عن المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 6-3-2003 في الملف رقم 07-2003 منشور بمجلة المرافعة عدد 14-15 ص 261.

⁷⁷² - قرار رقم 54 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 31 يناير 2019 في الملف التجاري رقم 1000-3-2018-1 غير منشور.

انظر في نفس الاتجاه القرار رقم 431 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 4 أكتوبر 2018 في الملف التجاري رقم 635-1-3-2018 غير منشور. والقرار رقم 514 الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 15 نونبر 2018 في الملف التجاري رقم 1076-1-3-2017 غير منشور، والقرار رقم 111 بتاريخ 2

و يقصد بهذه الديون المستحقة الديون التي يحق للدائن المطالبة بها دون أن تتوقف على أجل أو شرط⁽⁷⁷³⁾، و يستوي أن يكون الدين من حيث طبيعته مدنيا أو تجاريا ضئيلا أو كثيرا واحدا أو متعددًا، إلا أنه يجب أن يكون ثابتا و حالا و مطالبا به من قبل الدائن، ذلك أن المادة 575 من م ت أوردت الديون المستحقة المطالب بها دون أن تربط بين الكلمتين بأي أداة للعطف، مما يتعين أن يكون الدين مستحقا و مطالبا به في نفس الوقت، سواء أكانت المطالبة قضائية، أو غير قضائية، لعمومية عبارة الديون المستحقة المطالب بها في نص المادة أعلاه، و لعدم حسم المشرع في طبيعة هذه المطالبة.

ومن ثم فالمفهوم الاقتصادي الحديث للتوقف عن الدفع يتميز بعدم الوقوف عند الحدود الظاهرية للتوقف عن الدفع في مواعيد الاستحقاق، وإنما يبحث في أسباب ودوافع التوقف وفي المركز الحقيقي للتاجر المدين والمتوقف عن دفع ديونه، وهذا المفهوم يستند إلى معطيات ذات طابع اقتصادي أكثر منه قانوني، وهكذا أصبح يعتد حسب هذه النظرية بالوضعية المالية للمدين لبحث وضبط المظاهر الدالة على واقعة التوقف عن الأداء⁽⁷⁷⁴⁾. الشيء الذي جعل عملية التشخيص تتجاوز الأسباب الذاتية التقليدية لتشمل الكشف عن الظروف الموضوعية⁽⁷⁷⁵⁾.

وتجدر الملاحظة أن للقضاء سلطة في تقدير مفهوم التوقف عن الدفع والتأكد من توافره عند البث في طلبات التسوية، وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض : "لكن حيث أنه فضلا عن أن ما جاء في الوسيلة أثير لأول مرة أمام المجلس الأعلى فإنه يثبت من تعليقات القرار المطعون فيه أنه لم يعتمد تقرير السنديك المطلوب وإنما اعتمد تقرير خبرة أنجزت في الملف من طرف الخبير محمد فؤاد سحنون بناء على قرار تمهيدي بإجراء خبرة أصدرته

مارس 2017 في الملف التجاري رقم 867-1-3-2015 غير منشور. والقرار رقم 296 بتاريخ 1 يونيو 2017 في الملف التجاري رقم 1728-1-3-2016 غير منشور.

⁷⁷³ - Jean-François Martin: Redressement et liquidation judiciaires 7e édition, encyclopédie DELMAS 1999 p 78.

⁷⁷⁴ - عبد الكريم عباد: م س ص 46.

⁷⁷⁵ - فاتحة مشماش: الصفة العقابية للإفلاس، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون الخاص كلية الحقوق الرباط 1995 ص 22.

محكمة الاستئناف التجارية المطعون في قرارها الذي أدلى بتقرير استنتج فيه أن المقولة متوقفة عن مزاوله نشاطها، كما اعتمد القرار على كون الشركة لم تعزز ادعاءاتها بأي مستندات حسابية بل العكس من ذلك تثبت للمحكمة توقفها وأن وضعيتها ميؤوس منها وأن وضعيتها المالية لا يمكن علاجها إلا عن طريق التصفية القضائية فجاء القرار معللا تعليلا كافيا وسليما ومرتكزا على أساس ولم يخرق أي مقتضى والوسيلة على غير أساس⁽⁷⁷⁶⁾، وبذلك أصبحت المحاكم التجارية في إطار المفهوم الاقتصادي الحديث لا تقف عند حدود المظاهر المادية أو الخارجية للتوقف عن الأداء فقبل البت بصفة قطعية في القضايا المرفوعة إليها تصدر قرارات تمهيدية بإجراء خبرة وتطلب من الخبير الوقوف على الوضعية المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقولة، والتصريح ما إذا كانت متوقفة عن الدفع أم لا بسبب اختلال وضعيتها المالية، وهل هي مختلة أو ليست مختلة بشكل لا رجعة فيه، كما تطلب من الخبير أن يستمع إلى كل من يرى أقواله مفيدة، وكذا الدائنين والانتقال إلى المقولة ومعاينتها، كما أنه بالإضافة إلى الخبرة تصدر أحيانا إجراء تمهيديا ثانيا في الملف يقضي بإجراء بحث في النازلة⁽⁷⁷⁷⁾، وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض أنه: "من حق المحكمة إجراء خبرة لمعرفة حقيقة الوضعية المالية للشركة"⁽⁷⁷⁸⁾.

فضلا عن ذلك يجب على المحكمة أن تقرر ما إذا كانت وضعية المقولة غير مختلة أو مختلة بشكل لا رجعة فيه، لأن ذلك سيجري عليه نتيجة حكمها إما التسوية⁽⁷⁷⁹⁾، أو التصفية القضائية⁽⁷⁸⁰⁾، وفي هذا قضت المحكمة التجارية بطنجة بأن "وضعية الشركة

⁷⁷⁶ - قرار عدد 1687 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 31-12-2008 في الملف التجاري عدد 547-3-2008-1 مشار إلى عند عمر أزوكار: م س ص 9.

⁷⁷⁷ - محد قرطوم: سلطة المحكمة في خلق توازن بين حقوق المدين والدائن بمناسبة فتح مسطرة معالجة صعوبات المقولة، مجلة المحاكم التجارية العدد الأول مطبعة فضالة المحمدية 2004 ص 63.

⁷⁷⁸ - قرار محكمة النقض عدد 1328 بتاريخ 23-10-2002 في الملفين المضمومين عدد 304-3-2-2001 و 01-3-1-2002. منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 149 ص 264 وما بعدها.

⁷⁷⁹ - تنص المادة 583 من م ت على أنه: "تقضي المحكمة، بالتسوية القضائية إذا تبين لها أن وضعية المقولة ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه وإلا فتقضي بالتصفية القضائية".

⁷⁸⁰ - تنص الفقرة الأولى من المادة 651 من م ت على أنه: "تفتتح المحكمة مسطرة التصفية القضائية تلقائيا أو بطلب من رئيس المقولة أو الدائن أو النيابة العامة إذا تبين لها أن وضعية المقولة مختلة بشكل لا رجعة فيه".

تتحسن، وبأنها ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه، وإنها تعاني من صعوبات تتمثل في بيع بعض الكميات من المنتج بأقل تكلفة وارتفاع المخزون لذلك فإنها ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه، مما يعني الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية⁽⁷⁸¹⁾. كما قضت نفس المحكمة على أن "الشركة متوقفة عن الدفع ومختلفة بشكل لا رجعة فيه، كما أنها متوقفة عن نشاطها ومقفلة وإن إعادة استغلالها شبه مستحيلة"⁽⁷⁸²⁾، كما قضت محكمة النقض: "أن محكمة الاستئناف وفي إطار سلطتها التقديرية في تقييم الحجج والتي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل التي أيدت الحكم الابتدائي القاضي بالتصفية القضائية بعدما تبين من تقرير السنديك المعين في النازلة تعذر عليه القيام بمهامه الرئيسية بسبب عدم استجابة رئيس المقاوله لدعواته للحضور خاصة والمقاوله متوقفة عن العمل منذ 1998 ولا يوجد بها أي عامل وأن وضعيتها الاقتصادية بلغت سنة 2000 ناقص 1977259,30 درهم وأن الديون المصرح بها بلغت 3765965,16 درهما وأنه يستحيل استمرار المقاوله التي أدلت بمحضر لمحاولة إثبات أنها لازالت تباشر عملها، فقام السنديك بزيارتها للتأكد مما دون به بمعية كاتب الضبط ومقدم الشرطة اللذين وقعا معه محضرا فوجدوا مقرها مغلقا تكون قد استخلصت وعن صواب أن المحضر المدلى به من طرف المستأنفة لا يعكس جديتها في وضعيتها الحالية وأن تقرير السنديك يبقى قائما واعتبرت إن وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه مما يبرر وضعها تحت التصفية القضائية وبالتالي لم يخرق قرارها أي مقتضى"⁽⁷⁸³⁾. كما قضت أيضا بأنه "لكن حيث أن المادتين 568 و 619 من م ت تشيران إلى صلاحية المحكمة لفتح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية في حق المقاوله بالنظر لوضعيتها ما إذا كانت مختلفة بشكل لا رجعة فيه أم لا، وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أيدت الحكم القاضي بتصفية المقاوله بعدما تأكد لها من الوثائق المحاسبية أن

⁷⁸¹- حكم رقم 816 صادر عن المحكمة التجارية بطنجة بتاريخ 14-7-2005 في الملف رقم 04-10-8 غير منشور.

⁷⁸²- حكم رقم 975 صادر عن المحكمة التجارية بطنجة بتاريخ 29-9-2005 في الملف رقم 04-10-32 غير منشور.

⁷⁸³- قرار عدد 1289 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 24-11-2004 في الملف التجاري عدد 1732-2003-2-3 أورده الأستاذ محمد لفرجي: التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقاوله سلسلة دراسات قانونية معمقة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 145 وما بعدها.

لا أصول لها إطلاقاً وأن خصومها فائقة، وأن وضعيتها مختلة بشكل لا رجعة فيه وأنه لا يوجد بالملف ما يفيد وجود إمكانيات جدية لتسوية وضعيتها المالية وبسداد خصومها وأنها متوقفة عن الدفع منذ سنة 1996 مما لم يخرق معه قرارها أي مقتضى والفرع من الوسيلة على غير أساس" (784).

كما قضت محكمة النقض أيضاً على أن "المحكمة لما قضت بفتح مسطرة التصفية القضائية ثبت لها أن الشركة لا تتوفر على إمكانيات جدية تتيح لها الاستمرار ووصفها لوضعيتها بأنها مختلة بشكل لا رجعة فيه مستندة في ذلك إلى تقرير الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقولة، المعد من طرف السنديك الذي اعتمد على معطيات حقيقية أثبتت استهلاكها لرأسمالها و عدم كفاية قيمة أصولها لتغطية ديونها المصرح بها و توقفها عن ممارسة نشاطها و عدم مسكها لمحاسبة منتظمة، و هي عناصر أكدت لها الخبرة المنجزة استئنافية التي أثبتت لها على ضوء دراستها للقوائم التركيبية للشركة اختلال وضعيتها بشكل لا رجعة فيه، فتكون بمنهجها المذكور قد تأكدت من توفر الشروط القانونية التي توجب اختيار التصفية القضائية كحل يتناسب مع وضعيتها الشركة" (785).

ومن هنا يتبين أن القضاء لم يعد يتحدث عن التوقف عن الدفع كحالة توقف عابرة عن السداد، وإنما أصبح يتحدث عن الصعوبات التي تعترض المقولة وتحديد درجة خطورة هذه الصعوبات وذلك لتحديد الاختيار المسطري المناسب، لأن المشرع في الكتاب الخامس أعطى للمحكمة سلطة في اختيار المسطرة التي تناسب وضعيتها المقولة، ذلك أنه إذا كانت هذه الأخيرة متوقفة عن الدفع وغير مختلة بشكل لا رجعة فيه فإنها تطبق مسطرة التسوية القضائية، أما إذا كانت متوقفة عن الدفع ومختلة بشكل لا رجعة فيه فإنها تطبق عليها مسطرة التصفية القضائية، وبالتالي يجب أن يكون حكمها القاضي بإحدى المسطرتين معللاً تعليلاً كافياً وذلك حتى لا يكون مآله الإلغاء من طرف محكمة الاستئناف التجارية عند استئنافه،

⁷⁸⁴ - قرار عدد 279 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 12-3-2008 في الملف التجاري عدد 759-3-1-2004 مشار إليه عند عمر أزوكار: م س ص 16.

⁷⁸⁵ - قرار عدد 161 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 23 مارس 2017 في الملف التجاري عدد 1274-3-1-2015 غير منشور.

لأن كل حكم يجب أن يكون معللا تعليلا سليما مبنيا على أدلة واقعية وحجج قانونية صحيحة. كما أن التعليل يساعد حقيقة على إقناع الخصوم بعدالة الأحكام وتحقيق الاحترام اللازم لها فيما بينهم، كما أنه يشكل ضمانا قوية بالنسبة للمتقاضي كي يعتمد في طعنه في هذه الأحكام على التعليلات والمبررات والأسباب التي اعتمدها القاضي⁽⁷⁸⁶⁾. كما يجب أن يكون تعليل الحكم مقدمة منطقية لمنطوقة، لأن التعليل أو الأسباب هي الدعامة التي يقوم عليها الحكم، ويشترط أن يكون من شأنها أن تؤدي منطقيا إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم، لأن ما يورده القاضي في تعليل حكمه يكفي لاستخلاص المنطوق الذي انتهى إليه وأن المنطوق يجد في التعليل ما يمكن تأسيسه عليه لأنه في تناقض الأسباب مع المنطوق يرجع ذلك إلى عدم منطقيته بالنظر إلى الأسباب التي يقوم عليها وهذا يشكل عيب التعليل.

وبذلك فإن حكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، يتعين أن يأتي شارحا وباسطا لجميع الوقائع والمعطيات التي تفيد توفر الشروط اللازمة لذلك، وأن يأتي متضمنا لكافة الطلبات والدفعات المقدمة سواء من طرف رئيس المقولة أو الدائنين أو المتدخلين في الدعوى أو غيرهم، وكذا لكافة الإجراءات التي قامت بها المحكمة من أجل معرفة الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والمالية الحقيقية للمقولة المعنية وأن تتضمن بناء على ذلك كل التعليلات والتبريرات والشروحات التي اعتمدها المحكمة لإصدار حكمها⁽⁷⁸⁷⁾.

⁷⁸⁶-M. Noël: «les motifs dans les décisions des juridictions administratives» RDP 1924 p350.

مشار إليه عند عبد الكريم المساوي: م س ص 221.
⁷⁸⁷- علال فالي: م س ص 144-145.

المبحث الثاني: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع

إن المحكمة تقوم بإصدار حكم بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، بعد أن يثبت لها توقف المدين عن دفع ديونه المستحقة واستيفاء هذا التوقف عناصره المكونة له وتضمينه في حكمها بعد تحديده، إلا أنها أحيانا قد تغفل عنه ويتبع ذلك صدور حكم لاحق بتحديدته، وبذلك يكتسب موضوع تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وتعديله أهمية خاصة، ذلك أن هذا التاريخ هو الحد الفاصل بين نفاذ أو عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين خلال فترة الريبة، كما أن هذا التحديد يبقى قابلا للتعديل إلى حين اكتسابه الدرجة القطعية.

وبذلك نتساءل ما هي طرق تحديد تاريخ التوقف عن الدفع؟ وما هو حكم هذا الإغفال على حكم فتح المسطرة؟ وهل يجوز للمحكمة أن تحدده بحكم لاحق أم لا تحدده أصلا؟ وكيف يتم تحديد هذا التاريخ في حالة وفاة المدين أو اعتزاله التجارة؟

للإجابة عن هذه الأسئلة ولأهمية تحديد هذا التاريخ والنتائج المترتبة عليه سنحاول بيان طرق تحديد تاريخ التوقف عن الدفع (المطلب الأول) كما أن المشرع ترك للمحكمة إمكانية تغيير هذا التاريخ وفق طريقة معينة وداخل أجل معين (المطلب الثاني) الأمر الذي يجعل من تاريخ التوقف عن الدفع المعين بمقتضى الحكم الصادر تاريخا مؤقتا وأوليا وذلك إلى غاية انتهاء الأجل الذي يمكن فيه طلب تغييره.

المطلب الأول: طرق تحديد تاريخ التوقف عن الدفع

نظرا لكون التوقف عن الدفع شرطا رئيسيا لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية وكذلك اعتباره شرطا لتحديد تاريخ فترة الريبة⁽⁷⁸⁸⁾، نرى المشرع المغربي في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 713 من م ت قد نص على أنه: "يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز في جميع الأحوال ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة.

إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم".

788 - تنص المادة 712 من م ت على أنه: "تبتدئ فترة الريبة من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة، تضاف إليها مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود".

ومما يستفاد من الفقرتين أعلاه أن المحكمة التجارية التي تقضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في مواجهة المدين يمكنها إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة (الفقرة الأولى) ويمكن اعتبار تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة تاريخا للتوقف عن الدفع وذلك في حالة ما إذا لم يعين هذا الحكم أي تاريخ للتوقف عن الدفع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى ثمانية عشر شهرا السابقة لصدور الحكم بفتح المسطرة

إن دعوى فتح التسوية أو التصفية القضائية ليست دعوى خصومة عادية، بل هي دعوى إجراءات ومساطر هدفها إثبات حالة معينة في زمن معين، ولهذا فإن الحكم الصادر فيها لا يفصل في نزاع بقدر ما يقرر حالة معينة، وهي وجود المدين في حالة توقف عن دفع ديونه وهذا ما يؤكد أهمية تحديد التاريخ⁽⁷⁸⁹⁾.

وتعتمد المحكمة إلى محاولة الوقوف حول التاريخ التقريبي للتوقف عن الدفع متى كانت العناصر اللازمة لتحديد هذا التاريخ غير متوفرة، لذلك نرى أن أغلب التشريعات نصت على قيام المحكمة بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع في حكم فتح المسطرة، بالرغم من أن بعضها نصت صراحة واعتبرته تحديدا مؤقتا كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري في المادة 84 من قانون رقم 11 لسنة 2018 والتي جاء فيها"، تحدد المحكمة في حكم شهر الإفلاس تاريخا مؤقتا للتوقف عن الدفع"، ذلك أن المحكمة عند إصدارها للحكم قد لا تجد في أوراق الدعوى ومستنداتها ما يعينها على تحديد تاريخ التوقف الحقيقي عن الدفع على وجه محدد، وفي هذا الإطار حددت محكمة بداءة الرصافة تاريخ التوقف عن الدفع وقضت على أنه تاريخا مؤقتا عن الدفع⁽⁷⁹⁰⁾، وهو الشيء الذي أكدت عليه محكمة التمييز العراقية حيث صادقت على التاريخ المحدد من قبل المحكمة للتوقف عن الدفع وقضت بأنه تاريخ

⁷⁸⁹- لحسن زهران: م س ص 102.

⁷⁹⁰- حكم محكمة بداءة الرصافة بتاريخ 1-8-1995 أورده سميعة عبد الله مصطفى: فترة الريبة دراسة مقارنة مطابع شتات 2011 هامش رقم 1 ص 124.

مؤقت للتوقف (791).

ومما يلاحظ على مستوى الواقع العملي أن التوقف عن الدفع يكون سابقا عن تاريخ صدور حكم فتح المسطرة، وكذا عن تاريخ تقديم طلب فتح المسطرة، وهكذا إذا ظهر للمحكمة أن تاريخ التوقف عن الدفع يمتد إلى تاريخ سابق وبعيد، فإن المدة المعتد بها طبقا للفقرة الأولى من المادة 713 من م ت هي ثمانية عشر شهرا السابقة لحكم فتح المسطرة، حتى وإن ثبت للمحكمة أن واقعة التوقف عن الدفع تعود لمدة أطول عن ثمانية عشر شهرا فإن تاريخ التوقف عن الدفع لا يمكن أن يتجاوز هذه المدة.

واعتماد حكم فتح المسطرة بإرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى ثمانية عشر شهرا السابقة لصدور حكم فتح المسطرة، يفسر وخلافا للقاعدة العامة، رجعية هذا الحكم ليشمل وقائع سابقة عن صدوره وذلك حفاظا على المصلحة العامة للدائنين، لأن المدين قد يقوم خلال المدة الواقعة بين توقفه عن دفع ديونه وبين صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية ببعض التصرفات التي تضربهم مما قد يعرض معاملاتهم إلى عدم الصحة في إطار أحكام التصرفات التي يجريها المدين خلال فترة الريبة حيث يتهدها خطر البطلان الوجوبي⁽⁷⁹²⁾ أو الجوازي⁽⁷⁹³⁾.

وبذلك فتحديد المدة التي يمكن للمحكمة أن ترجع إليها تاريخ التوقف عن الدفع هي ثمانية عشر شهرا السابقة عن حكم فتح المسطرة، فإن هذه الفترة قد تصل بالنسبة لبعض العقود إلى أربعة وعشرين شهرا السابقة لتاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة وذلك تطبيقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 714 من م ت⁽⁷⁹⁴⁾.

وإذا كانت التشريعات، ومن ضمنها التشريع المغربي، قد منحت للمدين حق طلب

⁷⁹¹- قرار محكمة التمييز العراقية رقم الإضبارة 421/س/1985-1986 أورده سميعة عبد الله مصطفى م س هامش رقم 1 ص 124.

⁷⁹²- تنص الفقرة الأولى من المادة 714 من م ت على أنه: "يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع".

⁷⁹³- تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من م ت على أنه: "يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في السنة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع".

تنص المادة 715 من م ت على أنه: "يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع".

⁷⁹⁴- انظر الهامش رقم 792 أعلاه.

فتح المسطرة وبيان أسباب توقفه عن الدفع وتحديد هذا التاريخ، فإنها اعتبرت واجبا قانونيا وأخلاقيا لاعتبارات عدة : منها أن المدين هو أكثر الناس إماما بحقيقة وضعه المالي، ومن هنا كان لزاما عليه أن يطلب فتح المسطرة وأن يحدد تاريخ توقفه عن الدفع، وأوجب تقديم هذا الطلب خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ توقفه عن الدفع⁽⁷⁹⁵⁾، وبخلافه يجوز اعتباره مسؤولا بمرر فتح المسطرة اتجاه المسؤول عن هذا الإخلال⁽⁷⁹⁶⁾، ونفس الموقف أكدته البند الأول من المادة 745 من م ت م في باب سقوط الأهلية التجارية التي جاء فيها بأنه : "يجب على المحكمة أن تضع يدها في جميع مراحل مسطرة التسوية أو التصفية القضائية من أجل النطق بالحكم عند الاقتضاء بسقوط الأهلية التجارية عن كل شخص ذاتي تاجر يثبت في حقه أحد الأفعال التالية : - مواصلة استغلال به عجز بصفة تعسفية من شأنه أن يؤدي إلى التوقف عن الدفع"، كما أكد البند الرابع من المادة 747 من نفس المدونة على أنه : "يجب على المحكمة أن تضع يدها في جميع مراحل المسطرة من أجل النطق بالحكم عند الاقتضاء بسقوط الأهلية التجارية عن كل مسؤول بمقولة ثبت في حقه أحد الأفعال التالية: إغفال القيام بتقديم طلب فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التوقف عن الدفع".

إلا أنه قد يحدث أن لا يبادر المدين إلى تقديم طلب فتح المسطرة مما يعني تحقيق الضرر بمصالح الدائنين، لذلك رأى المشرع أن يزيد في ضمانات الدائنين لحصولهم على أكبر نسبة من حقوقهم، وذلك بمنحهم طلب الحكم بفتح المسطرة في مواجهة مدينهم⁽⁷⁹⁷⁾،

⁷⁹⁵ - تنص المادة 576 من م ت م على أنه: "يجب على رئيس المقولة أن يطلب فتح مسطرة التسوية القضائية في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ توقف المقولة عن الدفع".

⁷⁹⁶ - ينص البند الرابع من المادة 740 من م ت م على أن: "في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما يجب على المحكمة أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول يمكن أن يثبت في حقه إحدى الوقائع التالية:

مواصلة استغلال به عجز بصفة تعسفية لمصلحة خاصة من شأنه أن يؤدي إلى توقف الشركة عن الدفع".

⁷⁹⁷ - عزيز العليكي: الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد، أحكام الافلاس مطبعة دار السلام الطبعة الأولى 1973 ص 72.

- تنص الفقرة الأولى من المادة 578 من م ت م على أنه: "يمكن فتح المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين كيف كانت طبيعة دينه".

وبذلك يمكننا القول بحق الدائن بطلب تحديد تاريخ التوقف عن الدفع قياسا على منحه حق طلب فتح المسطرة، باعتبار أن حقه في طلب تحديد تاريخ التوقف ناشئ عن حقه الثابت في طلب فتح المسطرة في مواجهة مدينه، وهو التوجه الذي نهجته محكمة النقض المغربية في قرارها من أن "اعتبارا لأن الدائن طالب فتح المسطرة هو الملزم بإثبات أن المدين المدعى عليه بات في وضعية مختلفة بشكل لا رجعة فيه، وإثبات توقفه عن الوفاء بالتزاماته، ولا يمكن للمحكمة أن تصنع له الدليل المثبت لذلك بواسطة خبرة، كما أن عدم بيان المقاوله لأسباب امتناعها عن الوفاء بدین الطالبة وتخلف رئيسها عن الحضور للجلسة التي أدرجت بها القضية رغم إنذاره بذلك لا يمكن اعتباره إقرارا ضمنيا بالتوقف عن الدفع والعجز عليه عملا بالفصل 406 من ق ل ع ما دام أن الأمر يتعلق بمسطرة تخضع لقواعد خاصة"⁽⁷⁹⁸⁾. وطالما أن المشرع منح المحكمة سلطة فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تلقائيا⁽⁷⁹⁹⁾، فمن باب أولى منحها أيضا سلطة تحديد تاريخ التوقف عن الدفع من تلقاء نفسها، باعتبار أن سلطتها في التحديد من تلقاء نفسها مستندة إلى سلطتها الثابتة في فتح المسطرة تلقائيا، وتبرير ذلك يكمن في أن المحكمة التي تقضي بفتح المسطرة في مواجهة المدين ستكون على اطلاع كامل على حالته المالية، وكذلك لها من الأدلة ما يمكنها من تحديد تاريخ التوقف عن الدفع تحديدا دقيقا.

وعلى هذا الأساس فإن مدة ثمانية عشر شهرا المذكورة تعتبر مدة معقولة بعدما تم الاحتفاظ بنفس المدة منذ سنة 1996⁽⁸⁰⁰⁾، ذلك أنه يمكن للمحكمة التي وضعت يدها على المسطرة أن تطبق هذه المدة في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وخاصة عندما تكون الديون المتوقف عن دفعها كثيرة ومتعددة المصادر⁽⁸⁰¹⁾، ولعل ما يؤكد ذلك أن تطبيقا من هذا القبول

⁷⁹⁸- قرار محكمة النقض عدد 128 الصادر بتاريخ 5 مارس 2015 في الملف التجاري عدد 937-3-1-2014 غير منشور.

⁷⁹⁹- تنص الفقرة الثالثة من المادة 578 من م ت على أنه: "يمكن للمحكمة أيضا أن تضع يدها على المسطرة إما تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة أو من رئيس المحكمة في إطار ما تخوله له الوقاية الخارجية من اختصاصات".

⁸⁰⁰- تنص المادة 680 من م ت في فقرتها الأولى الملغاة على أنه: "يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز في جميع الأحوال الثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة".

⁸⁰¹- حكم المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 7-4-1999 في الملف عدد 98/1 منشور بمجلة الحدث القانوني العدد 17 يونيو 1999 ص 17.

قد أبان عن نتائج لا بأس بها في العديد من الدول الأوروبية التي تتضمن تشريعاتها مقتضيات تسمح للمحكمة بإرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى ثمانية عشر شهرا السابقة لتاريخ صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية (802).

غير أنه إذا لم يحدد حكم فتح المسطرة تاريخا محددا للتوقف عن الدفع فإنه يمكن اعتبار تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تاريخا للتوقف عن الدفع وهو ما نبهته في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: اعتبار تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة تاريخا للتوقف عن الدفع

ورد في الفقرة الثانية من المادة 713 من م ت أن بداية التوقف عن الدفع تعتبر من تاريخ الحكم القاضي بفتح المسطرة وذلك في حالة ما إذا لم تعين المحكمة بموجب هذا الحكم أي تاريخ لتوقف المدين عن دفع ديونه، حيث يعتبر تاريخ صدور الحكم تاريخا للتوقف عن الدفع، وينتج من تاريخ صدوره كافة الآثار القانونية التي تترتب على واقعة التوقف عن الدفع، ومنها على الخصوص تحديد فترة الرتبة، وهو نفس المقتضى الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 85 من القانون المصري (803). إلا أنه لا يمكن تصور تزامن التوقف عن الدفع مع تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، ففي هذه الحالة تنعدم فترة الرتبة وتنحصر فقط في فترة الرتبة القانونية وهي المدة المضافة إلى فترة الرتبة بحكم القانون وهي ستة أشهر بالنسبة لبعض العقود وفق التشريع المغربي (804). مما يؤدي إلى اندماج

⁸⁰²- P. DENIER : « Le caractère suspect de l'absence de période suspecte » DALLOZ 1993 P255.

⁸⁰³- تنص الفقرة الثانية من المادة 85 من قانون رقم 11 لسنة 2018 المصري على أنه: "وإذا لم يعين في حكم شهر الإفلاس التاريخ الذي توقف فيه المدين عن الدفع اعتبر تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس تاريخا مؤقتا للتوقف عن الدفع".

⁸⁰⁴- تنص المادة 712 من م ت على أنه: "تبتدئ فترة الرتبة من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة تضاف إليها مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود". تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من م ت على أنه: "يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع".

التاريخين أي تاريخ صدور حكم فتح المسطرة وتاريخ فترة الرتبة⁽⁸⁰⁵⁾. غير أن الحكم القاضي بفتح المسطرة لا يمكن أن يصدر يوم التوقف عن الدفع، ما دام أن هناك عدة إجراءات يتعين على المحكمة التجارية المرفوع إليها طلب فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية القيام بها قبل البث في هذا الطلب⁽⁸⁰⁶⁾، بل إن شرط التوقف عن الدفع شرط لازم لطلب فتح المسطرة وإن المشرع يقر بأن تاريخ التوقف عن الدفع يكون دائماً سابقاً لتاريخ الحكم وهو ما أكدته في المادة 576 من مدونة التجارة من أنه يجب على رئيس المقولة أن يقدم طلبه الرامي إلى فتح المسطرة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوماً من تاريخ التوقف عن الدفع.

غير أن هناك حالات لا يمكن فيها أن يكون تاريخ صدور حكم فتح المسطرة هو تاريخ التوقف عن الدفع، ويتعلق الأمر بالتاجر المتوفى والتاجر المعتزل للتجارة. في حالة صدور حكم بفتح المسطرة بعد وفاة المدين أو بعد اعتزاله التجارة ولم تحدد المحكمة تاريخاً للتوقف عن الدفع، فإن تاريخ الوفاة وكذلك تاريخ الاعتزال يعتبر تاريخاً للتوقف عن الدفع، ذلك لأن من شروط المسطرة أن يكون المدين قد توقف عن الدفع قبل وفاته أو قبل اعتزاله التجارة، وهذا مما لا يجوز معه جعل تاريخ صدور الحكم وهو لا يصدر إلا بعد الوفاة أو بعد الاعتزال تاريخاً للتوقف عن الدفع.

وإذا كان يلزم لفتح المسطرة أن تجتمع في المدين صفة التاجر وحالة التوقف عن الدفع، وبعبارة أخرى أن يكون المدين تاجراً في الوقت الذي توقف فيه عن دفع ديونه، فإن أهم تطبيق لهذا المبدأ يتعلق بالتاجر الذي توفي أو اعتزل التجارة، ولذلك تنص المادة 579 من م ت على أنه: "يمكن فتح المسطرة ضد تاجر وضع حداً لنشاطه أو توفي وذلك داخل أجل سنة من تاريخ وضعه حداً لنشاطه أو داخل أجل ستة أشهر من تاريخ وفاته إذا كان التوقف عن الدفع سابقاً لهذه الوقائع"، ويخلص من هذا النص أنه يجوز فتح المسطرة بعد

⁸⁰⁵- أحمد محمود خليل: الإفلاس التجاري والإعسار المدني منشأة المعارف الإسكندرية 1994 ص 135.
علي جمال الدين عوض ومحمود سمير الشرقاوي: الإفلاس الجزء الثاني دار النهضة العربية القاهرة 1975 ص 456.

⁸⁰⁶- أحمد لفروجي: التوقف عن الدفع م س ص 112.

وفاة التاجر أو اعتزاله التجارة إذا كان قد توقف عن الدفع قبل الوفاة أو الاعتزال وأن يتم طلب فتح المسطرة خلال السنة من الاعتزال أو داخل أجل ستة أشهر من تاريخ الوفاة، في حين كانت المادة 564 من م ت الملغاة تحدد مدة محددة وهي سنة للحالتين (807).

وذهب بعض الفقه في تبرير هذه المدة في حالة الوفاة، بأنها رغبة من المشرع في احترام ذكرى المتوفى وحتى لا يظل مركز الورثة معلقا لمدة طويلة محوطا بالشك فيما يتعلق بمصير الشركة، على أن هذا التبرير لا يصدق في حالة اعتزال التجارة (808).

وقد اعتبرت الفقرة الثالثة من المادة 85 من القانون المصري أن تاريخ الوفاة أو اعتزال التجارة تاريخا مؤقتا للتوقف عن الدفع (809)، ولا بد أن يكون هذا التاريخ بداهة سابقا على صدور حكم فتح المسطرة لأن الحكم يكون قد صدر بعد وفاة التاجر أو اعتزاله التجارة حال توقفه عن الدفع، وينطبق الحكم المشار إليه أعلاه على الشريك المتضامن الذي ينسحب من الشركة إذ يجوز فتح المسطرة ضده إذا كانت الشركة في حالة توقف عن الدفع قبل انسحابه، وفي هذا تنص المادة 580 من م ت على أنه: "يمكن فتح المسطرة ضد شريك متضامن داخل سنة من تاريخ انسحابه من شركة التضامن عندما يكون توقف الشركة عن الدفع سابقا لهذا الانسحاب".

ومن هنا فالتاجر الذي وضع حدا لنشاطه التجاري أو الذي توفي داخل سنة من الاعتزال أو ستة أشهر من الوفاة أو الشريك المتضامن داخل سنة من تاريخ انسحابه، لا يمكن الرجوع إليه إذا كان التوقف عن الدفع قبل تحقق هذه الوقائع، لأن المدد المحددة هي مدد سقوط يترتب على فواتها سقوط الحق في طلب فتح المسطرة، لأن الدائن إذا ما سقط دينه لسبب قانوني لا يعود من حقه التقدم بطلب فتح المسطرة، وبالتالي فهذه المدد لا تخضع

⁸⁰⁷ - تنص المادة 564 من م ت الملغاة على أنه: "يمكن فتح المسطرة ضد تاجر أو حرفي وضع حدا لنشاطه أو توفي داخل سنة من اعتزاله أو من وفاته إذا كان التوقف عن الدفع سابقا لهذه الوقائع".

⁸⁰⁸ - مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق: أصولا لإفلاس مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية طبعة 2016 ص59.

⁸⁰⁹ - تنص الفقرة الثالثة من المادة 85 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري على أنه: "وإذا صدر حكم شهر الإفلاس بعد وفاة المدين أو بعد اعتزاله التجارة ولم يعين فيه تاريخ التوقف عن الدفع اعتبر تاريخ الوفاة أو اعتزال التجارة تاريخا مؤقتا للتوقف عن الدفع".

للأحكام المتعلقة بوقف التقادم وانقطاعه⁽⁸¹⁰⁾.

ونظرا لصعوبة الوقوف عند التاريخ الدقيق للتوقف عن الدفع، فإن المشرع أعطى للمحكمة سلطة تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات وهو ما نبحتة في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إمكانية تغيير تاريخ التوقف عن الدفع المحدد في الحكم القاضي بفتح المسطرة

إن المشرع وهو بصدد معالجته لموضوع تغيير تاريخ التوقف عن الدفع قد خرج عن حكم القواعد العامة من نواحي عدة، فهو اعتبر هذا التاريخ تحديدا مؤقتا بغض النظر عما إذا كان تم تحديده في حكم فتح المسطرة ذاته أو في حكم لاحق، وبالتالي فإن جواز تعديله يبقى محتملا وقائما لحين اكتساب حكم فتح المسطرة أو حكم التحديد الدرجة القطعية، ذلك أن الحكمة من تحديد تاريخ مؤقت للتوقف عن الدفع وليس تاريخا نهائيا أن المحكمة وهي تقضي بفتح المسطرة قد لا تسعفها أوراق الدعوى ومستنداتها في تحديد التاريخ الدقيق للتوقف عن الدفع. ولذلك أجازت المادة 713 من م ت تعديل هذا التاريخ مرة أو عدة مرات، ومن ثم يتعين الوقوف على من الذي يطلب تعديل تاريخ التوقف عن الدفع (الفقرة الأولى) وعلى ميعاد تعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجهة التي لها حق طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع

تنص الفقرة الثالثة من المادة 713 من م ت على أنه: "مع مراعاة مقتضيات الفقرة الأولى أعلاه يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات وذلك بطلب من السنديك"، وهو نفس المقتضى الذي كانت تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 680 من م ت الملغاة. وبذلك فالمشرع المغربي قد جعل هذا الحق محصورا في السنديك وحده دون غيره في تقديم الطلب الرامي إلى تغيير تاريخ التوقف عن الدفع المحدد في الحكم القاضي بفتح المسطرة أو في الحكم اللاحق له، لأن السنديك هو الجهة المعول عليها في جل الإجراءات

⁸¹⁰ عرض المشرع لأسباب وقف التقادم في الفصول 378-379-389 من قانون الالتزامات والعقود. عرض المشرع لأسباب قطع التقادم في الفصلين 381 و382 من قانون الالتزامات والعقود.

التي تهم المقاوله بعد حكم فتح المسطرة القضائية، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي أعطى الحق للمحكمة في تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، إما بناء على طلب من المتصرف المعين من طرفها لتسيير المسطرة أو من الوكيل القضائي أو النيابة العامة⁽⁸¹¹⁾، بخلاف النص الفرنسي الملغى الذي كان يوسع من دائرة الجهات التي كان لها الحق في طلب التعديل، وذلك إما من طرف المحكمة تلقائيا وإما بناء على طلب من المتصرف المعين أو من ممثل الدائنين أو من المصفي أو من وكيل الجمهورية⁽⁸¹²⁾. كما أن المشرع العراقي منح المحكمة من تلقاء نفسها أو المدين أو أحد الدائنين أو السنديك أو غيرهم من ذوي المصلحة تعديل تاريخ التوقف عن الدفع⁽⁸¹³⁾. إلا أن التشريع التجاري العراقي بالرغم من أنه لم يمنح المحكمة سلطة فتح المسطرة -شهر الإفلاس- من تلقاء نفسها إلا أنه منحها سلطة تعديل تاريخ التوقف عن الدفع من تلقاء نفسها ولو لم يقدم إليها طلب بهذا الصدد. فضلا عن أنه وسع كثيرا من الجهات المؤهلة لتقديم طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، وذلك من طرف المدين أو أحد الدائنين أو غيرهم من ذوي المصلحة. وبذلك أجاز للدائن بصورة انفرادية تقديم طلب التغيير بالرغم من أن بعض الفقه لا يؤيد منح الدائن حق تقديم الطلب بصورة انفرادية لتحقيق مصلحة خاصة به، إلا أن هذا الرأي لم يستند على أي أساس⁽⁸¹⁴⁾، كما لم تسعفه النصوص التشريعية التي منحت حق التعديل للدائنين دون الأخذ بعين الاعتبار

⁸¹¹- ART, L.631-8 Alinéa 3 et 4 : « Le tribunal est saisi par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public. Elle se prononce après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur.

La demande de modification de date doit être présentée au tribunal dans le délai d'un an après le jugement d'ouverture de la procédure ».

⁸¹²- نصت الفقرة الثانية من المادة 9 من القانون الفرنسي لسنة 1985:

« Elle se prononce d'office ou à la demande de l'administrateur, représentant des créanciers du liquidateur ou du procureur de la république, la demande de la modification de date doit être présentée au tribunal ».

⁸¹³ - تنص المادة 578 من قواعد الإفلاس العراقي على أنه : " يجوز للمحكمة من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب المدين أو أحد الدائنين أو امين التفليسة أو غيرهم من ذوي المصلحة تعديل التاريخ المؤقت للوقوف عن الدفع".

⁸¹⁴- ادوار عيد: م س ص 119 محسن شفيق: القانون التجاري المصري الإفلاس الجزء الثاني دار نشر الثقافة الطبعة الأولى 1951 ص 285-286.

الغرض من طلب التعديل هذا⁽⁸¹⁵⁾.

كما أجازت المادة 86 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري تعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع، إما من تلقاء المحكمة نفسها، لأن حقها ثابت من الأصل في فتح المسطرة، ومن أنها حددت تاريخاً مؤقتاً للتوقف عن الدفع في حكم فتح المسطرة فلم تستنفذ المحكمة سلطتها في هذا الشأن⁽⁸¹⁶⁾. كما يجوز تعديل التاريخ بناء على طلب النيابة العامة أو أحد الدائنين أو أمين التفليسة أو غيرهم من ذوي المصلحة مثل من تعامل مع المدين ونشأ له حق أو ترتب في ذمته التزام بسبب ذلك كالموهور له والمشتري⁽⁸¹⁷⁾. أما بالنسبة للمادة 393 من التشريع التجاري المصري الملغاة فلم تكن تمنح المحكمة هذه السلطة بالرغم من أنها منحتها سلطة إشهار الإفلاس وسلطة تحديد تاريخ التوقف عن الدفع من تلقاء نفسها، والفقه المصري كان يؤيد هذا التوجه من قبل المشرع ويستند في ذلك إلى القواعد العامة التي لا يجيز للمحكمة أن تعود إلى تعديل حكم صادر عنها بعد أن استنفذت سلطتها فيه، كما أنه يذهب إلى أن منحها هذه السلطة فيه مخالفة للمنطق إذ كيف للمحكمة أن تطعن في حكم صادر عنها⁽⁸¹⁸⁾.

أما المشرع اللبناني فقد أجاز بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 495 من التقنين التجاري للمحكمة تعديل تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو مرات بمقتضى حكم أو عدة أحكام تصدر بعد الحكم الصادر بشهر الإفلاس وذلك بناء على تقرير القاضي المنتدب أو من تلقاء نفسها أو بناء على طلب كل ذي مصلحة لاسيما الدائنين حيث يحق لكل منهم أن يقوم بالمراجعة على حدة.

إلا أن البين من خلال التشريعات المشار إليها أعلاه، أن المشرع المغربي هو الذي قصر طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع على جهة واحدة وهي السنديك دون غيره. وإذا أراد المدين أو الدائنون تغيير هذا التاريخ كان عليهم أن يتقدموا بملتمس إلى السنديك من

⁸¹⁵ - على الزيني: الإفلاس الجزء الثالث مطبعة الحرية الطبعة الثانية 1946، ص 168.

⁸¹⁶ - محمد عزمي البكري: الإفلاس المجلد الثاني م س ص 690.

⁸¹⁷ - محمد عزمي البكري: م س ص 690.

⁸¹⁸ - محسن شفيق: م س ص 293 على الزيني: م س ص 135.

أجل أن يقوم هذا الأخير برفعه كطلب للمحكمة، ذلك أن تركيز هذا الحق في يد السنديك دون غيره له ما يبرره، لأن هذا الأخير يمثل المدين والدائنين وهو من أجهزة المسطرة ويكون في موقع أحسن من غيره لمعرفة ما إذا كانت هناك ضرورة لإرجاع تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات إلى ما قبل التاريخ الذي كان محددًا في الحكم الصادر عن المحكمة، فضلا عن السلطة الواسعة التي يتمتع بها وهي سلطة تجد تفسيرها في تمكين هذا الأخير من وسائل قانونية لتحقيق المساواة بين الدائنين متى ظهر له أثناء تحقيق أصول المدين وجود أموال خارج دائرة التسوية أو التصفية القضائية، لأن تقديم تاريخ التوقف عن الدفع أو تأجيله يسمح بإبطال أي تصرف قد يلحق الضرر بهذه الأموال، وتتنصر سلطته في طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع⁽⁸¹⁹⁾.

لكن إذا كان الدائن ليس له حق طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع في التشريع المغربي، فالقضاء منح الدائنين إمكانية الطعن في الحكم القاضي بتعديل تاريخ التوقف عن الدفع حيث جاء في قرار لمحكمة النقض من أن "... مصلحة الطالبين تتجسد باعتبارهما دائنين يتوفران على رهون رسمية في كون الأمر يتعلق بدعوى تعديل تاريخ التوقف عن الدفع المنبثقة عن مسطرة جماعية، لا تقتصر آثار الحكم الصادر فيها على رافع الدعوى والمقابلة موضوع المسطرة المذكورة ومسيرها فحسب، وإنما تمتد تلك الآثار المتمثلة في بطلان أو إبطال كل التصرفات التي أبرمتها المقابلة بعد تاريخ التوقف عن الدفع مع كل المتعاملين معها بمن فيهم الطالبين مع ما يستتبع ذلك من توفر هؤلاء على مصلحة حقيقية ومباشرة للمنازعة في الطلب الرامي إلى إجراء ذلك التعديل حتى يتوقوا جزاء البطلان الذي يتهدد عقودهم"⁽⁸²⁰⁾.

غير أن المقصود بالتغيير حسبما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 713 من م ت هو إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع المحدد في حكم فتح المسطرة إلى الوراء، أي بتأخيرها عما كان محددًا في هذا الحكم وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة أعلاه الواردة

⁸¹⁹- لحسن زهران: م س ص 104.

⁸²⁰- قرار عدد 176 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30 مارس 2017 في الملف التجاري عدد 1429-2016-1-3 غير منشور.

باللغة الفرنسية⁽⁸²¹⁾. فضلا عن أن هذا ما يجري به العمل في القانون الفرنسي⁽⁸²²⁾، الذي يعتبر المرجع الرئيسي في صياغة مقتضيات هذا الكتاب الخامس. وعلى أي حال فقد قيد المشرع سلطة المحكمة في تغيير تاريخ التوقف عن الدفع ولم يجز لها أن ترجع به إلى أكثر من ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة⁽⁸²³⁾. في حين أن بعض الاتجاه القضائي اعتبر أن 18 شهرا الواردة في الفقرة الأولى من المادة 680 من الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغاة المقابلة للمادة 713 الحالية إنما تقتصر على تحديد تاريخ التوقف عن الدفع حيث لا يجوز أثناء هذا التحديد تجاوز 18 شهرا السابقة عن تاريخ الحكم في جميع الحالات، أما أثناء التغيير فيمكن الرجوع بتاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من 18 شهرا السابقة لتاريخ الحكم، و اعتمادا على هذا التعليل غيرت المحكمة التجارية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 2015-2-10 تاريخ التوقف عن الدفع و ارجعته إلى أكثر من 6 سنوات من تاريخ الحكم القاضي بفتح المسطرة. وجاء في تعليلها على أن "المشرع ومن خلال المادة 680 من م ت الذي نص على أن حكم فتح المسطرة يعين تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز في جميع الأحوال ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة كما نص على أنه يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات و ذلك بطلب من السنديك. و بقراءة متمعنة للمادة المذكورة يتضح أن مدة 18 شهرا السابقة لفتح المسطرة لا تكون إلا في الحكم القاضي بفتح المسطرة و العلة واضحة من هذا التحديد نظرا لكون المحكمة لا تكون على بينة من

⁸²¹- حيث ورد النص الفرنسي للفقرة الثالثة من المادة 713 من م ت كالآتي:

«Sous réserve des dispositions du 1^{er} alinéa ci- dessus la date de cessation de paiements peut être reportée une ou plusieurs fois à la demande du syndic».

⁸²²- الفقرة الثانية من المادة 8-631L من القانون الفرنسي:

« Elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement constatant la cessation des paiements, sauf cas de fraude, elle ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable en application de l'article L611-8 ».

⁸²³- تنص المادة 713 من م ت في فقرتيها الأولى والثانية على أنه: "يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز في جميع الأحوال ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة. مع مراعاة مقتضيات الفقرة الأولى أعلاه يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات وذلك بطلب من السنديك".

وضعية الشركة إلا بعد إيداع تقرير السنديك عن فترة الملاحظة، و بعد ذلك أتاح المشرع للمحكمة إمكانية تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات كلما ظهرت لها عناصر جديدة تبرر ذلك كما هو في نازلة الحال إذ أن تاريخ التوقف الفعلي للشركة المعنية بالأمر لم يتبين إلا بعد الأمر بإجراء افتتاح دقيق لوضعيتها من طرف خبير مختص و استنادا إلى طلب السنديك الذي وقف على مجموعة من المعطيات خلال إعداد تقريره، و بالتالي فإن القول أن مدة 18 شهرا تعتبر حدا أقصى لا يمكن تجاوزه يبقى مردودا و تفسيريا معيبا لبنود المادة أعلاه بدليل أن المشرع و بمقتضى الفقرة اللاحقة قد أجاز للمحكمة مراجعة تاريخ التوقف عن الدفع مما يكون معه ما أثاره البنك بهذا الخصوص على غير أساس و جديرا بعدم الاعتبار"(824).

فهذا الحكم صدر قبل تعديل المادة 680 من م ت بالمادة 713 من نفس المدونة واعتمدت المحكمة في تعليلها على الفقرة الثالثة من المادة 680 من م ت بمعزل عن الفقرة الأولى من ذات المادة التي تنص على أن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع يجب أن لا يتجاوز في جميع الحالات 18 شهرا السابقة عن تاريخ حكم فتح المسطرة. وإنها بتعليلها ميزت بين تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وبين تغييره مؤكدة على أن الفقرة الأولى من المادة 680 من م ت تخص تحديد التاريخ والفقرة الثالثة تعني بتغيير هذا التاريخ، ومن ثم فإن تحديد التاريخ في حكم فتح المسطرة يجب أن لا يتعدى 18 شهرا السابقة عن هذا الحكم، أما البث في طلب التغيير فيمكن للمحكمة أن تتجاوز 18 شهرا وترجع بتاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من ذلك. وبالتالي فإنه يجب أن لا يمكن قراءة الفقرة الثالثة بمعزل عن الفقرة الأولى من المادة 680 من م ت التي تلزم المحكمة أثناء تحديد تاريخ التوقف عن الدفع سواء أثناء بثها في طلب فتح المسطرة أو أثناء بثها في طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع أن لا يتجاوز 18 شهرا. كما أن عبارة "جميع الأحوال" الواردة بالفقرة الأولى تشمل تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وتغييره على حد سواء، فضلا عن أن النصوص القانونية يكمل بعضها البعض الآخر،

824 - حكم رقم 24 صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 10-2-2015 في الملف رقم 123-15-2014 غير منشور.

فما بالك بفقرات مادة قانونية واحدة. وأن الفقه المغربي استقر على أن الحد الأقصى لتاريخ التوقف عن الدفع ولو في حالة طلب التغيير الذي يتقدم به السنديك لا يمكن أن يتجاوز 18 شهرا السابقة عن تاريخ الحكم⁽⁸²⁵⁾.

فالفقه⁽⁸²⁶⁾ والقضاء⁽⁸²⁷⁾ في فرنسا على إجماع حول كون تغيير تاريخ التوقف عن الدفع من أنه لا ينتج عن هذا الإرجاع إلى الوراء أن يكون تاريخ التوقف عن الدفع سابقا لتاريخ الحكم القاضي بفتح المسطرة بأكثر من ثمانية عشر شهرا لا يتم إلا في اتجاه إرجاع هذا التاريخ إلى الوراء ذلك أنه باسم الأمن القانوني يتعين تحديد بدقة فترة الريبة وبشكل يحافظ على الاستقرار⁽⁸²⁸⁾، كما أن عدم الرجوع بتاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من 18 شهرا السابقة عن حكم فتح المسطرة من شأنه حماية استقرار المعاملات والأنشطة والاستثمارات التجارية وصيانة حقوق المتعاملين مع المقولة المفتوحة المسطرة ضدها، وتفاديا لمفاجئتهم ببطلان تصرفات قديمة قد ركنوا إليها وتصرفوا على أساسها⁽⁸²⁹⁾. وهو نفس المقتضى الذي نص عليه التقنين التجاري اللبناني في الفقرة الرابعة من المادة 495. بينما نصت الفقرة الثانية من المادة 86 من قانون الإفلاس المصري على أنه: "وفي جميع الأحوال لا يجوز إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من سنتين سابقتين على تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس"، وبذلك سواء كان تاريخ التوقف عن الدفع تاريخا مؤقتا حدد بحكم شهر الإفلاس أو عدل هذا التاريخ، فإنه لا يجوز إرجاع هذا التاريخ إلى أكثر من سنتين سابقتين على تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس.

⁸²⁵- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية والمعالجة من صعوبات المقولة م س الجزء الثالث ص 309.

امحمد لفروجي: التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقولة م س ص 116.

⁸²⁶-Y. Guyon : Droit des affaires T2 op cit. p 171.

⁸²⁷- Cour de cassation – Assemblée plénière 31-3-1995 Dalloz 1995 p321.

⁸²⁸-Laetitia ANTONINI-COCHIN et Laurence-Caroline Henry: L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, Gaulino l'extenso éditions, 3^{eme} édition, Paris 2012 p 98.

⁸²⁹ - أحمد شكري السباعي: م س ص 309.

وإذا كان المشرع عين الجهة المؤهلة لتقديم طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، فإنه حدد ميعاداً لتعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع، وهو ما نتناوله في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: ميعاد تقديم طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع

لقد ألزم المشرع المغربي السنديك الذي يرغب في تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، بضرورة تقديم طلبه الرامي لذلك إلى المحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة، وذلك قبل انتهاء أجل خمسة عشر يوماً التالية، إما للحكم الذي يحصر مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت، وإما لإيداع قائمة الديون في حالة ما إذا كانت المسطرة المفتوحة ضد المقالة تتمثل في التصفية القضائية كما تنص على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 713 من م.ت. كما أن المشرع المصري أجاز تعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع وذلك حتى تاريخ إيداع قائمة الديون المحققة بكتابة ضبط المحكمة وقائمة الديون المشار إليها تودع بكتابة الضبط خلال أربعين يوماً على الأكثر من تاريخ النشر الثاني لدعوة الدائنين للتقدم بديونهم⁽⁸³⁰⁾. في حين حدد المشرع العراقي مدة أقل وهي عشرة أيام من تاريخ إيداع قائمة الديون المحققة إلى كتابة ضبط المحكمة وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 578 من القانون التجاري، وبذلك لا يجوز للمحكمة بعد انقضاء الأجل المحدد لهذا التغيير تعديل تاريخ التوقف عن الدفع، وبعد فوات الأجل يصبح التاريخ المعين للتوقف عن الدفع نهائياً، وبذلك فإن حكمة المشرع من هذا القيد هو أن إيداع قائمة الديون المحققة يعني أن أصول المقالة المفتوحة في حقها المسطرة وخصومها قد تحددت وفقاً لهذه القائمة، فلو أجاز المشرع تعديل تاريخ التوقف عن الدفع بعد هذا التاريخ فإن هذا يترتب عليه حكماً تعديل في أصول وخصوم المقالة المدينة مما يؤدي إلى تأخير حلها⁽⁸³¹⁾.

ومن هذا يتضح أن سلطة المحكمة في تعديل تعيين تاريخ التوقف عن الدفع ليست مطلقة من دون تحديد زمني، بل قيدها المشرع بحد زمني لا يجوز لها بعد انقضائه تعديل

⁸³⁰- تنص الفقرة الثانية من المادة 169 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري من انه: "ويجب أن يتم هذا الإيداع خلال أربعين يوماً على الأكثر من تاريخ النشر الثاني لدعوة الدائنين للتقدم بديونهم".

⁸³¹- محسن شفيق: م س ص 285.

تاريخ التوقف عن الدفع⁽⁸³²⁾. وبذلك فحسب الفقرة الأخيرة من المادة 713 من م ت فأجل تقديم الطلب الرامي إلى هذا التغيير أو التعديل، يختلف بحسب ما إذا كانت المسطرة هي مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية. ولهذا يبقى طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة لمسطرة التسوية القضائية ممكناً إلى آخر يوم من الخمسة عشر يوماً التالية لصدور الحكم الذي تقرر فيه المحكمة التجارية إما استمرارية المقولة أو تقويتها لأحد الأغيار، وذلك بناء على تقرير السنديك وبمشاركة رئيس المقولة ومساعدة خبير أو عدة خبراء⁽⁸³³⁾. أما بالنسبة للتصفية القضائية فسواء تم فتح هذه المسطرة مباشرة متى كانت وضعية المقولة مختلة بشكل لا رجعة فيه⁽⁸³⁴⁾، أم خلال سير مسطرة المعالجة عن طريق التسوية القضائية، فإن طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع يظل ممكناً إلى غاية آخر يوم من الأيام الخمسة عشر التي تلي يوم إيداع قائمة الديون بكتابة ضبط المحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة، هذا الإيداع يتم وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 732 من م ت⁽⁸³⁵⁾.

وإذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه تلزم كاتب الضبط فوراً بنشر بيان بالجريدة الرسمية بأن قائمة الديون مودعة بكتابة الضبط وأن الأغيار المعنيين بالأمر لهم إمكانية التقدم بتشكيهم داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ هذا النشر، فإن هذا الأجل

⁸³²- مرتضى حسين إبراهيم السعدي: م س ص 70.

⁸³³- تنص الفقرة الأولى من المادة 595 من م ت على أنه: "يجب على السنديك أن يبين في تقرير تفصيلي بعده، الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقولة وذلك بمشاركة رئيس المقولة والمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء".

⁸³⁴- تنص الفقرة الأولى من المادة 651 من م ت على أنه: "تفتتح المحكمة مسطرة التصفية القضائية تلقائياً أو بطلب من رئيس المقولة أو الدائن أو النيابة العامة إذا تبين لها أن وضعية المقولة مختلفة بشكل لا رجعة فيه".

تنص المادة 583 من م ت على أنه: "تقضي المحكمة بالتسوية القضائية إذا تبين لها أن وضعية المقولة ليست مختلة بشكل لا رجعة فيه وإلا فتقضي بالتصفية القضائية".

⁸³⁵- تنص المادة 732 من م ت على أنه: "تدرج مقررات قبول الديون أو رفضها أو مقررات عدم الاختصاص الصادرة عن القاضي المنتدب في قائمة تودع بكتابة الضبط بالمحكمة. يسري نفس الحكم على المقررات الصادرة عن المحاكم التي رفعت إليها الدعاوى وفق الشروط المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة السابقة.

يقوم كاتب الضبط فوراً بنشر بيان بالجريدة الرسمية يفيد أن قائمة الديون المذكورة في الفقرة الأولى مودعة بكتابة الضبط وأن للأغيار المعنيين إمكانية التقدم بتشكيهم إلى القاضي المنتدب داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ النشر".

يبتدئ في السريان من تاريخ إيداع قائمة الديون بكتابة الضبط، وليس من تاريخ صدور الجريدة الرسمية المنشور فيها البيان الواجب على كاتب الضبط نشره بها فور تسلمه هذه القائمة ذلك أن أجل خمسة عشر يوما المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 732 من م ت يتعلق بتقديم الطلب الرامي إلى تغيير تاريخ التوقف عن الدفع⁽⁸³⁶⁾.

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى قبول طلب السنديك بتغيير تاريخ التوقف عن الدفع حتى قبل إيداع قائمة الديون، ووضع المقابلة تحت نظام التصفية القضائية اعتمادا على قبول المحكمة لدعوى التصفية القضائية بعد هذا الإيداع، بل إن هناك حالات قد يصدر فيها حكم موحد يقضي بالتصفية القضائية وبقبول طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، ويعمل السنديك على التحقق من التاريخ الحقيقي للتوقف عن الدفع وهي اللحظة التي كان فيها المدين غير قادر على أداء ديونه الحالة، بما لديه من أصول متوفرة وهذا ولو تحسنت ظروف المقابلة فيما بعد⁽⁸³⁷⁾.

وإذا كانت طرق تعديل تاريخ التوقف عن الدفع وإمكانية تعديله من قبل المحكمة بناء على طلب السنديك والذي يعتبر جهازا من أجهزة المسطرة إلى جانب القاضي المنتدب ونائبه، فهذه الأجهزة يتعين تعيينها من قبل محكمة المسطرة وهو ما نتناوله في المبحث الموالي.

⁸³⁶ - امحمد لفروجي: التوقف عن الدفع م س ص 120.
⁸³⁷ - قرار محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 13 أكتوبر 1995 مشار إليه عند لحسن زهران: م س ص 105.

المبحث الثالث: التعيين الإجباري لأجهزة المسطرة

نظرا لطبيعة مساطر التسوية أو التصفية القضائية وتعقدها، فإن ذلك يتطلب إشرافا وتسييرا ومراقبة مباشرة من طرف الجهاز القضائي، إلا أنه يصعب على المحكمة القيام بهذه المهام والأعباء وهو ما فرض تعيين أجهزة معينة تتولى ذلك من أجل تحقيق هذه المساطر للغايات المتوخاة من تشريعها⁽⁸³⁸⁾.

ولقد خصص المشرع المغربي بمقتضى القسم السادس من الكتاب الخامس من مدونة التجارة قسما خاصا بالقواعد المشتركة لمساطر الانقاذ والتسوية القضائية والتصفية القضائية، ويتضمن هذا القسم إثني عشر بابا، وقد نظم الباب الأول من القسم المذكور أجهزة المسطرة، فمساطر معالجة صعوبات المقاولات تستوجب اتخاذ العديد من القرارات المعقدة، من إدارة للمقاولات وتصفية الخصوم والبحث عن حلول نهائية، غير أن القرارات المهمة تبقى من اختصاص الأجهزة القضائية أما باقي القرارات فتتخذ مباشرة من طرف الأجهزة المساعدة للقضاء⁽⁸³⁹⁾.

وطبقا للمادة 670 من م ت فالمحكمة تملك وحدها صلاحية تعيين أجهزة المسطرة في الحكم القاضي بفتح المسطرة، ولهذا نصت المادة المذكورة في فقرتها الأولى على أنه: "تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب والسنديك كما تعين نائبا للقاضي المنتدب تسند إليه نفس المهام إذا عاق مانع هذا الأخير"، إلا أن نطاق الأجهزة في التشريع المغربي ضيق مقارنة مع التشريع الفرنسي الذي يلزم المحكمة بتعيين القاضي المنتدب والمتصرف وممثل الدائنين مع إخبار لجنة المقاولات أو مندوب العمال لتعيين ممثلين عنهم في الحكم القاضي بفتح المسطرة⁽⁸⁴⁰⁾. ولمعرفة هذه الأجهزة المحددة في قانون صعوبات المقاولات فإننا سنتناول القاضي المنتدب ونائبه (المطلب الأول) والسنديك (المطلب الثاني).

⁸³⁸ - علال فالي: م س ص 156.

⁸³⁹ - Yves Chartier : Droit des affaires Tome 3 Entreprises en difficultés prévention et liquidation 1ère édition, 1998 presses universitaires de France p 182.

⁸⁴⁰ - Marie Jeanne Campana : Droit de l'entreprise l'essentiel pour comprendre droit des entreprises en difficulté, édition Lamy 2000, 2001 paris p1181.

امحمد لفروجي: صعوبات المقاولات م س ص 216.

المطلب الأول: القاضي المنتدب ونائبه

قد يبدو منطقيا أن يكون الإشراف على إدارة مسطرة صعوبات المقابلة للمحكمة التي أصدرت الحكم بفتح المسطرة، بيد أن تعدد المساطر وما يتفرع عنها من منازعات وتعقيدات جعل المشرع يعهد بتلك المهمة لأحد قضاة المحكمة لتولي مهمة الإشراف على المسطرة ومراقبة سيرها، ذلك أن تسيير المسطرة ومراقبتها يتطلب من الجهاز المشرف اتخاذ قرارات آنية وأحيانا التدخل من ساعة لأخرى لتذليل بعض الصعوبات بالإضافة إلى الاحتكاك المباشر والمستمر مع أجهزة المسطرة الأخرى وما يفرضه من تفرغ شبه تام من الجهاز المشرف وتواجد مستمر لحل مختلف المشاكل التي قد تطرح⁽⁸⁴¹⁾.

ويعتبر القاضي المنتدب المنسق بين مختلف المتدخلين في المسطرة حتى قيل بأنه أشبه برئيس الفرقة الموسيقية⁽⁸⁴²⁾ chef d'orchestre، ولذلك اهتمت التشريعات ومنها التشريع المغربي بالقاضي المنتدب وأحاط تعيينه باهتمام لما يشكله التوفيق في اختيار الشخص المناسب لهذه المهام من تداعيات على إنجاح المسطرة وتحقيق الأهداف المرسومة لها. كما أنه عند تعيين هذا الجهاز أو أثناء ممارسة مهامه يمكن أن تستجد أوضاع تمنعه من مواصلة مهامه مؤقتا أو بكيفية دائمة مما يوجب استبداله وتعويضه مؤقتا.

وحتى نلم بهذه الجوانب المرتبطة بالإطار التنظيمي العام لتعيين القاضي المنتدب نرى أن نتناول في البداية طرق تعيين القاضي المنتدب ونائبه والشروط الواجبة للتعيين في هذه المهام (الفقرة الأولى) ولما كانت تسمية هذا القاضي في مهامه قد تفرز عوارض معينة فإننا سنتعرض للعوارض الطارئة أثناء مواصلة هذه المهام من قبل هذا الجهاز في (الفقرة الثانية).

⁸⁴¹ - المهدي شبو: م س ص 36.

⁸⁴² - F. DERRIDA.P GODE, J.P. SORTAIS : op cit N° 90 p71.

الفقرة الأولى: طرق تعيين القاضي المنتدب ونائبه والشروط الواجبة للتعيين في هذه المهام

عندما تقرر المحكمة التجارية المختصة فتح مسطرة التسوية أو مسطرة التصفية القضائية، فإنها تعمل بموجب حكمها على تعيين القاضي المنتدب ونائبه والذي يشكل امتدادا لهذه المحكمة فيما يخص تسيير هذه المسطرة⁽⁸⁴³⁾. غير أن هذا التعيين في مهام القاضي المنتدب يخضع لمجموعة من القواعد والمبادئ تكاد تكون موحدة بالنسبة للتشريعات المنضوية تحت لواء الشرائع اللاتينية المستمدة من نظام الإفلاس الروماني ومنها التشريع المغربي،⁽⁸⁴⁴⁾ وهو ما سنتعرف عليه (أولا) فضلا عن أن تشريعات المساطر الجماعية فرضت في أغلبها شروطا للتعيين في هذه المهام (ثانيا).

أولا: طرق تعيين القاضي المنتدب ونائبه

إن تعيين القاضي المنتدب ونائبه يتم من قبل المحكمة التجارية في حكمها القاضي بفتح المسطرة (أ)، كما يمكن أن يتم هذا التعيين من طرف محكمة الاستئناف (ب).

أ: تعيين القاضي المنتدب من قبل المحكمة التجارية

يعين القاضي المنتدب من بين القضاة العاملين بالمحكمة التجارية التي قضت بفتح المسطرة طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 670 من م ت التي نصت على أنه "تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب والسنديك، كما تعين نائبا للقاضي المنتدب تسند إليه نفس المهام إذا عاق مانع هذا الأخير"، وبذلك فتسمية القاضي المنتدب في الحكم

⁸⁴³ - محمد لفروجي: صعوبات المقاول والمسااطر القضائية الكفيلة بمعالجتها م س ص 217.

⁸⁴⁴ - إن ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالقانون التجاري استمد بخصوصه المشرع المغربي نظام الإفلاس من مدونة نابليون الصادرة سنة 1807 وقف آخر تعديلاتها لسنة 1889 والمتشعبة بمبادئ القانون الروماني كما أن الكتاب الخامس من قانون 95-15 المتعلق بمدونة التجارة الملغى والمعدل بقانون 17-73 استمد بصفة خاصة من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 15 يناير 1985 والذي تم تعديله عدة مرات والذي لا يزال يحمل في طياته بعض إجراءات ومظاهر القانون الروماني سيما في مجال التصفية القضائية.

ولمزيد من التوسع حول التطور التاريخي لنظام مسااطر التسوية والتصفية القضائية المغربي أنظر:

Ahmed EL HAJJAMI : Le redressement des entreprises en difficultés en droit marocain, thèse Metz 1998 p 7 et s.

Abdelaziz Squali : Droit et pratique en matière de faillite et de liquidation des entreprises édition SOFAPRESS 1995 p10.

القاضي بفتح المسطرة يعد بياناً إلزامياً يتوجب أن يتضمنه الحكم المذكور⁽⁸⁴⁵⁾. لكن مقتضيات قانون 17-73 وقانون الكتاب الخامس الملغى لم تكن واضحة فيما يخص اختيار القاضي المنتدب من داخل تشكيلة الهيئة القضائية بفتح المسطرة أو خارجها، وهذا على عكس ما كان ينص عليه الفصل 211 من القانون التجاري الصادر في 12 غشت 1913 والذي جاء فيه "تعين المحكمة الابتدائية في حكمها بإشهار الإفلاس أحد أعضائها قاضياً منتدباً" ولفظة الأعضاء الواردة في الفصل المذكور تنصرف إلى الأعضاء المشكلين للهيئة الحاكمة. في حين أن مقتضيات قانون 17-73 الحالي وقانون 95-15 المتعلق بالكتاب الخامس الملغى لم يحافظا على ميزة الوضوح الواردة في الفصل 211 أعلاه وهو ما نتج عنه اختلاف في مواقف المحاكم التجارية من ذلك التعيين، فاعتمدت بعض الأحكام تعيين القاضي المنتدب من ضمن الهيئة التي تبث في الدعوى الرامية إلى فتح المسطرة⁽⁸⁴⁶⁾. بينما في أحكام أخرى تم تعيين القاضي المنتدب من خارج أعضاء هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم⁽⁸⁴⁷⁾. ومن خلال هذا التباين في مواقف الأحكام، فالمشرع في إطار المادتين 568 و637 من الكتاب الخامس من م ت الملغى وفي إطار المادة 670 من القانون الحالي لم يحدد ما إذا كان يتعين تعيين القاضي المنتدب من بين أعضاء هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم القاضي بفتح المسطرة أو من خارج هذه الهيئة، على عكس القانون التجاري لسنة 1913 الملغى الذي كان يشترط التعيين من داخل الهيئة، ليبقى المجال مفتوحاً أمام الخيارين معاً، وهذا التباين في الأحكام لا يشكل تضارباً بقدر ما يعد تنوعاً في ممارسة حق الاختيار

⁸⁴⁵ - تستمد الزامية تعيين القاضي المنتدب في حكم المسطرة أساسها من استعمال المادة 670 من م ت لعبارة "تعين"، والمعلوم أن ورود الفعل المضارع في النص القانوني يفيد الإلزام والوجوب على إطلاقه ما لم ترد قرينة تصرفه إلى الجواز من قبيل استعمال عبارة "يمكن" أو "يجوز".

⁸⁴⁶ - حكم تجارية مراكش بتاريخ 7-4-1999 في الملف عدد 98/1 - حكم تجارية البيضاء عدد 2000/177 بتاريخ 3-7-2000 في الملف 10-99-9176 حكم تجارية البيضاء عدد 2002/77 بتاريخ 21-7-2003 في الملف 10-2002-35 وحكم آخر رقم 2002-62 بتاريخ 18-2-2002 ملف رقم 12-2002-10 غير منشور.

⁸⁴⁷ - حكم رقم 02-62 تجارية البيضاء بتاريخ 30-9-2003 ملف 15-03-10 غير منشور. حكم رقم 02-377 تجارية البيضاء بتاريخ 30-9-2002 ملف رقم 144-2002-10 حكم آخر رقم 128-2002 بتاريخ 1-4-2002 ملف 10-2002-13، حكم تجارية الرباط عدد 76 بتاريخ 12-11-2003 ملف رقم 39-2003، حكم تجارية الرباط 62 بتاريخ 15-10-2003 ملف رقم 5-25-2003 غير منشور.

الحر الممنوح للمحكمة، ولتقدير هيئة الحكم والتي تملك كامل الصلاحية في هذا الشأن.
وبالنظر للمهام المنوطة بالقاضي المنتدب، لاسيما وأنه الساهر على السير السريع
للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة، يستحسن أن يتم تعيين القاضي المنتدب من بين
أعضاء هيئة المحكمة التي أصدرت حكم فتح المسطرة، لأنه يكون أكثر اطلاعا وإحاطة
بمختلف المراحل المسطرية والإجراءات المتخذة بالملف، وتكون له فكرة واضحة عن
وضعية المقولة ونوعية الصعوبات التي تعاني منها وعن علاقتها بمختلف الأطراف
الأخرى المرتبطة بها⁽⁸⁴⁸⁾.

وسيرا على نهج القانون الفرنسي فإن القانون رقم 17-73 سمح بتعيين نائب
للقاضي المنتدب تسند إليه نفس المهام إذا عاق مانع القاضي المنتدب، وهو ما نصت عليه
المادة 670 من م ت في فقرتها الأولى من أنه "تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي
المنتدب والسنديك كما تعين نائبا للقاضي المنتدب تسند إليه نفس المهام إذا عاق مانع هذا
الأخير". وبذلك أوجب القانون الحالي إضافة بيان آخر من بين البيانات الإلزامية في الحكم
الصادر بفتح المسطرة، وهو تعيين نائب للقاضي المنتدب إلى جانب القاضي المنتدب
الرسمي، يقوم بتتبع سير إجراءات المسطرة وذلك لتفادي أي تعثر أو تعطيل لسير المسطرة
في حالة حدوث أي مانع يحول دون قيام القاضي المنتدب الرسمي بمهامه.
وإذا كان تعيين القاضي المنتدب ونائبه بيانا من بيانات حكم فتح المسطرة، نتساءل
عن جزاء إغفال المحكمة هذا التعيين ومصير الحكم القاضي بفتح المسطرة دون تضمينه
هذا البيان؟

لقد انقسم الفقه بصدد إجابته عن هذا الإشكال، فمنهم من ذهب إلى أن هذا التعيين
بيان إلزامي وإغفاله تترتب عنه آثار سلبية على عمليات المسطرة⁽⁸⁴⁹⁾، ويشاطر هذا الرأي
الأستاذ أحمد شكري السباعي الذي يرتب عن هذا الإغفال بطلان الحكم إلى جانب كونه

⁸⁴⁸ - المهدي شيو: م س ص 48.

- علال فالي: م س ص 161.

⁸⁴⁹ -A.ch. Renouard: Traité des faillites et banqueroutes éd 1842 Tome 1 p379.

مشار إليه عند المهدي شيو: م س ص 45.

سببا لنقضه من طرف محكمة النقض إما لنقص التعليل أو لعب في الشكل حسب الأحوال⁽⁸⁵⁰⁾، بعد ما ذهب نفس الأستاذ إلى أن هذا التعيين من النظام العام وبدونه تتعطل المسطرة⁽⁸⁵¹⁾. إلا أن البعض لا يرتب عن إغفاله بطلان الحكم بل يعتبر العمليات في وضعية توقف أو تعطل إلى حين تدارك الإغفال، ذلك أنه يمكن للسنديك أو للدائن أو للمدين مراجعة المحكمة قصد تعيين القاضي المنتدب بحكم مستقل من أجل السير في إجراءات المسطرة التي لا يجوز للسنديك مباشرتها دون مراقبة من القاضي المنتدب⁽⁸⁵²⁾. ويعتبر الأستاذ أحمد شكري السباعي أن كلا الرأيين على صواب، فالأول يتمسك بحرفية النصوص، والثاني يسبغ عليها مرونة وفائدة توفران إنقاذ المسطرة وما سبق من إجراءاتها، مع تأكيد انحيازه للرأي الثاني اعتبارا لكون الغاية الأولى من نظام صعوبة المقاوله على خلاف نظام الإفلاس هي إنقاذ المقاوله ومن سبل إنقاذها إنقاذ المسطرة أيضا⁽⁸⁵³⁾.

ونظرا للدور المحوري الذي يلعبه القاضي المنتدب خلال جميع مراحل المسطرة منذ افتتاحها إلى غاية قفلها، فإنه يتعين أن يتم تعيين القاضي المنتدب بموجب الحكم القاضي بفتح المسطرة، وفي حالة إغفال هذا التعيين بمقتضى هذا الحكم يتوجب على هيئة الحكم تدارك هذا الإغفال وذلك على وجه السرعة بموجب حكم لاحق ودون أن يترتب على هذا الإغفال بطلان الحكم لأن المبدأ لا بطلان بدون ضرر وعدم تعيين القاضي المنتدب في الحكم لا نرى فيه إضرارا بحقوق أطراف المسطرة اللهم إذا اعتبرنا التأخير في انطلاق الإجراءات وهو ما يمكن تداركه بسرعة من قبل المحكمة، وهذا الإغفال وإن يبقى نادرا في الحياة العملية يعتبر مجرد خطأ مادي محض.

⁸⁵⁰ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله الجزء الثاني م س ص 228.

⁸⁵¹ - أحمد شكري السباعي: م س ص 235.

⁸⁵² - S.D. CASTELLAN: le juge – commissaire dans la faillite et le règlement judiciaire, Thèse Aix-Marseille, 1964 bibliothèque de droit commercial, Tome 11 Sirey 1965 p22.

- ادوار عيد: أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدفع الجزء الثاني مطبعة باخوس وشروتي بيروت 1973 ص 496.

⁸⁵³ - أحمد شكري السباعي: م س ص 160.

ب- تعيين القاضي المنتدب من قبل محكمة الاستئناف

يمكن أن ترفض المحكمة التجارية دعوى فتح المسطرة المرفوعة إليها ضد المدين، ويتم الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف التجارية، وهذه الأخيرة تصدر قرارا بإلغاء الحكم وتقضي بالتسوية القضائية أو التصفية القضائية لتثار صلاحيتها بتعيين القاضي المنتدب ونتساءل هل بإمكانها أن تقوم بهذا التعيين مباشرة في قرارها وتختار القاضي المنتدب من بين قضاة المحكمة التجارية مصدرة الحكم؟ أم أنه يتعين عليها إحالة الملف على هذه المحكمة لتعيين القاضي المنتدب؟

إن أحكام الكتاب الخامس من مدونة التجارة سواء الملغى أو الحالي، تخلو من أية مقتضيات صريحة تخول محكمة الاستئناف صلاحية تعيين القاضي المنتدب في حالة إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة التجارية، ومن ثم وإعمالا للمادة 670 من م ت فإن المحكمة التجارية تبقى المختصة في تعيين القاضي المنتدب وبالتالي يتعين على محكمة الاستئناف التجارية في هذه الحالة أن تحيل الأطراف على المحكمة التجارية لتعيين القاضي المنتدب وهو الاتجاه الذي تسير فيه عموم محاكم الاستئناف الفرنسية في مجال الممارسة⁽⁸⁵⁴⁾. بينما أقرت بعض الاتجاهات القضائية الفرنسية لمحاكم الاستئناف بسلطتها للقيام بنفس هذا التعيين⁽⁸⁵⁵⁾، ويؤسس هذا الاتجاه على مبدأ الأثر الناشر للاستئناف⁽⁸⁵⁶⁾، الذي ينقل لمحكمة الاستئناف النزاع نقلا يجعلها المختصة دون المحكمة التجارية ما دامت هذه الأخيرة قد استنفدت ولايتها في شأنه بحكمها المطعون فيه بالاستئناف.

ولقد أكد بعض الفقه المغربي⁽⁸⁵⁷⁾، أن محكمة الاستئناف التي قضت بفتح المسطرة بعد إلغائها للحكم القاضي برفض طلب فتح المسطرة تملك الصلاحية إما لتعيين القاضي المنتدب وذلك من بين قضاة المحكمة التجارية وإما إحالة هذا التعيين على المحكمة التجارية المذكورة.

⁸⁵⁴- B. Soinne : op cit N°716 p509.

⁸⁵⁵- Cass. Com 8-12-1987, D, 1988, 52 obs DERRIDA. j. c. ped. G 1988, 11 20927 Note Jeantin.

⁸⁵⁶-Cass. Com 9-2-1988, D 1988 p 409 Honorat et Mas.

⁸⁵⁷- امحمد لفروجي: صعوبات المقولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها م س ص 218.

وكتقييم للاتجاهين بالرغم من صراحة النصوص القانونية في تخصيص المحكمة التجارية بهذا الاختصاص فإنه ليس هناك ما يمنع محكمة الاستئناف التجارية بعد إلغائها للحكم القاضي برفض طلب فتح المسطرة والاستجابة لطلب فتح المسطرة من تعيين قاض منتدب من بين قضاة المحكمة التجارية المختصة لكون أغلب القضاة المنتدبين يتم تعيينهم في محضر الجمعية العمومية، فضلا عن الملفات المتداولة بخصوص الطعون في أوامر القضاة المنتدبين المحالة على محكمة الاستئناف ومن ثم فلهم العلم بأسماء القضاة المنتدبين زيادة على الأثر الناشر للاستئناف وهذا يبدو أكثر ملائمة مع تسريع المسطرة. فضلا عن أن المادة 765 من م ت تنص على أنه: "لا يقبل أي طعن ضد الحكم أو القرار القاضي بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب". وإذا كان تعبير الحكم بمعناه العام هو كل قرار يصدر في إطار القوانين المسطرية من طرف هيئة قضائية منهيّة للنزاع، فبمعناه الضيق هو ما تصدره المحاكم الابتدائية ويخرج عن هذه التسمية أحكام محاكم الاستئناف وأحكام محكمة النقض الذي يطلق عليهما لفظ قرار (858).

وإذا كان مشروع 17- 73 في المادة 765 من م ت قد استعمل اللفظين معا الحكم والقرار فإن ذلك يفيد الحكم الصادر عن المحكمة التجارية والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بخصوص تعيين القاضي المنتدب مما تكون معه محكمة الاستئناف طبقا للمادة أعلاه لها الحق في هذا التعيين وأحسن المشرع صنعا لتلافي تضارب الآراء حول الإمكانية المخولة لمحكمة الاستئناف بهذا الخصوص، ومن ثم تكون محكمة الاستئناف لها الصلاحية في هذا التعيين.

لكن إذا قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم القاضي بفتح المسطرة فهل تملك محكمة الاستئناف سلطة تعيين قاض منتدب غير الذي عينته المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه؟

إن الجواب عن هذا السؤال سيكون طبعاً بالنفي ذلك أنه لا يمكن لمحكمة الاستئناف اختيار قاض منتدب جديد غير الذي عينه الحكم القاضي بفتح المسطرة لأن القول بهذه

858- الطيب برادة: م س ص 33-34.

الإمكانية يناقض ما نصت عليه المادة 765 من م ت من أنه "لا يقبل أي طعن ضد الحكم أو القرار القاضي بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب".

وعلى كل فكيفما كانت الجهة التي بادرت إلى تعيين القاضي المنتدب سواء كانت المحكمة التجارية أم محكمة الاستئناف التجارية فإن هذا التعيين يجب أن يراعي مجموعة من الشروط يتوجب أن تتوفر في القاضي المرشح لهذا المنصب.

ثانيا: شروط التعيين في مهام القاضي المنتدب

نظرا للدور الذي يقوم به القاضي المنتدب في إطار المهمة المسندة إليه بموجب الحكم القاضي بفتح المسطرة ضد المقولة المتوقفة عن الدفع، باعتباره الساهر على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح القائمة طبقا للمادة 671 من م ت، وباعتباره الوسيط بين المحكمة التجارية مصدرة الحكم القاضي بفتح المسطرة وبين الأطراف الأخرى الفاعلة في هذه المسطرة، فإن المادة 670 من م ت في فقرتها الثانية منعت أن يتم إسناد مهمة القاضي المنتدب إلى أقارب رئيس المقولة أو مسيريهما حتى الدرجة الرابعة مع إدخال الغاية، وهو الشيء الذي سبق للمشرع أن نص عليه في المادة 637 من الكتاب الخامس من م ت الملغى، عكس القانون التجاري لتاريخ 12 غشت 1913 الملغى الذي لم يشترط عدم التعيين في مهمة القاضي المنتدب من كان قريبا أو صهرا للمفلس، أو للوكيل أو للدائنين إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية خلافا لما نص عليه الفصل 219 من ذات القانون الخاص بتعيين الوكلاء أو الأمناء. وقد فسر الفقه ذلك الصمت التشريعي لقانون 12-8-1913 بأن اختيار القضاة المنتدبين ينحصر في الهيئة القضائية الشيء الذي يجعلهم يخضعون لمسطرة التجريح ولإجراءات المخاصمة شأنهم شأن باقي القضاة⁽⁸⁵⁹⁾. ونفس الوضعية سادت في فرنسا وكان بالإمكان تصور إسناد مهمة القاضي المنتدب لأحد أقارب المدين⁽⁸⁶⁰⁾. لاختصار حالات المنع من المزاولة المتصلة بالقرابة على السنديك وحده إلى أن تدخل المشرع بموجب المادة 10 من قانون 25 يناير 1985 الذي مدد هذا المنع إلى القاضي المنتدب.

⁸⁵⁹- احمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن الجزء الرابع في الإفلاس م س ص495.

⁸⁶⁰-B. Soenne : op cit N° 714 p 507.

ولذلك وطبقا للفقرة الثانية من المادة 670 من م ت فإن المنع يفرض على المحكمة تلقائيا قبل مباشرة تعيين القاضي المنتدب أن تتحقق من انتفاء حالاته. كما أن هذا الواجب ملقى على عاتق القاضي المعين في هذه المهمة تطبيقا للقواعد العامة⁽⁸⁶¹⁾، لأنه يتوجب عليه متى اكتشف تعيينه في حكم فتح المسطرة ضد مقابلة تجمعه برئيسها أو مسيرها علاقة قرابة أن يتنحى تلقائيا ويطلب من المحكمة استبداله بقاض آخر.

وقد استهدف المشرع من هذا المنع، ضمانا حياد القاضي المنتدب في أدائه للمهام والاختصاصات المنوطة به ومنعا للتواطؤ وضمانا للمصادقية، إلا أن هذا المنع كان يتعين أن يطل أيضا تعيين القاضي المنتدب من بين أقارب الدائنين تحقيقا لنفس الغاية حتى تكون مقترحات القاضي المنتدب وكذا أوامره بعيدة عن أي شبهة تأثير.

وإذا كان قانون 17-73 من خلال المادة 670 م ت سمحت بتعيين نائب للقاضي المنتدب تسند إليه نفس المهام إذا عاق مانع القاضي المنتدب، فإن الفقرة الأولى حددت أجهزة المسطرة في القاضي المنتدب والسنديك ونائب القاضي المنتدب، بينما الفقرة الثانية من نفس المادة عندما نصت على منع إسناد المهمة تحدثت عن القاضي المنتدب والسنديك دون نائب القاضي المنتدب، إلا أن هذا السكوت لا يحمل على أن نائب القاضي المنتدب لا يدخل في هذا المنع، ذلك أنه إذا كان المنع يطل القاضي المنتدب فبالأحرى أن يمنع حتى نائبه.

زيادة على هذا الشرط المحدد أعلاه، فإن المشرع الفرنسي تدخل ليفرض شروطا للأهلية تتصل بالأقدمية، حيث قصر التعيين في مهام القاضي المنتدب في الإجراءات العامة على القضاة الذين زاولوا المهام القضائية داخل المحاكم التجارية سنتين على الأقل وذلك طبقا لمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 412 من قانون التنظيم القضائي الفرنسي المضافة بمقتضى قانون 16 يوليوز 1987⁽⁸⁶²⁾، ذلك أنه في بداية كل سنة قضائية يصدر رئيس

⁸⁶¹ ينص الفصل 298 من ق م م: يجب على كل قاض يعلم بوجود أسباب التجريح المحددة في الفصل 295 أو أي سبب آخر لتنتحيته بينه وبين أحد الأطراف أن يصرح بذلك لرئيس المحكمة الابتدائية إذا تعلق الأمر بقاض من هذه المحكمة".

⁸⁶² - La Loi n°87-550 du juillet 1987, insérée à l'article L 412-4 du code de l'organisation judiciaire.

المحكمة التجارية بعد استشارة الجمعية العامة للمحكمة أمرا بحصر لائحة القضاة المؤهلين لمزاولة مهام القضاة المنتدبين، وفي حالة عدم استجابة أي قاض بالمحكمة لشروط الأقدمية أمكن استثناء للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بطلب من الوكيل العام بها إصدار أمر برفع شروط الأقدمية إذ يمكن للقضاة غير المستجيبين لشروط الأقدمية مزاولة المهام⁽⁸⁶³⁾.

ولا يوجد في قانون 17-73 ولا القوانين السابقة الملغاة ولا حتى في التنظيم القضائي المغربي أي نص مماثل للنص الفرنسي يفيد اختيار القاضي المنتدب سواء بفرض حد أدنى من الأقدمية في المهام القضائية أو بأي شرط أهلية آخر. ومرد الاختلاف بين التشريعين الفرنسي والمغربي، أن الأول يتعامل بحذر تجاه الأجهزة القضائية في مادة صعوبات المقابلة، ذلك أن المحاكم التجارية في فرنسا تتشكل من قضاة منتخبين من بين التجار والحرفيين ومقدمي الخدمات إلى غير ذلك من الأنشطة الاقتصادية الأخرى وذلك خلافا للمحاكم التجارية المغربية حيث تتشكل من قضاة محترفين ينتمون إلى سلك القضاء ويدخلون في زمرة موظفي الدولة مما يجعلهم متوفرين على المؤهلات اللازمة، لذلك نعتقد أن الرهان الحقيقي في الوضعية الحالية هو تأهيل قضاة المحاكم التجارية تأهيلا اقتصاديا يمكنهم من أداء أدوارهم الجديدة وعلى رأسها مهام القاضي المنتدب التي تعرف تطورات وعوارض طارئة أثناء مزاولة المهام مما يتم استبداله وهو ما سنبحثه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: استبدال القاضي المنتدب

إن القاضي المنتدب يعين من قبل المحكمة بكيفية إسمية لممارسة وظيفته، وبهذه الطبيعة الاسمية للتعين، والتصاق المهام بالشخص الذي يزاولها تبرز أوضاع معينة تواجه قيامه بمهامه وتمنعه من الاستمرار فيها منها انتهاء مهامه بالمحكمة أو النقل إلى محكمة أخرى، الاستقالة، الإحالة على التقاعد، العزل، الوفاة أو انتهاء مدة الانتداب بالمحاكم التجارية بالنسبة للأنظمة التي تأخذ بنظام القضاة المنتخبين كفرنسا، إضافة إلى قيام اعتبارات شخصية مانعة من الاستمرار في المزاولة كثبوت سبب من أسباب المخاصمة

-Yves Chartier : op cit p 188.

⁸⁶³- Art 412-14 du code de l'organisation judiciaire.

والتجريح كوجود قرابة أو عداوة بين القاضي المنتدب ورئيس المقولة (الفقرة الثانية من المادة 670 من م ت) الشيء الذي يوجب استبداله بقاض آخر من هيئة المحكمة.

وإذا كان الكتاب الخامس من مدونة التجارة لسنة 1996 قد نظم مسألة تعيين القاضي المنتدب باعتباره أحد أجهزة مساطر معالجة المقولة غير أنه لا يوجد بين مقتضيات هذا الكتاب أية مواد تعني بتنظيم مسألة استبدال القاضي المنتدب وذلك على خلاف ما كان مقررا في القانون التجاري لسنة 1913 الذي كان واضحا بخصوص هذه المسألة ذلك أن الفصل 211 من ذات القانون نص على أنه "تعين المحكمة الابتدائية في حكمها بإشهار الإفلاس أحد أعضائها قاضيا منتدبا ويمكنها في جميع الأوقات أن تستبدل عضواً آخر من أعضائها بالقاضي المنتدب للتفليسة"، كما نص الفصل 331 من القانون التجاري لسنة 1913 على أنه: "لا تقبل التعرض ولا الاستئناف ولا طلب النقض الأحكام الآتية :

أولاً: الأحكام المتعلقة بتعيين القاضي المنتدب أو باستبداله..."، وإن قانون 17-73 النافذ قد تدارك الصمت التشريعي للكتاب الخامس من م ت الملغى ضمناً وذلك بنصه صراحة على عدم قابلية الأحكام أو القرارات المتعلقة بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب لأي طريق من طرق الطعن⁽⁸⁶⁴⁾، وهو النهج الذي سلكه القانون الفرنسي⁽⁸⁶⁵⁾ وكذا القانون المصري⁽⁸⁶⁶⁾.

ويمنح الحق للمحكمة وحدها ومن تلقاء نفسها في أن تستبدل القاضي المنتدب في حالات استثنائية كالوفاة والاستقالة والانتقال من المحكمة إلى محكمة أخرى... أو لأي عائق آخر مشروع حتى لا تتعطل المسطرة دون أن يكون لغيرها من ذوي المصلحة طلب هذا

⁸⁶⁴- تنص المادة 765 من م ت على أنه "لا يقبل أي طعن ضد الحكم أو القرار القاضي بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب.

⁸⁶⁵- ART L661-4 : (Loin°2005-845 du 26 juill. 2005, art, 149) les jugements relatifs à La nomination ou au remplacement du juge – commissaire ne sont pas susceptibles de recours ». (C. Com, ancien art, L623-4).

⁸⁶⁶- تنص المادة 567 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنه: " لا يجوز الطعن بأي طريق في:

أ- الأحكام أو القرارات الخاصة بتعيين أو استبدال قاضي التفليسة أو أمينها أو مراقبها"

الاستبدال ما لم يتعلق الأمر بالتجريح والمخاصمة (867). وهو الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي الذي يعتبر أنه لا يمكن للسنديك والمدين والدائنين التقدم بطلب أصلي يروم استبدال القاضي المنتدب، وكل ما يمكنهم القيام به تقديم ملاحظات إلى المحكمة أو تشكيات، ويبقى للمحكمة سلطة تقديرية مطلقة في الأخذ بها أو ردها (868). كما يرى بعض الفقه الحديث الفرنسي أنه من غير المنازع فيه أن الدائنين ليس بإمكانهم إبداء رأيهم في تعيين القاضي المنتدب أو استبداله، ولا يتوفرون على أية وسيلة قانونية أو دعوى قد تفضي بالمحكمة إلى استبداله لأن أية مبادرة من جانبهم، ستقع تحت طائلة الفصل 173 من قانون 25 يناير 1985 الذي يمنع أي طريق من طرق الطعن في الأحكام المتعلقة بتعيين القاضي المنتدب أو استبداله (869). غير أن المحكمة التجارية بالرباط قضت باستبدال القاضي المنتدب بناء على طلب تقدم به السنديك المعين وجاء في الحكم " حيث قدم الطلب من طرف السنديك المعين".

وتأسيساً على ما سبق فإن استبدال القاضي المنتدب يجب أن يتم بنفس شكليات التعيين، وذلك عن طريق حكم قضائي. غير أن المحكمة ليست ملزمة على غرار حكمها بالتعيين بتعليل مقرر لها بالاستبدال الذي يعتبره غالبية الفقه من إجراءات الإدارة التي تتخذها المحكمة دون حاجة إلى التعليل (870). في حين أن الواقع العملي يتم تعليل الحكم القاضي بالاستبدال بالرغم من أنه محصن من الطعن فيه وذلك بتحديد السبب أو العارض الذي طرأ للقاضي المنتدب المستبدل (871)، وقد لا يقتصر الأمر على استبدال القاضي المنتدب مرة

⁸⁶⁷ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها الجزء الثالث م س ص 159 إلى 160.

⁸⁶⁸ - S.D. Castellan : op cit p 26.

⁸⁶⁹ - B. Soinne : op cit N° 719 p 511.

⁸⁷⁰ - B. Soinne : op cit N°719 p 511 « ce jugement de remplacement n'a pas plus que celui procédant au de part à la nomination à être motivé.

⁸⁷¹ - حكم رقم 45-2002 بتاريخ 2002-10-30 ملف رقم 2001-20-05 صادر عن تجارية الرباط غير منشور؛ حكم تجارية الرباط بتاريخ 2000-2-19 في الملف رقم 5-99-16. غير منشور؛ حكم تجارية الرباط بتاريخ 2000-10-24 في الملف رقم 5-99-16 غير منشور؛ حكم تجارية الرباط بتاريخ 2003-9-9 في الملف رقم 5-01-35 غير منشور؛ حكم تجارية الرباط بتاريخ 2003-10-1 ملف رقم 02-12-5 غير منشور.

واحدة بل إن المحكمة قد تقوم باستبدال القاضي المنتدب المعين أثناء فتح المسطرة بقاض منتدب، ثم تقوم باستبدال هذا الأخير بقاض منتدب آخر وذلك خلال سير المسطرة وفي أي طور من أطوارها (872).

وإذا كان القاضي المنتدب، يسهر على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح القائمة، فإن السنديك يعتبر المحرك الأساسي لمساطر التسوية والتصفية القضائية، ولهذا جاء تعيينه متزامنا مع تعيين القاضي المنتدب، سواء في المادتين 586 و 637 من م ت الملغاة أو في المادة 670 من قانون 17-73 ولهذا سنتناول تعيين هذا الجهاز في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: تعيين السنديك

يعتبر السنديك المحرك الرئيسي لمساطر التسوية أو التصفية القضائية، ولهذا أوجبت المادتان 568 و 637 من الكتاب الخامس من م ت الملغى والمادة 670 من القانون الحالي تعيين هذا الجهاز ليتولى ممارسة الاختصاصات التي تكفلها له مدونة التجارة بمقتضى المواد من 673 و 677 من م ت، بالإضافة إلى مواد أخرى متفرقة في الكتاب الخامس، وهذه المواد تثير بعض الملاحظات تتمثل أساسا في صفة الشخص المعين كسنديك (الفقرة الأولى) وعزل أو استبدال السنديك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الصفة في تعيين السنديك

لقد كانت الفقرة الأخيرة من المادة 568 من م ت الملغاة تنص على أن المحكمة تعين هذا الجهاز من بين كتاب الضبط التابعين لها، وأنه يمكنها عند الاقتضاء أن تعينه من الأغيار، وبالتالي فإن الأصل هو تعيينه من بين كتاب الضبط بالمحكمة التجارية، ولا يمكن اللجوء إلى تعيينه من الأغيار إلا عند الضرورة والاقتضاء، إلا أن هذا الاستثناء الذي أورده المشرع أصبح في التطبيق العملي هو القاعدة العامة حيث تلجأ المحاكم التجارية في الغالب

⁸⁷² - حكم تجارية الرباط بتاريخ 5-1-2000 في الملف رقم 05-35-1999. غير منشور
- حكم تجارية الرباط بتاريخ 12-11-2003 في الملف رقم 05-26-2000. غير منشور
- حكم تجارية الرباط بتاريخ 22-10-2003 في الملف رقم 05-39-2002. غير منشور
- حكم تجارية الرباط بتاريخ 1-10-2003 في ملف رقم 5-36-2002. غير منشور

إلى تعيينه من بين الخبراء المحاسبين، وهذا التوجه سليم نظرا لتعدد الاختصاصات التي يتولاها السنديك في هذه المساطر والمسؤولية المدنية والجنائية المترتبة عليه. فضلا عن أن السنديك أضحى يلعب دورا هاما على مستوى تشخيص دقيق لوضعية المقاول المتوقفة عن الدفع، وكذلك على مستوى استشراف مستقبلها وهذا يتطلب تكوينا اقتصاديا وماليا واجتماعيا، الشيء الذي لا يتوفر في كتاب الضبط. في حين أن المادة 673 من قانون 73-17 توضح على أن السنديك يكلف بتسيير عمليات التسوية والتصفية القضائية ابتداء من تاريخ صدور حكم فتح المسطرة حتى قفلها، كما أكدت الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أنه سيتم تحديد المؤهلات المطلوبة لمزاولة مهام السنديك بموجب نص تنظيمي.

وبالرجوع إلى المقتضيات الانتقالية لقانون 73-17 بمقتضى الفقرة الثالثة من المقطع IV من المادة الثانية من ذات القانون فإنه إلى غاية دخول النص التنظيمي المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 673 حيز التنفيذ تزاوَل مهام السنديك من طرف كاتب الضبط ويمكن للمحكمة عند الاقتضاء أن تسندھا للغير. بينما أثبتت التجربة العملية والتطبيق القضائي للحلين المشار إليهما بالمادة 568 من م ت الملغاة أنهما يعانيان من نقائص وسلبيات كثيرة يتعين تجاوزها سواء بتشريع تنظيم قانوني خاص بمهنة السنادكة أو على الأقل تكوين فئة من كتاب الضبط يكونون مؤهلين ومختصين فقط بقضايا صعوبات المقاول⁽⁸⁷³⁾. فضلا عن أنه ليس هناك مبرر أن يتم إصلاح نظام معالجة صعوبات المقاول بعد أزيد من عشرين سنة وألا تتمكن من إصدار القوانين والنصوص ذات الصلة بآلية التنزيل الجيد والصحيح لهذا القانون إذا كنا نريد أن يكون الكتاب الخامس آلية قانونية لتدبير الأزمات المالية والاقتصادية للمقاولات⁽⁸⁷⁴⁾.

وإذا كانت المادة 568 من م ت الملغاة وكذا المادة الثانية من المقتضيات الانتقالية من قانون 73-17 المشار إليها أعلاه قد جعلتا تعيين السنديك قاصرا على كتاب الضبط وعلى الأغيار، وبالتالي سلبتا الدائنين كل السلطة التي كانت لهم في تعيين السنديك من بينهم

⁸⁷³ - علال فالي: م س ص 168-169.
⁸⁷⁴ - عبد الرحيم شميعة: م س ص 140-141.

عن طريق الاتفاق طبقا للفصل 218 من القانون التجاري لسنة 1913 الملغى الذي كان يعطي للمحكمة اختيار وكيل الدائنين من بين الدائنين متى وافقوا بالإجماع على ذلك التعيين، غير أن المحكمة لا تكون ملزمة بقبول هذا الاختيار، بحيث يمكن لها متى لم يحصل إجماع أو لم تقبل الأشخاص المقترحين أن تسند وظيفة وكيل الدائنين إلى واحد أو أكثر من مأموري كتابة الضبط بالمحكمة.

ونجد بعض التشريعات العربية أكثر وضوحا وتطورا بخصوص تعيين هذه المؤسسة، فمثلا القانون التجاري اللبناني الذي أكد على أنه يتضمن حكم شهر الإفلاس تعيين وكيل أو عدة وكلاء للتفليسة بشرط ألا يتجاوز عددهم ثلاثة⁽⁸⁷⁵⁾، ولا يوجد ثم مانع من تعيين أحد الدائنين كوكيل للتفليسة بشرط أن لا يكون هذا الأخير قريبا للمفلس أو مصاهرا له إلى الدرجة الرابعة⁽⁸⁷⁶⁾. كما أشارت المادة الأولى من المرسوم الاشتراكي رقم 65 الصادر في 9 شتنبر 1983 إلى بعض الأحكام التي يتعين على المحكمة مراعاتها عند تعيين وكيل التفليسة، فيجب أن يتم التعيين من بين الأشخاص المقيدون في جدول خاص يضعه مجلس القضاء الأعلى يحدد فيه عددهم ويصادق عليه وزير العدل وينشر في الجريدة الرسمية. كما حددت المادة 16 من المرسوم الاشتراكي المذكور شروط من يطلب تسجيله في جدول وكلاء التفليسة من أن يكون لبنانيا منذ أكثر من عشر سنوات وقد أتم الثلاثين من العمر، وأن يكون متمتعا بحقوقه المدنية وغير محكوم عليه بجناية أو جنحة شائنة وألا يكون موظفا رسميا أو مستخدما في مصلحة عامة، وأن يكون حاملا شهادة جامعية من معهد معترف به أو يكون قد مارس مدة عشر سنوات مهنة وكيل تفليسة وأن يقدم كفالة مالية أو مصرفية تحدد بقرار صادر عن وزير العدل والمالية. كما نصت المادة 26 من المرسوم الاشتراكي السالف الذكر على أنه: "يجوز للقاضي المشرف بناء على طلب وكيل التفليسة إذا لم يكن محاميا أن يرخص له بالاستعانة بمحام، أما إذا كان هذا الوكيل محاميا فيتولى بنفسه المرافعة عن مصالح التفليسة وله أيضا أن يستعين بمحام آخر بعد استئذان القاضي

⁸⁷⁵ - الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 512 من القانون التجاري اللبناني.

⁸⁷⁶ - المادة 514 من القانون التجاري اللبناني.

المشرف... " ومن هذه المادة فإنه يجوز للمحامي أن يكون وكيلًا للتفليسة، كما أجازت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من المرسوم الاشتراكي أعلاه للمحكمة أن تعين مع وكيل التفليسة خبيرًا محاسبيا محلفًا يتولى أمر المحاسبة وإدارة أموال التفليسة والسهر على حسابات الإفلاس وتنظيمها تحت إشراف وكيل التفليسة.

كما أن القانون المصري رقم 11 لسنة 2018 أكد على تعيين ممثل قانوني لإدارة التفليسة يسمى أمين التفليسة من جدول خبراء إدارة الإفلاس⁽⁸⁷⁷⁾. كما أجاز القانون المصري المذكور لقاضي التفليسة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المفلس أو المراقب أن يأمر بإضافة أمين أو أكثر بشرط ألا يزيد عددهم على ثلاثة⁽⁸⁷⁸⁾، ولا شك أنه يراعي في إضافة أمين أو أكثر للتفليسة مدى ضخامة أموال التفليسة أو وجود هذه الأموال في أماكن متفرقة نائية والأمر في ذلك مما يخضع لتقدير قاضي التفليسة⁽⁸⁷⁹⁾.

ونظم المشرع الفرنسي مهنة المتصرفين القضائيين بنصوص قانونية خاصة، حيث يوجد قانون ومرسوم تطبيقي له ينظمان مهنة المتصرفين القضائيين والوكلاء القضائيين المكلفين بتصفية المقاولات والخبراء المختصين بتشخيص أوضاع المقاولات⁽⁸⁸⁰⁾. وهذه المقتضيات القانونية تحدد شروط ولوج هذه المهنة، وذلك بتقديم طلب حسب الفقرة الثالثة من الفصل 38 من قانون 85-99 الصادر بتاريخ 25-1-1985 والذي يوجه إلى الوكيل العام، وبعد اختيار المترشحين يتم تسجيلهم بلائحة مخصصة لذلك.

غير أنه يحظر تعيين السنديك من كان بينه وبين رئيس المقولة أو مسيرها علاقة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بإدخال الغاية، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 670 من م ت التي نصت على أنه: "يمنع إسناد مهمة القاضي المنتدب أو السنديك إلى

⁸⁷⁷- تنص الفقرة الأولى من المادة 94 من قانون رقم 11 لسنة 2018 المصري على أنه: "تعين المحكمة في حكم الإفلاس من جدول خبراء إدارة الإفلاس ممثلاً قانونياً لإدارة التفليسة يسمى (أمين التفليسة)".

⁸⁷⁸- تنص الفقرة الثانية من المادة 94 أعلاه على أنه: "يجوز في كل وقت لقاضي التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المفلس أو المراقب الأمر بإضافة أمين أو أكثر بشرط ألا يزيد عددهم على ثلاثة".

⁸⁷⁹- محمد عزمي البكري: الإفلاس طبقاً للقانون رقم 11 لسنة 2018 المجلد الثاني م س ص 763.

⁸⁸⁰- قانون رقم 85-99 الصادر بتاريخ 25 يناير 1985 بشأن المتصرفين القضائيين والوكلاء القضائيين المكلفين بتصفية المقاولات والخبراء المختصين في تشخيص أوضاع المقاولات والمرسوم رقم 85-1389 بتاريخ 27 دجنبر 1985 من أجل تطبيق هذا القانون.

أقارب رئيس المقولة أو مسيرها حتى الدرجة الرابعة بإدخال الغاية أو أصهارهم"، وهو ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 637 الملغاة من مدونة التجارة، مع استثناء بسيط وهو أن المادة 670 أضافت الأصهار إلى جانب الأقارب عكس المادة 637 من م ت الملغاة التي لم تشمل الاصهار ولو شاء المشرع ذلك لنص عليه صراحة. إلا أن القرابة المنصوص عليها في المادة 637 المذكورة كانت تعني القرابة بصفة عامة إما قرابة نسب وهي قرابة مباشرة⁽⁸⁸¹⁾ أو قرابة حواشي⁽⁸⁸²⁾ وإما أن تكون قرابة مصاهرة⁽⁸⁸³⁾.

والتشريع اللبناني في المادة التاسعة من المرسوم الاشتراكي رقم 65 لعام 1983 أكدت على أنه "لا يجوز أن يعين وكيلًا للتفليسة أو محاسبًا لها من كان بينه وبين المتداعين أو قضاة المحكمة التي تنظر دعوى الإفلاس إحدى حالات الرد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية"، كما أن المادة 95 من قانون رقم 11 لسنة 2018 المصري نصت على أنه "لا يجوز أن يعين أمينًا للتفليسة من كان زوجًا للمفلس أو قريبًا له حتى الدرجة الرابعة أو من كان خلال السنتين السابقتين على شهر الإفلاس شريكًا له أو مستخدمًا عنده أو محاسبًا له أو وكيلًا عنه وكذلك من سبق الحكم عليه بالإدانة في جناية أو في جنحة ماسة بالشرف والأمانة". وبذلك يتضح أن المشرع المصري وسع من دائرة الأشخاص ممنوعين من التعيين كسنادكة، وهم زوج المفلس وكلمة زوج تشمل الذكر والأنثى فإذا كان المدين رجلًا فلا يجوز تعيين زوجته سنديكًا وإذا كانت المدينة امرأة فلا يجوز تعيين زوجها سنديكًا، وكذلك الأقارب حتى الدرجة الرابعة، كما أضافت المادة المذكورة أشخاصًا آخرين ممنوعين من التعيين في مهام السنديك من كان خلال السنتين السابقتين على فتح المسطرة شريكًا للمدين المفتوحة في حقه المسطرة أو مستخدمًا عنده أو محاسبًا له أو وكيلًا عنه، لأن الحكمة من هذا المنع ألا يحدث تواطؤ بين السنديك والمدين المفتوحة في حقه المسطرة بسبب هذه الصلة الأمر الذي يضر بمصلحة الدائنين، وكذا من سبق الحكم عليه

⁸⁸¹ - القرابة المباشرة وهي القرابة التي بين الشخص وأحد فروعه أو بينه وبين أحد أصوله.

⁸⁸² - قرابة الحواشي: وهي القرابة التي بين الشخص وبين فروع أحد أصوله.

⁸⁸³ - قرابة المصاهرة وهي تلك التي تقوم بين الزوج شخصيًا وبين قريب الزوج الآخر ولا تقوم بين عائلتهما وينزل الزوج مكان زوجه في احتساب درجة قرابته.

بالإدانة في جناية أو في جنحة ماسة بالشرف، ويكفي أن يكون الحكم الصادر في جناية دون أن يشترط أن تكون الجناية ماسة بالشرف أو الأمانة لأن لفظ جناية ورد بالنص مطلقاً ولم يوصف بشيء، عكس لفظ جنحة فقد وصف بالمساس بالشرف والأمانة.

و هذا المنع من مزاولة مهمة السنديك المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 670 من م ت و في القوانين أعلاه من منع اسناد مهمة السنديك إلى أقارب رئيس المقولة أو مسيرها فإنه كان يجب تعميم هذا المنع ليشمل أيضاً أقارب الدائنين خاصة أن السنديك يعتبر ممثلاً للمقولة و للدائنين معا و هذا ما تنبه إليه المشرع التونسي في المادة 440 من قانون الاجراءات الجماعية الصادر بتاريخ 29 أبريل 2016 حيث نصت على أنه "لا يجوز أن يعين متصرفاً قضائياً قريب المدين أو أحد أصوله أو فروعه أو أقاربه أو اصهاره لغاية الدرجة الرابعة أو من كان أجيراً لديه خلال السنوات الخمس السابقة لافتتاح اجراءات التسوية أو أحد دائنيه أو مراقب حساباته".

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فالمحكمة في حكمها القاضي بفتح المسطرة يمكنها تعيين الوكيل القضائي ويمكن تعيين أكثر من وكيل واحد⁽⁸⁸⁴⁾.

الفقرة الثانية: عزل أو استبدال السنديك

الأصل أن تمثيل السنديك وتكليفه بتسيير عمليات التسوية والتصفية القضائية يتم ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة إلى حين قفلها، وذلك طبقاً للفقرة الأولى من المادتين 673 من قانون 17-73 و 640 من الكتاب الخامس من م ت الملغى، غير أنه قد يحدث عارض من شأنه أن يؤدي إلى استبدال السنديك أو عزله.

ويتم عزل أو استبدال السنديك بحكم من طرف المحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة وذلك بطلب من القاضي المنتدب، وعادة ما يقترح هذا الأخير عزل أو استبدال السنديك بناء على الشكاوى التي يتلقاها من المدين أو من أحد الدائنين، ويتعلق الأمر هنا بالدائنين الذين نشأت ديونهم قبل تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، وليس بالدائنين الذين تكون ديونهم قد نشأت بعد صدور هذا الحكم، وقد يكون الاقتراح بالاستبدال أو العزل

⁸⁸⁴ -B. Soinne: op cit. N° 576 p370.

من تلقاء نفس القاضي المنتدب⁽⁸⁸⁵⁾.

لكن قانون 17-73 المتعلق بمساطر صعوبات المقولة وسع من دائرة الجهات التي لها الحق في طلب استبدال السنديك⁽⁸⁸⁶⁾، وبهذا فقد خول للنيابة العامة أن تطلب استبدال السنديك كما خول لجمعية الدائنين أيضا الحق في هذا الطلب، وكذا لرئيس المقولة والدائن لهما الحق في تقديم هذا الطلب مباشرة للمحكمة في حالة عدم بث القاضي المنتدب في تشكيهما داخل أجل خمسة عشر يوما.

ولهذا قد تطرأ بعض الأسباب التي تدعو إلى عزل أو استبدال السنديك، فقد تكون أسبابا قانونية كما هو الشأن للحالة المنصوص عليها في المادة 670 من م ت التي تمنع إسناد مهمة السنديك لأقارب رئيس المقولة أو مسيرها أو أصهارهم وقد تكون أسبابا شخصية لها علاقة بالسنديك كالمعلقة بأخطائه أو غيرها، كأن يبدو منه غش أو إهمال في أداء مهمته، أو يصبح غير قادر على أداء مهمته لأسباب صحية، ولذلك أجاز القانون للمحكمة من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب من الجهات المخول لها ذلك، أن تأمر باستبدال السنديك وتعيين غيره، أو بإنقاص عدد السنادكة إذا تعددوا بالنسبة للتشريعات التي تسمح بتعدددهم، فإذا كان عدد السنادكة ثلاثة مثلا وطراً على أحدهم ما يستوجب الاستبدال جاز للمحكمة بدلا من الحكم باستبداله أن تنقص عدد الأمانة إلى اثنين ليس من بينهم السنديك الذي قام به سبب الاستبدال و هو ما نص عليه المشرع المصري في المادة 99 المشار

⁸⁸⁵ - نصت المادة 644 من الكتاب الخامس من م ت الملغى على أنه "يمكن للمحكمة استبدال السنديك بطلب من القاضي المنتدب تلقائيا أو بناء على تشك لديه من المدين أو أحد الدائنين".

- المادة 518 الفقرة الأولى من التقنين التجاري اللبناني.

- نصت المادة 99 من قانون رقم 11 لسنة 2018 المصري الذي نص على أنه: "يجوز للمحكمة، من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب قاضي التفليسة أو المفلس أو المراقب أن تحكم بعزل أمين التفليسة وتعيين غيره أو بإنقاص عدد الأمانة إذا تعددوا".

⁸⁸⁶ - تنص المادة 677 من م ت على أنهك "يمكن للمحكمة استبدال السنديك بطلب من: - النيابة العامة.

- جمعية الدائنين في الحالات التي تشكل فيها هذه الجمعية طبقا للمادة 606 أعلاه.

- القاضي المنتدب تلقائيا أو بناء على تشك لديه من رئيس المقولة واحد الدائنين.

- رئيس المقولة أو الدائن الذي لم يبيث القاضي المنتدب في تشكيه داخل أجل خمسة عشر يوما..."

إليها⁽⁸⁸⁷⁾.

وهكذا فالكتاب الخامس من م ت الملغى ولا قانون 17-73 المتضمن للكتاب الخامس من م ت الحالي لا يسمحان بتعيين أكثر من سنديك واحد، خلافا لما كان عليه الأمر في ظل القانون التجاري الملغى والذي كان يسمح بزيادة العدد إلى ثلاثة سنادكة⁽⁸⁸⁸⁾. في حين أن القانون الفرنسي لا يمنع المحكمة من تعيين أكثر من متصرف قضائي، حيث يعتبر هذا الحل مرغوبا فيه فيما يخص القضايا الكبرى، فيكلف أحدهم مثلا بالتسيير والآخر بإعداد المخطط⁽⁸⁸⁹⁾، ذلك أن المشرع الفرنسي قد استغنى عن مصطلح السنديك بعد ما تم إلغاء قانون 13 يوليوز 1967، دون أن يستغني عن مهامه ووظائفه والتي وزعها على كل من المتصرف القضائي وممثل الدائنين. ففانون 25 يناير 1985 والتعديلات الطارئة عليه أراد تفادي جمع مهام تمثيل المقاوله نفسها والدفاع عن مصالح الدائنين في يد شخص واحد، هاتان الوظائف اللتان تعتبران متناقضتين إذ من المعتاد أن مصلحة المقاوله تتطلب استمرارية النشاط، بينما يروم الدائنون إلى توزيع الأصول بصفة آنية بينهم. لكن المشرع المغربي لم يستفد من التجربة الفرنسية بهذا الخصوص بالرغم من أنه استقى منه قانون صعوبات المقاوله، خاصة وأن القانون الحالي سمح بتمثيلية الدائنين في إطار جمعية الدائنين وخص لها ستة عشر مادة من 606 إلى 621 من قانون 17-73 وأجاز قانون 12 غشت 1913 المتعلق بالقانون التجاري الملغى للقاضي المنتدب أن يقترح على المحكمة عزل واحد أو أكثر من الوكلاء⁽⁸⁹⁰⁾.

إضافة إلى أنه يجب على السنديك الذي تم استبداله أن يسلم إلى السنديك الجديد المعين الوثائق المتعلقة بالمسطرة داخل أجل 10 أيام من تاريخ إعفائه من مهامه، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 677 من م ت على أنه: "يجب على السنديك الذي

⁸⁸⁷- مشار إليها بالهامش 884.

⁸⁸⁸- ينص الفصل 217 من القانون التجاري لسنة 1913 الملغى على أنه: "تعين المحكمة في حكمها بإشهار الإفلاس وكيلا للدائنين أو عدة وكلاء".

⁸⁸⁹- Perochon (F) : Entreprises en difficultés op cit p 599.

⁸⁹⁰- تنص الفقرة الأولى من الفصل 223 من القانون التجاري المغربي الملغى لسنة 1913 على أنه: "يجوز للقاضي المنتدب أن يقترح على المحكمة إما بناء على التشكي الواقع من المفلس أو من بعض الدائنين وإما تلقائيا عزل واحد من الوكلاء أو أكثر".

أعفي من مهامه أن يسلم إلى السنديك الجديد جميع الوثائق المتعلقة بالمسطرة وتقريراً بالحسابات المرتبطة بها داخل أجل 10 أيام من تاريخ إعفائه من مهامه ويظل السنديك المعفى ملزماً بالسر المهني".

وإذا كان المشرع المغربي ينص على الاستبدال حسب المادة 677 من م ت، وهو المصطلح الذي اعتمده المشرع الفرنسي Remplacement ، بينما المشرع المصري استعمل عبارة العزل في المادة 99 من قانون رقم 11 لسنة 2018 المشار إليها، وإذا كان المصطلحان يؤديان إلى نفس النتيجة وهي إنهاء مهام السنديك، غير أنهما يختلفان من حيث نطاقهما وهو ما أكده القضاء المصري في إحدى قراراته⁽⁸⁹¹⁾ من أن " نطاق استبدال أمين التفليسة يختلف عن نطاق عزله لأن الاستبدال كما قد يكون بناء على طلب قاضي التفليسة قد يكون أيضاً بناء على طلب أمين التفليسة ذاته لأن أمر الاستبدال قد يكون متعلقاً بشخصه أو لعدم استطاعته إدارة أموال المفلس بالنظر إلى نوعيتها أو حجمها، أما العزل فإنه غالباً يكون لعدم رضا قاضي التفليسة أو المفلس أو المراقب لأداء أمين التفليسة لإهماله أو عدم أمانته أو لأمر مماثلة، ولا يكون لأمين التفليسة رأي في قبول العزل من عدمه، كما لا يتصور أن يكون طلب العزل بناء على طلب أمين التفليسة كما في حالة استبداله على النحو السالف البيان".

⁸⁹¹ - طعن رقم 3249 لسنة 76 ق جلسة 14-1-2013 مشار إليه عند محمد عزمي البكري: الإفلاس طبقاً للقانون رقم 11 لسنة 2018 المجلد الثاني م س ص 787.

الفرع الثالث: أثار الحكم القاضي بفتح المسطرة

يترتب على صدور الحكم القضائي من وقت النطق به مجموعة من الآثار الهامة تختلف من حكم لآخر طبقا لطبيعة هذا الحكم.

فآثار الأحكام تختلف باختلاف أنواعها، والقاعدة أن الأحكام القضائية تنتج آثارا كاشفة للحقوق، ولذا فإنها لا ترتب آثارا موضوعية جديدة، وإنما ترتب فقط آثارا إجرائية. إلا أن بعض هذه الآثار يتجاوز إجراءات الحكم ذاته ويتعلق بالموضوع، بينما يتعلق البعض الآخر بالإجراءات ذاتها⁽⁸⁹²⁾. كما أن الأحكام القضائية سواء أكانت موضوعية أو إجرائية ترتب آثارا قانونية إجرائية تنحصر في الإجراءات وتختلف باختلاف الأحكام المترتبة لها⁽⁸⁹³⁾.

وعلى ضوء ذلك، فالآثار الإجرائية للحكم هي النتائج التي تترتب على صدور الأحكام الإجرائية ويكون لها تأثير مباشر على الحكم نفسه، أو التزام الخصوم أو سلطة المحكمة التي أصدرت الحكم. أما الآثار الموضوعية فهي النتائج التي تترتب على صدور الأحكام الفاصلة في الموضوع، ويكون لها تأثير مباشر في تقرير الحقوق وصونها⁽⁸⁹⁴⁾. ومن ثم فإن أثر الأحكام تختلف بحسب ما إذا كان الحكم الصادر، حكما تقريريا أو حكما إلزام أو حكما منشئا. وما دامت طبيعة الحكم القاضي بفتح المسطرة هو حكم منشئ فإنه يترتب أثرا فوريا، ويحدث تغييرا في حقوق الأطراف ومراكزهم الموضوعية، كما تتأثر العديد من المراكز القانونية المتعاملة مع المقاوله المدينة من جراء فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية.

ويتمتع الحكم القاضي بالتسوية أو التصفية القضائية بالتنفيذ المعجل كأصل، وبالتالي ينفذ رغم كل طعن، مما يعطيه قوة تنفيذية مطلقة، بمعنى أن قوته تتعدى طرفي الخصومة

⁸⁹²- وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1986-1987.
⁸⁹³- عبد الحكم شرف والسعيد الإزماني: دراسات في قانون المرافعات، الطبعة الثالثة 2000-2001، ص 864.

⁸⁹⁴- حسام مهنى صادق عبد الجواد: الآثار الإجرائية للحكم القضائي المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2010، ص 10.

(المبحث الأول) كما تترتب عن الحكم المذكور آثار قانونية تستهدف الحفاظ على كيان المقولة، وضمان استمراريتها، وذلك عن طريق وضع العديد من القيود على الحقوق التي تملكها جميع الأطراف المعنية والتي تخولها لهم القواعد العامة سواء تعلق الأمر بالمدين المفتوحة في مواجهته المسطرة (المبحث الثاني) أو الدائنين وشركاء المقولة (المبحث الثالث).

المبحث الأول: النفاذ المعجل وحجية حكم فتح المسطرة

بالنسبة لأغلب توجهات الفقه القانوني الإجرائي، فإن حجية الشيء المقضي به والقوة التنفيذية هي من آثار الحكم القضائي⁽⁸⁹⁵⁾، وعلى العكس من ذلك يميز بعض الفقهاء بين أثر الحكم بالمعنى الدقيق للكلمة وخصائصه المتعددة⁽⁸⁹⁶⁾، ويلاحظون أن ما يحمله الحكم هو تغيير الوضعية المادية للأطراف، وهذا الدور الخاص الذي يكتسبه عمل القاضي نطلق عليه الأثر المادي للحكم، وفي المقابل هناك عدة تبعات ينطوي عليها الحكم، ويتعلق الأمر بصفة خاصة بحجية الشيء المقضي به والقوة التنفيذية، وهي تبعات يطلق عليها خصائص الحكم.

إن التمييز بين آثار الحكم وخصائصه تفيد في فهم بعض قواعد القانون القضائي الخاص، لا سيما ما يخص مساطر قانون صعوبات المقولة، ذلك أنه ترتبط عدة تبعات بالقرارات المتخذة، وهذا ينطبق على تقرير المتابعات الفردية التي تترتب عن الحكم القاضي بفتح المسطرة فهل هنا يتعلق الأمر بخصائص أم بآثار الحكم القضائي؟ وهل هناك فائدة من هذا التمييز؟

يمكن أن ننطلق مع السيد TOMASIN من ملاحظة تفيد بوجود أحكام لا تغير الوضعية المادية للأطراف، كالأحكام التصريحية رغم كونها تكتسي حجية الشيء المقضي به، وهذه الحجية لا يمكن أن تشكل إحدى صفة آثار الحكم، ولا تضيف على الأحكام إلا تبعاً

⁸⁹⁵- Pierre CAGNOLI : op cit. N° 319p 256.

⁸⁹⁶- D. TOMASIN : Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, thèse L.G.D.J 1975 N° 115.

– J – HERON : Droit judiciaire privé, MONTCHRESTIEN, 1991 N° 276.

لإرادة المشرع، ويقدمها هذا الفقيه على أنها صفة للمعيار القضائي⁽⁸⁹⁷⁾. بينما تسجل السيدة BLERY فكرة مؤداها أن حجية الشيء المقضي به خارجة عن سلطة القاضي، فالمشرع هو الذي يرجع إليه قرار إضافتها على القرارات القضائية⁽⁸⁹⁸⁾.

هذا التحليل اتبعته السيدة بيروز Peroz التي تتبنى نفس المقاربة إزاء مفهوم خاصية الحكم، في مقابل أثر الحكم الذي يترتب عن عمل القاضي، وفي المقابل ونظرا لضرورات التحليل، هناك تمييز داخل أثر الحكم، بين تغيير النظام القانوني والفاعلية المادية للقرار⁽⁸⁹⁹⁾.

غير أنه يترتب على صدور حكم قضائي أثر موضوعي، يتمثل في الاعتراف للمحكوم له في مواجهة المحكوم عليه، بحقوق موضوعية يحددها الحكم ويشكل أساسها وسندها، كما ينتج الحكم أثرا إجرائيا يجعله حجة وهذا الأثر هو ما اصطلح عليه بحجية الشيء المقضي به⁽⁹⁰⁰⁾. كما أن من الآثار المباشرة التي تولد مع الحكم عند النطق به هو النفاذ، وأن آثار الطعن في الحكم لا تنال من نفاذ الحكم الذي يظل ساريا ولا تمس على الإطلاق حجيته ولكنها قد تمس عملية التنفيذ⁽⁹⁰¹⁾.

وهذا يعني أن الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقابلة تنفذ رغم كل طعن (المطلب الأول) مما يعطيها قوة تنفيذية متميزة تجعلها أقرب إلى قوة الشيء المقضي به منها إلى حجية الشيء المقضي به (المطلب الثاني).

⁸⁹⁷ -D- TOMASIN : op cit N° 127.

⁸⁹⁸ - C. BLERY : l'efficacité substantielle des jugements civils, L GDJ 2000 N°206.

⁸⁹⁹ -H. PEROZ : la réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, thèse caen 1997 N° 7.

⁹⁰⁰ - جلال محمد أمهمول: م س ص 313.

⁹⁰¹ - محد السماحي: نظام التنفيذ المعمل للأحكام المدنية في القانون المغربي دراسة مقارنة طبع بنميد الدار البيضاء 1985 ص 31.

المطلب الأول: النفاذ المعجل

إن طابع القوة التنفيذية للقرار، هو ما يمكن من إعمال الإكراه الاجتماعي بشكل مباشر، وذلك عن طريق التنفيذ الجبري من أجل ضمان فاعليته⁽⁹⁰²⁾. وإن الأحكام والأوامر الصادرة في مادة صعوبات المقاولات تتمتع بالنفاذ المعجل بقوة القانون⁽⁹⁰³⁾، خلافا للأحكام غير الحائزة قوة الشيء المقضي به في القواعد العامة التي يعتبر فيها التنفيذ المعجل بقوة القانون استثناء يحدد المشرع حالاته حصرا، وفي قانون صعوبات المقاولات تتخذ القوة التنفيذية شكل النفاذ المعجل بقوة القانون، لأن تسوية وضعية المقاولات تتطلب أن تسير كل الإجراءات بالسرعة اللازمة، ذلك أنه بمجرد الحكم بفتح المسطرة يلزم الشروع في تنفيذ كل الإجراءات والتدابير المقررة في الحكم القاضي بها حتى يتم الحفاظ على حظوظ إنقاذ المقاولات، ومتطلبات السرعة في التنفيذ لا تتسجم مع الأثر الواقف لطرق الطعن العادية كالاستئناف⁽⁹⁰⁴⁾.

وفي مجال مساطر صعوبات المقاولات فإن النفاذ المعجل بقوة القانون هو القاعدة لأن الاستعجال هو ما يبرر النفاذ المعجل بقوة القانون، وهو ما يبدو مبنيا على أساس متين في قانون صعوبات المقاولات، لأن النفاذ المعجل يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المقاولات ذاتها، وإن السعي وراء التسوية القضائية يتطلب حولا سريعة، فالانتظار الناتج عن الطعن الواقف لأجل الطعن يعد أمرا غير ملائم.

ومن مظاهر النفاذ المعجل بقوة القانون في مساطر صعوبات المقاولات أنه لا يوجه فقط لأطراف الدعوى، ويشمل بعض الأوامر التي لم تحكم بها المحكمة بشكل صريح ولكنها بالضرورة مضمنة في الحكم. والنفاذ المعجل لحكم فتح المسطرة كما هو الشأن بالنسبة للحكم القاضي بالتصفية القضائية، أو الحكم الذي يعتمد مخططا، هو موجه ليس فقط لأطراف الدعوى، ولكن أيضا وبالأساس لأجهزة المسطرة، وبالنسبة للحكم الذي يقضي

⁹⁰²-P. Cagnoli: op cit N° 354 p 283.

⁹⁰³- تنص الفقرة الأولى من المادة 761 من م ت على أن: " تكون الأحكام والأوامر الصادرة في مساطر الإنقاذ والتسوية والتصفية القضائية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون..."

⁹⁰⁴- عبد الحميد أخريف: م س ص 465.

بفتح المسطرة حيث سيتحمل المدين إكراهات التسوية القضائية، ولكن السنديك ملزم بإنجاز الأعمال التحفظية ووضع التقرير الاقتصادي والاجتماعي للمقولة وإعطاء اقتراح في شأن مصيرها، كما يوجه الأمر إلى كاتب الضبط بتبليغ الحكم للمدين والسنديك خلال أجل ثمانية أيام من صدوره، كما يقوم كاتب الضبط بنشر إشعار بالحكم ويدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك المعين⁽⁹⁰⁵⁾. فضلا عن أن السنديك يقع على عاتقه في الحكم بالتصفية القضائية أيضا متابعة عمليات تصفية الأصول رغم أنه لم يكن طرفا في الدعوى التي أدت إلى الحكم بالتصفية، وبذلك يكون النفاذ المعجل موجها للجميع بما فيها أجهزة المسطرة الذين يفرض عليهم تنفيذ عدد من المهام، لأن هذه الالتزامات هي ثمرة كل حكم يقضي بفتح المسطرة.

وإذا كان النفاذ المعجل المنصوص عليه بالمادة 761 من م ت هو بقوة القانون فإن ذلك يعني أنه ليس في مادة صعوبات المقولة النفاذ المعجل القضائي كما هو الأمر في إطار القواعد العامة⁽⁹⁰⁶⁾. كما أن المشرع جعل استثناء للقاعدة المقررة في المادة 761 من م ت، ذلك أن هناك أحكاماً لا تكون مشمولة بالنفاذ المعجل وهي نادرة حصرها المشرع في سقوط الأهلية التجارية، وفيما يتعلق بالعقوبات الجزرية التفالس والجرائم الأخرى... وهذا الاستثناء في محله لأن سقوط الأهلية التجارية يحرم المحكوم عليه من الإدارة والتسيير، مما يدعو إلى التريث وعدم شمله بالنفاذ المعجل، أما العقوبات الجزرية من تفالس والجرائم الأخرى فيخضع الطعن في الحكم الصادر بخصوصها لأحكام المسطرة الجنائية حسبما

⁹⁰⁵ - تنص المادة 584 من م ت على أنه: "يسري أثر الحكم القاضي بفتح المسطرة من تاريخ صدوره ويشار إليه في السجل التجاري المحلي والسجل التجاري المركزي فور النطق به.

يقوم كاتب الضبط بنشر إشعار بالحكم يتضمن اسم المقولة كما هو مفيد في السجل التجاري، وكذا رقم تسجيلها به في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية، وفي الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ صدوره، ويدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك المعين، ويعلق هذا الإشعار على اللوحة المعدة لهذا الغرض بالمحكمة المصدرة للحكم فور النطق به. تجب الإشارة إلى الحكم بسجلات المحافظة على الأملاك العقارية أو بالسجلات الخاصة بتسجيل السفن والطائرات، أو غيرها من السجلات المعدة لنفس الغاية، حسب الحالة.

يبلغ كاتب الضبط الحكم إلى رئيس المقولة والسنديك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ صدوره"⁹⁰⁶ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 147 من م ق م على أنه: "يجوز دائما الأمر بالتنفيذ المعجل بكفالة أو غيرها حسب ظروف القضية التي يجب توضيحها".

نصت على ذلك المادة 767 من م ت على أنه "تخضع الطعون ضد المقررات الصادرة في مادة التفالس والجرائم الأخرى لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية".

وبما أن الطعن بالاستئناف وهو الطعن العادي الوحيد المقرر في مادة صعوبات المقولة، ليس له أثر واقف للتنفيذ في الأحكام الصادرة في هذه المادة، فإن المادة 761 من م ت أنتت باستثناء يمكن على ضوءه طلب إيقاف النفاذ المعجل المشمولة به المقررات القاضية بالتصفية أو التقويت الكلي وذلك بمقال مستقل عن الدعوى أمام المحكمة التي تنظر في الاستئناف⁽⁹⁰⁷⁾، وبهذا يكون المشرع قد سمح بحالات محدودة لطلب إيقاف التنفيذ وذلك استثناء على القاعدة الواردة في الفصل 147 من ق م م التي تجعل الأحكام المشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون غير قابلة لإيقاف التنفيذ. كما أن القانون الفرنسي أكد على أن الاستئناف الذي تقدمه النيابة العامة ضد الحكم القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية يوقف تنفيذ هذا الحكم طبقا للمادة L661-1-II من قانون الاجراءات الجماعية دون الأحكام الصادرة في مسطرتي الإنقاذ والتسوية القضائية التي تبقى مشمولة بالنفاذ المعجل⁽⁹⁰⁸⁾ حتى ولو طعنت فيها النيابة العامة.

المطلب الثاني: حجية الأحكام الصادرة في مسطرة صعوبات المقولة

تتمتع الأحكام القضائية بوجه عام بحجية نسبية، فلا يمتد أثرها إلا لمن كان طرفا في الدعوى، كما أنها لا تتعلق إلا بالشيء موضوع النزاع. أما الحكم الصادر في مادة صعوبات المقولة فيتميز بالحجية المطلقة التي يتجاوز بها أطراف الدعوى التي صدر في شأنها، فمتى ثم فتح المسطرة في مواجهة المدين التاجر المتوقف عن الدفع بمقتضى حكم، عد التاجر المدين المفتوحة المسطرة في حقه ليس فقط في مواجهة من طلب فتح المسطرة من الدائنين، وإنما يعتبر كذلك بالنظر لجميع دائنيه بمن لم يكن منهم طرفا في الدعوى.

⁹⁰⁷ - تنص الفقرة الثانية من المادة 761 من م ت على أنه "غير أنه يمكن تقديم طلبات إيقاف النفاذ المعجل المشمولة به المقتضيات القاضية بالتصفية أو التقويت الكلي، بمقال مستقل عن الدعوى الأصلية أمام المحكمة التي تنظر في الاستئناف".

⁹⁰⁸ - ART L 661-1-II : « L'appel du ministère public est suspensif, à l'exception de celui portant sur les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ».

وجدير بالإشارة أن الحجية المطلقة لا تلحق حكم فتح المسطرة فحسب، وإنما أيضا الحكم الصادر بتعديل تاريخ التوقف عن الدفع، فهو يسري على الكافة أي على المدين وجميع الدائنين، بل وأيضا على الغير المتعامل مع المدين خلال فترة الريبة (909).

ويورد الأستاذ "ستايس Staes" عدة حجج تختص بها المساطر الجماعية التي دعمت أطروحة الحجية المطلقة: ويبدو أن عدم قابلية الملكية للتقسيم يفترض أن شخصا مالا يمكن إخضاعه لمسطرة جماعية إلا إزاء الجميع (910). وفيما يتعلق بالنزاعات المتعلقة بإقرار الخصوم، فالطابع الجماعي للمسطرة يتطلب معاملة كافة الدائنين على قدم المساواة، ومعنى هذا أن الأحكام الباتة في وضعية المقاول ومصيرها تفرض مقتضياتها على الجميع ولو لم يكونوا أطرافا فيها بالمعنى العادي للطرف في الحكم القضائي، ورغم أن المشرع سمح للغير بالطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقاوله إذا أضرت بمصالحه، فإن هذا التعرض لا ينبغي أن يؤثر على حجية الحكم، ولا أن يقلص من أثاره تجاه الغير إلا في الحدود التي لا تعرض مصالح المقاوله للخطر.

وإن حجية الأحكام الصادرة في مساطر صعوبات المقاوله تميل إلى الإطلاق منها إلى النسبية حيث تسري اتجاه الكافة، فمخطط الحل الذي تحدده المحكمة وتصادق عليه في إطار مسطرة التسوية القضائية هو أشبه بالميثاق القضائي ذي البعد الاقتصادي والاجتماعي منه إلى الحكم القضائي التقليدي (911)، وبالتالي فالأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقاوله لها حجية واسعة تشمل الجميع ولو لم يكونوا أطرافا فيها خلافا للقواعد العامة التي تجعل الأحكام القضائية ملزمة لأطرافها فقط.

ويبرر ذلك أن حكم فتح المسطرة يصدر في دعوى ذات طبيعة خاصة، فليس الغرض من دعوى فتح المسطرة تقرير حق شخصي للدائن طالب فتح المسطرة، ولكن الغرض منها إنقاذ المقاوله ووضع المدين في حالة قانونية معينة، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان للحكم حجية

909- محمد السيد الفقي: م س ص 56.

910- Staes (O): op cit. N° 222.

911- عبد الحميد أخريف: م س ص 471.

مطلقة إزاء كل ذي مصلحة، لاسيما أن حالة فتح المسطرة بطبيعتها لا تتجزأ، فإما أن يكون المدين التاجر عاجزا عن أداء ديونه عجزا يقتضي فتح المسطرة في حقه ويعتبر إذ ذاك متوقفا عن الدفع بالنظر إلى كافة دائنيه، وإما أن يكون قادرا على الوفاء بما عليه من ديون ومن ثم لا محل لتصفية أمواله.

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لما كان نص المادة 218 من قانون المرافعات يوجب اختصاص من لم يختصم في الطعن من المحكوم عليهم في نزاع لا يقبل التجزئة، إلا أن الحكم الصادر بإشهار الإفلاس ينشئ حالة قانونية هي إثبات توقف المحكوم عليه عن دفع ديونه، وتتعدى آثاره طرفي الخصومة إلى غيرهم باعتبار أن الحكم له حجية مطلقة لا يصدر لمصلحة الدائن الذي طلبه فحسب وإنما لمصلحة جميع الدائنين ولو لم يكونوا طرفا في الخصومة أو كانوا دائنين غير ظاهرين طالما أن دينهم كان مستحقا قبل الحكم إذ لهم أن ينضموا إلى التفليسة بعد صدور حكم شهر الإفلاس وبالتالي لا محل لإعمال نص المادة 218 المار ذكره"⁽⁹¹²⁾. كما قررت نفس المحكمة على أن: "المقرر أن حكم شهر الإفلاس يتميز عن غيره من الأحكام بأنه لا يحدث أثره بالنسبة لطرفي الخصومة فحسب، وإنما يكون له حجية مطلقة على كافة..."⁽⁹¹³⁾ كما أكدت أيضا على أن: "الحكم بتعيين تاريخ التوقف عن الدفع له حجية مطلقة شأنه في ذلك شأن حكم شهر الإفلاس، فيسري هذا التاريخ في حق كافة ولو لم يكونوا طرفا في الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم..."⁽⁹¹⁴⁾. وينبني على الحجية المطلقة لحكم فتح المسطرة، أنه لا يمكن فتح عدة مساطر للتسوية أو التصفية القضائية ضد مدين واحد، وذلك لوحدة المسطرة وتعلقها بذمة المدين التي تعتبر ذمة واحدة، وتظل المحكمة التجارية التي يقع في دائرتها المقر الرئيسي للمدين مختصة لوحدها بفتح المسطرة ويمتد إلى اختصاصها حتى خارج نفوذها ضمانا لوحدة

⁹¹²- طعن رقم 684-783 لسنة 73 ق جلسة 5-7-2004 أورده محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 697-698.

⁹¹³- طعن رقم 609-613 لسنة 72 ق جلسة 22-5-2007 أورده محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 699.

⁹¹⁴- طعن رقم 372 لسنة 71 ق جلسة 28-4-2009 أورده محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 703.

المسطرة⁽⁹¹⁵⁾، وهذا ما تشير إليه المادة 585 من م ت على أنه "يمكن تمديد المسطرة إلى مقولة أو مقاولات أخرى بسبب تداخل ذممها المالية مع الذمة المالية للمقولة الخاضعة للمسطرة، أو بسبب صورية الشخص الاعتباري.

تبقى المحكمة التي قضت بفتح المسطرة الأصلية مختصة للبت في الموضوع".

المبحث الثاني: آثار حكم فتح المسطرة على المقولة المدينة

إن صدور حكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، يعني حتما دخول المقولة المدينة موضوع هذا الحكم في جملة من التدابير القانونية المقيدة لحريتها، وذلك كتدبير احتياطي، كما يترتب على حكم فتح المسطرة من جهة أخرى آثار تتعلق بذمة المدين وتخليه عن إدارة أمواله، كما أن التصرفات التي أبرمها في فترة الريبة تكون غير نافذة وجوبا أو جوازا بحسب الأحوال، وبذلك فإن هذه الآثار منها ما تمس شخص المدين من ناحية (المطلب الأول) ومنها ما تمس ذمته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار حكم فتح المسطرة التي تمس شخص المدين

بمجرد فتح المسطرة في حق المدين التاجر تترتب مجموعة من الآثار التي تمس شخصه، منها نشر اسم التاجر المدين المفتوحة في حقه المسطرة (الفقرة الأولى)، إسقاط الحقوق السياسية والمهنية عن المدين موضوع المسطرة (الفقرة الثانية) وتقرير إعانة للمدين ولعائلته (الفقرة الثالثة) وتقييد حرية المدين (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: نشر اسم التاجر المدين المفتوحة في حقه المسطرة

يترتب على حكم فتح المسطرة أثر في حق المدين من تاريخ صدوره، ويشار إليه في السجل التجاري المحلي والمركزي، وينشر إشعار بالحكم يتضمن اسم المقولة كما هو مقيد في السجل التجاري، وكذا رقم تسجيلها في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية، وفي الجريدة الرسمية وذلك طبقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة

915- لحسن زهران: م س ص 200.

584 من م ت⁽⁹¹⁶⁾ والفقرة الثانية من المادة 651 من م ت⁽⁹¹⁷⁾.

كما نصت المادة 499 من قانون التجارة اللبناني على أن أسماء التجار المعلن إفلاسهم، ولم يستعيدوا اعتبارهم تدرج في جدول يلصق على باب كل محكمة، وفي الردهة العامة لجميع البورصات، إلا أن المشرع أبقى هذا الأثر حتى استعادة التاجر موضوع الحكم لا اعتبره. ويقصد بإعادة الاعتبار إعادة الاعتبار التجاري، والذي يعني إزالة بعض الآثار التي نشأت عن فتح المسطرة في شخص المدين كمكافأة له نتيجة ثبوت أمانته وصدقه، وجديته في وفاء ديونه، وبالتالي فإنه لا بد للتاجر المدين حتى يتخلص من هذه الوصمة السيئة التي تصيب سجله التجاري أن يعمل على استعادة اعتباره والقانون ينص على أنواع إعادة الاعتبار:

- إعادة الاعتبار الوجوبي بحكم القانون، وذلك بعد انقضاء الأجل المحدد والذي لا يمكن أن يقل عن خمس سنوات بقوة القانون، ودون حاجة إلى صدور حكم طبقاً للفقرة الأولى من المادة 752 من م ت⁽⁹¹⁸⁾. وهي بالنسبة للتشريع اللبناني بعد انقضاء عشر سنوات على حكم الإفلاس حسبما نصت عليه المادة 651 من قانون التجارة اللبناني.
- وهناك رد الاعتبار القضائي والذي يتم بناء على طلب المعني بالأمر يطلب من خلاله المحكمة بأن ترفع عنه كلياً أو جزئياً سقوط الأهلية التجارية إذا ما قدم مساهمة كافية

⁹¹⁶- تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة 584 من م ت على أنه: "يسري أثر الحكم القاضي بفتح المسطرة من تاريخ صدوره ويشار إليه في السجل التجاري المحلي والسجل التجاري المركزي فور النطق به.

وبقوم كاتب الضبط بنشر إشعار بالحكم، يتضمن اسم المرافعة كما هو مفيد في السجل التجاري، وكذا رقم تسجيلها به في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية، وفي الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ صدوره، ويدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك المعين، ويعلق هذا الإشعار على اللوحة المعدة لهذا الغرض بالمحكمة المصدرة للحكم فور النطق به".

⁹¹⁷- تنص الفقرة الثانية من المادة 651 من م ت على أنه: "ولهذا الغرض تطبق قواعد المسطرة المنصوص عليها في المواد من 575 و585 أعلاه".

⁹¹⁸- تنص الفقرة الأولى من المادة 752 من م ت على أنه: "عندما تقضي المحكمة بسقوط الأهلية التجارية، تحدد مدة هذا الإجراء التي لا يمكن أن تقل عن خمس سنوات، ويمكن أن تأمر بالنفاذ المعجل المقرر لها، وينتهي سقوط الأهلية التجارية وعدم أهلية الانتخاب الناجمة عنه، بقوة القانون في الأجل المحدد دون الحاجة إلى صدور حكم".

لأداء النقص الحاصل في الأصول طبقاً للمادة 753 من م ت⁽⁹¹⁹⁾. وهي نفس الحالة في التشريع اللبناني الذي أكد على إعادة الاعتبار بحكم القضاء إذا توفرت بعض الشروط وقبل مرور عشر سنوات على شهر إفلاس المدين، بشرط أن يكون قد أوفى المبالغ المترتبة عليه أصلاً وفائدة مع النفقات (المادتان 652 و 653 قانون تجارة لبناني).

الفقرة الثانية: إسقاط الحقوق السياسية والمهنية عن المدين موضوع فتح المسطرة

حيث جاء في المادة 751 من م ت على أنه تسقط الحقوق السياسية لكل شخص ذاتي ثم الحكم عليه بالتصفية القضائية، فلا يجوز له أن يكون ناخباً أو منتخبا في المجالس السياسية، البرلمان أو المجالس الجماعية أو مجالس العمالات أو الأقاليم أو في المجالس المهنية أو غرف التجارة والصناعة، في حين أن المجالس المهنية الأخرى والتي تخضع لأنظمة خاصة كقنابة المحامين والأطباء والمهندسين لا تسقط حقوق العضوية فيها إلا طبقاً لأحكام هذه الأنظمة، وهذا ما تصرح به أيضاً المادة 500 من القانون التجاري اللبناني والمادتان 602 و 722 من قانون التجارة العراقي لسنة 1970، في حين حرصت المادة 111 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري⁽⁹²⁰⁾، قبل بيان الحقوق السياسية والمهنية التي يحرم المفلس من مباشرتها على النص بأن حكمها لا يخل بأحكام القانون رقم 45 لسنة

⁹¹⁹- تنص المادة 753 من م ت على أنه: "يمكن للمعني بالأمر في جميع الأحوال أن يطلب من المحكمة أن ترفع عنه، كلياً أو جزئياً سقوط الأهلية التجارية أو عدم أهلية ممارسة وظيفة عمومية انتخابية، إذا ما قدم مساهمة كافية لأداء النقص الحاصل في الأصول.

يترتب رد الاعتبار عن صدور مقرر المحكمة بالرفع الكامل لسقوط الأهلية التجارية أو عدم الأهلية الانتخابية".

⁹²⁰- تنص المادة 111 مصري على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 45 لسنة 2014 بإصدار قانون بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، والقانون رقم 46 لسنة 2014 بإصدار قانون مجلس النواب، يحرم مؤقتاً من مباشرة الحقوق السياسية ومن العضوية في المجلس النيابي أو المجالس المحلية، كل من صدر ضده حكم نهائي لارتكابه إحدى جرائم التالف بالتدليس أو التقصير، ويكون الحرمان لمدة ست سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة ولا يسري ذلك الحرمان إذا رد إليه اعتباره أو أوقف تنفيذ العقوبة بحكم قضائي.

ولا يجوز لمن أشهر إفلاسه أن يكون عضواً بالغرف التجارية أو الصناعية أو النقابات أو الاتحادات المهنية أو الرياضية أو مديراً أو عضواً بمجلس إدارة أي شركة أو الاشتغال بأعمال البنوك أو الوكالة التجارية أو التصدير والاستيراد أو السمسرة في بيع أو شراء الأوراق المالية أو البيع بالمزاد العلني. كل ذلك ما لم يرد إليه اعتباره.

ولا يجوز لمن أشهر إفلاسه أن ينوب عن غيره في إدارة أمواله أو التصرف فيها".

2014 بإصدار قانون بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، والقانون رقم 46 لسنة 2014 بإصدار قانون مجلس النواب، أي أن الحرمان المنصوص عليه بالقانونين المذكورين يسري على المفلس، وأن الحقوق السياسية والمهنية التي يحرم منها المفلس هي مباشرة الحقوق السياسية، العضوية في المجلس النيابي أو المجالس المحلية، كما يمنع المفلس من إنابة غيره في إدارة أمواله أو التصرف فيها.

كما أن القانون الفرنسي أكد على أن المدين المحكوم عليه بالإفلاس الشخصي لا يمكنه أن يتم تسجيله في اللوائح الانتخابية السياسية سواء البرلمانية أو المجالس الجماعية⁽⁹²¹⁾. والحكم القاضي بالإفلاس الشخصي يأخذ معه عدم الأهلية لممارسة الوظائف الانتخابية، وثم التساؤل في فرنسا ما إذا كان عدم الأهلية يهم فقط الوظائف الانتخابية السياسية أو أنها تشمل الوظائف الانتخابية الخاصة، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن المنع المنصوص عليه في المادة 110 من قانون 1967 فهو عام وفي غياب التمييز بين الوظائف المذكورة فهو يهم الوظائف العمومية أو الخاصة⁽⁹²²⁾.

الفقرة الثالثة: تقرير إعانة للمدين ولعائلته

نصت المادة 685 من م ت على أنه: "يحدد القاضي المنتدب الأجور المتعلقة بالأعمال التي يمارسها رئيس المقولة أو مسيرو الشخص الاعتباري. عند انعدام الأجر، يمكن للأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة أن يحصلوا بالاقتطاع من أصول الشركة لهم ولعائلتهم على إعانات يحددها القاضي المنتدب". ومن هذا النص فالمشرع يجيز للقاضي المنتدب أن يحدد الأجر المتعلق بالمهام التي يمارسها رئيس المقولة أو مسيرو الشخص المعنوي المدين، وفي غياب تحديد هذا الأجر يمكن لأي واحد من هؤلاء الأشخاص أن يحصل عن طريق الاقتطاع من أصول المقولة المفتوحة ضدها المسطرة على إعانة له

⁹²¹-Article 5 du code électoral résultant de l'article 220 de la loi du 25-1-1985

Indiquait que « ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales » 5 les Personnes condamnées à la faillite personnelle ou dont la faillite a été déclarée par un jugement rendu à l'étranger mais exécutoire en France ».

⁹²²- Cass, com 16 janvier 1979- cass, com 14 juin 1983 – cass, com 23 mai 1989 cité chez B. Soinne : op cit p 22-33.

ولأسرته يحددها القاضي المنتدب، غير أن المشرع استعمل في المادة المذكورة وكذا المادة 652 من م ت الملغاة أصول الشركة، بينما العبارة الواجب استعمالها هي أصول المقاوله لأن الأمر لا يتعلق فقط بالمقاوله التي لها شكل شركة تجارية، وإنما يتعلق بكل مقاوله سواء في شكل شركة تجارية أو في شكل مجموعة ذات نفع اقتصادي لها غرض تجاري أو في شكل مقاوله فردية.

ونصت الفقرة الأولى من المادة 119 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري على أنه: "يجوز لقاضي التفليسة بعد سماع أقوال أمينها أن يقرر إعانة للمفلس تصرف من أموال التفليسة بناء على طلبه أو طلب من يعولهم".

والعلة من تقرير هذه الإعانة أن يترتب عن حكم فتح مسطرة التصفية القضائية غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، ويضع السنديك يده على أموال المقاوله، وبالتالي لا يكون للمدين مال ينفق منه على نفسه ومن يعول كزوجه وأولاده وسواهم من هم في كنفه، ومن ثم فإن تقرير إعانة له يحفظ آدميته إذ يمكنه من تدبير نفقات الطعام والكساء والعلاج، ونفقات تعليم الأولاد وغير ذلك من متطلبات الحياة الضرورية⁽⁹²³⁾، وبذلك فحسب الفقرة الأولى من المادة 119 من القانون المصري فإن طلب تقرير الإعانة يقدم إما من المدين نفسه أو ممن يعولهم جميعا أو من بعضهم كزوجه أو أولاده أو والديه أو ممن يلتزم بإعالتهم قانونا أو أدبيا، وأن هذه الإعانة تفرض طالما أن أموال المقاوله المدينة تسمح بأدائها ولو كانت هذه الأموال لا تفي بحقوق الدائنين⁽⁹²⁴⁾، وإذا لم يوجد بالمقاوله المدينة مال وجب بيع بعض الأموال للحصول على النقود اللازمة⁽⁹²⁵⁾.

في حين نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة أعلاه على أنه: "يجوز في كل وقت لقاضي التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين التفليسة أن يعدل مقدار الإعانة، أو أن

⁹²³ - محمد عزمي البكري: الإفلاس المجلد الثاني م س ص 883.

⁹²⁴ - ثروت عبد الرحيم: شرح القانون التجاري المصري الجديد الجزء الأول الطبعة الثالثة سنة 2000 ص 1330.

- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق: أصول الإفلاس الناشر مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية طبعة 2016 ص 133.

⁹²⁵ - أحمد محمد محرز: القانون التجاري، عمليات المصارف، الإفلاس 1998 ص 448.

يأمر بإلغائها، ويجوز التظلم من هذا القرار أمام قاضي التفليسة نفسه"، وبذلك يتضح أن هذه الفقرة أجازت للقاضي المنتدب في كل وقت من تلقاء نفسه أو بناء على طلب السنديك أن يعدل مقدار الإعانة أو يأمر بإلغائها، لأن تقرير النفقة يدور مع حاجة المدين وظروفه المادية وجودا وعلما فقد تتحسن ظروفه بما يكفي لنفقاته ونفقة من يعولهم، فيجوز للقاضي المنتدب إلغاء النفقة وقد يصبح مقدار النفقة زائدا على حاجته فيجوز للقاضي المنتدب تخفيض مقدارها.

كما أكدت على مقتضى الإعانة المادة 531 من القانون التجاري العراقي والتي أوضحت على أنه يجوز للقاضي المنتدب أن يحدد معونة غذائية للمفلس ولعائلته وذلك بناء على اقتراح وكلاء التفليسة، هذه المعونة تؤخذ من موجودات التفليسة.

الفقرة الرابعة: تقييد حرية المدين

لا يترتب على فتح المسطرة في الأصل تقييد الحرية الشخصية للمدين المفتوحة في حقه المسطرة. ونشير إلى غياب نص صريح بهذا الخصوص في قانون 17-73 على عكس القانون المصري والعراقي ذلك أن المادة 109 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري⁽⁹²⁶⁾، تجيز للمحكمة بناء على طلب القاضي المنتدب أو النيابة العامة أو السنديك أو المراقب، أن تأمر عند الاقتضاء بمنع المدين من مغادرة البلاد لمدة محددة لا تتجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد إذا قام بعمل يضر بحقوق الدائنين، وللمدين أن يتظلم من هذا الأمر دون أن يترتب على التظلم وقف تنفيذه.

وبذلك فالحكمة من تخويل المحكمة حق منع المدين من مغادرة البلاد هي وضعه تحت تصرف القضاء إذا ظهر ما يدل على تقصيره أو سوء نيته، أو يدعو إلى الخوف من هربه أو قامت قرائن جدية على عزمه إخفاء أمواله أو تبديدها إضراراً بدائنيه أو عدم تنفيذ قرارات القاضي المنتدب أو رفض التعاون مع السنديك⁽⁹²⁷⁾ وهذا الإجراء جوازي للمحكمة

⁹²⁶ - تنص المادة 109 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري على أنه: "يجوز للمحكمة بناء على طلب قاضي التفليسة أو النيابة العامة أو أمين التفليسة أو المراقب أن تأمر عند الاقتضاء بمنع المفلس من مغادرة البلاد لمدة لا تتجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد إذا قام بعمل من شأنه الأضرار بحقوق الدائنين. وللمفلس أن يتظلم من هذا الأمر أمام المحكمة المختصة دون أن يترتب على التظلم وقف تنفيذه. وللمحكمة أن تقرر في كل وقت إلغاء أمر المنع من مغادرة البلاد".

⁹²⁷ - مصطفى كمال طه - وائل أنور بندق: م س بند 61 ص 131.

تبرره الحاجة إليه، ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة أعلاه من القانون المصري على أن المحكمة، تتخذ هذا الإجراء عند الاقتضاء في حين أن المادة 524 تجارة عراقي أكدت على أنه يحق للمحكمة أن تأمر بإجبار المدين على الحضور وبتوقيفه يضاف إلى ذلك أنها منعت على المدين أن يبتعد عن محل إقامته بدون إذن من القاضي المنتدب وبذلك يتبين أن النص العراقي عكس النص المصري من أنه خول للمحكمة الحق في هذا الأمر وليس جوازيًا بناء على طلب، فضلا عن أنها تأمر المدين بالحضور وبتوقيفه، زيادة على منعه من أن يبتعد عن محل إقامته وليس فقط مغادرة البلاد بدون إذن القاضي المنتدب، ومن ثم فالنص العراقي قيد أكثر من حرية المدين جغرافيا وذلك بأن لا يبتعد عن محل إقامته، وإجباره على الحضور والتوقيف، زيادة على أن الأمر بالمنع يصدر في القانون المصري إما بناء على طلب القاضي المنتدب أو النيابة العامة أو السنديك أو المراقب، لأن هؤلاء أقرب إلى المدين وأدرى بموقعه، ومن ثم لا يجوز للمحكمة الأمر بهذا الإجراء من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني: آثار حكم فتح المسطرة التي تمس ذمة المدين

تتراوح الآثار التي تمس ذمة المدين، بين آثار تتعلق بتقييد حريته للتصرف بأمواله وإدارتها، أو ما يسمى بغل اليد (الفقرة الأولى) وبآثار تتعلق بإبطال التصرفات التي أجزاها في فترة تكون أعماله وتصرفاته مشبوهة وهي ما يعرف بفترة الريبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تخلي المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها

شكلت فكرة تخلي المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها اهتمام الكثير من الباحثين، بالنظر إلى حجم الأثر الذي تحدثه في السير العادي للمسطرة، وهذه الفكرة هي ما يعرف في قانون الإفلاس بغل اليد. وبذلك فحكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية قد يحمل بين طياته تفويضا لحقوق المدين إما بتقييدها أو الحرمان منها⁽⁹²⁸⁾، ففي مسطرة التسوية القضائية قد يحتفظ رئيس المقابلة بحقه في تسيير وإدارة مقاولته وقد يساعده في

⁹²⁸ - غير أن حكم فتح مسطرة الانقاذ لا يؤثر على وضعية وأهلية المدين من حيث إدارة وتسيير مقاولته، ذلك أنه يبقى هو من يمثل المقابلة وحده وإن كان يخضع لمراقبة السنديك فيما يتعلق بأعمال التصرف وتنفيذ مخطط الإنقاذ وفق ما تنص عليه المادة 566 من م ت.

ذلك السنديك وقد يكلف هذا الأخير بتسيير المقاوله لوحده وتغل يد رئيس المقاوله وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 592 من م ت.

وإذا كانت مسطرة التصفية القضائية ترمي إلى الحفاظ على فرص متساوية أمام كافة الدائنين لاستخلاص ديونهم من أصول المدين، وهذه المساواة لا تستقيم مع فكرة الحرية التي يحافظ عليها المدين في التصرف في أمواله وإدارتها، ولذلك وجب الحد من هذه الحرية ضمانا لحسن سير المسطرة⁽⁹²⁹⁾. وفي هذا نصت الفقرة الثالثة من المادة 651 من م ت على أنه: "يؤدي الحكم القاضي بالتصفية القضائية إلى تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها، بما فيها تلك التي امتلكها بأي وجه كان، ما دامت التصفية القضائية لم تقفل بعد".

وبحسب الفقرة المذكورة فإن تخلي المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها يكون بقوة القانون ولا تملك المحكمة أية سلطة في إسقاطه أو تعليقه، ويحل محله السنديك طبقا للفقرة الرابعة من المادة 651 من م ت التي تنص على أنه: "يتولى السنديك ممارسة حقوق المدين وإقامة الدعاوى بشأن ذمته المالية طيلة فترة التصفية القضائية". كما نصت المادة 501 تجاري لبناني على أن "الحكم بإعلان الإفلاس ينتج حتما منذ يوم صدوره تخلي المفلس لوكلاء التفليسة عن إدارة جميع أمواله حتى الأموال التي يمكن أن يحرزها في مدة الإفلاس"، وهو ما أكدته المادة 112 مصري⁽⁹³⁰⁾.

يترتب على صدور حكم فتح التصفية القضائية تخلي المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وهذا التخلي يتم منذ صدور الحكم المذكور ودون حاجة إلى النص على ذلك في الحكم أو اتخاذ إجراء آخر كالشهر أو النشر، وهذا ما يستفاد من عبارة الفقرة الثالثة

⁹²⁹ - لحسن زهران : م س ص 218.

⁹³⁰ - تنص المادة 112 من قانون رقم 11 لسنة 2018 مصري على أنه: "تغل يد المفلس بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وتعتبر التصرفات التي يجريها المفلس في يوم صدور حكم شهر الإفلاس حاصلة بعد صدوره. وإن كان التصرف مما لا يحتج به على الغير إلا بالقيود أو التسجيل أو غير ذلك من الإجراءات فلا يسري على جماعة الدائنين إلا إذا كان التصرف ثابت التاريخ قبل تاريخ التوقف عن الدفع. ولا يحول غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها دون قيامه بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه".

من المادة 651 من م ت يؤدي حكم التصفية القضائية إلى تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها، وهو نفس ما أكدته المادتان لبناني ومصري أعلاه. وبذلك فتخلي المدين هذا من الآثار الجوهرية التي تترتب على حكم فتح مسطرة التصفية القضائية، وفي هذا قضت محكمة النقض على أنه: "لما كانت الغاية التي توخاها المشرع من تطبيق المبدأ الذي جاءت به المادة 619 من م ت وهو تخلي المدين عن ممارسة تسيير أمواله والتصرف فيها وعن إقامة الدعوى بشأنها هي حماية الضمان العام وأموال وحقوق الدائنين"⁽⁹³¹⁾، كما أكدت أيضا في قرار لها على أن: "المدين الخاضع للتصفية القضائية يمنع عليه تسيير أمواله والتصرف فيها بأي تصرف من التصرفات والتي قد تؤدي إلى الإضرار بأصول المقاول الخاضعة للتصفية القضائية أو دائنها وإجمالا المصالح المتواجدة"⁽⁹³²⁾.

كما قضت محكمة النقض المصرية على أن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ودون امتداد بتاريخ نشره تغل يد المفلس عن إدارة أمواله..."⁽⁹³³⁾. وتخلي المدين هذا لا يعتبر جزاء يطاله بقدر ما يستهدف من ورائه المشرع حماية مصالح الدائنين إزاء عجز المدين عن إدارة أمواله⁽⁹³⁴⁾. ولا يعدو أن يكون إلا نوعا من أنواع الحجز الجماعي على أموال المدين لمصلحة دائنيه ولا يمس شخص المدين لأن المساطر الجماعية ذات طابع عيني فالمدين الذي تغل يده لا يفقد أهليته ولا يجرّد من أمواله⁽⁹³⁵⁾، إنما يحرم من سلطاته على هذه الأموال بغية حماية حقوق دائنيه بشكل يجعل غل اليد شبيها بالحجز التحفظي⁽⁹³⁶⁾.

⁹³¹- قرار عدد 390 صادر عن محكمة النقض بغرفتين مجتمعتين بتاريخ 2-4-2008 في الملف التجاري عدد 816-3-2005 أورده عمر ازوكار: م س ص 472.

⁹³²- قرار محكمة النقض عدد 1105 بتاريخ 15-9-2011 في الملف التجاري عدد 838-3-2011 غير منشور.

⁹³³- طعن رقم 908 لسنة 51 ق جلسة 13-7-1992 أشار إليه محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 840.

⁹³⁴- PEROCHON (F) et BONHOMME (R) : op cit N° 374 p 399.

⁹³⁵- PEROCHON (F) et BONHOMME (R) : op cit N° 374 p 399.

⁹³⁶- JACQUEMONT (A), CLABRES (R), MASTRULLO (T) : Droit des entreprises en difficultés, 1^{ère} édition, LexisNexis Paris 2017 p 113 et 120.

غير أن المشرع نص على استثناءات على قاعدة تخلي المدين موضوع التصفية القضائية عن تسيير أمواله وذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 651 من م ت والتي جاء فيها: "غير أنه يمكن للمدين أن يمارس دعاواه الشخصية وأن ينتصب طرفاً مدنياً بهدف إثبات إدانة مقترف جنائية أو جنحة قد يكون ضحية إحداهما غير أنه إذا منح تعويضات فإنها تستخلص لفائدة المسطرة المفتوحة".

وانطلاقاً من الفقرة أعلاه فإن غل اليد لا يشمل الحقوق الشخصية أو الحقوق غير المالية للمدين والتي لا تدخل ضمن الضمان العام للدائنين، وقد أعطى الفقه أمثلة عن هذه الحقوق كتلك الناشئة عن البنوة مثل الحق في إدارة أموال أبناء المدين القصر والتصرف فيها والتقاضي بشأنها والحق في الولاية والوصاية والحق في ترشيده القاصر⁽⁹³⁷⁾. كما يستثنى من نطاق قاعدة غل اليد دعاوى المدين الرامية إلى التنصيب طرفاً مدنياً في دعوى عمومية أثبتت من أجل جنائية أو جنحة ارتكبت ضده وذلك من أجل المطالبة بتعويضات عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه من جراء ذلك، غير أن المبالغ التي قد تحكم بها المحكمة لفائدته تستخلص لفائدة مسطرة التصفية القضائية لإدراجها في باب أصول المقولة لتوزيعها على الدائنين. بل إن الفقه⁽⁹³⁸⁾ يذهب إلى أن ما يسري على المطالبة المدنية أمام القضاء الجنائي من أحكام يسري على الدعوى المدنية من أجل المطالبة بالتعويض أمام القضاء المدني لأن دعوى التعويض بصفة عامة هي دعوى شخصية. كما أن الاستثناء لا يقتصر على الدعوى والحقوق الشخصية للمدين بل إن الفقه استثنى حتى بعض الحقوق المالية كالأموال التي ينص القانون على عدم قابليتها للحجز⁽⁹³⁹⁾، كالأجور والمرتبات والمعاشات وغيرها من الأموال والأشياء المنصوص عليها في الفصل 458 من ق م م.

⁹³⁷ - أحمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات م س الجزء الثالث ص 38.

⁹³⁸ - أحمد شكري السباعي : م س ص 43.

⁹³⁹ - PEROCHON (F) et BONHOMME (R) : op cit N° 375 p 401.

الفقرة الثانية: عدم نفاذ تصرفات المدين في فترة الريبة

من المسلم به أن مناط المعاملات التجارية هو الائتمان أو الثقة التي يحوزها التاجر المدين لدى دائئه. وبالتالي إذا توقف هذا التاجر عن دفع ديونه، وفتحت في حقه المسطرة فقد زالت عنه هذه الثقة. إلا أنه حماية للدائنين من المدين المفتوحة في حقه المسطرة لا يكفي لتحقيق إنقاذ المقاول والمساواة أو التوازن بين الدائنين تخلي المدين عن إدارة أمواله، وإنما عدم نفاذ تصرفاته الضارة بمصالح دائنيه خلال فترة الريبة.

إن أثر فترة الريبة في هذه التصرفات الضارة يتمثل في إخضاع المشرع هذه التصرفات لحكم عدم النفاذ الوجوبي أو الجوازي. ولهذا عمل المشرع المغربي إلى تقرير جزاء البطلان الوجوبي لبعض التصرفات لضررها الكبير ومساسها لمبدأ المساواة بين الدائنين، كما قرر جزاء البطلان الجوازي للبعض منها بحيث ترك للقضاء تقدير مصيرها تماشياً مع المصلحة المشتركة لكافة الدائنين.

ولهذا سنتعرض للبطلان الوجوبي (أولاً) ثم البطلان الجوازي (ثانياً).

أولاً: البطلان الوجوبي

لقد نصت المادة 714 من م ت على بطلان كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع، في حين إن التشريعات المقارنة وهي بصدد معالجتها لحكم التصرفات الضارة للدائنين والصادرة عن المدين خلال فترة الريبة لم تستعمل مصطلحاً واحداً، فقد نصت المادة 613 من قواعد الإفلاس العراقي على أنه: "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين..." في حين إن المادة 227 من التشريع التجاري المصري القديم نصت على أنه (... فيكون لاغياً ولا يعتد به...) أما المادة 598 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والمادة الحالية النافذة من قانون رقم 11 لسنة 2018 فقد نصت على أنه: "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين...". أما التشريع التجاري الفرنسي فقد استعمل مصطلح البطلان⁽⁹⁴⁰⁾.

⁹⁴⁰- ART – L632-1 « Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : ... »

وتلتزم المحكمة بالتصريح بالبطلان، عندما يرفع إليها السنديك دعوى تهدف إلى الحكم ببطلان العقود والأعمال المجانية التي أجراها رئيس المقولة بعد التوقف عن الدفع، وذلك كلما ثبت لديها أنها تمت بدون مقابل، وبعد تاريخ التوقف عن الدفع دون أن يكون لها سلطة تقديرية في الحكم به من عدمه⁽⁹⁴¹⁾.

وهذا البطلان لا يعدو كونه عدم نفاذ التصرف بحق الدائنين ويترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التصرف. ذلك أن هذا التصرف ينشأ صحيحاً وناظراً بدءاً من العلاقة بين المدين والمتصرف إليه، إلا أن العيب هنا يكمن في صدور هذا التصرف خلال فترة الريبة، فصدوره في هذه الفترة بالذات يعد قرينة قانونية قاطعة على انصراف نية المدين إلى الإضرار بالدائنين⁽⁹⁴²⁾.

وفكرة البطلان الوجوبي تقوم على معيار مادي صرف، ذلك أن المشرع قد افترض حصول الضرر من هذه التصرفات لدائني المدين المفتوحة في حقه المسطرة بمجرد صدورها خلال فترة الريبة، بمعنى أنه لا يأخذ بنظر الاعتبار نية المدين أو نية المتصرف إليه، بل إنه غرض النظر عن هذه الاعتبارات وهو بصدد تقرير أحكام البطلان الوجوبي⁽⁹⁴³⁾.

يتوقف بطلان التصرفات أو الأعمال المبرمة بدون مقابل من طرف المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع على ثلاثة شروط، وهي أن يكون العقد بدون مقابل، والذي يقصد به كل عقد يبرمه المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع دون أن يتلقى مقابلاً بذلك. غير أن التبرعات أو الهدايا أو العطايا لأسباب إنسانية أو اجتماعية، لا تعتبر عقوداً مجانية مشمولة بنظام البطلان الوجوبي رغم سكوت المشرع المغربي عن ذلك على عكس المشرع اللبناني في المادة 507 تجارة الذي يخرج من نطاق البطلان الهدايا الصغيرة المعتادة أو إنشاء

⁹⁴¹ - أحمد محمود خليل: الإفلاس التجاري والإعسار المدني منشأة المعارف الإسكندرية 1994 ص 137.

- علي البارودي: القانون التجاري اللبناني دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1977 ص 253.

⁹⁴² - سميرة عبد الله مصطفى: فترة الريبة دراسة مقارنة مطابع شتات سنة 2011 ص 161.

⁹⁴³ - رضا عبید: الأوراق التجارية والعقود التجارية وعمليات البنوك والإفلاس مطبعة السعادة الطبعة الرابعة سنة 1988 ص 769.

الوقف⁽⁹⁴⁴⁾، وكذا المشرع المصري⁽⁹⁴⁵⁾.

كما يشترط أن يقع العقد أو التصرف بدون مقابل من المدين المتوقف عن الدفع إلى غاية الحكم بفتح المسطرة، أما التصرف الذي يقع قبل التوقف عن الدفع وداخل الستة أشهر السابقة من هذا التاريخ فيدخل في نطاق البطلان الجوازي طبقاً للفقرة الثانية من المادة 714 من مدونة التجارة⁽⁹⁴⁶⁾.

ويشترط أيضاً أن يصدر العقد أو التصرف بدون مقابل عن المدين المتوقف عن الدفع لا من الغير، بمعنى أن يتعلق التصرف بأموال المقاول المرصودة لممارسة نشاطها، ومع ذلك يجب الاعتراف أنه يقع باطلاً كل عقد أبرم من طرف الغير إذا ارتبطت ذمته المالية مع ذمة المدين⁽⁹⁴⁷⁾. وغالباً ما يأتي هذا البطلان كنتيجة لتمديد المسطرة المفتوحة ضد شركة معينة إلى شركة أخرى تكون هي التي أبرمت العقد باعتبارها تنتمي إلى المجموعة نفسها التي تنتمي أيضاً الشركة التي تخضع للمسطرة بصفة أصلية. وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية⁽⁹⁴⁸⁾، و ما نصت عليه المادة 585 من مدونة التجارة على أنه: " يمكن تمديد المسطرة إلى مقاول أو مقاولات أخرى بسبب تداخل ذمهما المالية مع الذمة المالية للمقاول الخاضعة للمسطرة أو بسبب صورية الشخص الاعتباري".

وفي هذا قضت محكمة النقض على أن "تمديد مسطرة معالجة الصعوبات المفتوحة في مواجهة مقاول ما، إلى مقاول أو عدة مقاولات أخرى، بسبب التداخل الحاصل في ذممهم المالية الذي يحول (التداخل) دون التحديد الدقيق لأصولهم وخصوم كل واحدة منهم، لا يترتب عنه بالضرورة فتح مساطر مستقلة لكل واحدة منهم مع ما يستتبع ذلك من مباشرة إجراءات بما فيها تصفية أصول وخصوم كل مقاول بصفة مستقلة لتعلق الأمر بمسطرة

⁹⁴⁴ - سيبييل جلول: م س ص 151.

⁹⁴⁵ - تنص المادة 121 من قانون رقم 11 لسنة 2018 على أنه: "... كما لا يجوز التمسك في مواجهتهم بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس:

أ - منح التبرعات أياً كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري عليها العرف".

⁹⁴⁶ - تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من مدونة التجارة على أنه: "يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع".

⁹⁴⁷ - Cass.com.30 novembre 1993, Bull civ IV N°433 p 314.

⁹⁴⁸ - Cass.com. 2 – 4 – 1996, Bull civ. IV N° 106 p 90.

واحدة تشملهم جميعاً، ينشأ عنها تضامن بينهم في تصفية كافة خصومهم" (949).

ثانياً: البطلان الجوازي

خلفاً للبطلان الوجوبي الذي يتعين على المحكمة التصريح به عند معاينة شروطه، يخضع البطلان الجوازي للسلطة التقديرية للمحكمة التي يمكن لها أن تحكم به أو لا تصرح به بالرغم من توفر شروطه.

وعليه وخلفاً للتصرفات التي جزم المشرع بأنها ضارة بالدائنين وقضى بعدم سريانها عليهم، رأى أيضاً أن من بين التصرفات الأخرى التي يقوم بها المدين خلال فترة الريبة ما يدور بين النفع والضرر، ولا تكفي بذاتها للجزم بأنها ضارة بالدائنين، إذ يجوز أن تكون هذه التصرفات تمت بين المدين وبين المتعامل معه بلا قصد إضرار، وبلا ضرر يلحق الدائنين، ولذلك رأى المشرع أن يكون الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات في مواجهة الدائنين أمر جوازي للمحكمة.

ولهذا نصت المادة 715 من مدونة التجارة على أنه: " يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع". كما نصت الفقرة الثانية من المادة 714 على أنه: " يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في السنة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع". وبذلك تتجلى الحالات التي يشملها البطلان الجوازي في العقود المبرمة بدون مقابل داخل السنة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع، وبطلان العقود وأداء الديون، وتأسيس الضمانات والتأمينات بعد تاريخ التوقف عن الدفع.

ويتطلب تطبيق جزاء البطلان الاختياري توفر مجموعة من الشروط وهي: وقوع التصرف داخل فترة الريبة باستثناء العقد بدون مقابل الذي يجب أن يتم داخل ستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع (الفقرة الثانية من المادة 714 من مدونة التجارة) فإن باقي التصرفات يجب أن تبرم بعد التاريخ المحدد للتوقف عن الدفع. وأن يصدر هذا التصرف أو العقد من المدين، ويجد هذا الشرط تبريره في أن صدور هذه التصرفات والأداءات من طرف

⁹⁴⁹ قرار عدد 171 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 5-5-2016 في الملف التجاري رقم 1-3-22-2015 غير منشور.

المدين يجعلها تتعلق بالذمة المالية للمقاوله، ومن ثم إذا صدرت من الغير لا يخضع للبطلان، إلا إذا اتضح أن المدين استتر وراء هذا الغير لإجراء التصرف وبالمثل إذا وقع التصرف على أموال الغير، كما إذا أوفت زوجة المدين من أموالها الخاصة بالديون المستحقة عليه⁽⁹⁵⁰⁾. إضافة إلى أن يكون التصرف ضارا بالمدين أو الدائن، بالرغم من أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى مسألة الضرر الذي يمكن أن يلحق المدين أو الدائن وهو الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي في المادتين L 620-1 - L 621-1 وعلى عكس ذلك نصت المادة 122 مصري على أن: " كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة 121 من هذا القانون وخلال الفترة المشار إليها فيها يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين، إذا كان التصرف ضارا بهم وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المفلس عن الدفع".

غير أنه لا يشترط في الضرر اللازم للحكم بعدم نفاذ التصرف أن يعود على جميع الدائنين العاديين بل يكفي أن يلحق ببعضهم فحسب ولو عاد النفع على بعضهم الآخر إذا يؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين الدائنين⁽⁹⁵¹⁾. كما يرى بعض الفقه⁽⁹⁵²⁾ أن رفع دعوى البطلان الجوازي لا تستوجب وقوع الضرر مستندا في ذلك إلى أن الدعوى تهدف إلى إعادة تأسيس أصول المدين قصد المحافظة على نشاط المقاوله ومناصب الشغل.

وبهذا فآثار البطلان الجوازي تختلف حسب طبيعة ونوع التصرف الذي تم القيام به خلال فترة الريبة، فإذا تعلق الأمر ببطلان عملية تأسيس الضمانات أو التأمينات، فإن الدائن الذي أنشئت لفائده يتحول إلى دائن عادي ما لم يتوفر على ضمان آخر، وإذا تم تحقيق الضمان لفائدة الدائن واستوفى دينه منه وجب رد هذا المبلغ. وإذا تعلق الأمر ببطلان عملية أداء الدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وجب على الدائن إرجاع ما تم تسليمه من طرف المدين، إلا أن البطلان يقتصر على عملية الأداء دون العلاقة القانونية التي كانت مصدرا للأداء.

950 - محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 913.

951 - محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 913.

952 - Y. Guyon : Droit des affaires T II op cit. p 357.

المبحث الثالث: آثار حكم فتح المسطرة على وضعية الدائنين

يؤدي حكم فتح المسطرة إلى تغيير جملة من الحقوق العائدة للدائنين، حيث يخلق أوضاعاً جديدة في المراكز القانونية، وأن التمييز لم يعد قائماً بين الدائنين إلا على مستوى تاريخ نشأة الدين بالنسبة لتاريخ فتح المسطرة، ولهذا أصبح من اللازم التمييز بين آثار الدائنين الناشئة ديونهم قبل فتح المسطرة، والدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح المسطرة. وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول آثار حكم فتح المسطرة على الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور حكم فتح المسطرة بينما نخصص الثاني للحديث عن آثار الحكم على الدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح المسطرة.

المطلب الأول: آثار حكم فتح المسطرة على الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم

بمجرد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، تبدأ مرحلة جديدة في حياة المقولة يكون لها بالغ التأثير على مختلف المصالح المرتبطة بها سواء من خلال الحد من سلطات المدين حماية للدائنين (الفقرة الأولى) أو من خلال القيود التي يخلقها الحكم بفتح المسطرة على ممارسة الدائنين حقوقهم في مواجهة المدين حماية للدائنين بعضهم البعض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مظاهر حماية الدائنين من سلطات المدين

رغبة من المشرع في التأكيد أن معالجة صعوبات المقولة تهدف إلى حماية المدين وكذا الدائن على حد سواء. ولضمان حماية الدائنين وجعلهم في مأمن من كل غش أو تواطئ بين المدين وبعض الدائنين، يعمل من خلاله على تسديد ديون البعض دون الآخرين أو عن طريق منح بعض الدائنين ضمانات أو تمتيعهم بامتيازات تجعلهم في موقع أفضل، منع المشرع على المدين أداء الديون السابقة لصدور حكم فتح المسطرة (أولاً) وكذا التقييدات المتعلقة بالرهون والامتيازات (ثانياً).

أولاً: منع أداء الديون السابقة لحكم فتح المسطرة

نصت الفقرة الأولى من المادة 690 من مدونة التجارة على أنه: "يترتب عن حكم فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره". وبهذا يتضح أن هذه الفقرة جاءت بقاعدة مفادها منع أداء كل دين نشأ قبل صدور الحكم بفتح المسطرة. وهي بذلك راعت مصالح المقلولة المتعثرة في محاولة لإنقاذها من الصعوبات التي تعترضها وذلك بمنع أداء كل دين نشأ قبل الحكم بفتح المسطرة. كما أنها جاءت لحماية الدائنين، لأنه قد يكون في حالة خرق قاعدة المنع محاباة لأحد الدائنين أو تحايل من شأنه الإضرار بالباقي. وإن كان جانب من الفقه قد ذهب إلى أن هذه الفقرة جاءت بقاعدة تروم التقليل من حقوق الدائنين الناشئة ديونهم قبل حكم فتح المسطرة⁽⁹⁵³⁾.

ويشمل المنع الوارد بالفقرة الأولى من المادة 690 من مدونة التجارة جميع الدائنين سواء كانوا دائنين عاديين أو أصحاب ضمانات أو امتيازات عامة أو خاصة أو أصحاب رهون كيفما كانت طبيعتها؛ رهونا رسمية أو حيازية.

إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 690 من مدونة التجارة نجد المشرع قد خفف من حدة المنع المنصوص عليه بالفقرة الأولى، وذلك بتحويله للقاضي المنتدب صلاحية الإذن للسنديك بأداء الديون الناشئة قبل الحكم بفتح المسطرة وذلك من أجل فك الرهن أو لاسترجاع شيء محبوس قانوناً إذا كان يستلزمه متابعة واستمرار المقلولة.

غير أن المادة 691 من مدونة التجارة جاءت بجزء في حالة خرق مبدأ منع أداء الديون السابقة لحكم فتح المسطرة، تمثل في بطلان كل عقد أو تسديد، وذلك بناء على طلب كل ذي مصلحة سواء كان المدين أو أحد الدائنين أو السنديك أو الأغيار أو النيابة العامة كما تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

953- احمد شكري السباعي : م س الجزء الثالث ص 247.

ثانيا: منع تقييد الرهون والامتيازات

يهدف المبدأ الأساسي لقاعدة منع التقييدات إلى الحفاظ على الذمة المالية للمقاول، بمنع كل دائن لم يتمكن من تقييد ضماناته قبل صدور الحكم، أو لم يكن يتمتع بتلك الضمانة من القيام بذلك بعد صدوره، وكذا حماية الدائنين وخصوصا العاديين منهم من خلق مركز متميز لبعضهم على حساب البعض الآخر.

وفي هذا نصت المادة 699 من مدونة التجارة على أنه: " لا يمكن تقييد الرهون الرسمية ولا الرهن ولا الامتيازات بعد الحكم بفتح المسطرة". وبذلك تكون هذه المادة قد جاءت بصيغة عامة وجازمة دون تمييز بين أي نوع من التقييدات، ودون أن تنص على أي استثناء، عكس ما جاءت به المادة (954) L 621-50 من قانون المساطر الجماعية الفرنسي، والذي وإن منح الامتياز للخزينة العامة، فإنه لم يعفها البتة من ضرورة تصريحها بديونها حتى يتسنى لها الاستفادة من الامتياز (955). ومن جهة أخرى منح الامتياز لبائع الأصل التجاري الذي يمكنه تسجيل امتياز داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ البيع بالرغم من فتح مسطرة التسوية القضائية في حق المشتري داخل نفس الأجل. إلا أن هذا الامتياز الممنوح لبائع الأصل التجاري يبقى نادرا في الحياة العملية، إذ نادرا ما قد يتم فتح مسطرة التسوية القضائية في حق المشتري داخل أجل المخول لفائدة البائع لتسجيل امتياز (956). ومع ذلك فإن ذلك الامتياز ما هو في الحقيقة إلا اجترار لما هو مقرر لفائدة بائع الأصل التجاري من خلال المادة 2 من قانون 17-3-1909 (957)، المتعلق ببيع ورهن الأصل التجاري.

⁹⁵⁴- ART – L-621-50 « Les hypothèques, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire. Toutefois, le trésor public conserve son privilège pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture et pour les créances mises en recouvrement après cette date si ces créances sont déclarées dans les conditions prévues à l'article L-621-43.

Le vendeur du fonds de commerce, par dérogation aux dispositions du premier alinéa, peut inscrire son privilège ».

⁹⁵⁵-Cass.com 22 Avril 1986, Bull civ IV N° 67 p 59.

⁹⁵⁶-C.S. ALARY HOUIN: op cit. p 455.

⁹⁵⁷-Bernard Soinne : Traité des procédures collectives 2^{ème} édition 1995 p 796.

ولعل ذلك هو ما حدا بالمشرع المغربي إلى عدم الأخذ بهذين الاستثناءين، مادام أن امتياز الخزينة العامة على العقارات ينتج أثره ولو لم يقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون⁽⁹⁵⁸⁾. أما امتياز بائع الأصل التجاري فإنه يخضع لمقتضيات المادتين 91 و92 من مدونة التجارة اللتين تحددان كيفية تقييده وممارسته.

وهكذا فإن نشأ الرهن أو الامتياز قبل صدور حكم فتح المسطرة بصورة صحيحة ولم يقيد أو يسجل من طرف الدائن المعني بالأمر، فإنه يمنع عليه إجراء ذلك التقييد أو التسجيل بعد صدور الحكم مهما كانت طبيعة دينه وطبيعة ضماناته، وإذا ما قام الدائن بالتسجيل بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة فإنه ومع ذلك لا يمكنه أن يحتج به في مواجهة باقي الدائنين⁽⁹⁵⁹⁾.

الفقرة الثانية: القيود الواردة على حقوق الدائنين

إن الحماية التي توخاها المشرع المغربي من خلال سنه للمقتضيات المتعلقة بصعوبات المقاولات استلزمت بالضرورة التقييد من حقوق الدائنين ضمانا لحسن معالجة المقاولات وتشخيص وضعيتها، ذلك أن الحكم القاضي بفتح المسطرة يؤدي إلى وقف المتابعة الفردية (أولا) كما يؤدي إلى وقف سريان الفوائد التي تنتج عن الديون المستحقة على المدين (ثانيا).

أولا: وقف المتابعات الفردية

تنص المادة 686 من مدونة التجارة على أنه: " يوقف حكم فتح المسطرة أو يمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور وترمي إلى:

- الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال؛

- فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال؛

يوقف الحكم أو يمنع كل إجراء تنفيذي يقيمه هؤلاء سواء على المنقولات أو على

العقارات؛

توقف تبعا لذلك الآجال المحددة تحت طائلة السقوط أو الفسخ".

⁹⁵⁸ - تنص المادة 143 من قانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على أنه: "تنتج حقوق الامتياز أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون".

⁹⁵⁹ - C.S. ALARY HOUIN: Op cit. p 457.

وواضح من مضمون هذه المادة أن المشرع المغربي يسعى إلى الحفاظ على الثقافة الجماعية في سير المسطرة المفتوحة، وجعل كافة الدائنين شركاء في استخلاص ديونهم من أموال المسطرة كل حسب نصيبه، تفاديا لأداء قد يتم بشكل يضر الضمان العام المقرر لهم، وبذلك تعد القاعدة أعلاه المتمثلة في وقف المتابعات الفردية نوعا من الهدنة لصالح المقولة في علاقاتها مع الدائنين⁽⁹⁶⁰⁾.

ولمعرفة القاعدة المذكورة يقتضي الأمر معرفة الدائنين المشمولين بقاعدة الوقف (1) والدعوى المشمولة بقاعدة الوقف (2).

1- الدائنون المعنيون بقاعدة الوقف

يستفاد من المادة 686 من مدونة التجارة أعلاه، أن نطاق تطبيق قاعدة وقف المتابعات الفردية يشمل فقط الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، وذلك بغض النظر عن كون ديونهم ذات طبيعة تجارية أو مدنية وسواء أكانت ديونا عادية أو متمتعة بامتياز عام أم خاص أو حاملة لرهن أو أي ضمان كان. وبذلك يكون المشرع قد وضع قيда على حقوق الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل حكم فتح المسطرة ينضاف إلى إلزام هذه الفئة من الدائنين بالتصريح بديونهم.

كما أن تطبيق قاعدة وقف المتابعات يدق أحيانا بالنسبة لفئة الأجراء، ذلك أنه وأمام عمومية نص المادة 686 من مدونة التجارة والتي لم تورد أي استثناء على قاعدة وقف المتابعات الفردية مساوية بذلك بين الأجراء وباقي الدائنين بخصوص أجورهم غير المؤداة والمستحقة عن الفترة السابقة عن حكم فتح المسطرة.

وإذا كانت قاعدة وقف المتابعات الفردية جاءت قيда على ممارسة الدائنين لحقوقهم في مواجهة المدين الأصلي موضوع المسطرة، فإن الإشكال الذي يطرح هو مدى استفادة كفيل المدين من قاعدة وقف المتابعات الفردية؟

ذهب بعض الفقه إلى رفض استفادة الكفيل من وقف المتابعات واعتبر أن الدعوى التي تتوقف في نطاق المادة 653 الملغاة و686 من مدونة التجارة الحالية هي الدعوى ضد

960 - لحسن زهران: م س ص 257.

رئيس المقاوله الخاضع لمسطرة المعالجة⁽⁹⁶¹⁾. في حين ذهب البعض إلى أن التزام الكفيل مرتبط بالتزام المدين الأصلي المفتوحة في حقه المسطرة، ينقضي إزاء الدائن الذي لم يصرح بدينه وذات الأثر ينطبق على التزام الكفيل الذي يصير بدوره منقضيا بنفس السبب⁽⁹⁶²⁾. وفي هذا قضت محكمة النقض على أنه: "ولما كان ثم رفع الدعوى في مواجهة الكفيل حينما كانت المدينة الأصلية في حالة تسوية قضائية في مرحلة إعداد الحل، فإنه يبقى من حق كفيلها التمسك بدفعها المستمدة من المادة 653 من مدونة التجارة والتي من بينها مطالبته بوقف الدعاوى الرامية للحكم عليه بأداء ديون نشأت في مواجهتها قبل الحكم بفتح المسطرة، وهذا الحق المتعلق باستفادة الكفيل من دفع الأصل يستمر لغاية إعداد الحل ليستعيد بعدها الدائنون حقهم في مقاضاة الكفيل والتنفيذ على أمواله..."⁽⁹⁶³⁾.

2- الدعاوى المشمولة بقاعدة الوقف

حصر المشرع بمقتضى المادة 686 من مدونة التجارة الدعاوى المشمولة بقاعدة وقف المتابعات الفردية في نوعين وهما: كل دعوى ترمي إلى الحكم على المدين بمبلغ من المال، وكل دعوى ترمي إلى فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال. وقد حرص المشرع على تحديد هاتين الدعوتان لتعلقهما المباشر بمصير المقاوله وأثرهما على مستقبلها. وبهذا فالحكم القاضي بفتح المسطرة، يوقف كل دعوى جارية ويمنع من إقامة أية دعوى جديدة بعد صدوره يكون موضوعها مطالبة المدين بأداء مبلغ من المال، ويكون لزاما على كل دائن وحفاظا على حقوقه التصريح بدينه لدى السنديك، وفي هذا قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس على أنه "يوقف حكم فتح المسطرة كل الدعاوى القضائية الرامية إلى الحكم على المدين من أجل ديون نشأت قبل صدور الحكم المذكور"⁽⁹⁶⁴⁾.

⁹⁶¹ - أحمد شكري السباعي: م س الجزء الثالث ص 238.

⁹⁶² - محمد كرام: الوجيز في مساطر صعوبات المقاوله في التشريع المغربي الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2010 ص 127.

⁹⁶³ - قرار عدد 170 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 21-2-2013 في الملف التجاري عدد 1317-3-1-2011 أورده عمر أزوكار م س ص 71.

⁹⁶⁴ - قرار عدد 1058 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 8-10-2002 في الملف عدد 02/1035 غير منشور.

كما تبقى خاضعة لقاعدة الوقف أو المنع الدعوى الرامية إلى إفراغ محل تجاري لعدم أداء واجبات الكراء، وفي هذا قضت محكمة النقض على أن "المادة 653 من مدونة التجارة وردت بصفة عامة فيما يخص إيقاف حكم مسطرة التسوية القضائية لكل الدعاوى التي يقيمها الدائنون بديون نشأت قبل صدور الحكم المذكور والرامية إلى أداء مبلغ من المال أو فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال، فجاء قرارها فاسد التعليل وعرضة للنقض فيما قضى به من تأييد الحكم الابتدائي القاضي برفض طلب بطلان الإنذار بالإفراغ"⁽⁹⁶⁵⁾.

غير أن الدعوى الرامية إلى معاينة الشرط الفاسخ خصوصا إذا تحقق الشرط قبل صدور حكم فتح المسطرة ولم تتم المطالبة بالتصريح به إلا بعده وهو الأمر الذي خلف تضاربا في اتجاه الفقه⁽⁹⁶⁶⁾ والقضاء الفرنسيين، وقررت بشأنه محكمة النقض الفرنسية أن تحقق الشرط الفاسخ في عقد الكراء التجاري لا يمكن الاحتجاج به ما لم يكن قد تم التصريح بتحقيقه قضاء قبل حكم فتح المسطرة⁽⁹⁶⁷⁾، وبالمقابل وفي العقود الفورية يمكن المطالبة بالتصريح بتحقيق الشرط الفاسخ ولو بعد صدور حكم فتح المسطرة⁽⁹⁶⁸⁾.

لكن الدعوى الرامية إلى معاينة الشرط الفاسخ لسبب غير أداء مبلغ من المال، فإنها لا تخضع لقاعدة وقف المتابعات الفردية، وفي هذا قضت محكمة النقض المغربية على أن "القرار المطعون فيه استند في ذلك إلى الأمر الاستعجالي الذي عاين فسخ العقدين وقضى بإرجاع الجرارين موضوع النازلة، وبالتالي فإن وقف أو منع كل إجراء للتنفيذ يتعلق إما بحالة أداء مبلغ من المال أو بحالة فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال، ولا يدخل طلب إجراءات تنفيذ أحكام تخص منقولات ليست في ملك الطالبة، ضمن مقتضيات المادة

⁹⁶⁵- قرار عدد 1288 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 9-9-2009 في الملف التجاري عدد 1129-3-2-2007 غير منشور.

⁹⁶⁶- George Ripert et René Roblot : Traité de droit commercial, L GDJ 14ème édition, 1996 p 979.

- Yves Chaput : Redressement et liquidation judiciaire, Rev-trim. Droit, com 44 oct.-déc. 1991 p 659.

⁹⁶⁷-Cass.com. 19 juillet 1988, Rev droit bancaire 1989 p 37.

⁹⁶⁸- Cass.com .9 mai 1995, D 1995, IR 148, 25 Novembre 1997 D 1997 IR 8.

المذكورة مما يجعل القرار غير خارق لأي مقتضى والوسيلة على غير أساس⁽⁹⁶⁹⁾.
كما تشمل قاعدة وقف المتابعات الفردية كافة إجراءات التنفيذ التي يقيمها الدائنون على أموال المدين سواء عقارات أو منقولات، ولم يميز المشرع أي شكل من أشكال التنفيذ، بل جعل حكمه عاما وشاملا لكل هذه الطرق، وفي هذا جاء في أمر القاضي المنتدب للتسوية القضائية بالمحكمة التجارية بالرباط على أنه " يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور يرمي إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال، كما يوقف الحكم ويمنع كل إجراءات التنفيذ يقيمها هؤلاء سواء على المنقولات أو العقارات"⁽⁹⁷⁰⁾.

كما أن قاعدة وقف إجراءات التنفيذ تشمل كذلك الإجراءات الممارسة في إطار مسطرة الحجز لدى الغير، وهو ما صرحت به محكمة الاستئناف التجارية بفاس من أنه " لا يمكن للدائن الذي نشأ دينه قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة الاستمرار في مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال المدين الموجودة لدى الغير التي تعتبر هي الأخرى مشمولة بقاعدة وقف ومنع إجراءات التنفيذ الفردية وفق أحكام المادة 653 من مدونة التجارة"⁽⁹⁷¹⁾.
إلا أنه وعلى النقيض من ذلك، فإن الدائن الذي استصدر حكما بالمصادقة على حجز ما للمدين لدى الغير حاز قوة الشيء المقضي به قبل صدور حكم فتح المسطرة، فإنه يبقى من حقه مطالبة الغير المحجوز لديه بإيفائه مبلغ الدين، ما دام أن الدين المذكور قد انتقل إلى ذمة الدائن بصفة نهائية بمجرد المصادقة على الحجز⁽⁹⁷²⁾.

⁹⁶⁹- قرار عدد 1107 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 10-9-2008 في الملف التجاري عدد 1074-3-2005-1 أورده عمر أزوكار م س ص 110.

⁹⁷⁰- أمر رقم 29 صادر بتاريخ 14-1-2001 في الملف رقم 648-01-3 منشور بمجلة القصر العدد 6 شتنبر 2003 ص 199.

⁹⁷¹- قرار عدد 20 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 14-12-2002 في الملف عدد 02/14 غير منشور.

وفي نفس الاتجاه قرار عدد 996-2000 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 9-2000-5 في الملف عدد 964-2000-4 غير منشور.

⁹⁷² - C.S. ALARY HOUIN: op cit. p 137.

- Bernard Soinne: op cit. p 760.

ويعتبر الإنذار العقاري كذلك إجراء من إجراءات التنفيذ التي يوقفها حكم فتح المسطرة⁽⁹⁷³⁾. كما تشمل هذه القاعدة كل أنواع الدائنين مهما كانت طبيعة ديونهم بما فيها تلك المتمتعة بامتيازات خاصة كما هو الشأن بالنسبة لديون القرض العقاري والسياحي التي متعها المشرع بامتياز خاص فقد جاء في قرار محكمة النقض على أنه " بلجوء الطالبة مؤسسة القرض العقاري والسياحي لمسطرة المعالجة تكون قد تنازلت عن الامتياز المخول لها بمقتضى الفصل 59 من المرسوم الملكي 1968-12-17 الذي هو حيازة المرهون واستخلاص دينها من ربحه. وأن حيازة الطالبة للمرهون والاستمرار في استخلاص ديونها من ربحه بعد صدور حكم فتح المسطرة لا يخرج عن نطاق إجراءات التنفيذ المعنية بالوقف أو المنع حسب المادة 653 من مدونة التجارة"⁽⁹⁷⁴⁾.

ثانيا: وقف سريان الفوائد

الحكمة من وقف سريان الفوائد هي أن المشرع أراد تحديد خصوم المقابلة وديونها بالحالة التي تكون عليها وقت حكم فتح المسطرة. ذلك أن استمرار الفوائد يعني السماح للدائن بالتقدم بها – وهي ديون متجددة لفترات تطول أو تقصر - إلى السنديك مما يؤدي إلى عدم تحديد ديونها بالوجه الذي يتبين معه نصيب كل دائن في التوزيعات. فضلا عن أن السماح باستمرار سريانها سيثقل كاهل المقابلة المدينة ويفوت عليها فرصة العلاج. ولهذا فان وقف سريان الفوائد يعد بمثابة فرصة يمنحها المشرع للمقابلة قد تتيح لها التخلص من الصعوبات التي تعترضها⁽⁹⁷⁵⁾.

كما أن في قاعدة وقف سريان الفوائد تحقيقا لمبدأ المساواة بين الدائنين، حتى لا يستفيد أصحاب الديون المنتجة للفوائد من بطء وطول إجراءات المسطرة على حساب الباقيين.

⁹⁷³- قرار عدد 1143 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 24-10-2002 في الملف عدد 431-02 غير منشور.

- قرار عدد 1145 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 24-10-2002 في الملف عدد 02/810 غير منشور.

⁹⁷⁴- قرار عدد 1964 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 26-9-2001 في الملف التجاري عدد 465-2000 منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 146 السنة الثلاثون ص 126.

⁹⁷⁵-Yves Chartier: Droit des affaires, entreprises en difficultés, vol 3, Thermis 1989 p 239 -240.

ولبحث هذه القاعدة يتعين معرفة الفوائد المشمولة بقاعدة الوقف (1) والديون المشمولة بقاعدة الوقف (2) والمدة الزمنية التي تستغرقها قاعدة وقف سريان الفوائد (3).

1-الفوائد المشمولة بقاعدة الوقف

نصت المادة 692 من مدونة التجارة على أنه " يوقف حكم فتح المسطرة سريان الفوائد القانونية والاتفاقية وكذا كل فوائد التأخير وكل زيادة" وبهذا يكون المشرع المغربي قد وسع من دائرة الفوائد المشمولة بالوقف سواء منها القانونية أو الاتفاقية، وكذا كافة فوائد التأخير والزيادات. بينما المشرع المصري في المادة 130 من قانون رقم 11 لسنة 2018 نص على أن حكم شهر الإفلاس يوقف سريان فوائد الديون العادية، وبذلك فالوقف يشمل الفوائد الاتفاقية والقانونية⁽⁹⁷⁶⁾. كما أكدت المادة 504 تجاري لبناني على أن صدور الحكم بإعلان الإفلاس يترتب عليه فوراً توقف سريان الفوائد، بمعنى الفوائد الاتفاقية والقانونية⁽⁹⁷⁷⁾.

وعلى خلاف القانون المغربي أيضاً تعامل القانون الفرنسي مع قاعدة وقف الفوائد بنوع من الحرص، بحيث لم يجعل القاعدة شاملة لكافة الفوائد، بل استثنى منها الفوائد المترتبة عن أي عقد قرض تبرمه المقاوله لمدة تساوي أو تزيد على سنة وكذا كافة العقود المقرونة بتأجيل الأداء لمدة تساوي أو تزيد على سنة وذلك طبقاً للمادة⁽⁹⁷⁸⁾ L-621-48.

2-الديون المشمولة بقاعدة الوقف

بالرجوع إلى المادة 692 من مدونة التجارة يتبين أنها لم تورد أي استثناء على قاعدة وقف سريان الفوائد بالنسبة لنوعية الديون المشمولة بها، ذلك أن القاعدة تطبق سواء كان الدين تجارياً أو مدنياً، عادياً أو مشمولاً برهن أو امتياز كيفما كان نوعه، وهذا عكس

⁹⁷⁶ - محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 991.

⁹⁷⁷ - سيبيل جلول: م س ص 176.

⁹⁷⁸ -ART.L.621-48 alinéa 1 «Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majoration, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrat assortis d'un paiement différé d'un an ou plus les cautions et coobligés ne peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa».

ما كان ينص عليه الفصل 205 من القانون التجاري لسنة 1913 حيث جاء فيه " يترتب على الحكم بإشهار الإفلاس بالنسبة لكتلة الدائنين فقط ان يتوقف عن إنتاج الفوائد كل دين غير مضمون بامتياز أو برهن حيازي أو رسمي. أما الديون المضمونة بما ذكر فلا يجوز طلب فوائدها إلا من المبالغ المتحصلة من الأموال المخصصة للامتياز أو الرهن بنوعيه". كما أن القانون المصري قصر وقف سريان الفوائد على الديون العادية بالنسبة للدائنين فقط ولا يجوز المطالبة بفوائد الديون المضمونة برهن أو امتياز أو اختصاص إلا من المبالغ الناتجة من بيع الأموال التي يقع عليها التأمين وذلك طبقا للمادة 130⁽⁹⁷⁹⁾. وبذلك فحسب المادة المذكورة فحكم شهر الإفلاس يترتب عليه وقف سريان فوائد الديون العامة فقط، فلم تنص المادة على هذا الحكم بالنسبة لفوائد الديون المضمونة برهن أو امتياز، إلا أن النص ربط الوفاء بالفوائد بعد الحكم بشهر الإفلاس بالأموال الوارد عليها التأمين⁽⁹⁸⁰⁾. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر طبقا لنص المادة 226 من القانون التجاري انه لا يقف سريان الفوائد إلا بالنسبة للديون العادية أما الديون المضمونة برهن أو امتياز أو اختصاص فتظل فوائدها سارية على الرغم من الإفلاس، فيجوز إذن للدائن المرتهن وأصحاب حقوق الامتياز والاختصاص الاحتجاج بالفوائد المستحقة -سواء كانت اتفاقية أو قانونية- في مواجهة جماعة الدائنين، وكل ما في الأمر انه لا يجوز لهم التنفيذ بالفوائد المستحقة بعد شهر الإفلاس إلا على الأموال التي يقع عليها الرهن أو الامتياز أو الاختصاص"⁽⁹⁸¹⁾.

وأكد القانون التجاري اللبناني على أن الديون التي يتوقف سريان فوائدها، هي الديون غير المؤمنة بامتياز أو برهن عقاري أو غير عقاري، أما الديون المؤمنة فلا يمكن

⁹⁷⁹- تنص المادة 130 من قانون رقم 11 لسنة 2018 على أن: " الحكم بشهر الإفلاس يوقف سريان فوائد الديون العادية بالنسبة إلى جماعة الدائنين فقط ولا تجوز المطالبة بفوائد الديون المضمونة برهن أو امتياز أو اختصاص إلا من المبالغ الناتجة من بيع الأموال التي يقع عليها التأمين، ويستتدل أصل الدين أولا ثم الفوائد المستحقة قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس ثم الفوائد المستحقة بعد صدوره".

⁹⁸⁰- سعيد الهياجنة: آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين طبعة 1993 ص 203.

⁹⁸¹- طعن رقم 459-510 لسنة 49 جلسة 10-4-1980 أوردهما محمد عزمي البكري م س المجلد الثاني ص 997.

المطالبة عنها بالفوائد إلا من أصل الأموال الناتجة عن بيع الأملاك الموضوعة تأميناً⁽⁹⁸²⁾. ولا يعني وقف سريان الفوائد إلغاء كافة الفوائد المترتبة على الديون السابقة على الحكم، بل إن هذه القاعدة تسري فقط على الفوائد التي أدركها الحكم في تاريخه وساعته، حيث يحق للدائنين التصريح بديونهم كاملة مضاف إليها الفوائد المقرونة بها والناتجة عن الفترة السابقة لصدور الحكم.

3- المدة الزمنية التي تستغرقها قاعدة وقف سريان الفوائد

أما نطاق تطبيق قاعدة وقف سريان الفوائد من حيث المدة الزمنية، فإن المشرع في المادة 693 من مدونة التجارة نص على أنه: "يستأنف سريان الفوائد ابتداء من تاريخ الحكم المحدد لمخطط الإنقاذ أو الحكم المحدد لمخطط الاستمرارية" وبهذا تكون المادة أعلاه قد حددت صراحة التاريخ الذي يبتدئ فيه سريان الفوائد بشكل لم تترك معه مجالاً للنقاش، عكس ما حدث في فرنسا حيث ثار التساؤل حول ما إذا كان العمل بقاعدة وقف سريان الفوائد ينتهي أم لا بانتهاء فترة الملاحظة المخصصة لإعداد الحل المناسب، أم أن هذا الوقف يعمل به إلى نهاية قفل المسطرة مهما كان نوعها⁽⁹⁸³⁾.

المطلب الثاني: آثار حكم فتح المسطرة على الدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح المسطرة

لقد منح المشرع وضعاً خاصاً للدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح المسطرة، لكونهم خاطروا بتقديم قروض إلى مقاوله وضعيتها متأزمة، فهم بالتالي أولى بالرعاية من الدائنين الناشئة ديونهم قبل فتح المسطرة. لأن ضرورة تمويل المقاوله خلال فترة ما بعد فتح المسطرة فرضت على المشرع أن يبحث عن وسيلة قانونية تحقق اطمئناناً لهؤلاء الدائنين وتسهم في تمويل المقاوله ومساعدتها على الاستمرار. ولتسليط الضوء أكثر على هذه الفئة من الدائنين سنتناول حق الأسبقية الممنوح

⁹⁸²- تنص المادة 504 تجاري لبناني على "إن الحكم بإعلان الإفلاس يوقف بالنظر إلى جماعة الدائنين فقط، مجرى فوائد الديون غير المؤمنة بامتياز أو برهن عقاري أو غير عقاري. أما فوائد الديون المؤمنة فلا يمكن المطالبة بها إلا من أصل الأموال الناتجة عن بيع الأملاك الموضوعة تأميناً".

⁹⁸³- C.S. ALARY HOUIN: op cit. p 459.

- Michel JEANTIN : op cit. p 599.

لهم (الفقرة الأولى) وما دامت تتعدد آثار حق الأسبقية اتجاه الدائنين سنركز على آثارها العامة اتجاه الدائنين (الفقرة الثانية) ثم آثارها في علاقة الدائنين بعضهم ببعض (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: حق الأسبقية الممنوح للدائنين

لقد نصت المادة 590 من مدونة التجارة على أنه: " يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، والمتعلقة بحاجيات سير هذه المسطرة أو تلك المتعلقة بنشاط المقاوله وذلك خلال فترة إعداد الحل في تواريخ استحقاقها. وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها، فإنها تؤدي بالأسبقية على كل الديون الأخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، باستثناء الأفضلية المنصوص عليها في المادتين 558 و 565 أعلاه".

ويستفاد من هذه المادة أن المشرع حرص على وضع إطار قانوني محدد لتنظيم حق الأسبقية المقرر للدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح المسطرة، ذلك أنه لا تتمتع كافة الديون الناشئة بعد الحكم بحق الأسبقية في الأداء، بل لابد أن يحترم الدين مجموعة من الضوابط القانونية منها نشأة الدين في تاريخ لاحق على تاريخ الحكم، ثم مشروعية الدين الناشئ بعد حكم فتح المسطرة، ذلك أنه يجب أن يكون الدين قانونيا في سببه ونشأته، وقد حرص المشرع على تأكيد هذا الشرط في الفقرة الأولى من المادة أعلاه عندما أكدت على وجوب سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية. كما اشترط المشرع أن يكون ارتباط الدين الناشئ بعد الحكم بنشاط المقاوله، ذلك أن كل دين نشأ عن عقد أو تصرف لا علاقة له بنشاط المقاوله ولا يدخل في مستلزمات تسييرها أو إدارتها يعد دينا خارجا عن حق الأسبقية المقرر بالمادة 590 من مدونة التجارة.

الفقرة الثانية: الآثار العامة لحق الأسبقية اتجاه الدائنين

يخول حق الأسبقية للدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح المسطرة امتيازاً هاماً مقارنة بباقي الدائنين، إذ تؤدي ديونهم في تواريخ استحقاقها، سواء كانت المسطرة قد وصلت للتصفية القضائية أم مازالت في مرحلة التسوية القضائية.

ويعد هذا الأداء الفوري لهؤلاء الدائنين بمثابة مبعث ارتياح لهم، ومن ثم يشجعهم على المجازفة لتمويل المقولة رغم الصعوبات التي تعترضها. فضلاً عن أن حق الأسبقية يخولهم إمكانية الحصول على ديونهم بالأسبقية على سائر الدائنين حتى ولو كانت ديونهم مقرونة بامتيازات أو ضمانات. وبهذا فالمشرع قلص من فعالية الدائنين أصحاب الضمانات التي ثم شمرها قبل حكم فتح المسطرة لحساب فئة الدائنين الناشئة ديونهم بعد هذا الحكم وامتياز الامتيازات.

كما أن الدائنين المستفيدين من امتياز المادة 590 من مدونة التجارة لا تشملهم قاعدتا وقف المتابعات الفردية المنصوص عليها في المواد من 686 إلى 689 من مدونة التجارة، ووقف سريان الفوائد المحددة في المادتين 692 و 693 من مدونة التجارة، حيث يبقى من حقهم إقامة الدعاوى الفردية ضد رئيس المقولة والسنديك ويستمر سريان الفوائد بالنسبة لديونهم. فضلاً عن أنهم غير ملزمين بالتصريح بديونهم إلى السنديك، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وجاء في تعليقها: " لكن حيث إنه إذا كان الطاعن يعتبر دينه امتيازياً، فإن من أهم الآثار التي تترتب عن حق الأسبقية المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة أن الديون المشمولة بهذا الحق تؤدي في تاريخ استحقاقها مهما كانت المرحلة التي قطعتها التسوية القضائية، وبالتالي فهي لا تخضع لمسطرة التصريح بالديون المنصوص عليها في المواد من 686 إلى 690 من مدونة التجارة.

وحيث إنه لذلك فإن الديون الناشئة بصفة قانونية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، وفي الوقت الذي تكون فيه مثبتة ومستحقة الأداء يمكن المطالبة بها مباشرة من

رئيس المقولة أو السنديك إن كان هو المسير دونما حاجة إلى تصريح أو تسجيل" (984).
إلا أن هناك استثناء يحد من امتياز المادة 590 من مدونة التجارة ويتعلق الأمر
بالدائن المرتهن رهنا حيازيا، وبالدائن الذي له حق الحبس وأيضا ببائع المنقولات بشرط
الاحتفاظ بملكيته إلى غاية الأداء الكامل للثمن.

الفقرة الثالثة: آثار حق الأسبقية في علاقة الدائنين بعضهم ببعض

يستفاد من المادة 590 من مدونة التجارة أن المشرع أعطى حق الأسبقية للدائنين
المستفيدين من امتياز هذه المادة في استخلاص ديونهم من دون أن يضع لهم ترتيبا خاصا،
وهو عكس ما تبناه المشرع الفرنسي والذي وضع في المادة L 621-32 تصنيفا للدائنين
الناشئة ديونهم بعد حكم فتح المسطرة، وتفادى بذلك الخلافات التي يمكن أن تنشأ بينهم.
وهكذا إذن نجد أن هناك محددين أساسيين لإعمال أولوية دين ناشئ بعد حكم فتح
المسطرة على دين ناشئ خلال نفس الفترة. ذلك أنه يمكن الاحتكام إلى تاريخ استحقاق الدين
لأداء دين قبل دين آخر، مادامت جميع الديون المستفيدة من حق الأسبقية تؤدي في تواريخ
استحقاقها، حيث يتعين على السنديك أداء هذه الديون حسب تاريخ استحقاق كل دين على
حدة.

أما إذا وجدت عدة ديون لها نفس تاريخ الاستحقاق، فإنها تؤدي بالأسبقية على
بعضها البعض بحسب رتبة كل دين، طبقا للقواعد العامة المتعلقة بامتياز الدائنين على منقولات
وعقارات المدين.

أما في الحالة التي تتساوى فيها الديون في الرتبة وفي تاريخ الاستحقاق، فإنه يتم
الخضوع لمقتضيات المادة 1245 من قانون الالتزامات والعقود والتي نصت على أن "الدائنين
المتمازين في مرتبة واحدة يستوفون حقوقهم على وجه المحاصة".
وإلى جانب المحدد المتمثل في تاريخ استحقاق الدين، يمكن أيضا الاحتكام إلى
الضمانات التي يمكن أن يقترن بها دين ناشئ قبل حكم فتح المسطرة.

⁹⁸⁴ - قرار رقم 2062-2000 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 10-10-2000
غير منشور.

الفصل الثاني: خصوصيات طرق الطعن في مسطرتي التسوية والتصفية القضائية:

إن الأحكام القضائية من أعمال الإنسان التي يرد عليها الخطأ أو السهو، فكان من المتعين أن تتاح للأطراف فرصة إصلاح العيوب التي تضمنتها الأحكام. ولهذا السبب أوجدت الشرائع منذ القدم طرقاً مختلفة للطعن في الأحكام، لتمكن الأطراف من الوصول لإصلاحها أو إلغائها. وقد وفقت التشريعات بين مصلحة الخصوم التي تقضي بوجوب إعادة النظر في الحكم لتدارك ما وقع فيه من خطأ وما اشتمل عليه من إجحاف أو نقص، وبين المصلحة العامة التي تحتم وجوب وضع حد للنزاع حتى تستقر الحقوق وتصبح الأحكام باتة⁽⁹⁸⁵⁾.

وطرق الطعن في الأحكام هي وسائل التظلم التي رسمها القانون، ليتمكن بها المحكوم عليه من الاعتراض على الحكم الصادر ضده، بقصد الوصول إلى إبطاله أو إلغائه أو تعديله لمصلحته⁽⁹⁸⁶⁾. وتعرف طرق الطعن بصفة عامة بأنها "الوسائل التي حددها القانون حصراً لتمكين الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عنهم قصد إعادة النظر فيما قضت به، أو بقصد إلغائها بسبب بطلانها، أو بطلان الإجراءات التي بنيت عليها مع إلغائها"⁽⁹⁸⁷⁾. وبذلك يعتبر الطعن القضائي وسيلة لمراجعة الأحكام القضائية، بل يمكن اعتباره وسيلة من وسائل الرقابة الممارسة من طرف محكمة الدرجة العليا على أحكام المحاكم الدنيا، وذلك من أجل فسخ المجال للمتقاضين لاستدراك خطأ قانوني، أو واقعي وقع فيه قاضي الدرجة الأولى أثناء استصدار الحكم.

وقد حصر القانون المغربي طرق الطعن في الأحكام القضائية في خمسة طرق ضمن قانون المسطرة المدنية، والتي تصنف إلى طرق طعن عادية وأخرى غير عادية⁽⁹⁸⁸⁾. وإذا كانت

⁹⁸⁵ - اجياد تامر نايف الدليمي: الاعتراض على الحكم الغيابي، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة دار الكتب القانونية مطابع شتات السنة 2011 ص 7.

محمود السيد التحيوي: الطعن في الأحكام القضائية دار الفكر الجامعي 2007 ص 1.

⁹⁸⁶ - مصطفى مجدي هرجة: طرق الطعن في الأحكام العادية والغير عادية الطبعة الأولى 2016 دار محمود ص 7.

⁹⁸⁷ - تعريف أورده محمادي لمعكشاوي: الوجيز في الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها في ضوء قانون المسطرة المدنية - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2011 ص 48.

⁹⁸⁸ - طرق الطعن العادية هي التعرض والاستئناف. أما طرق الطعن غير العادية هي إعادة النظر وتعرض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض. وأساس هذا التقسيم هو أن طرق الطعن العادية يجوز سلوكها لمجرد عدم رضا المحكوم عليه بالحكم الصادر ضده وله تقديم ما شاء من الأسباب التي يعتقد بأنها تعيب الحكم سواء ما تعلق منها بالقانون أو بالواقع، أم بسلطة القضاء التقديرية في كيفية تفسير

طرق الطعن تعرف تطبيقات لها في إطار المساطر العامة كالمسطرة المدنية والمسطرة الجنائية، فإن لها خصوصيات تميزها في إطار نظام صعوبات المقاول، ذلك أنه إذا كان دور طرق الطعن في إطار القواعد العامة ينحصر في تقويم الإخلالات والإغفال والسهر على التطبيق السليم للقانون، فإنها في إطار نظام صعوبات المقاول تسعى إلى تحقيق التوازن الضروري بين خصوصية القواعد العامة للطعن، وبين متطلبات المساطر الجماعية المتمثلة في السرعة والفعالية والأمان والتي تعد شروطا هامة لنجاح نظام صعوبات المقاول (989).

ولهذا فالمشرع في إطار مساطر صعوبات المقاول قد منح الاختصاص المتعلق بهذه المساطر للمحاكم التجارية⁽⁹⁹⁰⁾. وإن هذه الأخيرة لا تطبق قانون المسطرة المدنية إلا في حالة عدم وجود نص في القانون المحدث للمحاكم التجارية⁽⁹⁹¹⁾، نظرا لأن هذا الأخير يتماشى مع خصوصيات المعاملات التجارية وما تعرفه من سرعة والتي تعتبر من أهم الركائز التي يقوم عليها المجال التجاري.

ولقد عالج المشرع المغربي طرق الطعن في الأحكام الصادرة في مادة التسوية والتصفية القضائية في القسم الثامن من الكتاب الخامس من مدونة التجارة، وذلك من المواد 761 إلى 767 من مدونة التجارة، والذي كان يقابلها القسم السادس من الكتاب الخامس الملغى وذلك من المواد 728 إلى 732 وكذا أيضا الفصول من 328 إلى 331 من القانون التجاري المنظم بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 الملغى.

انطباق القانون على الواقع. أما طرق الطعن غير العادية فلا يجوز سلوكها إلا إذا كان عدم رضا المحكوم عليه يستند إلى سبب من الأسباب المحددة في القانون.

⁹⁸⁹ Philip Petel: «Les reformes des voies de recours dans le nouveau droit des défaillances des entreprises» collection thème et commentaire Dalloz 1995 Paris, p 189.

Jocelyne Vallanssan : « Redressement et liquidation judiciaire » édition 1996 Litec p 313.

⁹⁹⁰ تنص المادة 11 من قانون إحداث المحاكم التجارية على أنه: "استثناء من أحكام الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية ترفع الدعاوى:

فيما يتعلق بصعوبات المقاول إلى المحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة.

فيما يخص الإجراءات التحفظية إلى المحكمة التجارية التي يوجد بدائرتها موضوع هذه الإجراءات".
⁹⁹¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 19 من قانون إحداث المحاكم التجارية: "كما تطبق أمام المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص على خلاف ذلك".

وإذا ما قمنا بالمقارنة بين ما ورد في قانون المسطرة المدنية والقانون المحدث للمحاكم التجارية وقانون صعوبات المقاولات نتساءل إلى أي حد توفق هذا الأخير في وضع مميزات لطرق الطعن وأجالاتها تخدم المقاولات؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنقوم بدراسة خصوصيات طرق الطعن هاته من خلال فرعين، نتناول تقييد طرق الطعن في مساطر التسوية والتصفية القضائية (الفرع الأول)، وأجل طرق الطعن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييد طرق الطعن في مساطر التسوية والتصفية القضائية

حد مشروع قانون 17-73 المتعلق بصعوبات المقولة من نطاق طرق الطعن العادية وغير العادية. حيث خص البعض منها بقواعد خاصة، ومنع البعض منها، وسكت عن البعض الآخر، وذلك بخصوص الأحكام الصادرة في المادة المذكورة. لأنه حصن بعضها من الطعن وأخضع البعض لطرق طعن محددة. الأمر الذي أفرز إبعاداً لكل طرق الطعن في حالات خاصة (المبحث الأول) في حين قلص من طرق الطعن في الأحكام التي أخضعها للطعن (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إبعاد كل طرق الطعن في حالات خاصة

المبدأ أن الأحكام الصادرة في مساطر التسوية والتصفية القضائية تقبل الطعن بالطرق المحددة قانوناً في صعوبات المقولة، والاستثناء هو ما نص عليه المشروع من عدم خضوع بعض الأحكام للطعن. والأحكام غير القابلة للطعن منها ما تصدرها المحكمة التجارية أي محكمة المسطرة (المطلب الأول) ومنها الأوامر التي يصدرها القاضي المنتدب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأحكام الغير القابلة للطعن والصادرة عن المحكمة

إبعاد كل طرق الطعن في مواجهة حكم لا يمكن إلا في حالات استثنائية، وإن قانون 17-73 أبعد بصفة صريحة التعرض والاستئناف وتعرض الغير الخارج عن الخصومة وإعادة النظر والنقض، عن صنفين من الأحكام: الأحكام المتعلقة بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب (الفقرة الأولى) والحكم القاضي بتشكيل جمعية الدائنين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأحكام المتعلقة بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب

خصص قانون 17-73 المتعلق بصعوبات المقولة القسم السادس من الكتاب الخامس لما سمي بالقواعد المشتركة لمساطر الإنقاذ والتسوية القضائية والتصفية القضائية، إذ تم تحديد الباب الأول لأجهزة المساطر التي يجب على الحكم القاضي بفتحها تعيينه، ولهذا نصت الفقرة الأولى من المادة 670 من مدونة التجارة على أنه: "تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب، والسنديك. كما تعين نائباً للقاضي المنتدب تسند إليه نفس

المهام إذا عاق مانع هذا الأخير". وهذا الحكم القاضي بتعيين القاضي المنتدب أو استبداله، منع المشرع الطعن فيه، ذلك أن قانون 17-73 نص في المادة 765 من مدونة التجارة على أنه: " لا يقبل أي طعن ضد الحكم أو القرار القاضي بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب" والظاهر من المادة المذكورة سواء تعلق الأمر بالأحكام الصادرة عن المحكمة التجارية أو القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف في حالة إلغاء حكم ابتدائي تجاري قضى برفض طلب فتح المسطرة وتتصدى إلى فتحها وتعين القاضي المنتدب ونائبه فإنه يمنع الطعن في الحكم وكذا في القرار القاضي بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب. ذلك أن إبعاد الطعن في هذا الحكم القاضي بالتعيين أو الاستبدال يكتسي صبغة شبه ولائية لاتصاله بإدارة المسطرة، أو ما أصبح يعبر عنه بأعمال الإدارة القضائية التي تتفق التشريعات التي تأخذ بها كمفهوم على استثنائها من الطعن لتسريعها للسير الجيد لمرافق القضاء⁽⁹⁹²⁾. فضلا عن أن تعيين القاضي المنتدب وضع لضمان السير الحسن لإجراءات المسطرة، ويندرج مبدأ منع الطعن فيه في السياق العام الذي يفترض الحياد والتجرد في الهيئة القضائية إلى أن يثبت العكس. وإذا كان الكتاب الخامس الملغى لم يكن يتضمن أي نص صريح يؤكد تحصين حكم تعيين أو استبدال القاضي المنتدب من الطعن، إلا أنه ظل من المبادئ القانونية العامة الواجبة الأعمال ولو دون نص⁽⁹⁹³⁾. بينما ظهر 12 غشت 1913 المتعلق بالقانون التجاري الملغى كان يأخذ بالمبدأ بكيفية واضحة في الفصل 331 منه⁽⁹⁹⁴⁾، وبذلك أخرج المشرع من نطاق الطعن، الأحكام المتعلقة بتعيين القاضي المنتدب واستبداله، باعتبارها تتعلق بالإدارة ولا تلحق ضررا بالأطراف وتساعد على الإسراع في سير المسطرة.

وتتفق التشريعات المقارنة على منع الطعن في تعيين القاضي المنتدب أو تغييره، بأي طريق من طرق الطعن سواء العادية منها أو غير العادية. وهكذا فالمشرع اللبناني في المادة 497 من القانون التجاري ميز في فقرتها الأولى بين القرارات التي تقبل الطعن

⁹⁹² - المهدي شبو: مؤسسة القاضي المنتدب دكتوراه، م س ص 77.

⁹⁹³ - المهدي شبو: م س ص 78

⁹⁹⁴ - نص الفصل 331 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالقانون التجاري على ما يلي:

"لا تقبل التعرض والاستئناف ولا طلب النقض الأحكام الآتية:

أولا: الأحكام المتعلقة بتعيين القاضي المنتدب أو باستبداله، وبتعيين وكلاء الدائنين أو باستبدالهم".

والقرارات التي لا تقبل الطعن، ذلك أن المشرع اللبناني اعتبر في الفقرة الأولى على "أن كل الأحكام الصادرة في المواد الإفلاسية تقبل الإعتراض والاستئناف ما لم يكن ثمة نص مخالف"، وهنا سلط المشرع الضوء على وجود بعض الاستثناءات حيث لا يجوز الطعن في هذا القرار لا بالإعتراض ولا حتى بالاستئناف، ومن هذه القرارات ما جاء في المادة 523 من القانون التجاري المتعلق بتعيين القاضي المنتدب أو بتغييره. كما أن القانون التجاري العراقي نص على ذلك في المادة 595، والقانون المصري رقم 11 لسنة 2018 نص في الفقرة الأولى من المادة 90 على أنه: "لا يجوز الطعن بأي طريق في: أ- الأحكام أو القرارات الخاصة بتعيين أو استبدال قاضي التفليسة أو أمينها أو مراقبها"، وهو الشيء الذي نصت عليه المادة -L661 4 من القانون الفرنسي⁽⁹⁹⁵⁾. وهو المبدأ الذي استقر عليه القانون الفرنسي منذ مدونة نابليون لسنة 1807 مرورا بالمادة 103 من مرسوم 13 يوليوز 1967 والمادة 173 فقرة 1 من قانون 25 يناير 1985، والمادة 4-L623 من مدونة التجارة وانتهاء بالمادة 4-L661.

غير أن المشرع التونسي وإن كان يكرس هذا المنع في الفصل 454 من المدونة التجارية التونسية، فإنه أكد عليه في الفصل 466 من قانون 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، لكنه تراجع عن هذا المنع في القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أبريل 2016 والمتعلق بالإجراءات الجماعية⁽⁹⁹⁶⁾، ذلك أن أهم ما جاء في الفصل 565 من القانون المذكور إمكانية الطعن بالاستئناف في الأحكام التي تصدر عن المحكمة خلال سير إجراءات الإنقاذ وخلال سير إجراءات التفليس،.. وهي ليست أحكاما فاصلة في أصل النزاع، بل هي قرارات تصدرها المحكمة لضمان حسن سير الإجراءات. وتتمثل الأحكام القابلة للطعن بهذه الوسيلة في القرارات التي تصدرها المحكمة في مادة الفلسة، الأحكام القاضية بتعيين القاضي المنتدب، والقرارات المتعلقة بتعويضه⁽⁹⁹⁷⁾.

⁹⁹⁵-ART. L. 661-4 «Les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge – commissaire ne sont pas susceptibles de recours».

⁹⁹⁶- الرائد الرسمي عدد 38 لسنة 2016 المؤرخ في 10 ماي 2016.

⁹⁹⁷- التوفيق شبشوب: الطعون في قانون الإجراءات الجماعية مقال مقدم في أعمال اليوم الدراسي الذي انتظم بنزل الزيتونة بصفاقس في 18 أكتوبر 2016 المتعلق بالقانون الجديد للإجراءات بصفاقس مجمع الأطرش الطبعة الثانية 2018 ص 127.

وإذا كان الأمر بخصوص الأحكام المتعلقة بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب، فإن المشرع المغربي منع الطعن في حكم تشكيل جمعية الدائنين وهو ما سنبحثه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: منع الطعن في حكم تشكيل جمعية الدائنين

لقد عمل المشرع المغربي بمقتضى قانون 17-73 على خلق آلية مهمة لفائدة دائني بعض المقاولات الخاضعة لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية، وهي جمعية الدائنين. وهذه الأخيرة تتشكل حسب الفقرة الأولى من المادة 606 من مدونة التجارة بقوة القانون في كل شركة تجارية خاضعة لإلزامية تعيين مراقب الحسابات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل، أو في كل مقولة فردية أو جماعية يتجاوز رقم معاملاتها السنوية 25 مليون درهم وتشغل مالا يقل عن 25 أجيروا خلال السنة السابقة لفتح المسطرة. كما أجاز المشرع للمحكمة طبقاً للفقرة الثانية من المادة 606 من مدونة التجارة، وبناء على طلب من السنديك وبموجب حكم قضائي معلل تشكيل جمعية للدائنين في غياب الشروط المحددة في الفقرة الأولى من هذه المادة، والمشار إليها سابقاً، متى توفرت أسباب وجيهة يوضحها السنديك في طلبه، خاصة عندما يتعلق الأمر بخصوصيات تهم طبيعة ونوعية الدائنين.

كما أن القانون الجديد التونسي وضع عديداً من الأحكام التي تمنح للدائنين دوراً فعالاً في الإنقاذ ويبرر ذلك في المظاهر التالية: - التنصيب على إمكانية تجمع الدائنين في أصناف مختلفة بحسب مصالحهم (دائنين مرتهنين، دائنين عاديين، مؤسسات مالية مزودين ...) ولكل صنف من الدائنين تعيين ممثل عنهم يرفع ملاحظاتهم إلى القاضي المراقب، فقد اقتضى الفصل 444 في فقرته الثانية على أنه: "ويمكن للدائنين أن يتجمعوا في أصناف مختلفة بحسب مصالحهم. ولكل صنف من الدائنين تعيين ممثل عنهم يرفع ملاحظاتهم إلى القاضي المراقب... العمل بموافقتهم في برنامج مواصلة النشاط". وقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 456 تونسي على أنه "لا تقضي المحكمة بالمصادقة على برنامج مواصلة النشاط إلا إذا وافق عليه الدائنون الذين تمثل ديونهم نصف إجمالي الديون على الأقل وبعد التحقق من أن البرنامج المذكور يراعي مصلحة جميع الدائنين".

والحكم الصادر عن المحكمة، والقاضي بتشكيل جمعية الدائنين لا يقبل أي طعن، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 606 من مدونة التجارة المغربي على أنه "لا يقبل هذا الحكم أي طعن". والعلة في ذلك عدم تعطيل أشغال سير المساطر والمشاورات في فترة حرجية وضيقة من عمر المقابلة المتوقفة عن الدفع، والتي هي موضوع بحث عن حلول لإنقاذها وبذلك فعدم إمكانية الطعن في هذا الحكم فيه تحصين له وإسراع بالشروع في الإجراءات ذات الصلة بالمسطرة⁽⁹⁹⁸⁾.

المطلب الثاني: الأوامر الصادرة عن القاضي المنتدب والغير القابلة للطعن

بحسب الفقرة الأولى من المادة 672 من مدونة التجارة "يبت القاضي المنتدب بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات والمطالب الداخلة في اختصاصه، لا سيما الطلبات الاستعجالية والوقائية، والإجراءات التحفظية المرتبطة بالمسطرة، وكذا الشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك". وانطلاقاً من هذا النص وغيره، فالأعمال التي يقوم بها القاضي المنتدب كثيرة ومتنوعة وليست لها طبيعة واحدة، بل بعضها له طبيعة قضائية بحتة إلى جانب أعمال لها طبيعة ولائية⁽⁹⁹⁹⁾. وأمام غياب أي معيار في القانون الإجرائي المغربي لتحديد العمل القضائي والعمل الولائي عكس التشريع الفرنسي الذي رسم طريقاً للتحديد في المادة 25 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي والتي نصت على أنه: "يبت القاضي في المادة الولائية عندما يرفع إليه في ظل انعدام نزاع طلب يلزم القانون أن يخضع لمراقبته اعتباراً لطبيعة القضية أو لصفة الطالب". كما تنص المادة 28 من نفس القانون الفرنسي على أنه: "يبت القاضي دون إجراء مناقشة". وتفرض المادتان منطلقاً للتمييز مادام قانون

⁹⁹⁸ - عبد الرحيم شميعة: م س ص 154.

⁹⁹⁹ - يقوم القضاء بالأعمال الولائية لتحقيق مقتضيات عملية لأن هذه الأعمال تكون إما تمهيداً لخصومة سوف تنثار أمام القضاء، وإما أن تكون فرعاً من خصومة قائمة. ومن ثم يعتبر كل عمل يقوم به القاضي في مسألة ليس فيها نزاع ولا وجود فيها لخصم عملاً ولائياً مستقلاً عن العمل القضائي بالمعنى الضيق. ومن قبيل الأعمال الولائية، أعمال التوثيق والتصديق التي يقوم بها القضاء، وكذا الأوامر والأدونات التي يصدرونها بهدف اتخاذ التدابير. أنظر جلال محمد اهمول: م س ص 107 - 108 - وطلعت يوسف خاطر: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية م س ص 307 - وعبد السلام ديب: قانون الإجراءات المدنية، م س ص 211.

- وفي تأصيل فقهي لنطاق الفصل 148 من ق م م: - عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل في القانون المغربي الطبعة الأولى 1998 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 247 وما بعدها.

المسطرة المدنية المغربي يجهل أي معيار لتحديد العمل الولائي. كما أن مدونة التجارة لم تشر إلى أي عنصر يسمح بفرز المجال الولائي في أوامر القاضي المنتدب عن نطاقها القضائي.

وعليه فإن القاضي المنتدب وفي إطار ممارسته لدوره العام في السهر على السير السريع للمسطرة، وحماية المصالح المتواجدة، يصدر أوامره. وبرجوعنا إلى نصوص الكتاب الخامس من مدونة التجارة نجد أن القاضي المنتدب يتدخل سواء في مرحلة إعداد الحل الكفيل بتسوية وضعية المقاول أو في مرحلة تصفيته. ففي المرحلة الأولى يتدخل القاضي المنتدب ويصدر أوامر وتراخيص متنوعة، بعضها ينصرف إلى اتخاذ إجراءات تحفظية لحماية المقاول ومصالح الأطراف، كالأوامر بوضع الأختام على أموال المقاول (المادة 681 من م ت)، والترخيص بالتصرف في الحساب الخاص المجمع الذي تحول إليه عائدات الأسهم وغيرها من السندات (الفقرة الثانية من المادة 683 من م ت)، والأمر بتسليم الرسائل الموجهة لرئيس المقاول إلى السنديك (الفقرة الأولى من المادة 684 من م ت)، ثم تحديد الأجور بالأعمال التي يمارسها رئيس المقاول أو مسيرو الشخص المعنوي (الفقرة الأولى من المادة 685 من م ت). كما أن بعض الأوامر تتخذ طابعا تدييريا يرخص فيها القاضي المنتدب للسنديك أو لرئيس المقاول، بإبرام بعض التصرفات كالترخيص لهما بأداء الديون السابقة لفك رهن أو استرجاع شيء محبوس قانونيا تقتضيه متابعة نشاط المقاول (الفقرة الثانية من المادة 690 من م ت)، أو تقديم رهن رسمي أورهن حيازي أو التوصل إلى صلح أو تراض (المادة 594 من م ت).

أما في مرحلة التصفية القضائية، فإن القاضي المنتدب يتدخل بشكل خاص في مادة البيوع سواء تعلقت بعقارات أو أموال المقاول الأخرى، وجعل القاضي المنتدب هو المختص بتحديد الثمن الافتتاحي للمزايدة، وكذا الشروط الأساسية للبيع وتحديد شكليات شهر عملية البيع (الفقرة الأولى من المادة 654 من م ت). كما يمكن للقاضي المنتدب منح الإذن إما بمزايدة ودية بالثمن الذي يحدده، وإما بالتراضي وفقا للثمن والشروط التي يحددها (الفقرة الثالثة من المادة 654 من م ت).

وهذه الأوامر الولائية الصادرة عن القاضي المنتدب، سواء في مجال الإجراءات التحفظية وإعطاء التراخيص والأذن للسنديك أو رئيس المقولة لإجراء بعض التصرفات أو غيرها من الأوامر المشار إليها أعلاه، نتساءل عما إذا كانت قابلة للطعن أم لا؟

فبالرجوع إلى الكتاب الخامس الملغى نجد أن مواده لم تنص على أي مقتضى بهذا الخصوص، وهذا الفراغ انعكس على موقف الفقه التجاري، فاكتفى بعضهم بإثارة صعوبة الحسم في مدى قابليتها للطعن لصعوبة تكييفها ولكون المشرع المغربي لم يعمل على وضع مقتضيات خاصة بطرق الطعن في مقررات القاضي المنتدب، وإنما قام بوضع المسطرة التي ينبغي إتباعها للطعن في مادة تحقيق الديون وحدها (1000). بينما استند البعض إلى مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 639 من مدونة التجارة الملغاة تقابلها الفقرة الثانية من المادة 672 من مدونة التجارة الحالية والتي جاء فيها ضرورة إيداع أوامر القاضي المنتدب بكتابة الضبط للتأكيد على قابليتها للطعن (1001). وفي نفس الاتجاه أسند رأي آخر اختصاص النظر في هذا الطعن إلى المحكمة التجارية التي أصدرت حكم فتح المسطرة باعتبارها المشرفة على مراقبة وسير المسطرة بدءاً من فتحها إلى قفلها (1002). بينما عارض رأي آخر مبدأ قابلية أوامر القاضي المنتدب للطعن، وأكد على عدم قابليتها للطعن لأنها تخضع لنظام قانوني خاص وتصدر بموجب مسطرة ولائية غير تواجيهية (1003). في حين أكد البعض بعد تحليله للرأيين أعلاه، بأن مشرع قانون صعوبات المقولة نص صراحة على أن القاضي المنتدب يبت بأوامر في الطلبات والمنازعات الداخلة في اختصاصاته والشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك (المادة 639 من مدونة التجارة الملغاة وتقابلها المادة 672 من قانون 17-73)، والبت يقتضي الحسم، والمنازعة تقتضي وجود خصمين، والشكاوى يستمع فيها للطرفين، وبالتالي فإن صيغة الأمر التي اختارها له المشرع للبت فيها هي صيغة ملائمة ومناسبة، وانتهى إلى نتيجة مفادها قابلية

1000- امحمد لفروجي: صعوبات المقولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م س ص 225 - 226.

1001- عمر أزوكار: جريدة الأحداث المغربية 1 شتنبر 2000 ص 8.

1002- احمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية الجزء الثالث م س ص 161.

1003- عبد الحميد أخريف: م س ص 284.

أوامر القاضي المنتدب للطعن لأن أغلبها يصدر في مسطرة تواجيهية⁽¹⁰⁰⁴⁾.

وهذا التنوع في الآراء نتج عنه اختلاف بخصوص الاتجاه القائل بقابلية الطعن في أوامر القاضي المنتدب بخصوص نوع الطعن الممكن استعماله وعن الجهة المختصة للفصل فيه. فذهب بعض الفقه إلى أن أوامر القاضي المنتدب تخضع لجميع طرق الطعن طبقاً لقواعد قانون المسطرة المدنية وقانون إحداث المحاكم التجارية⁽¹⁰⁰⁵⁾، كما أكد البعض على أن هذه الأوامر تودع بكتابة الضبط حتى يتسنى لكل ذي مصلحة أن يتعرض أو يطعن فيها معتبراً أن المحكمة التجارية هي المختصة في هذا الطعن⁽¹⁰⁰⁶⁾. بل ذهب البعض إلى إخضاع أوامر القاضي المنتدب للقواعد الخاصة الواردة في مدونة التجارة والمنصوص عليها في باب طرق الطعن في الكتاب الخامس مع إبعاده لطرق الطعن الموجودة في قانون المسطرة المدنية لعدم تناسب طرق هذه الأخيرة مع قواعد مسطرة صعوبات المقاولات من حيث الأجل ولكون الكتاب الخامس قلص من طرق الطعن⁽¹⁰⁰⁷⁾.

وإذا كان هذا الاختلاف الفقهي نابع من عدم تنظيم قانون الكتاب الخامس الملغى لجميع أوامر القاضي المنتدب، ومن اقتصاره على تنظيمه لطرق الطعن في بعض عينات الأوامر القضائية من قبيل تحقيق الديون ورفع أجل السقوط⁽¹⁰⁰⁸⁾، عكس ما كان يقضي به القانون التجاري لظهير 12 غشت 1913 الملغى الذي كان ينص صراحة على قابلية أوامر القاضي المنتدب للتعرض من الأطراف والغير دون تمييز، وبعد تحديده لنوع الطعن المذكور حدد الجهة التي تبت في هذا الطعن وهي المحكمة الابتدائية⁽¹⁰⁰⁹⁾، بل أكثر من ذلك أكد على أن الحكم الصادر ضد أمر القاضي المنتدب لا يقبل التعرض ولا الاستئناف ولا طلب

¹⁰⁰⁴ - عبد العزيز حضري: الطعن في أوامر القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاولات، مقال منشور بمجلة القانون الاقتصادي مجلة قانونية مطبوعات الهلال وجدة العدد الأول دجنبر 2007، ص 29-30.

¹⁰⁰⁵ - عمر أزوكار: جريدة الأحداث المغربية 1 شتنبر 2000 ص 8.

¹⁰⁰⁶ - احمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية الجزء الثالث م س ص 147 و 161.

¹⁰⁰⁷ - عبد العزيز حضري: الطعن في أوامر القاضي المنتدب م س ص 31 - 32.

¹⁰⁰⁸ - المهدي شبو: م س ص 464.

¹⁰⁰⁹ - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 212 من القانون التجاري لسنة 1913 الملغى: "وفي جميع الأحوال يجوز لكل ذي مصلحة أن يتعرض على تلك الأوامر أمام المحكمة... ويجب على المحكمة أن تبت في التعرض داخل أجل ثمانية أيام ولا يقبل حكمها الطعن".

ونتيجة لهذا التشعب في الآراء والاختلاف الفقهي، بخصوص موضوع أوامر القاضي المنتدب، جاء قانون 17-73 ليحسم الخلاف بخصوص الأوامر الولائية الصادرة عن القاضي المنتدب واستثنائها من الطعن، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 672 من مدونة التجارة والتي نصت "باستثناء الأوامر الولائية ومع مراعاة المقترضات المتعلقة بالطعن ضد المقررات الصادرة في إطار تحقيق الديون، تكون أوامر القاضي المنتدب قابلة للطعن بالاستئناف داخل أجل عشرة أيام من تاريخ صدورها بالنسبة للسنديك ومن تاريخ التبليغ بالنسبة لباقي الأطراف". وبذلك يكون المشرع قد أخذ بعين الاعتبار اختلاف الآراء بخصوص أوامر القاضي المنتدب بصفة عامة في مجال الطعن، والطرق المتاحة والجهة المختصة والأوامر الولائية الصادرة عنه بصفة خاصة، وحصنها من الطعن فيها بأي طريقة وذلك بصورة صريحة. وعلة ذلك، أن هذه الأوامر الولائية صادرة في مسائل متعلقة بإدارة المسطرة، ولا تلحق ضررا جديا بحقوق أحد لأنها تهم تسيير المقولة وإنقاذها من صعوباتها.

كما أن المشرع نص في إطار تحقيق الديون والمقررات التي يصدرها القاضي المنتدب في هذا الإطار ان الدائن الذي وقع نزاع في دينه كلا أو بعضا والذي لم يرد على السنديك داخل الاجل القانوني المحدد في ثلاثين يوما طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 726 من م ت لا يمكنه أن يطعن في أمر القاضي المنتدب المؤيد لاقتراح السنديك وهو ما أكدت عليه الفقرة الثانية من المادة 731 من م ت.

وبالرجوع للقانون الفرنسي نجده جعل أوامر القاضي المنتدب الصادرة عنه بناء على طلب وفي حدود اختصاصه غير قابلة لأي طعن⁽¹⁰¹¹⁾، لكنه سمح بالاستئناف والطعن

¹⁰¹⁰- الفصل 331 من القانون التجاري لسنة 1913 الملغى: " لا تقبل التعرض ولا الاستئناف ولا طلب النقض الأحكام الآتية:

خامسا: الأحكام التي تبنت المحكمة بمقتضاها في الطعون المرفوعة ضد الأوامر القضائية الصادرة عن القاضي المنتدب في حدود صلاحياته".

¹⁰¹¹- المواد من 171 إلى 175 من قانون 25 يناير 1985

بالنقض من طرف النيابة العامة بخصوص الإجراءات الواردة في بيع الأصول⁽¹⁰¹²⁾. في حين نجد القانون التونسي نهج نهجا آخر حيث قرر الطعن بالتعرض ضد القرارات الصادرة عن القاضي المراقب والقاضي المنتدب حيث خول الفصل 567 من المجلة التجارية التونسية حق الطعن بالاعتراض ضد القرارات التي يصدرها القاضي المراقب في إطار التسوية القضائية والقاضي المنتدب للفلسة، ويصدر عن القاضي المراقب قرار البت في الخلاف حول تسيير المؤسسة أو الإمضاء (الفصل 443) في حين يصدر عن قاضي الفلسة قرار الإعفاء من وضع الاختام على مكاسب المدين (الفصل 510)، قرار إحالة بعض ديون المفلس إلى شركة استخلاص الديون (الفصل 540) وقرار بيع أشياء منقولة أو بضائع (الفصل 544).

وإذا كانت هذه هي الأحكام والأوامر غير القابلة للطعن، فإن الأحكام الأخرى والقابلة للطعن ففانون 17-73 قلص من طرق الطعن في مواجهتها وهو ما سنتعرف عليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: تقليص نطاق طرق الطعن في مساطر التسوية والتصفية القضائية

تطرق الكتاب الخامس من مدونة التجارة لطرق الطعن في الأحكام الصادرة في إطار مساطر صعوبات المقابلة. لكن بالرجوع للمواد من 761 إلى 767 من مدونة التجارة، يتضح أن المشرع أخضع الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية للطعن باستثناء ما تم السكوت عنه أو ما أبعد بصفة صريحة لكونه يتنافى مع طبيعة هذا الحكم. لكن السؤال المطروح هو هل يمكن ممارسة جميع طرق الطعن العادية أو غير العادية على الأحكام الصادرة بخصوص مساطر التسوية أو التصفية القضائية أم أن المشرع قد حد منها؟ للإجابة عن هذا التساؤل سنعمل على تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول طرق الطعن العادية (المطلب الأول)، وفي الثاني نتطرق لطرق الطعن غير العادية (المطلب الثاني).

¹⁰¹² -ART.L.661-5 «Ne sont susceptibles que d'un appel et d'un pourvoi en cassation de la part du ministère public, les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge – commissaire rendues en application des articles L642-18 et L 642-19».

المطلب الأول: طرق الطعن العادية

تعتبر الطعون القضائية العادية، الطريق الأسهل لطرفي النزاع من أجل عرض نزاعهم من جديد أمام القضاء لاستصدار حكم جديد أساسه إما تقديم دفوع جديدة، أو أدلة من شأنها تدارك الحق الذي لم يثبتته الحكم الابتدائي. غير أن خصوصيات مساطر التسوية والتصفية القضائية والتي سبق تبيانها من خلال مختلف محطات هذه الدراسة استدعت ضرورة تمتيع هذه المساطر في إطار الطعون العادية بخصوصية إجرائية مميزة، حيث حد المشرع من نطاق طرق الطعن العادية ضد الأحكام الصادرة في مساطر التسوية والتصفية القضائية ذلك أنه منع الطعن فيها بالتعرض (الفقرة الأولى) واقتصر على الطعن بالاستئناف الذي خصه هو الآخر ببعض القواعد المسطرية الخاصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: منع الطعن بالتعرض ضد الحكم الصادر في مسطرة التسوية والتصفية القضائية

يعد التعرض طريقاً عادياً من طرق الطعن الذي يلجأ إليه المحكوم عليه من أجل الاعتراض على الحكم الصادر ضده غيابياً. فعرفه جانب من الفقه بأنه: " طريق عادي في الأحكام الغيابية يتقدم به من صدر عليه حكم في غيابه طالباً بإبطال الحكم الغيابي أو تعديله"⁽¹⁰¹³⁾. وعرفه آخر بأنه: "طريق من طرق الطعن العادية في الأحكام التي صدر في غياب أحد الخصوم والتي نص القانون على جواز الطعن فيها بالاعتراض، يركن إليه المحكوم عليه غيابياً للوصول إلى إبطال الحكم أو تعديله"⁽¹⁰¹⁴⁾.

والحكمة من إجازة هذا الطعن تستند إلى حقوق الدفاع المقدسة التي يؤدي الإخلال بها إلى بطلان الأحكام، لأنه لا يجوز أن يحكم على شخص بغير أن يسمع دفاعه أو تتاح له الفرصة المناسبة للإدلاء به أمام القاضي الذي ينظر النزاع. فإذا كان الخصم قد تخلف لسبب من الأسباب عن حضور المرافعة، وجب أن تمهد له الطريق ليلجأ لذلك القاضي، ويبسط لديه دفاعه ويطلب منه مراجعة حكمه وإصلاحه أو تعديله أو إبطاله على ضوء ذلك الدفاع،

¹⁰¹³ - عباس العبودي: شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل 2000 ص 405.

¹⁰¹⁴ - اجياد ثامر نايف الدليمي: م س ص 28.

وهو ما تضمنه من عيب أو خطأ بسبب استناده إلى أقوال وحجج خصم واحد⁽¹⁰¹⁵⁾.
ونعتقد أن الفلسفة التشريعية التي يقوم عليها الاعتراض على الحكم الغيابي لا تقتصر على احترام حق الدفاع فحسب وإنما احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم أيضاً.
وتخضع الأحكام الابتدائية كقاعدة عامة لإمكانية الطعن بالتعرض شريطة أن تصدر في غيبة المحكوم عليه⁽¹⁰¹⁶⁾، وأن لا تكون قابلة للاستئناف⁽¹⁰¹⁷⁾. ومعلوم أن الأحكام غير القابلة للاستئناف وفقاً لقانون المسطرة المدنية هي تلك الباتة في الطلبات التي تساوي أو تقل قيمتها عن 5000 درهم⁽¹⁰¹⁸⁾، ما لم تكن غير محددة القيمة⁽¹⁰¹⁹⁾.

¹⁰¹⁵ - محمد العشماوي - عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات الجزء الثاني المطبعة النموذجية، القاهرة 1957 ص 809.

¹⁰¹⁶ - تجب الإشارة هنا إلى أن مفهوم الحكم الغيابي في قانون المسطرة المدنية يختلف بحسب ما إذا كانت المسطرة الصادر فيها شفوية أم كتابية، فإذا كانت شفوية فإن الحكم يعتبر غيابياً إذا لم يحضر المحكوم عليه الجلسات أما إذا كانت المسطرة كتابية فإن مجرد إدلاء المحكوم عليه لجواب مكتوب في القضية يجعل الحكم الصادر ضده حضورياً حتى ولو تغيب في سائر جلسات القضية.
وعرفه بعض الفقه بأنه: "الحكم الذي يصدر في غياب أحد الطرفين دون حضور أي جلسة من جلسات المرافعة، حسب التفصيل الوارد في جريان المرافعة حضورياً أو غيابياً" الأستاذ ضياء شيت خطاب: الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية مطبعة العاني، بغداد 1973 ص 267 - 268. كما عرفه آخر بأنه: "الحكم الذي صدر بحق المتعرض غيابياً لعدم حضوره أي جلسة من جلسات المرافعة في الدعوى وفق القواعد التي نظمته المادة 56 من قانون المرافعات المدنية" انظر مدحت المحمود: الأحكام وطرق الطعن فيها، مطبعة الخيرات بغداد 2000 ص 63.

كما عرفه البعض بأنه "الحكم الذي يصدر بحق أحد الخصوم في حالة غيابه عن نظر الدعوى من أول جلسة حتى صدور الحكم فيها رغم تبليغه الصحيح". أنظر آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل 1988 ص 357 - وعلي محمد إبراهيم الكرباسي: أصول الدعوى المدنية مطبعة الزمان بغداد 1999 ص 154.

¹⁰¹⁷ - ينص الفصل 130 من ق م م على أنه: "يجوز التعرض على الأحكام الغيابية الصادرة عن المحكمة الابتدائية إذا لم تكن قابلة للاستئناف وذلك في أجل عشرة أيام من تاريخ التبليغ الواقع طبقاً لمقتضيات الفصل 54".

¹⁰¹⁸ - ينص الفصل 11 من ق م م على أنه: "يحدد الاختصاص الانتهائي استناداً إلى مبلغ الطلب المجرد الناتج عن آخر مستنتجات المدعي باستثناء الصوائر القضائية والفوائد القانونية والغرامات التهديدية والجنائية".

- وينص الفصل 19 من نفس القانون على أنه: "تختص المحاكم الابتدائية بالنظر: ابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف أمام غرفة الاستئنافات بالمحاكم الابتدائية إلى غاية عشرين ألف درهم (20000 درهم)."

وابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية في جميع الطلبات التي تتجاوز عشرين ألف درهم (20000 درهم)."

¹⁰¹⁹ - ينص الفصل 12 من ق م م على أنه: "يبت ابتدائياً إذا كانت قيمة موضوع النزاع غير محددة".

وبالرجوع إلى المادة 729⁽¹⁰²⁰⁾ من الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى، فإن المشرع أشار من خلالها إلى إمكانية ممارسة التعرض ضد المقررات الصادرة بشأن مسطرة التسوية والتصفية القضائية، وهو ما كان ينص عليه الفصل 328 من القانون التجاري لظهير 12 غشت 1913 الذي خول التعرض ضد جميع الأحكام الصادرة بشأن الإفلاس، لكن قانون 17-73 المتعلق بصعوبات المقاولات نص على أن أحكام التسوية والتصفية القضائية قابلة للاستئناف⁽¹⁰²¹⁾. وبالتالي واستنادا إلى القاعدة العامة الواردة في الفصل 130 من قانون المسطرة المدنية والتي تشترط لقبول الطعن بالتعرض أن يكون الحكم غير قابل للاستئناف، فنتيجة لطبيعة حكم فتح المسطرة لا يمكن أن يكون هذا الحكم موضوعا للطعن بالتعرض على اعتبار أن جميع الأطراف بمن فيهم المدين والدائن والنيابة العامة، يحق لهم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف التجارية المختصة.

وبذلك وحسب مقتضيات المادة 729 من م ت الملغاة، فإن الأحكام القضائية الصادرة في مادة التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية تقبل التعرض ولو أن هذه الأحكام والمقررات الصادرة في هذه المواد تقبل الاستئناف طبقا للمادة 730 من مدونة التجارة الملغاة. وهذا يتعارض والمبادئ العامة لطرق الطعن والتي من بينها عدم اجتماع طريقين عادييين للطعن لهما نفس الخصائص والآثار وهما التعرض والاستئناف الأمر الذي سيؤدي إلى إطالة النزاع وانشغال القضاة بنفس الملفات لمدة طويلة⁽¹⁰²²⁾. وهو ما يتعارض مع تبسيط واختصار إجراءات الطعن في مساطر التسوية والتصفية القضائية لضمان استقرار الأحكام الصادرة في إطار هذه المساطر. وهذا ما دفع البعض من الفقه

¹⁰²⁰ - تنص المادة 729 من الكتاب الخامس من م ت الملغاة على أنه: " يتم التعرض وتعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد المقررات الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية بتصريح لدى كاتب ضبط المحكمة داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ النطق بالمقرر القضائي أو نشره في الجريدة الرسمية إذا كان من اللازم إجراء هذا النشر".

¹⁰²¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 762 من م ت على أنه: " تحدد المقررات القابلة للطعن بالاستئناف والجهة المخول لها الطعن فيها وفق ما يلي: ..."

¹⁰²² -Abdellah Boudahrain: «les voies de recours dans l'organisation judiciaire, Thèse de doctorat du 3ème cycle NICE 1977 p 54.

-A. Boudahrain : Les voies de recours en matière civile (Droit et sociologie judiciaires) Editions, SECEA, Casablanca 1986 p 26.

بعدم جدوى إدراج طريق الطعن بالتعرض في مواجهة الأحكام والقرارات الصادرة في مادة صعوبات المقولة، لأن هذا الطعن يمارس في إطار ضيق وهو إطار الأحكام الابتدائية الانتهازية، وإن قانون صعوبات المقولة ليس به ما يفيد وجود أحكام تجارية انتهائية⁽¹⁰²³⁾. ونتيجة لهذا فقانون 17-73 لم ينص على التعرض وإنما أكد على الطعن في المقررات الصادرة في صعوبات المقولة بالاستئناف كطريق من طرق الطعن العادية حسب الفقرة الأولى من المادة 762 من مدونة التجارة وكذا المادة 764 من نفس المدونة. وبذلك يكون المشرع قد أبعد بصورة ضمنية الطعن بالتعرض عندما قام في القسم الثامن من الكتاب الخامس من مدونة التجارة في المواد من 761 إلى 767 بتعداد وسرد طرق الطعن المفتوحة. ومن أجل إضفاء طابع السرعة على سير هذه المساطر حاول المشرع إبعاد التعرض بصورة ضمنية لعدم تلاؤم هذا الطعن مع المقتضيات العامة، وكذا مع السير السريع للمسطرة المفتوحة ولطبيعة حكم فتح مسطرة التسوية والتصفية القضائية.

وعلى عكس المشرع المغربي أجازت القوانين العربية التعرض على حكم شهر الإفلاس، حيث تناولت المادة 497 من القانون التجاري اللبناني في الطرق التي يجوز استعمالها للطعن في حكم الإفلاس فجاء فيها "إن هذه الأحكام قابلة للاعتراض والاستئناف وكذلك جميع الأحكام التي تصدر في المواد الإفلاسية ما لم يكن في هذا القانون نص مخالف". وبذلك اعتبر المشرع اللبناني أن كل الأحكام الصادرة في المواد الإفلاسية تقبل التعرض والاستئناف كمبدأ ما لم يكن ثمة نص مخالف. كما أن المشرع العراقي في المادة 582 من القانون التجاري فتح باب التعرض كطعن عادي في حكم شهر الإفلاس، الشيء الذي أكدته المشرع المصري في المادة 88 من القانون رقم 11 لسنة 2018 التي أجازت لكل ذي مصلحة من غير الخصوم أن يعترض على حكم شهر الإفلاس أمام المحكمة التي أصدرته وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع التونسي عدد 36 المؤرخ في 30 أبريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية، حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 562 من مدونة التجارة أن الطعن في القرارات الصادرة عن رئيس المحكمة في التسوية الرضائية والتسوية

1023- عبد الحميد اخريف: م س ص 479.

القضائية يتم طبق الإجراءات المنصوص عليها بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في مادة الأذن على العرائض بما يعني عمليا أن القرارات الصادرة عن رئيس المحكمة تكون قابلة للاعتراض طبق مقتضيات الفصل 219 وما بعده من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وهذه القاعدة لم يكن لها مثيل في قانون 17 ابريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية الذي أهمل بصورة تكاد كلية مسألة الطعون، وهذا ما جعل الفقه والقضاء التونسيين يختلفان في تحديد ما هو قابل للاعتراض وما هو غير قابل للطعن بهذه الوسيلة. وتم الفصل في هذه المسألة من خلال توصيف القرارات التي تصدر عن رئيس المحكمة إن كانت تدرج ضمن مقتضيات الفصل 231 وما بعده أم لا (1024).

وإعمالا لهذا المعيار ثم الحكم بإمكانية الطعن بالاعتراض بنفس إجراءات الاعتراض على الإذن على العريضة (1025) في قرار رئيس المحكمة بالمصادقة على اتفاق التسوية وكذلك بالنسبة لقرار فتح التسوية القضائية (1026)، في حين يكون الطعن بالتعرض ضد قرار تعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ مرفوضا شكلا لأنه لا دخل للمحكمة لمراقبة وجاهة هذا الإجراء أو منع تطبيقه أو الطعن فيه باعتباره قرارا مؤقتا لا فائدة من إطالة النزاع في شأنه (1027).

وقد جاءت الفقرة الثانية من الفصل 462 من المجلة التجارية التونسية لتضع حدا لهذا الاختلاف ولحالة عدم الاستقرار وأتاحت الطعن بالتعرض في جميع القرارات التي يتخذها رئيس المحكمة في التسوية الرضائية وفي التسوية القضائية. فضلا عن ذلك فقد خول الفصل 567 من المجلة التجارية التونسية كذلك الطعن بالتعرض ضد قرارات القاضي المراقب والقاضي المنتدب.

1024- التوفيق شيبوب: الطعون في قانون الإجراءات الجماعية أعمال اليوم الدراسي حول الجديد في قانون الإجراءات الجماعية م س ص 120.

1025- منصف الكشو: قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات " دراسة نظرية وتطبيقية 2015 ص 398.

1026- حكم عدد 219 صادر عن المحكمة الابتدائية بأريانة تونس بتاريخ 24-3-2009 مشار إليه عند منصف الكشو م س ص 404.

1027- قرار تعقيبي مدني عدد 92599 بتاريخ 3-11-2010 مشار إليه عند منصف الكشو، م س ص 406.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقانون 25 يناير 1985 في مواده من 171 إلى 177 المتعلق بطرق الطعن حدد الطرق الواجب ممارستها وهي الاستئناف والنقض بالنسبة للقرارات بفتح مسطرة التسوية والتصفية القضائية والقرارات المعدلة لمخطط الاستمرارية وذلك طبقا للمادة 171. ومن ثم يكون المشرع قد قلص من طرق الطعن وأبعد التعرض في هذا الإطار، بينما مرسوم 27-12-1985 أجاز الطعن بالتعرض في المادة 156 منه (1028). وبالتالي يكون المشرع الفرنسي قد فتح التعرض في حدود ضيقة واعتبره استثناء، بل إن الطعن بالتعرض عمليا اختفى، لأن المشرع فتح الطعن بالاستئناف للأطراف فهذا يمنع ويزيح التعرض (1029). ذلك انه في الحقيقة فالمشرع يسعى إلى تسريع سير مسطرة التسوية والتصفية القضائية، ومن ثم يتعين إبعاد التعرض لصالح الاستئناف.

وبهذا يكون المشرع المغربي والفرنسي قد قلصا من طرق الطعن وأبعدا الطعن بالتعرض، لأنه من شأن النص على هذا الطريق أن يطيل النزاع ويعيق سير المسطرة وهذا ما تنبه إليه مشرع 17-73 عندما لم ينص عليه إلى جانب الاستئناف لأنه لا فائدة منه ولا يتلاءم ومسطرة صعوبات المقاول ومخالف للمبادئ العامة، باعتبار أن القرارات الصادرة بخصوص هذه المادة قابلة للاستئناف، وهذا الأخير يعتبر الطعن العادي الوحيد الذي يمكن ممارسته وهو ما سنتعرض إليه في الفقرة الموالية.

¹⁰²⁸ -ART. 156 de 1^{er} décret, 27 déc. 1985 : « L'opposition et la tierce opposition lorsqu'elles sont recevables, sont formées contre les décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaire, de faillite personnelle ou autres sanctions, par déclaration au greffe dans le délai de dix jours à compter du prononcé de la décision ».

¹⁰²⁹ -O. Staes: op cit. N° 396 p 376.

الفقرة الثانية: الطعن بالاستئناف

الاستئناف بحسب طبيعته هو الطريق العادي في الأحكام الابتدائية يرفع إلى محكمة أعلى. ويقصد به تجديد النزاع أمامها والتوصل بذلك إلى إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله. وبذلك تهيمن على نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام فكرة واحدة، أيًا كان نوعه أو كانت طبيعته، هي إعادة طرح النزاع مرة أخرى على محكمة أعلى درجة للبت فيه من جديد. كما أنه يستجيب لمبدأ التقاضي على درجتين قصد إعادة الفصل في النزاع مرة ثانية وإصلاح العيوب التي تكون قد شابت الحكم المطعون فيه بالاستئناف مشكلاً بذلك طريقاً لإصلاح الأحكام⁽¹⁰³⁰⁾.

ويعد مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ السائدة في القوانين الحديثة، وهو يوفر ضمانات ضرورية لحسن سير العدالة، وهو يعني إتاحة الفرصة للمتقاضي الذي لم يحكم لصالحه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتفصل فيه من جديد⁽¹⁰³¹⁾. كما أن هذا المبدأ يشكل ضماناً لحسن سير العدالة باعتبارها مقررّة لحماية المصالح الأساسية للمتقاضين، مادامت تمكن المتقاضي من إعادة فحص النزاع من قبل محكمة أعلى، كما أنه يعتبر مبدأ أساسياً من مبادئ التنظيم القضائي، لأن تأسيس قاعدة التقاضي على درجتين من قبل المؤسسين كانت الغاية منه، التوفيق بين حق الشخص المحكوم عليه في إعادة طرح النزاع أمام محكمة الدرجة الثانية قصد المطالبة بإصلاح الحكم أو إبطاله، وفي تجنب الخصومات نتيجة الطعن بالاستئناف، لأن تعدد درجات التقاضي يؤدي إلى إطالة النزاع وتأخير البت فيه⁽¹⁰³²⁾.

وبالرجوع إلى قانون التنظيم القضائي للمملكة، فإنه لا ينص صراحة على حق

¹⁰³⁰ - محمد صابر: الأثر الناقل لاستئناف الأحكام المدنية في القانون المغربي دراسة مقارنة المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2010 ص 11.

¹⁰³¹ - إدريس العلوي العبدلاوي: القانون القضائي الخاص الجزء الأول الطبعة الأولى 1984 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 113؛ محمود السيد التحيوي: الطعن في الأحكام القضائية م س ص 49؛ نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية منشأة المعارف الإسكندرية 1980 ص 8.

¹⁰³² - محمد صابر: م س ص 38.

التقاضي على درجتين، إلا أن ذلك يستفاد من نص المادة 73 منه (1033)، وكذا من نص المادة 18 من قانون إحداث المحاكم التجارية (1034)، وكذا من نص المادة 9 من القانون المحدثه به محاكم استئناف إدارية (1035). غير أن مبدأ التقاضي على درجتين هو ركيزة الاستئناف الأساسية، ومبرره الأكثر صلابة ورواجا واعتمادا في الاجتهاد القضائي والفقه (1036).

وعليه، فحق الشخص في عرض النزاع أمام محكمة الدرجة الأولى ثم أمام محكمة الدرجة الثانية يعتبر مستمدا من التنظيم القضائي وكذا من النصوص القانونية الأخرى. وإذا كان مبدأ التقاضي على درجتين يقتضي بحسب الأصل العام في التشريع استئناف جميع الأحكام القضائية الصادرة من محاكم أول درجة (1037)، إلا أن قانون 17-73 وإن وسع في مجال الطعن بالاستئناف إلا أنه قام بتحديد حالات جواز الطعن بالاستئناف وهو ما يظهر من خلال الفقرة الأولى من المادة 762 من مدونة التجارة كما حدد الأشخاص المؤهلين لممارسة هذا الطعن وهو ما نتطرق إليه (أولا) لنعرض لشكلية وإجراءات رفع الطعن وآثاره (ثانيا).

1033- تنص المادة 73 من قانون 15-38 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة على أنه: "تختص محاكم الاستئناف بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الابتدائية، وكذا في جميع القضايا الأخرى التي تختص بالنظر فيها طبقا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية أو قانون المسطرة الجنائية أو نصوص قانونية أخرى".

1034- تنص المادة 18 من قانون إحداث المحاكم التجارية على أنه: "تستأنف الأحكام الصادرة عن المحكمة التجارية داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الحكم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الفصل 134 وما يليه إلى الفصل 141 من ق م م، مع مراعاة الفقرة الثانية من المادة 8 من هذا القانون".

1035- تنص المادة 9 من الظهير الشريف رقم 07-06-1 الصادر في فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 08.03 المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية على ما يلي: "تستأنف الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الحكم وفقا للمقتضيات المنصوص عليها في الفصل 134 وما يليه إلى الفصل 141 من ق م م...".

1036- يذكر مؤرخو القانون الفرنسي أن إقرار التقاضي على درجتين أقره المشرع لأول مرة في فرنسا بموجب مرسوم فاتح ماي 1790 وقد اعتبرت القاعدة آنذاك مبدأ قضائيا ثوريا، لأن نظام العهد السابق على ثورة 1789 كان يقوم على قاعدة درجات التقاضي.

- Louis Asselin : Le double degré de juridiction, thèse Poitiers 1934.

أورده عبد العزيز حضري: استئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي الجزء الأول الطبعة الأولى 2009 مطبعة الأمنية بالرباط؛ أنظر كذلك محمد صابر: م س ص 23 وما يليها.

1037- تنص المادة 730 من م ت الملغاة على أنه: "يتم استئناف المقررات المشار إليها في المادة السابقة (المقررات الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية) بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ تبليغ المقرر القضائي ما لم يوجد مقتضى مخالف لذلك في هذا القانون".

أولاً: الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف والأشخاص الذين لهم حق ممارسة هذا الطعن

تضمنت المادة 762 من مدونة التجارة قائمة الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف (1) كما حددت بشكل دقيق الأطراف المؤهلة للقيام بهذا الطعن (2).

1- الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف

إذا كانت المادة 730 من مدونة التجارة الملغاة قد نصت عن الطعن بالاستئناف، فإنها لم تحدد بشكل دقيق على غرار المشرع الفرنسي الذي حدد بوضوح الأحكام القابلة للاستئناف (المادة 171 من قانون 25 يناير 1985 تقابلها حالياً المادة 1-661 L) والأحكام غير القابلة للاستئناف (المادة 173 من قانون 25 يناير 1985 يقابلها حالياً المادة -661 L) 4 وكذا ما حدده المشرع اللبناني في المادة 497 من القانون التجاري والتي نصت على "أن هذه الأحكام قابلة للاعتراض والاستئناف، وكذلك جميع الأحكام التي تصدر في المواد الافلاسية ما لم يكن في هذا القانون نص مخالف". وبذلك يكون المشرع اللبناني قد ميز بين قرارات تقبل الطعن وأخرى لا تقبله لأنه اعتبر أن كل الأحكام الصادرة في المواد الافلاسية تقبل الاستئناف كمبدأ ما لم يكن ثمة نص مخالف. وهو أيضاً ما نص عليه الفصل 331 من القانون التجاري المغربي لسنة 1913 عندما نص على الأحكام والأوامر الغير القابلة لأي طعن.

وبذلك فالمادة 730 من م ت الملغاة جاءت عباراتها عامة وغير واضحة مما جعل من مهمة حصر الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف وتلك غير القابلة له أمراً صعباً، الأمر الذي جعل الباب مفتوحاً للتساؤل حول الأحكام القابلة وغير القابلة للطعن بالاستئناف، وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش على أن: "مدلول القرارات الصادرة في إطار التسوية والتصفية القضائية الواردة في المادة 730 من مدونة التجارة يشمل الأحكام والأوامر، وأن الحكم الصادر في إطار المادة 653 من مدونة التجارة بإرجاع المستأنف لمبلغ مالي إلى المقولة يدخل في هذا الإطار ويخضع لأجل الاستئناف الوارد في المادة

730 من م ت " (1038). في حين أن محكمة الاستئناف التجارية بفاس أقرت بأن جميع الأحكام والأوامر الصادرة في مادة صعوبات المقاولات تقبل الطعن بالاستئناف حيث جاء في قرارها " إن مقتضيات المادة 730 من مدونة التجارة جاءت عامة بشأن مبدأ وجوب استئناف الأحكام الصادرة في مادة التسوية والتصفية القضائية بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة، داخل أجل عشرة أيام من تاريخ تبليغ الحكم تحت طائلة عدم قبول الاستئناف المقدم خارج الأجل القانوني " (1039). ومن ثم فهذا القرار اعتمد عمومية النص الذي جاء به المشرع في المادة 730 من م ت الملغاة. ورسخت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش هذا المبدأ الوارد في قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس عندما أقرت هي الأخرى بأن جميع الأحكام والأوامر الصادرة في مادة صعوبات المقاولات تقبل الطعن بالاستئناف حيث جاء في قرارها ما يلي : " تكون الأحكام والأوامر الصادرة في مادة مسطرة صعوبات المقاولات قابلة للطعن بالاستئناف داخل أجل 10 أيام من تاريخ التوصل بالنسبة للمدينة ما لم يوجد هناك مقتضى قانوني مخالف حسبما هو منصوص عليه في المادة 730 من مدونة التجارة واستنادا على ذلك فإن مقررات القاضي المنتدب الصادرة بشأن مساطر المعالجة والتصفية القضائية تكون قابلة للطعن بالاستئناف داخل أجل 10 أيام من تاريخ التوصل باستثناء الحالات التي حدد فيها المشرع الأجل في 15 يوما كما هو منصوص عليه في المادتين 697 و 701 من مدونة التجارة " (1040).

وأمام عمومية نص المادة 730 من مدونة التجارة الملغاة، وما نتج عنها من تضارب نتيجة جعل الباب مفتوحا حول الأحكام والأوامر التي تقبل الطعن بالاستئناف وتلك التي لا تقبل الطعن بالاستئناف، جاءت المادة 762 من مدونة التجارة الحالية وحددت بشكل دقيق المقررات القابلة للطعن بالاستئناف وهي كالتالي:

- المقررات الصادرة بشأن فتح مسطرة الإنقاذ أو التسوية أو التصفية القضائية؛

¹⁰³⁸- قرار عدد 379 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2008/3/27 في الملف رقم 07/1472 غير منشور.

¹⁰³⁹- قرار عدد 20 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 15 - 3 - 2006 غير منشور.

¹⁰⁴⁰- قرار عدد 16 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 8-5-2007 في الملف عدد 748-2006 غير منشور.

- المقررات الصادرة بشأن تمديد مسطرة التسوية القضائية أو التصفية؛
- المقررات الصادرة بشأن تحويل مسطرة الإنقاذ إلى مسطرة تسوية قضائية أو تصفية قضائية؛

- المقررات الصادرة بشأن تحويل مسطرة التسوية القضائية إلى تصفية؛
- المقررات الصادرة بشأن حصر مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية؛
- المقررات الصادرة بشأن تغيير مخطط التفويت؛
- المقررات الصادرة بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية؛
- المقررات الصادرة بشأن فسخ مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية أو التفويت؛
- المقررات الصادرة بشأن تعيين أو استبدال السنديك أو تغيير سلطاته أو تجديد الأجل المنصوص عليه في المادة 595 من مدونة التجارة؛
- المقررات الصادرة بشأن العقوبات المدنية؛

- المقررات الصادرة عن القاضي المنتدب التي يأذن بموجبها بالبيع بالمزايدة الودية أو بالتراضي طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 654 من مدونة التجارة.

و من هذه القائمة للمقررات، فإن المادة 762 من مدونة التجارة حددت حالات الطعن بالاستئناف وتحديدًا يوحى بأنها وردت على سبيل الحصر، وأن ما لم يرد فيها من أحكام لا يقبل الاستئناف، في حين أن المشرع لم يعتبرها لائحة حصرية بحكم أن ثمة أحكام وأوامر لم ترد باللائحة المذكورة تكون قابلة للاستئناف من قبيل أوامر القاضي المنتدب الصادرة في إطار تحقيق الديون والتي يمكن للدائن ورئيس المقابلة والسنديك الطعن فيها داخل أجل 15 يوما وفقا لما جاء في المادة 731 من م.ت. وبذلك تكون المادة 762 من م.ت قد أزاحت الغموض والإبهام وطابع العمومية التي كانت عليها المادة 730 من مدونة التجارة الملغاة، وفي هذا خروج عن المبدأ العام المعمول به في القواعد العامة والتي مفادها أن الطعن بالاستئناف يمارس في جميع الأحوال طبقاً لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية، والتي جاء فيها "استعمال الطعن بالاستئناف حق في جميع الأحوال عدا إذا قرر القانون خلاف ذلك". ومن ثم يكون قانون 17-73 بمقتضى المادة

762 من م ت قد أتى بخصوصيات متميزة وفريدة عند تقييده لمجال المقررات القابلة للطعن بالاستئناف.

وقد سعى المشرع التونسي من خلال القانون عدد 36 المؤرخ في 30 أبريل 2016 إصلاح منظومة الإجراءات الجماعية إلى وضع نظام متكامل ومتناسق وشامل لتفادي شوائب الوضع السابق الذي اتسم بعدم الاستقرار الإجرائي نتيجة الاجتهادات القضائية المتباينة في غياب النص القانوني الواضح والدقيق المنظم للطعون. ذلك أن قانون 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أهمل بصورة تكاد تكون كلية مسألة الطعون. غير أنه تبرز خصوصيات قانون الإجراءات الجماعية التونسي في مادة الطعون أساسا من خلال النظام القانوني للطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية الجماعية تطبيقا لتلك الإجراءات. فالمعروف أن الطعن بالاستئناف يوجه ضد الأحكام التي تبث في موضوع النزاع، إلا أنه وبالنظر لخصوصيات نزاعات الإجراءات الجماعية فقد أتاح المشرع التونسي الطعن بالاستئناف في بعض الأحكام الوقتية التي تصدرها المحكمة، قبل البث في قضية التسوية أو في نطاق تفعيل حكم التفليس بحيث يكون المشرع التونسي قد فتح باب الطعن ضد أحكام تكون عادة وبحكم طبيعتها محصنة ضد الطعون أصلا.

وبذلك فالمشرع التونسي وسع في مجال الطعن بالاستئناف ذلك أن الفصول 563 و564 و565 من المجلة التجارية تضمنت قائمة للأحكام التي يمكن الطعن فيها بالاستئناف وتضم هذه القائمة الأحكام التي تصدر للحسم في النزاع والأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة.

فالأحكام الصادرة للبث في أصل الخصومة تبين أن المشرع التونسي كرس حق الطعن بالاستئناف ضد ثلاثة أصناف من الأحكام وهي الأحكام الصادرة في فسخ اتفاق التسوية الرضائية والأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية، حيث نص الفصل 564 من المجلة التجارية التونسية بأنه: " يمكن الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية". والصنف الثالث الأحكام الصادرة في مادة التفليس.

أما الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة بمناسبة إجراءات الإنقاذ أو إجراءات التفليس ذلك أن الفصل 565 من المجلة التجارية منحت إمكانية الطعن بالاستئناف في الأحكام التي تصدر عن المحكمة خلال سير إجراءات الإنقاذ وخلال سير إجراءات التفليس وهي ليست أحكاما فاصلة في أصل النزاع، بل هي قرارات تصدرها المحكمة لضمان حسن سير الإجراءات ومنها القرارات القضائية بتعيين أو تعويض القاضي المنتدب والأحكام القضائية بتعيين أو تعويض أمين الفلسة والحكم القاضي ببيع أمتعة أو بضاعة من مال المدين.

2- الأشخاص المؤهلين لممارسة الطعن بالاستئناف :

إن الأطراف التي يحق لها ممارسة الطعن بالاستئناف، هي أطراف النزاع التي تكون قد تضررت من حكم، أو قرار يقضي برفض كل طلباتهم، أو بعضها أو مس بحقوقهم بمناسبة البت في النزاع⁽¹⁰⁴¹⁾. وإذا كان المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية قد حدد وبشكل دقيق طرق الطعن وكيفية ممارستها، والجهات التي لها حق ممارسة الطعن، فإنه وخلافا للكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى والذي كان يكتنفه الغموض بالنسبة لبعض الأشخاص في ممارسة الطعن بالاستئناف، مما أثار إشكالا حول مدى أحقية البعض في ممارسة حق الطعن بالاستئناف بخصوص المقررات الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية. فإن مشرع قانون 17-73 الذي حدد وبشكل دقيق المقررات القابلة للطعن بالاستئناف، فإنه حدد بشكل أكثر دقة الأشخاص الذين يحق لهم الطعن بالاستئناف في المقررات المحددة وبالتالي أزاح التضارب الواقع في المجالين الفقهي والقضائي بخصوص الصفة في الطعن بالاستئناف. ومن ثم نتناول الأشخاص المحددين في المادة 762 من مدونة التجارة والذين لهم حق الطعن بالاستئناف في مقرر من المقررات المحددة وهم المدين (1) الدائن (2) جمعية الدائنين (3) السنديك (4) المفوت إليه والطرف المتعاقد معه (5) والنيابة العامة (6).

1041- عبد الكريم عباد: م س ص 475.

1-المدين

إن مشروع قانون 17-73 المتعلق بمساطر صعوبات المقاوله خول للمدين إمكانية الطعن بالاستئناف، إلا أنه يتضح من خلال المادة 762 من مدونة التجارة والمحددة للمقررات القابلة للطعن بالاستئناف والأشخاص المؤهلين لممارسة هذا الطعن، أنها استعملت مصطلح المدين سبع مرات ورئيس المقاوله مرة واحدة بخصوص الطعن بالاستئناف ضد المقررات الصادرة عن القاضي المنتدب التي يأذن بموجبها بالبيع بالمزايدة الودية أو بالتراضي طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 654 من مدونة التجارة. واستعملت أيضاً مصطلح المقاوله أو المقاوله الممددة إليها المسطرة كشخص لها الصفة في الطعن بالاستئناف مرة واحدة، علماً أن المشرع عرف من خلال المادة 546 من مدونة التجارة كلا من المقاوله ورئيس المقاوله في الفقرتين الأولى والثانية حيث جاء فيهما: "يقصد بالمقاوله في مدلول هذا الكتاب الشخص الذاتي التاجر والشركة التجارية.

يقصد برئيس المقاوله في مدلول هذا الكتاب الشخص الذاتي المدين أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري المدين". ومن ثم كان الأجدر على المشرع في المادة 762 أعلاه استعمال أحد هذين المصطلحين فقط.

وبذلك يتضح أن المادة 762 من مدونة التجارة منحت المدين تسع حالات من أصل إحدى عشرة حالة للطعن بالاستئناف، باستثناء المقررات الصادرة بشأن تعيين أو استبدال السنديك أو تغيير سلطاته أو تجديد الأجل المنصوص عليه في المادة 595 من مدونة التجارة. وكذا المقررات الصادرة بشأن العقوبات المدنية. في حين نجد المشرع التونسي من خلال المادة 565 من المجلة التونسية قد خولت للمدين الطعن بالاستئناف ضد الأحكام القضائية بتعيين أو بتعويض أمين الفلسة. كما أن المشرع اللبناني قيد هو الآخر الأشخاص الذين لهم الحق في الطعن بالاستئناف ضد الحكم القاضي بالإفلاس إلا لمن كان طرفاً في الدعوى التي صدر فيها، وبالتالي فهو جائز فقط للمفلس المدين وللدائن⁽¹⁰⁴²⁾. كما أنه يثبت الحق في رفع الاستئناف للمفلس الذي صدر الحكم بشهر إفلاسه حسب القانون المصري. وإن قبول

¹⁰⁴² - سيبيل جلول: م س ص 103.

المدين لحكم شهر الإفلاس يمنع من استئنائه حسب المادة 211 من قانون المرافعات المصري، ويعد قبولاً لحكم شهر الإفلاس مانعاً من استئنائه قيام المفلس بتنفيذ الحكم المذكور بحضور جميع عمليات التفليسة دون تحفظ، وإعطاء أمين التفليسة كافة ما يطلبه من إيضاحات وحضور اجتماعات الدائنين وجلسات تحقيق الديون⁽¹⁰⁴³⁾.

وما دام المشرع منح إمكانية الطعن بالاستئناف للمدين في تسع حالات المحددة في المادة 762 من مدونة التجارة من أصل إحدى عشرة مقرراً فذلك نابع، من كونه يكون دائماً طرفاً في الحكم في المرحلة الابتدائية، وأن حق الطعن بالاستئناف يثبت للطرف في الحكم المطعون فيه، ومن ثم تكون للمدين الصفة لإثبات حقوقه عملاً بأحكام الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، لأنه إما أن يكون مدعياً، هو الذي تقدم بطلب فتح المسطرة مثلاً، أو مدعى عليه أي موجهة الدعوى ضده بهذه الصفة، وبذلك تكون الدعوى موجهة من ذي صفة في مواجهة ذي صفة.

2-الدائن

إذا كان مشرع الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى لم يفصل في الحالات التي يحق فيها للدائن ممارسة طرق الطعن، والحالات التي لا يحق له ذلك، فضلاً عن أنه لم يبين صفة الدائن الذي يحق له ممارسة الطعن بصفة عامة والاستئناف بصفة خاصة، بخلاف قانون 17-73 في مادته 762 من مدونة التجارة التي حددت المقررات التي يحق الطعن فيها بالاستئناف من قبل الدائن، كما حددت صفة هذا الأخير، والمقصود بالدائن الممنوح له هذا الحق. وبذلك فبالرجوع إلى المادة المذكورة يتبين أنها حددت ثلاث حالات يحق فيها للدائن الطعن بالاستئناف، وهي المقررات الصادرة بشأن فتح مسطرة الإنقاذ أو التسوية أو التصفية القضائية، والمقررات الصادرة بشأن فسخ مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية أو التفويت، وكذا المقررات الصادرة عن القاضي المنتدب التي يأذن بموجبها بالبيع بالمزايدة الودية أو بالتراضي طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 654 من مدونة التجارة. فبالنسبة للحالتين الأوليتين فالمشرع حدد صفة الدائن بأنه الدائن المتابع أي من تقدم بطلب فتح

¹⁰⁴³ - محمد عزمي البكري: الإفلاس المجلد الثاني م س ص 728.

المسطرة، أو من تقدم بطلب فسخ المخطط، بينما الحالة الثالثة والمتعلقة بالطعن في المقررات الصادرة عن القاضي المنتدب التي يأذن بموجبها بالبيع بالمزايدة الودية أو بالتراضي، فإنه أكد على الطعن المقدم من طرف أحد الدائنين، لأن البيع في هذه الحالة يتم بالثمن الافتتاحي الذي يحدده القاضي المنتدب، وإما بالتراضي وفقا للثمن والشروط التي يحددها، وذلك طبقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 654 من مدونة التجارة⁽¹⁰⁴⁴⁾. ذلك أن القاضي المنتدب في هذه الحالة يصدر أمره متضمنا ثمن التفويت وشروط البيع ويبلغ هذا الأمر إلى كل من المدين والدائنين. ويستهدف هذا التبليغ تخويل رئيس المقولة أو أحد الدائنين إمكانية الطعن في هذا المقرر، وذلك أمام محكمة الاستئناف التجارية لا أمام محكمة المسطرة، كما في القانون الفرنسي دون غيرهم ممن رفض عرضه وفي هذا قضت محكمة النقض على أنه: "بمقتضى المواد 622 و623 و624 من م ت فإن الثمن الافتتاحي للمزايدة موضوع بيع أصول مقولة في وضع تصفية قضائية وكذا الشروط الأساسية للبيع، وتحديد شكليات الشهر، يتلقى القاضي بشأنها ملاحظات المراقبين ويستمع لرئيس المقولة والسنديك ويتلقى السنديك عروض تملك وحدات إنتاج المقولة من أي شخص، ويمكن لكل معني الاطلاع عليه، ويبلغ به القاضي المنتدب. ويقوم هذا الأخير بعد سماع رئيس المقولة و المراقبين باختيار العرض الأكثر جدية، ثم يأمر بالبيع بالمزاد العلني أو البيع بالتراضي لأموال المقولة الأخرى بعد الاستماع لرئيس المقولة أو استدعائه قانونيا، وبعد الاطلاع على ملاحظات المراقبين، ولازم ما ذكر أن القاضي المنتدب هو الذي يقرر بشأن عروض الاقتناء المقدمة التي يستمع بشأنها لأطراف معينة ليس من بينهم مقدمي تلك العروض، ولما يصدر أمره باختيار أحدها الضامن لاستمرارية التشغيل و الوفاء للدائنين فإن ذلك الأمر لا يقبل الطعن بالاستئناف من طرف من رفض عرضه، الذي يبقى أجنبيا عن الأمر الصادر و تتعارض مصالحه مع السير العادي للمسطرة الجماعية، التي هو ليس من بين أطرافها

¹⁰⁴⁴ - تنص الفقرة الثالثة من المادة 654 من م ت على أنه: " كما يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن استثناء تحت نفس الشروط للبيع، إما بمزايدة ودية بالثمن الافتتاحي الذي يحدده وإما بالتراضي وفقا للثمن والشروط التي يحددها، إذا كان من شأن طبيعة محتوى العقارات وموقعها أو العروض المقدمة إتاحة التوصل إلى تفويت ودي بأفضل الشروط".

المذكورين سلفاً"⁽¹⁰⁴⁵⁾، ولا تملك محكمة الطعن سلطة تقييم العروض الأخرى ولو كانت أفضل من العرض المتبنى من قبل القاضي المنتدب، وعليها إرجاع الأمر إلى هذا الأخير باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي حال إبطال أمره، لإعادة تقييم العروض واختيار الأفضل منها على ضوء المعطيات المستجدة⁽¹⁰⁴⁶⁾. ومن ثم ففي هذه الحالة مجرد كونه دائناً يحق له الطعن لكون المقرر صدر في إطار السلطات التقديرية للقاضي المنتدب في مجال بيع الأصول وخاصة بيع العقارات عن طريق المزايعة الودية، أو البيع بالتراضي، وهاتان الطريقتان في البيع تشكلان استثناء من الأصل، الذي هو إخضاع بيع العقارات لمسطرة الحجز العقاري.

وعليه فإن المقررات الصادرة بشأن فتح المسطرة، والمقررات الصادرة بشأن فسخ المخطط لا يثبت الطعن فيها بالاستئناف إلا للأشخاص الذين كانوا أطرافاً في الحكم في المرحلة الابتدائية، وذلك من أجل إتاحة الفرصة لهم لإعادة عرض النزاع مرة ثانية أمام محكمة الاستئناف أي المدين والنيابة العامة والدائن المتابع الذي فتحت المسطرة بطلب منه أو تقدم بطلب فسخ المخطط، ومن ثم لا يجوز لباقي دائني المقولة الذين لم تكن لهم صفة الدائن المتابع ممارسة الطعن بالاستئناف وهو ما أكدته محكمة النقض حيث جاء في قرارها: "حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللت قرارها بقولها "إن الطعن بالاستئناف شأنه شأن الدعوى لا يمارس إلا ممن له الصفة والمصلحة في الطعن المذكور، وضد من له الصفة أيضاً وفق أحكام الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية، وإنه لا يجوز ممارسة الطعن ضد الأحكام الصادرة في الدعاوى موضوع طلبات فتح مساطر معالجة صعوبات المقولة إلا ممن كان طرفاً أصلياً في الدعوى وهم المدين والدائن المتابع والنيابة العامة، وإن الدائن المتابع هو الذي فتحت مسطرة المعالجة بناء على طلبه وإن الحكم المستأنف القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في حق شركة جينيكوف قد صدر بناء على طلب هذه الأخيرة فقط. وإن المستأنفة الحالية هي مجرد دائنة من بين الدائنين

¹⁰⁴⁵- قرار رقم 129 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 31 مارس 2016 في الملف التجاري عدد 1105-1-3-2015 غير منشور.

¹⁰⁴⁶- المهدي شبو: م س ص 422.

للمقولة المحكوم عليها بالتسوية القضائية ولا تتصف بصفة الدائن المتابع بمدلول المادة 563 من مدونة التجارة، وبالتالي يبقى الاستئناف المقدم من طرفها غير مقبول شكلاً" تكون قد طبقت قواعد قانون المسطرة المدنية والقواعد الخاصة بمساطر معالجة صعوبات المقولة بخصوص طرق الطعن واعتبرت وعن صواب أن الطالبة لا صفة لها في الاستئناف، فجاء قرارها غير خارق لأي مقتضى والوسائل على غير أساس⁽¹⁰⁴⁷⁾. كما أكدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس ذلك بقولها: "... في الحكم المنتقد والقاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية في مواجهة شركة إيفيليك قد صدر بناء على طلب هذه الأخيرة وبأن الطاعنة الحالية هي مجرد دائنة من بين الدائنين للمقولة المحكوم عليها بالتصفية القضائية إذ لا تتصف بصفة الدائن المتابع بمفهوم المادة 563 من مدونة التجارة، فإن استئنافها والحالة هاته يكون قد قدم من غير ذي صفة حليف عدم القبول"⁽¹⁰⁴⁸⁾.

وهو ما أكدته محكمة النقض أيضاً في قرارها على أن "تمسك الطالب بمقتضى مذكرة جوابه المدلى بها بعدم قبول الاستئناف المقدم من طرف المطلوب، لكونه مجرد متدخل انضمامي في الدعوى لا صفة له في ممارسة الطعن بالاستئناف، المقصور على الاطراف الاصلية للدعوى المتمثلة في المدين و النيابة العامة و الدائن لما يكون هو من طلب فتح المسطرة، باعتبار هؤلاء الاطراف هم من خول لهم المشرع بمقتضى المادة 563 من م ت الصفة لطلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقولة، غير أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه صرحت بقبول الاستئناف المذكور، دون أن تجيب عن ذلك الدفع لا إيجاباً ولا سلباً، بالرغم مما قد يكون له من تأثير على مسار قضائها، فجعلت بذلك قرارها موسوماً بانعدام التعليل"⁽¹⁰⁴⁹⁾.

¹⁰⁴⁷- قرار عدد 632 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 6-6-2007 في الملف التجاري عدد 1206-3-1-2004، أورده عمر أزوكار: م س ص 593 ومنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى مجلة تختص بنشر قرارات المجلس الأعلى العدد 69 مطبعة الأمنية 2009 ص 99.

¹⁰⁴⁸- قرار رقم 55 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 30-12-2015 في الملف رقم 48-2015-8301 غير منشور.

¹⁰⁴⁹- قرار رقم 23 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18 يناير 2018 في الملف التجاري رقم 3-391-2016-1 غير منشور.

وبذلك فالدائن المتابع تثبت له الصفة في طلب الاستئناف، إذ يقع على عاتق المحكمة مراقبة توفر الصفة تحت طائلة عدم قبول الطلب شكلاً، وهو ما أكدته محكمة النقض من أنه: "يشترط في الشخص حتى يحق له الطعن في الحكم استئنافاً أن يكون متوفراً على الصفة لممارسة الطعن في الحكم الصادر في الدعوى"⁽¹⁰⁵⁰⁾. وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء حيث جاء في قرارها: "وحيث أنه في النازلة فإن الطاعة لم تكن طرفاً في الحكم المستأنف، وبالتالي فإنه لا يجوز لها استئنافه مهما كانت مصلحتها في تقديم الطعن بالاستئناف طالما أنها تقتدر إلى الصفة في تقديم هذا الطعن، وأن ما يؤكد انعدام صفة المستأنفة مقتضيات المادة 730 من مدونة التجارة التي تنص على أن استئناف المقررات المشار إليها في المادة 729 من نفس المدونة تتم بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة، داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ تبليغ المقرر القضائي، ما لم يوجد مقتضى مخالف لذلك في هذا القانون، الشيء الذي يفيد أن الاستئناف لا يقبل إلا ممن كان طرفاً في الحكم لعدم إمكانية تبليغه للأغيار.

وحيث أنه اعتباراً لذلك يتعين التصريح بعدم قبول الاستئناف المقدم من طرف الطاعة لانعدام صفتها في تقديم هذا الطعن"⁽¹⁰⁵¹⁾.

وهذا أيضاً ما يقرره القانون⁽¹⁰⁵²⁾ والفقهاء المصري⁽¹⁰⁵³⁾، من أن الحق في رفع الاستئناف يثبت لمن كان طرفاً في الدعوى، فيثبت هذا الحق للمفلس الذي صدر الحكم بشهر إفلاسه، وللدائن الذي طلب شهر الإفلاس ورفضت المحكمة طلبه.

وإذا كان فتح المسطرة يتعلق بفتح مسطرة التصفية، فإن للسنديك وحده الحق في تمثيل الدائنين وبالتالي له الصفة في طلب استئناف المقررات المتعلقة بسير المسطرة طبقاً

¹⁰⁵⁰ - قرار عدد 1110 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 7-11-2007 في الملف التجاري عدد 3-256-2007-2 مشار إليه عند عمر أزوكار: م س ص 599.

¹⁰⁵¹ - قرار 2000-1272 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 6 يونيو 2000 في الملف عدد 2311-99-11 غير منشور.

¹⁰⁵² - تنص الفقرة الثانية من المادة 88 من القانون رقم 11 لسنة 2018 على أنه: "ويسري على ميعاد استئناف الحكم الصادر في دعوى شهر الإفلاس وغيره من الأحكام الصادرة في الدعاوى الناشئة عن التفليسة وطريقة رفعها أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية".

¹⁰⁵³ - محمد عزمي البكري: الإفلاس المجلد الثاني م س ص 727.

لما تنص عليه المادة 675 من مدونة التجارة والتي جاء فيها بأنه: "السنديك وحده الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم مع مراعاة الحقوق المعترف بها للمراقبين ولجمعية الدائنين". وفي هذا قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء على أنه: "وحيث دفعت المقاوله المدينة بعدم قبول استئناف الطاعنة لانعدام صفتها على اعتبار أن أطراف الدعوى ابتدائيا هم المقاوله في شخص رئيسها والدائنين في شخص السنديك والنيابة العامة، وانه وطبقا للمادة 642 من مدونة التجارة، فإن السنديك هو ممثل الدائنين وله وحده الصفة للتصرف باسمهم ولفائدتهم.

وحيث إنه لقبول الاستئناف شكلا يتعين أن يتوفر المستأنف على مجموعة من الشروط ومنها الصفة التي تثبت لمن كان طرفاً أصلياً أو متدخلأ أو مدخلاً في المرحلة الابتدائية، وأن يستأنف بهذه الصفة.

وحيث إنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف نجده صدر بغرفة المشورة بناء على اقتراح القاضي المنتدب ضد من له الحق، وان الطاعنة لم تكن طرفاً فيه وإن كانت بين الدائنين الذين تضمنهم تقرير السنديك والذي له وحده الصفة للتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم عملاً بمقتضيات المادة 642 من مدونة التجارة.

وحيث إنه اعتباراً لكون الطاعنة لا تتوفر على الصفة، فإن المقال الاستئنافي يكون معيباً ويتعين التصريح بعدم قبوله شكلاً⁽¹⁰⁵⁴⁾.

لكن إذا كان القاضي المنتدب يقوم حسب المادة 678 من مدونة التجارة بتعيين واحد إلى ثلاثة مراقبين من بين الدائنين الذين يتقدمون إليه بطلب، فهل يحق لهؤلاء الدائنين المعنيين كمراقبين الطعن بالاستئناف؟ إذا كان الدائن لا يحق له الطعن بالاستئناف إلا إذا كان دائناً متابعاً، أي الذي تقدم بطلب فتح المسطرة أو فسخ المخطط، وإن الدائن المراقب يتم تعيينه من أجل القيام بمساعدة السنديك في أعماله والقاضي في مهمة مراقبة إدارة المقاوله طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 678 من مدونة التجارة، ومن هنا ليست له الصفة

¹⁰⁵⁴- قرار عدد 2000-2086 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2000-10-13 في الملف رقم 2000-1004 غير منشور

كمراقب الطعن بالاستئناف استناداً لدوره المحدد قانوناً الذي لا يمكنه أن يتجاوزه، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها والذي جاء فيه : "حيث إن القرار المطعون فيه رد دفع الطالبين بخصوص انعدام صفة المراقبين شركة أوربونور والسيد كرايمي محمد في استئناف الحكم الابتدائي بخصوص الشق القاضي بعدم قبول مقالات تمديد مسطرة التصفية القضائية بتعليل جاء فيه " في الشكل بخصوص الاستئنافيين المتقدمين من طرف شركة أوربونور والسيد محمد كرايمي حيث طالما أن المتقدمين بهذين الاستئنافيين هما من مارسا الدعوى منذ بدايتها إذ إن كل واحد منهما تقدم بمقال خلال المرحلة الابتدائية بعدما أحال السيد القاضي المنتدب الملف على المحكمة المفتوحة أمامها المسطرة بناء على تقرير السنديك، وكل واحد منهما التمس تصفية شركة طاحونة اللكوس قضائياً وتمديد المسطرة إلى مسيرها وذلك بصفتها دائنين مراقبين فإن مصلحتهما تكون قائمة ومقتضيات المادة 708 من مدونة التجارة المحتج بها لا يمكن أن تغل يدهما عن ممارسة الدعوى التي بدأها وذلك إلى غاية نهايتها بصدر حكم نهائي مادامت ممارسة الطعن بالاستئناف يعتبر استمراراً لإثارة الدعوى والنزاع أمام محكمة الدرجة الأعلى. ولما كان من شروط قبول الطعن بالاستئناف أن يكون صادراً عن ذي صفة ومصلحة وأهلية مادام أن الشروط الشكلية المذكورة كما يجب أن تكون متوافرة في الدعوى يجب أن تتوافر في الطعن والمشرع بمقتضى المادة 708 من مدونة التجارة نص على أنه: "في الحالات المنصوص عليها في المواد 704 إلى 706 تضع المحكمة يدها على الدعوى تلقائياً أو بطلب من السنديك" والمحكمة التي اعتبرت أن الدائنين شركة أوربونور والسيد كرايمي محمد أصحاب حق في المطالبة بفتح المسطرة في حق المسيرين تطبيقاً للمواد من 704 إلى 706 تكون قد أساءت تطبيق المادة 708 وعرضت قرارها للنقض بخصوص ما قضى به من تقرير مسؤولية السادة ناصر الحسين وناصر علي وناصر الحسن بصفتهم مسيرين للشركة أعلاه"(1055).

¹⁰⁵⁵ - قرار عدد 3/434 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 23-12-2015 في الملف التجاري عدد 1625-2013-1-3 غير منشور.

كما أن محكمة النقض أكدت على أن "صفة الطالبة كمراقبة في مسطرة التصفية القضائية لا تعطيها الحق في ممارسة الطعن بالاستئناف ضد الأمر المستأنف الصادر عن القاضي المنتدب في موضوع تحقيق ديون تتعلق بدائنين آخرين، لأنه مخول للدائن المعني بالأمر والمدين والسنديك دون غيرهم، كما أن مهام المراقب محصورة في مساعدة السنديك في أعماله والقاضي المنتدب في مهمة مراقبة إدارة المقاول، والاطلاع على الوثائق المقدمة للسنديك دون أن تتعداه لممارسة حق الطعن بالاستئناف في الأوامر الصادرة في قضايا تحقيق الديون"⁽¹⁰⁵⁶⁾.

وإذا كان الدائن لاحق له في المطالبة بتبني حل معين لوضعية المقاول، على اعتبار أن السنديك المعين يعد تقريراً حول وضعيتها، وعلى ضوءه تقرر المحكمة إما استمرار نشاطها أو تفويتها أو تصفيتها وذلك بمشاركة رئيس المقاول والمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء حسبما تقضي بذلك الفقرة الأولى من المادة 595 من مدونة التجارة، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها والذي جاء فيه : "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قضت بعدم قبول التدخل الاختياري للطالبة ليس بسبب عدم توفر شكليات وشروط الفصلين 1 و 111 من قانون المسطرة المدنية، وإنما بما ذهب إليه من "أنه لاحق للطالبة في تبني حل معين لوضعية المقاول، على اعتبار أن السنديك المعين يعد تقريراً حول وضعيتها وعلى ضوءه تقرر المحكمة إما استمرار نشاطها أو تفويتها أو تصفيتها بعد الاستماع لرئيس المقاول والمراقبين ومندوبي العمال حسبما تقضي به المادة 590 من مدونة التجارة وهي المحكمة في إطار المادة 606 من مدونة التجارة تحدد العقود الضرورية للحفاظ على نشاط المقاول التي يعد حصر المخطط بمثابة تفويت لها"، وهي تعليقات لم تنتقد الوسيلة ولم تستدل بما يدحضها وبذلك جاء القرار معطلاً بشكل سليم والوسيلة على غير أساس"⁽¹⁰⁵⁷⁾.

¹⁰⁵⁶- قرار رقم 512 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 دجنبر 2017 في الملف التجاري عدد 1954-2017-3-1 غير منشور.

¹⁰⁵⁷- قرار عدد 357 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 3-4-2012 في الملف التجاري عدد 11-3-3-2009 غير منشور.

غير انه إذا كان دور الدائنين ينحصر في استشارتهم من طرف السنديك عند إعداد الحل بخصوص موافقتهم بشأن الآجال والتخفيضات لضمان تنفيذ المخطط لا غير حسبما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 601 من مدونة التجارة من أنه: "يحصل السنديك سواء فردياً أو جماعياً، على موافقة كل دائن صرح بدينه بشأن الآجال والتخفيضات التي يطلبها منهم لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقولة في أحسن الأحوال. وفي حالة استشارته لهم فردياً يكون عدم الجواب داخل أجل ثلاثين يوماً ابتداء من تلقي رسالة السنديك بمثابة موافقة". وإذا ما قامت المحكمة التجارية بحصر مخطط الاستمرارية فالدائن لا يملك الصفة للطعن في هذا الحكم لأن هذا المقرر حصر المشرع الأشخاص المؤهلين للطعن فيه وهم المدين والسنديك وكذا جمعية الدائنين والنيابة العامة حسب البند الخامس من المادة 762 من مدونة التجارة⁽¹⁰⁵⁸⁾. وهذا ما سبق لمحكمة النقض أن أكدته في قرارها والذي جاء فيه : "لكن حيث لما كانت دعوى النزاع تتعلق بحصر مخطط الاستمرارية لا بمسطرة تحقيق الديون، الذي ثبت لقضاة الموضوع أن الطالب صرح أثناءها للسنديك بدينه داخل الأجل القانوني، والتمس حفظ حقه في الإدلاء بديون لاحقة صرح بها خارج الأجل، ولما كان الثابت كذلك أن السنديك المعين لم يصل إلى أي حل ودي مع الدائنين للتخفيض من الفوائد والديون، وأن هذه تم حصرها من طرف القاضي المنتدب، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللت قرارها بقولها "إن دور الدائنين ينحصر في استشارتهم من طرف السنديك عند إعداد الحل بخصوص موافقتهم بشأن الآجال والتخفيضات لضمان تنفيذ المخطط لا غير، وبالتالي لا يتمتع الدائن بأية صفة للطعن ضد الأحكام الصادرة بشأن حصر مخطط الاستمرارية وإن تحقق الديون يبقى خاضعاً للأحكام والإجراءات الواردة بالباب الثالث عشر المتعلق بتحديد خصوم المقولة"، تكون قد راعت مجمل ما ذكر، ما دامت استشارة الدائنين لا تتعلق بتحديد ديونهم وإنما بالحصول على موافقتهم بشأن آجال

¹⁰⁵⁸- ينص البند الخامس من المادة 762 على أنه: " تحدد المقررات القابلة للطعن بالاستئناف والجهة المخول لها الطعن فيها وفق ما يلي:
-المقررات الصادرة بشأن حصر مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية من طرف المدين والسنديك. وكذا جمعية الدائنين ومن طرف النيابة العامة".

مخطط التسوية والتخفيضات من الديون التي لم تتصرف فيها المحكمة بأي حال من الأحوال، ولطالما كذلك لا تتعلق أسباب الاستئناف بخرق الحكم الابتدائي لمسطرة حصر مخطط الاستمرارية وإنما تهم مسطرة المنازعة في تحقيق الديون المختلفة عن موضوع النزاع المعروض مما لا موجب معه لمناقشة توفر الصفة الامتيازية من عدمها على أساس قانوني سليم والوسيلتان على غير أساس⁽¹⁰⁵⁹⁾.

غير أن الحكم الذي يصرح بفسخ المخطط حيث لم يحدد الكتاب الخامس الملغى الأشخاص الذين يمكنهم الطعن فيه⁽¹⁰⁶⁰⁾، لكن المادة 762 من مدونة التجارة تداركت ذلك ونصت على الأشخاص الذين لهم الصفة في الطعن بالاستئناف بشأن مقرر فسخ المخطط ومن بينهم الدائن إن كان هذا الأخير هو من تقدم بطلب الفسخ. في حين أن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية فلا يحق للدائن الطعن فيه بالاستئناف، لأن البند السابع من المادة 762 من مدونة التجارة حصرت الأطراف الذين يمكنهم الطعن بالاستئناف في المقررات الصادرة بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية في المدين والسنديك وجمعية الدائنين والنيابة العامة، ذلك أن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية لا يتم إلا بحكم من المحكمة وذلك بطلب من رئيس المقالة وبناء على تقرير السنديك طبقاً للمادة 629 من مدونة التجارة، وهذا ما قضت به محكمة النقض حيث جاء في قرارها: "لكن حيث إن الثابت من وثائق الملف أن الحكم القاضي بحصر مخطط التسوية القضائية الصادر بتاريخ 20-11-2002 لا دليل على الطعن فيه أو تعديله وفق أحكام المادة 597 من مدونة التجارة ومن ثم لا يجوز ذلك بواسطة دعوى الحال الرامية أساساً لتعديل مخطط الاستمرارية بإضافة الفوائد التعاقدية لأقساط الدين، وهذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع تقوم مقام العلة المنتقدة ويستقيم القرار بها، والوسيلتان على غير أساس"⁽¹⁰⁶¹⁾.

¹⁰⁵⁹- قرار عدد 58 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18-1-2006 في الملف التجاري عدد 190-3-1-2004 غير منشور.

¹⁰⁶⁰- أنظر قرار رقم 742 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 13-11-2001 – والقرار رقم 761 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 21-12-2000 غير منشورين.

¹⁰⁶¹- قرار عدد 1044 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 24-10-2007 في الملف التجاري عدد 548-3-2007-1، أورده عمر أزوكار: م س ص 263.

كما يمكن للدائن المتوفر على ضمانات أن يطعن بالاستئناف في الحكم القاضي بتعديل تاريخ التوقف عن الدفع لتوفره على مصلحة مباشرة و حقيقية للمنازعة في الطلب الرامي إلى إجراء ذلك التعديل و في هذا قضت محكمة النقض على أن: " المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قضت بعدم قبول استئناف الطالبين بعلّة أن الطعن بالاستئناف باعتباره طعنا عاديا لا يقبل إلا ممن كان خصما حقيقيا في النزاع الذي صدر فيه الحكم المستأنف، و أن العبرة في توفر الخصم على الصفة في النزاع هي أن يكون الطاعن بالاستئناف طرفا في الخصومة بشخصه أو بمن يمثله، و أنه بالرجوع إلى طيات الحكم المستأنف القاضي بتمديد فترة التوقف عن الدفع في حق الشركة المحدد بموجب الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في 18 شهرا و جعله هو فاتح دجنبر من سنة 2008 يلفي أن المستأنفين لم يكونا طرفا في الحكم بأية صفة كانت و بالنتيجة يكون استئنافهما مقدم من غير ذي صفة، في حين تتجسد مصلحة الطالبين باعتبارهما دائنين يتوفران على رهون رسمية في كون الامر يتعلق بدعوى تعديل تاريخ التوقف عن الدفع، المنبثقة عن مسطرة جماعية؛ لا تقتصر آثار الحكم الصادر فيها على رافع الدعوى و المقابلة موضوع المسطرة المذكورة و مسيرها فحسب، و إنما تمتد تلك الآثار المتمثلة في بطلان أو إبطال كل التصرفات التي أبرمتها المقابلة بعد تاريخ التوقف عن الدفع مع كل المتعاملين معها بما فيهم الطالبين، مع ما يستتبع ذلك من توفر هؤلاء على مصلحة حقيقية و مباشرة للمنازعة في الطلب الرامي إلى إجراء ذلك التعديل، حتى يتوقوا جزاء البطلان الذي يتهدد عقودهم، و عليه فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بعدم مراعاتها لما ذكر، و تصريحها بعدم توفر الطالبين على الصفة لاستئناف الحكم المعدل لتاريخ التوقف عن الدفع و إرجاعه إلى متم سنة 2008، بالرغم من تقمصهما خلال المرحلة الابتدائية صفة الخصم المنازع في طلب ذلك التعديل بتقديمهما لمذكرات بأوجه دفاعهما أضفت عليهما تلك الصفة، رغبة منهما في تلافي جزاء البطلان أو الإبطال الذي يتهدد عقود رهنهم المبرمة مع المقابلة ضمانا لديونهما تكون المحكمة قد بنت قرارها على غير أساس، مما يتعين معه التصريح بنقضه" (1062).

¹⁰⁶²- قرار رقم 175 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30 مارس 2017 في الملف التجاري رقم 967-2016-1-3 غير منشور.

3-السنديك

يعتبر السنديك الممثل لمجموع المصالح التي جاء بها نظام مساطر صعوبات المقولة، وهو المحرك الأساسي لمساطر التسوية والتصفية القضائية، حيث جاء تعيينه في الحكم القاضي بفتح المسطرة متزامنا مع تعيين القاضي المنتدب ونائبه. وبالنظر للدور الهام الموكل له بمقتضى قانون 17-73 من أنه يكلف بتسيير عمليات التسوية والتصفية القضائية ويسهر على تنفيذ مخطط الاستمرارية أو التفويت، وتحقيق الديون تحت مراقبة القاضي المنتدب طبقا لما تنص على ذلك المادة 675 من مدونة التجارة. فإن المشرع منحه إضافة إلى ذلك الطعن بالاستئناف في المقررات الصادرة بشأن تمديد مسطرة التسوية القضائية أو التصفية، وكذا في المقررات الصادرة بشأن تحويل مسطرة الإنقاذ إلى مسطرة التسوية، أو التصفية، وتحويل مسطرة التسوية القضائية إلى التصفية، والمقررات الصادرة بحصر مخطط الاستمرارية، وكذلك المقررات الصادرة بشأن مخطط التفويت، والمقررات الصادرة بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية، إضافة إلى المقررات الصادرة بشأن العقوبات المدنية. وبذلك يكون المشرع في المادة 762 من مدونة التجارة قد حدد الحالات التي يحق فيها للسنديك الطعن فيها بالاستئناف والتي تتلاءم والمهام التي يقوم بها، عكس ما كان عليه الأمر في التشريع الملغى الذي لم يكن يحصر المقررات التي يجوز الطعن فيها بالاستئناف من قبل السنديك. وبالتالي يكون التشريع الحالي بتحديدته للحالات أعلاه قد أزاح الخلاف حول المقررات التي يجوز الطعن فيها من قبل السنديك.

4-المفوت إليه والطرف المتعاقد معه

بالرجوع إلى البند السادس من المادة 762 من مدونة التجارة، نجد المشرع قد سمح بالطعن بالاستئناف ضد المقررات الصادرة بشأن مخطط التفويت إلى المدين والسنديك والنيابة العامة، والمفوت إليه والطرف المتعاقد معه. غير أن الأسلوب الذي استعمله البند أعلاه لطريق الطعن بالاستئناف لا يوفر للمفوت إليه الحماية الكافية، بل حصر مجال استعماله على الحالة التي يحمله مخطط التفويت التزامات غير التي التزم بها عند إعدادة. وفي هذا الإطار لا يسمح القضاء الفرنسي للمفوت إليه بالطعن في حكم يرفض تفويت العقد

الذي طلبه في العرض⁽¹⁰⁶³⁾، وبذلك فالمشرع المغربي أكد على أن الأحكام الصادرة بشأن مخطط التفويت تقبل الطعن بالاستئناف وحصر الأطراف الذين يمكنهم اللجوء إلى هذه الطريقة ومن بينهم المفوت إليه عندما يحمله المخطط تكاليف غير الالتزامات التي تعاقد بشأنها. وإن المشرع بحصره للأشخاص الذين يحق لهم الطعن بالاستئناف ومن ضمنهم المفوت إليه شريطة تحميله المخطط أعباء غير التي التزم بها يستجيب للطبيعة الخاصة لعملية التفويت. ومن ثم يكون قد حدد المصلحة التي تكون فيها للمفوت إليه اللجوء إلى طريق الطعن بالاستئناف، عندما يحمله الحكم التزامات غير التي تعاقد بشأنها، وبذلك يكون المفوت إليه متضررا من الحكم في هذه الحالة، لأن المشرع ضيق من مفهوم الضرر وحصر حق المفوت إليه في الطعن عندما يحمله المخطط التزامات غير التي تعاقد بشأنها. إن قانون صعوبات المقابلة هو قانون التوضيحات وقانون توزيع الأمانة والتوضيحية تلحق لا محالة بالأطراف. لأن الغاية من هذا القانون هي إنقاذ المقابلة بأقل خسائر ممكنة، بل أكثر من ذلك فإن المشرع عندما قيد الطعن بالنسبة للمفوت إليه، لأن مخطط التفويت لا يستجيب في الغالب لتطلعات الكل، فالمدين تنزع ملكية مقاولته في ظل شروط قد يراها غير مقبولة، والدائنون سينازعون في ثمن التفويت الذي سيظهر لهم بخسا، والأجراء سيتصدون للإعفاءات في صفوفهم⁽¹⁰⁶⁴⁾، لذلك نظم المشرع طرق الطعن هذا بالنسبة للمفوت إليه في حدود واعتمد بذلك نظاما يستجيب لطبيعة مساطر معالجة الصعوبات التي امتدت إليها جوانب اقتصادية إلى جانب المظاهر القانونية.

وإذا كان الحكم بحصر مخطط التفويت يحدد العقود القابلة للتفويت مع المقابلة حسب المادة 638 من مدونة التجارة، ويتعلق الأمر بعقود الإيجار الائتماني والكراء والتزويد بالسلع أو الخدمات، إلا أن هذا التفويت لهذه العقود لا يتم إلا إذا كانت لازالت سارية التنفيذ وضرورية للإبقاء على نشاط المقابلة. ويكون الحكم بالإبقاء على هذه العقود بمثابة تفويت لها بحيث تصبح مبرمة بين المفوت إليه والمعنيين بها. وبذلك فالمتعاقد الذي تم تفويت عقده طبقا لمقتضيات المادة 638 من مدونة التجارة يكون له الحق في الطعن

¹⁰⁶³ -C.A. Amiens, 16-12-1988 Dalloz 1990, somm com p 3 obs: DERRIDA.

¹⁰⁶⁴ - محمد بلحسين: م س ص 73.

بالاستئناف ضد الحكم الصادر بشأن مخطط التفويت بهذا الخصوص، لأن المحكمة عندما تعتمد مخطط التفويت توفر للمقاوله كل الوسائل التي تكفل لها الاستمرار، وعلى رأسها العقود اللازمة للحفاظ على النشاط. وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض على أنه "في إطار الدور الاقتصادي الهادف لمعالجة صعوبات المقاوله، اختارت المحكمة من بين الحلول المحددة حصراً بالمادة 690 من مدونة التجارة، حل تفويت المقاوله موضوع النزاع، بدل استمراريتها أو تصفيتها، وهذا الاختيار الذي من شأنه الإبقاء على نشاط المقاوله بشكل يضمن أطول مدة لاستقرار التشغيل وأداء مستحقات الدائنين حسبما تنص عليه المادتان 603 و605 من مدونة التجارة يستتبعه تفويت العقود التي ترى المحكمة أنها ضرورية للحفاظ على نشاط المقاوله إعمالاً للمادة 606 من نفس المدونة التي تعتبر الحكم الذي يحصر المخطط بمثابة تفويت للعقود، ولا يحول دون ما ذكر كون وزارة الأوقاف طرفاً في عقد الكراء المفوت للمحل الذي تكتريه المقاوله الذي سواء اكتسب الملكية التجارية أم لا، فإن المادة 606 المذكورة تجيز تفويته مع التفويت الكلي للمقاوله بصرف النظر عن صفة الجهة المكريه، طالما أن هذا التفويت الذي اقتضته الظروف الاقتصادية ووضعية المقاوله اتخذ من طرف المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللت قرارها بقولها " أن ما أثارته المستأنفة – وزارة الأوقاف- بشأن عدم فهم مقدمي العروض لطبيعة العقد الذي يربطها بالمقاوله" وأن هذه الأخيرة لا تتوفر على أي أصل تجاري لاستحالة تأسيسه على الملك الحبسي، فإن ما ذكر لا يستند على أساس على اعتبار أن العقد الذي تم تفويته في إطار المخطط الذي تبنته المحكمة هو عقد الكراء بالشروط التي كانت تربط المقاوله مع مالكة العقار، وأن الحكم الابتدائي لم يحمل وزارة الأوقاف أي شروط أخرى خارج العقد الذي أبرمته، كما أن التفويت شمل أصول المقاوله وخصومها"، فتكون قد سايرت المبادئ القانونية المذكورة مراعية مجمل ما ذكر، مادام إجراء تفويت المقاوله بالشكل المنوه عنه يضمن لوزارة الأوقاف استيفاء دينها الكرائي في إطار مسطرة تصفية الخصوم المقررة في هذا الباب وبذلك لم يخرق قرارها أي مقتضى وأتى مرتكزاً على أساس سليم والوسيلة على غير أساس" (1065).

¹⁰⁶⁵ - قرار عدد 375 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 3-4-2012 في الملف التجاري عدد 11-3-3-2009 أورده عمر ازوكار: م س ص 280.

5-جمعية الدائنين

عمل قانون 17-73 على خلق آلية جديدة لفائدة دائني بعض المقاولات الخاضعة لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية، يسهم من خلالها الدائنون في بلورة مشروع مخطط التسوية تسمى جمعية الدائنين.

ومن صلاحيات هذه الجمعية وطبقا للمادة 607 من مدونة التجارة أنها تتعقد للتداول بشأن مشروع مخطط التسوية لاستمرارية نشاط المقولة أو مخطط التفويت أو التصفية الذي أعده السنديك بناء على تقرير الموازنة طبقا للفقرة الثانية من المادة 595 من مدونة التجارة، وإما لمشروع مخطط التسوية لاستمرارية نشاط المقولة الذي يقترحه الدائنين في إطار ما يسمى بالمخطط البديل طبقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 615 من مدونة التجارة حينما ترفض جمعية الدائنين مخطط التسوية المقدم من طرف السنديك. كما أنها تختص للتداول بشأن تغيير أهداف وسائل مخطط التسوية لاستمرارية نشاط المقولة وذلك حينما يعتزم السنديك رفع تقرير إلى المحكمة بهذا الخصوص، إذ لا يمكن له أن يعتمد إلى إعداد هذا التقرير إلا بعد التداول بشأن موضوعه مع جمعية الدائنين حسبما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة 629 من مدونة التجارة. فضلا عن ذلك فلها ان تطلب من المحكمة استبدال السنديك، كما لها حق التداول فيما يخص تفويت واحد أو أكثر من الأصول المهمة للمقولة التي قدمها السنديك في مشروع مخطط التسوية واعتبارها مهمة لتنفيذ المخطط طبقا للفقرة الأولى من المادة 618 من مدونة التجارة.

وانطلاقا من المواد أعلاه يتضح أن المشرع وسع من دور جمعية الدائنين بعدما حدد الصلاحيات الموكولة لها التداول فيها، ولا يمكنها أن تتجاوزها بمعنى أن هذه الصلاحيات مقيدة ومحصورة. ذلك أن هذه الجمعية ليست لها شخصية معنوية كما هو الشأن بالنسبة للنقابات والجمعيات، وإنما تمثل الدائنين بموجب نيابة قضائية⁽¹⁰⁶⁶⁾، وبالتالي تكون لها الصفة بسبب مركز قانوني مرتبط في نفاذه بالمركز القانوني المدعى⁽¹⁰⁶⁷⁾. ويطلق

¹⁰⁶⁶- احمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثالثة عشرة 1980 منشأة المعارف بالإسكندرية بند 433.

¹⁰⁶⁷- وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني الطبعة الرابعة م س ص 146.

البعض على هذه الصفة الصفة الاستثنائية، ومن ثم فلا يجوز الاعتراف بها للشخص إلا بناء على نص تشريعي يسمح بها⁽¹⁰⁶⁸⁾. وقد سمح قانون 17-73 لجمعية الدائنين الحق في التداول والطعن في بعض المقررات بصورة حصرية بمقتضى مواد محددة، وبذلك خولها المشرع بنصوص صريحة الصفة في الطعن في بعض المقررات للدفاع عن المصلحة الجماعية حتى ولو لم يكن لها مصلحة مباشرة في هذا الطعن⁽¹⁰⁶⁹⁾. ومنح المشرع هذه الجمعية الطعن في المقررات جاء على ما تقوم به من أدوار لها أهمية كبيرة بالنسبة للمصلحة العامة والمقولة والدائنين. ومن ثم فإنه يتعين الاعتراف لجمعية الدائنين بالصفة الجماعية في الطعن في المقررات المخولة لها الطعن فيها دفاعاً عن المصالح المشتركة للمقولة والدائنين وعن الأغراض التي أنشئت من أجلها. وأن طعنها في المقررات لا يعد طعناً من وكيل بالخصومة، بل هو طعن لصاحب الصفة الإجرائية في الدعوى القضائية⁽¹⁰⁷⁰⁾.

ونظراً للصلاحيات والأدوار المخولة لجمعية الدائنين، فقد منحتها المادة 762 من مدونة التجارة حق الطعن بالاستئناف في المقررات الصادرة بشأن تحويل مسطرة التسوية القضائية إلى التصفية، وفي المقررات الصادرة بشأن حصر مخطط الاستمرارية، والمقررات الصادرة بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية والمقررات الصادرة بشأن فسخ مخطط الاستمرارية أو التفويت. وهذه المقررات مرتبطة بصلاحياتها وفيما يحق لها التداول فيه، وبالتالي يحق لها الطعن فيها بالاستئناف، لأنه كان من الضروري أن يعترف لهذه الجمعية بالحق في اللجوء إلى القضاء باسمها مباشرة للطعن في المقررات المسموح لها بمقتضى البنود، الرابع والخامس والسابع والثامن من المادة 762 من مدونة التجارة لحماية المصالح الجماعية التي حددها قانون صعوبات المقولة، وعلى رأسها مصلحة المقولة إلى جانب مصلحة الدائنين والعمال. فضلاً عن أن هذه المقررات المسموح لها الطعن فيها هي مرتبطة بالصلاحيات المخولة لها وفيما تتداول فيه.

¹⁰⁶⁸ - محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، الجزء الثاني بدون دار النشر 1989 ص 92.
¹⁰⁶⁹ - VINCENT (J) et GUINCHARD (S): procédure civile, DALLOZ, paris, éd 26, 2001 P 160 N° 127.

¹⁰⁷⁰ - أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية م س ص 653.

وإذا كان المشرع التونسي في القانون عدد 36 لسنة 2016 قد تبنى إصلاحات شكلية وموضوعية اعتبرها ضرورية في المساهمة في ربح الوقت، ومساعدة المقولة قبل توقفها عن الدفع وبعد توقفها عن الدفع، ونص على إمكانية تجمع الدائنين في أصناف مختلفة بحسب مصالحهم (دائنين مرتهنيين، دائنين عاديين، مؤسسات مالية، مزودين...)، ولكل صنف من الدائنين تعيين ممثل عنهم يرفع ملاحظاتهم إلى القاضي المراقب طبقا لما نص عليه الفصل 444 في فقرته الثانية من ذات القانون أنه: " ويمكن للدائنين أن يتجمعوا في أصناف مختلفة بحسب مصالحهم. ولكل صنف من الدائنين تعيين ممثل عنهم يرفع ملاحظاتهم إلى القاضي المراقب". إلا أن المشرع المذكور لم يحدد أن هذه الأصناف المشكلة لكل صنف تندرج ضمن جمعية الصنف أو جمعية الأصناف برمتها، كما أنه لم ينص على أن هذه الأصناف لها حق الطعن أو رفع الدعوى، وإنما كل صنف من هذه الأصناف له فقط إبداء ملاحظاته إلى القاضي المراقب عكس المشرع المغربي الذي خلق آلية جديدة متمثلة في جمعية الدائنين، وحدد طريقة تشكيلها والصلاحيات المخولة لها وممارستها للطعن بالاستئناف في أربع حالات حدد لها بصفة حصرية، وذلك في حدود الأدوار التي تقوم بها والغرض الذي أنشئت من أجله.

غير أنه إذا كان المشرع قد حصر طعن جمعية الدائنين بالاستئناف في أربع مقررات، فإنه وسع هذا الحق بالنسبة للنيابة العامة وهو ما سنبحثه في النقطة الموالية.

6-النيابة العامة

لقد أثارت صلاحية النيابة العامة في ممارسة الطعن بالاستئناف إشكالا كبيرا نظرا لوضعيتها في مسطرة التسوية والتصفية القضائية. ومرد هذا الإشكال راجع إلى سكوت قانون صعوبات المقولة الملغى في هذا الشأن، وغموض المقتضيات القانونية في بعض الحالات. كما أن المشرع المغربي لم يفصل في الحالات التي يحق فيها للنيابة العامة ممارسة طرق الطعن، والحالات التي لا يحق لها ذلك، وما إن كانت تملك حق الطعن ولو لم تكن طرفا رئيسيا، مما جعل هذا الأمر يكتنفه الغموض.

وقد انعكس هذا المسلك الذي نحاه المشرع المغربي في قانون صعوبات المقاولات الملغى على الفقه والقضاء. فذهب اتجاه إلى عدم أحقية النيابة العامة للطعن بالاستئناف لعدم وجود نص صريح يخولها هذا الحق ما لم تكن طرفا رئيسيا في الدعوى. كما أنه يتضح من المواد 728 إلى 731 من الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى أن المشرع لم يحتفظ للنيابة العامة بأي مقتضى يسمح لها بممارسة الطعن، تاركا الباب مفتوحا لتطبيق المقتضيات العامة من الفصول 6 إلى 10 من قانون المسطرة المدنية⁽¹⁰⁷¹⁾. وبالرجوع إلى المقتضيات العامة وخاصة الفصل 7 من قانون المسطرة المدنية⁽¹⁰⁷²⁾، فإنه لا يكون للنيابة العامة الحق في ممارسة طرق الطعن إلا إذا كانت طرفا رئيسيا، وبإعمال هذا الفصل في مساطر صعوبات المقاولات فإن النيابة العامة يمكنها استعمال طرق الطعن في هذه المادة متى كانت هي الطرف المتقدم بطلب فتح المسطرة بمعنى أن تكون طرفا أصليا⁽¹⁰⁷³⁾. وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرار لها جاء فيه: " وحيث إن المشرع وإن كان أعطى للنيابة العامة الحق في طلب فتح المسطرة حسبما هو منصوص عليه في المادة 563 من مدونة التجارة، فإن النيابة العامة في نازلة الحالة لم تكن هي التي حركت المسطرة. وحيث إنه من المبادئ المستقرة فقها وقضاء، لا يقبل الطعن بالاستئناف إلا ممن كان طرفا في الدعوى مباشرة خلال المرحلة الابتدائية، وأنه بالرجوع إلى مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، لا نجد فيه أية مقتضيات استثنائية بخصوص وضع النيابة العامة بحيث لم يعطها أية صلاحيات لممارسة حق الطعن بالاستئناف، عكس المشرع الفرنسي الذي خول هذا الحق بموجب المادة 171 من قانون 1-25-1985 كما تم تعديله بقانون 10-6-1994.

وحيث إنه يتعين الرجوع إلى قانون المسطرة المدنية.

¹⁰⁷¹ — عبد الرحيم السلماني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقاولات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات م س ص 29.

- عبد الكريم عباد: م س ص 476

¹⁰⁷² - ينص الفصل 7 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يحق للنيابة العامة استعمال كافة طرق الطعن، عدا التعرض عندما تتدخل تلقائيا مدعية أو مدعى عليها في الأحوال المحددة بمقتضى القانون".

¹⁰⁷³ - محمد نشاط: م س ص 193.

وحيث إنه مادامت النيابة العامة قد تدخلت في المسطرة من تلقاء نفسها في نطاق السلطة التي خولها القانون بموجب الفصل 8 من قانون المسطرة المدنية فإنها تعتبر طرفاً منضمّاً، وبالتالي لا يحق لها ممارسة أي طعن مما يتعين التصريح بعدم قبول استئنافها"⁽¹⁰⁷⁴⁾.

كما أكدت نفس المحكمة توجهها في قرار لها جاء فيه: " وحيث إن اكتساب النيابة العامة صفة طرف رئيسي في الدعوى أمر يحدده القانون، فتكون استثناء طرفاً رئيسياً أمام القضاء المدني والتجاري في الحالة التي يعطيها القانون بموجب نص الحق في ممارسة الدعوى بصفة رئيسية كمدعية أو كمدعى عليها. ويكون من حقها أن تؤطر الدعوى وتحدد طلباتها، وإما أن تكون طرفاً منضمّاً ولا يحق لها أن تستعمل أي طريق من طرق الطعن ولا تكون خصماً لأحد، وإنما تتدخل لتبدي رأيها لمصلحة القانون والعدالة، ورأيها يعتبر قوياً له قيمة أدبية في نظر المحكمة، لأنها تبدي وجهة نظرها بشكل حيادي وبما تراه حقاً وعدلاً. وهذا ما فعلته النيابة العامة في نازلة الحال أثناء المرحلة الابتدائية.

وحيث إنه ما دامت النيابة العامة قد تدخلت في المسطرة من تلقاء نفسها في نطاق السلطة التي خولها لها القانون بموجب الفصل 8 من قانون المسطرة المدنية، فإنها تعتبر طرفاً منضمّاً وبالتالي لا يحق لها ممارسة أي طعن"⁽¹⁰⁷⁵⁾.

وقد زكت نفس المحكمة الموقف ذاته حيث عللت قرارها بما يلي: "وحيث إن كون مساطر معالجة صعوبات المقاولات تتعلق بالنظام العام الاقتصادي، لا يبرر اعتبار النيابة العامة طرفاً رئيسياً في قضاياها ما لم تكن هي التي حركت المسطرة، لأن هناك عدة مساطر ينظمها القانون، وتتعلق بالنظام العام الاقتصادي ولصيقة به ولم يسبق للنيابة العامة أن كانت طرفاً رئيسياً فيها، مما يتعين معه عدم قبول استئناف النيابة العامة"⁽¹⁰⁷⁶⁾.

¹⁰⁷⁴- قرار عدد 761 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 21-12-2000 في الملف 384 – 2000/449 غير منشور.

¹⁰⁷⁵- قرار رقم 250 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 13-2-2002 في الملف عدد 2001/142 غير منشور.

¹⁰⁷⁶- قرار رقم 101 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 21-1-2003 في الملف عدد 1249-8-2002 غير منشور.

إلا أنه على نقيض هذا الاتجاه، فإن البعض أكد على أنه من حق النيابة العامة استئناف الأحكام الصادرة في مساطر معالجة صعوبات المقاول، باعتبارها من أهم أشخاص المسطرة ولا ارتباط هذه المساطر بالنظام العام الاقتصادي وأنها تعتبر طرفاً أصلياً في مساطر صعوبات المقاول، سواء كانت هي التي طالبت بفتح التسوية أو التصفية القضائية أم لا (1077). كما أنها تعمل وفق منظور جديد لقانون الأعمال وهو دور بقدر ما يرتبط بالسهر على تطبيق القانون، فإنه دور له علاقة وطيدة بالنواحي الاقتصادية والاجتماعية. كما أن النيابة العامة تتمتع بسلطات واسعة بخصوص هذه المساطر التي لها ارتباط بالنظام العام الاقتصادي يخول لها الحق في التصرف ولو لم يوجد نص صريح (1078). وهو نفس التوجه الذي سبق للأستاذ أحمد شكري السباعي أن عبر عنه صراحة عن إمكانية النيابة العامة الطعن بالاستئناف ولو لم تكن طرفاً رئيسياً في الدعوى، لأن مساطر المعالجة من المساطر الجماعية التي يوكل إلى النيابة العامة حق تحريكها ومراقبتها والإشراف على سير إجراءاتها من فتحها إلى اختتامها (1079). وهو ما أكدته الأستاذ لفروجي حيث اعتبر أن النيابة العامة يمكنها أن تطعن بالاستئناف ضد الحكم القاضي بفتح المسطرة بدون أن يميز بين الحالة التي تكون فيها طرفاً رئيسياً والحالة التي تكون فيها طرفاً منضماً (1080).

وفي هذا الاتجاه قررت محكمة الاستئناف التجارية بفاس قبول استئناف النيابة العامة للحكم الصادر بتاريخ 2006/6/13 القاضي بتذليل حكم أجنبي صادر في إطار صعوبات المقاول بالصيغة التنفيذية، ومما جاء في حيثيات هذا القرار: "... أن النيابة العامة في القضايا المتعلقة بالنظام العام تعتبر طرفاً رئيسياً ويحق لها الطعن بالاستئناف" (1081). كما أكدت محكمة النقض على حق النيابة العامة في الاستئناف حتى ولو لم تكن طرفاً

1077- عبد المجيد غميحة: المفهوم الجديد لدور النيابة العامة أمام المحاكم التجارية م س ص 3.
1078- فاطمة الحلاق: تعليق حول ملف التسوية القضائية منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 146 ص 216.

1079- أحمد شكري السباعي: م س الجزء الثاني ص 260.
1080- محمد لفروجي: صعوبات المقاول والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها م س ص 249.
1081- قرار رقم 1706 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 23-11-2006 غير منشور.

رئيسيا، وأهم ما جاء في قرارها : "حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بنت قضاءها بعدم قبول الاستئناف شكلا على أن النيابة العامة لا تكون طرفا رئيسيا حسبما هو منصوص عليه في المادة 563 من مدونة التجارة، وإن النيابة العامة في نازلة الحال لم تكن هي التي حركت المسطرة وأن من المبادئ المستقرة فقها وقضاءاً أن الطعن بالاستئناف لا يقبل إلا ممن كان طرفا في الدعوى مباشرة أو بواسطة خلال المرحلة الابتدائية، والحال أن الحكم التجاري المستأنف أورد في ديباجته إسم النيابة العامة بصفتها طرفا في النازلة، مما تكون قد استمدت صفتها من الحكم المستأنف ومن الدور المنوط بها في إطار نظام صعوبات المقاوله، مما يكون ما نعتة على القرار وارد يستوجب نقضه"(1082).

وبهذا القرار تكون محكمة النقض قد أعطت للنياية العامة الحق في الطعن بالاستئناف ولو لم تكن طرفا رئيسيا، واتجاهها هذا مؤسس على اعتبارات فتح المجال للنياية العامة بالمحكمة التجارية للطعن في المقررات الصادرة في مساطر التسوية أو التصفية القضائية و هذا سيعزز من الضمانات القضائية الرامية إلى التطبيق السليم لمقتضيات مساطر صعوبات المقاوله، وهو التوجه الذي عبر عنه المشرع الفرنسي بعبارات صريحة ذلك أنه نص في المادة 171 من قانون 25 يناير 1985 المتعلق بالتسوية والتصفية القضائية كما تم تعديله بقانون 10-6-1994 على أن الحكم القاضي بفتح المسطرة يقبل الطعن بالاستئناف من طرف كل من المدين المعني بالأمر والدائن المتابع، أي الدائن المدعي، والنياية العامة ولو لم تكن طرفا رئيسيا في الدعوى(1083).

¹⁰⁸² - قرار عدد 784 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 12-7-2006 في الملف التجاري عدد 2-3-487-2003 غير منشور.

¹⁰⁸³ -ART 171: «Sont susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation:

- 1-Les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure de la part du débiteur, du créancier poursuivant ainsi que du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale.
- 2-Les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de continuation de l'entreprise de la part du débiteur, de l'administrateur, du représentant des créanciers, du comité d'entreprise ou à défaut, des délégués du personnel ainsi que du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale ».

وإذا كان المشرع الفرنسي قد عمل على التنقيص صراحة على حق النيابة العامة في الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة في مساطر التسوية والتصفية القضائية، سواء تدخلت بصفقتها طرفاً أصلياً أو بصفقتها طرفاً منضمّاً، فإن المشرع المغربي في إطار الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى لم ينهج نفس النهج، مما ترك الباب مفتوحاً لتضارب الآراء الفقهية والقضائية حسبما تمت الإشارة إليه سابقاً. وهذا ما دفع المشرع للنظر في حدود تدخل النيابة العامة في نظام صعوبات المقاول، وإلى التوسيع من صلاحياتها في هذا المجال، ويمنحها صلاحية التدخل في مختلف المراحل، وبالتبعية إمكانية الطعن في مختلف الأحكام والقرارات، سواء كانت طرفاً أصلياً أو طرفاً منضمّاً. ذلك أن النيابة العامة في إطار مساطر التسوية والتصفية القضائية لها وضع خاص لا يمكن مقارنته بوضعها التقليدي أمام المحاكم المدنية لأنها تسهر على حماية النظام العام الاقتصادي وتدعم ثقة الدائنين في المسطرة، وهذا ما دفع المشرع إلى إصدار قانون 17-73.

وبالرجوع إلى المادة 762 من قانون 17-73 فإنه منح النيابة العامة الطعن بالاستئناف في المقررات الصادرة بشأن فتح مسطرة الإنقاذ أو التسوية أو التصفية القضائية، المقررات الصادرة بشأن تمديد مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية، المقررات الصادرة بشأن تحويل مسطرة الإنقاذ إلى مسطرة تسوية أو التصفية، المقررات الصادرة بشأن تحويل مسطرة التسوية القضائية إلى تصفية، المقررات الصادرة بشأن حصر مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية، المقررات الصادرة بشأن مخطط التفويت، المقررات الصادرة بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية، المقررات الصادرة بشأن فسخ مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية أو التفويت، المقررات الصادرة بشأن تعيين أو استبدال السنديك أو تغيير سلطاته أو تجديد الأجل المنصوص عليه في المادة 595 من مدونة التجارة، والمقررات الصادرة بشأن العقوبات المدنية.

وبهذا يتبين أن المشرع في إطار المادة أعلاه خول للنيابة العامة الطعن بالاستئناف في جميع المقررات المنصوص عليها، باستثناء المقررات الصادرة عن القاضي المنتدب التي يأذن بموجبها بالبيع بالمزايدة الودية، أو بالتراضي طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 654

من مدونة التجارة. بمعنى أن المشرع وسع من صلاحيتها في الطعن بالاستئناف، وذلك في عشرة مقررات من أصل إحدى عشر مقرا المنصوص عليها في المادة 762 من مدونة التجارة، وذلك أكثر من أي طرف آخر مؤهل للطعن بالاستئناف، بحيث جعل الدور الأولي للنيابة العامة في منازعتها في جل المقررات المتعلقة بالتسوية والتصفية والمحددة لمصير المقالة، وفي بعض المقررات منحها وحدها حق احتكار الطعن بالاستئناف وذلك بالنسبة للمقررات الصادرة بتعيين أو استبدال السنديك أو تغيير سلطاته، أو تجديد الأجل المنصوص عليه في المادة 595 من مدونة التجارة بخصوص إعداد الحل من طرف النيابة العامة وحدها فقط دون غيرها.

وعليه، فقانون 17-73 منح فائدة خاصة لصالح النيابة العامة بخصوص الطعن بالاستئناف ضد المقررات المحددة في المادة 762 من مدونة التجارة، عكس الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى، الذي لم ينص صراحة على إمكانية النيابة العامة بالطعن بالاستئناف. وبذلك فانطلاق سلطات النيابة العامة تقاس بحجم طرق الطعن المخولة لها، وأيضاً بصلاحياتها لممارسة طرق الطعن كنظام خصوصي⁽¹⁰⁸⁴⁾. بل إن المادة 762 من مدونة التجارة منحت الطعن بالاستئناف للنيابة العامة من دون تمييز كونها طرفاً أصلياً أو طرفاً منضمماً، وهذه الميزة المخولة للنيابة العامة في هذا الإطار أبعدت النقاش الذي كان دائراً في إطار الكتاب الخامس الملغى بهذا الخصوص.

ولهذا فالمادة 762 أعلاه سطرت وحددت أهمية سلطات النيابة العامة من أجل الطعن ورفع الاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية ضد المقررات لحماية المصلحة الفضلى للمقالة. زيادة على أنها طرف معني بالسهر على حماية القانون والمصلحة العامة، كما أنها مكلفة بالدفاع عن النظام العام، ويمكنها أن تحصل على الوسائل التي تمكنها من القيام بمهمتها، خاصة بالنسبة لطرق الطعن المخولة للأطراف الرئيسية، ولو لم تكن النيابة العامة طرفاً بهذه الصفة في درجة التقاضي الأولى⁽¹⁰⁸⁵⁾.

¹⁰⁸⁴ -O. Staes: op cit N° 388 p 370.

¹⁰⁸⁵ -F. DERRIDA, P. GODE, J. P. Sortais: op cit p 188.

وبهذا فالمادة 762 من مدونة التجارة تمتعت النيابة العامة بحق الطعن في الاستئناف دون شروط، لأن النيابة العامة تعمل وفق منظور جديد لقانون الأعمال، وهو دور بقدر ما يرتبط بالسهر على تطبيق القانون، فإنه دور له علاقة وطيدة بالنواحي الاقتصادية والاجتماعية. وأن النيابة العامة تتمتع بسلطات واسعة بخصوص هذه المساطر التي لها ارتباط بالنظام العام الاقتصادي⁽¹⁰⁸⁶⁾. كما أن مساطر التسوية أو التصفية القضائية هي مساطر جماعية، يوكل إلى النيابة العامة حق تحريكها ومراقبتها، والإشراف على سير وضمان سلامة إجراءاتها، من افتتاحها إلى قفلها، الشيء الذي لا يمكن تحقيقه إلا بمنحها حق ممارسة الطعن بالاستئناف لاستدراك ما قد تقع فيه المحكمة التجارية من أخطاء في التطبيق السليم للقانون، بصفتها الحارس على تطبيق القانون.

ثانياً: شكليات وإجراءات رفع الطعن بالاستئناف وأثاره

لقد نظم قانون 17-73 القواعد الإجرائية للاستئناف، ولبحث خصوصيات قواعد استئناف الأحكام الصادرة في مساطر التسوية أو التصفية القضائية، يجب التمييز بين شكليات الطعن بالاستئناف (1) وأثاره (2).

1- شكليات الاستئناف

حسب المادة 14 من قانون إحداث المحاكم التجارية، فإن الدعوى ترفع بمقال مكتوب يوقعه محام مسجل في هيئة من هيئات المحامين بالمغرب. ومن ثم فإن تقديم الطعن أمام هذه المحاكم يجب أن يتم بواسطة مقال مكتوب. لكن بالرجوع إلى المواد المنظمة للطعن في المقررات الصادرة في مادة صعوبات المقاوله يتضح أن الطعن بالاستئناف يتم بواسطة تصريح، إذ لم يلزم المشرع تقديمه بواسطة مقال مكتوب ليخرج بذلك عن المادة 14 من قانون إحداث المحاكم التجارية من جهة، وعن مقتضيات قانون المسطرة المدنية من جهة أخرى، والتي تفرض أن يقدم الطعن بالاستئناف بمقال مكتوب⁽¹⁰⁸⁷⁾.

¹⁰⁸⁶ - فاطمة الحلاق: م س ص 215.

¹⁰⁸⁷ - ينص الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية على أنه: " يجب أن يتضمن المقال الأسماء الشخصية والعائلية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة كل من المستأنف والمستأنف عليه، وكذا اسم وصفة وموطن الوكيل عند الاقتضاء وأن يبين إذا تعلق الأمر بشركة اسمها الكامل ونوعها ومركزها، وأن

والملاحظ من خلال المادة 764 من مدونة التجارة في فقرتها الأولى على أن الاستئناف يتم بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة، ولا يتخذ شكل مقال افتتاحي للدعوى، ولا يحتاج إلى الشكليات المنصوص عليها في الفصلين 141 و142 من قانون المسطرة المدنية بحكم أن المشرع لم يحدد أي شكل لهذا التصريح⁽¹⁰⁸⁸⁾، وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة 730 من الكتاب الخامس الملغى من مدونة التجارة⁽¹⁰⁸⁹⁾. وبذلك فالمادة 764 من مدونة التجارة الحالية وكذا المادة 730 الملغاة سنتا قواعد خاصة للطعن بالاستئناف، ومع وجود هذه القواعد الخاصة لا يمكن تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية، وإن الاكتفاء في الطعن بالتصريح دون المقال فيه اقتصار في الوقت وترجيح للمضمون على الشكل في ممارسة الطعن⁽¹⁰⁹⁰⁾، كما أن غاية المشرع من ذلك الإسراع بالمسطرة وتجاوز شكليات المسطرة المدنية وعرقلتها⁽¹⁰⁹¹⁾.

وبهذا يتبين أن المشرع تبنى نوعاً من المرونة والبساطة أثناء تنظيمه لطرق الطعن ضد الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة، ومن بينها الاستئناف. ومرد ذلك إلى وعيه بأهداف المسطرة، وبالدور القضائي المتمثل في إنقاذ المقولة وإيجاد الحلول الممكنة لتسويتها، ولن يتحقق ذلك إلا بإجراءات بسيطة وأكثر فاعلية ومرنة للطعن بالاستئناف، لا تقف حاجزا أمام الوصول إلى حل سريع ونهائي، بخصوص المقولة موضوع المسطرة. وهذا الذي دفع بالمشرع إلى تقرير آلية التصريح لدى كتابة الضبط كوسيلة قانونية للطعن بالاستئناف.

يتضمن كذلك موضوع الطلب والوقائع والوسائل المثارة وترفق المستندات التي يريد الطالب استعمالها بالمقال.

"يجب أن يرفق هذا المقال بنسخ مصادق على مطابقتها للأصل من لدن المستأنف بعدد الأطراف المستأنف عليهم.

يجب على المستأنف أيضاً أن يدلي بتأييد لمقاله بنسخة من الحكم المطعون فيه، وإلا طلبها كاتب الضبط من المحكمة، التي أصرتة".

¹⁰⁸⁸ - عبد الرحيم السلمي: طرق الطعن في الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة م س ص 28.

¹⁰⁸⁹ - تنص المادة 730 من مدونة التجارة على أنه: "يتم استئناف المقررات المشار إليها في المادة السابقة بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة...".

¹⁰⁹⁰ - عبد الحميد أخريف: م س ص 485.

¹⁰⁹¹ - عبد الكريم عباد: م س ص 473.

وقد أكدت محاكم الموضوع⁽¹⁰⁹²⁾ على أن استئناف الأحكام الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية يتم بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة، إلا أن هذا التصريح لا يغني عن تطبيق مقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية، وذلك بتقديم بيان أوجه وأسباب الاستئناف، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء في قرارها والذي جاء فيه : " حيث إنه لئن قضت المادة 729 من مدونة التجارة أن الطعن ضد المقررات الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية تتم بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة، فإن ذلك لا يغني عن تطبيق مقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية والتي توجب أن يتضمن المقال الأسماء... وكذلك موضوع الطلب والوقائع والوسائل المثارة... وبما أن الطاعنة لم تدل رغم إنذارها بمقال يتضمن أوجه استئنافها وباقي الشروط الأخرى، فإن ذلك يستوجب التصريح بعدم قبول استئنافها"⁽¹⁰⁹³⁾. وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها الذي جاء فيه : " لكن حيث لئن كان يتم استئناف المقررات الصادرة بشأن التسوية القضائية بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة، داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تبليغ المقرر القضائي عملا بالمادة 730 من مدونة التجارة، فإن المادة 19 من القانون المحدث للمحاكم التجارية تحيل على القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية، ومنها الفصل 142 الذي يوجب أن يتضمن الاستئناف أسبابه، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي أشعرت نائب الطالبة بالإدلاء بأوجه استئنافه، والتمس أجلا لذلك وأخرت القضية لجلسة 2-2008-7 ثم لجلسة 3-9-2008 حسبما هو مضمن بمحضر الجلسات، دون أن يدلي بما طلب منه : " إن دفاع المستأنفة أشعر بضرورة تحديد أوجه استئناف موكلته، إلا أنه لم يستجب لذلك رغم توصله بالإشعار بتاريخ 1-8-2008. وهو ما يجعل الاستئناف المقدم على هذا النحو غير مقبول..." مما يجعلها قد راعت المقتضيات المذكورة فجاء قرارها

¹⁰⁹² - قرار عدد 20 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 15-3-2006 غير منشور.
- قرار عدد 657-2007 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2-2-2007 في الملف عدد 4697-06-11 غير منشور.
- قرار عدد 581 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 7-6-2006 في الملف عدد 968-2005 غير منشور.
¹⁰⁹³ - قرار عدد 1932-2001 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 20-9-2001 في الملف عدد 1857 - 2001 غير منشور.

غير خارق لأي مقتضى ومعللا بما يكفي ومرتكزا على أساس، وما ورد بالوسيلة على غير أساس" (1094).

في حين أكدت محكمة النقض في قرار حديث لها على أن " نص الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية المحدد لبيانات وشرط صحة المقال الاستئنافي الذي اعتمدته المحكمة فيما انتهت إليه في نتيجة قرارها، هو نص عام، لا ينطبق على الطعن بالاستئناف المتعلق بالمقررات الصادرة في مادة معالجة صعوبات المقاوله لخضوع هذا الطعن لنص خاص أولى بالتطبيق، يتمثل في المادة 730 من مدونة التجارة التي بالرجوع إليها يلقي أنها تشترط لصحة الطعن بالاستئناف فقط وجوب التصريح به لدى كتابة الضبط المحكمة مصدرة المقرر المستأنف داخل أجل 10 أيام الموالية لتاريخ تبليغ المقرر المطعون فيه، دون أن يرد بها أو غيرها ما يستشف منه وجوب تقديم مذكرة ببيان الأسباب والوسائل المؤسس عليها ذلك الطعن داخل نفس الأجل. وبذلك فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بما ذهبت إليه من عدم قبول استئناف الطالب لعدم تقديمه مذكرة بيان أوجه استئنافه داخل الأجل المقرر للتصريح بالطعن تكون قد خرقت المقتضى القانوني السالف الذكر، وعرضت قرارها للنقض" (1095).

إلا أن البين أن طابع السرعة الذي ميز طرق الطعن في مادة صعوبات المقاوله والذي أدى إلى التصريح بالطعن بالاستئناف لدى كتابة الضبط كوسيلة قانونية للطعن، لم يحافظ عليه المشرع، من خلال عدم تقرير لأجال محددة لإيداع مذكرة ببيان أوجه الاستئناف، على اعتبار أن التصريح لا يغني عن تقديم مذكرة أسباب الاستئناف حسب الاتجاه القضائي المشار إليه أعلاه حتى تتمكن المحكمة من النظر في هذا الطعن و تبليغها للأطراف في أقرب الآجال والبت أيضا في الاستئناف داخل أجل معقول يخدم مصالح جميع

1094- قرار عدد 599 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 15-4-2009 في الملف عدد 109-3-1-2009 أورده عمر أزوكار م س ص 548.

1095- قرار عدد 1/106 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1-3-2018 في الملف رقم 2198-3-1-2017 غير منشور.

-انظر في نفس الاتجاه قرار عدد 321 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 12 يونيو 2014 في الملف التجاري عدد 410-3-1-2014 غير منشور.

الأطراف وتحديد الحل النهائي الذي سيتبع من أجل إنقاذ المقولة أو تصفيتها. لأن إنذار محكمة الاستئناف الطرف بالإدلاء بمذكرة أوجه الاستئناف مرة أو عدة مرات نظرا لصعوبة التبليغ في بعض الأحيان وما ينتج عنه من تأخير من شأنه تعطيل البث وهو ما يمكن أن يرتب أثارا غير إيجابية على المقولة، والدائنين وجميع المتعاملين معها عموما. ذلك أنه كان على مشرع قانون 17-73 أن ينهج نهج مشرع قانون 07-14 المتعلق بالتحفيظ العقاري الذي نص في فصله 42 على إنذار المستأنف بالإدلاء ببيان أوجه استئنافه داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما (1096).

والحقيقة أن ما أكدته قرار محكمة النقض عدد 1/106 أعلاه من عدم وجوب التقيد بالشكليات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، وخاصة الفصل 142 منه، والذي هو نص عام، لا ينطبق على المقررات الصادرة بشأن مساطر التسوية والتصفية القضائية لخضوعها للنص الخاص الوارد في قانون صعوبات المقولة بشأن الاستئناف هو موقف جدير بالتأييد، لانسجامه من جهة مع مقتضيات المادة 730 من الكتاب الخامس الملغى والتي تقابلها المادة 764 من قانون 17-73 ولتوافقه أيضا مع خصوصية مساطر التسوية والتصفية القضائية. بل أكثر من ذلك كان يتعين على القضاء في مادة صعوبات المقولة بخصوص الاستئناف، أن يذهب إلى ما ذهب إليه القضاء في مادة التحفيظ العقاري من أن محكمة الاستئناف ملزمة بالبت في القضية حتى في حالة تخلف المستأنف عن الإدلاء بأسباب ووسائل دفاعه بعد إشعاره بذلك من طرف المستشار المقرر استنادا إلى عدم نص الفصل 42 من ظهير التحفيظ العقاري على أي جزاء عن ذلك، وكذا لتقيد المحكمة في مادة التحفيظ العقاري بالبت في القضية بناء على الوثائق والمستندات الموجودة بالملف، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض والذي جاء فيه : حيث يؤخذ من أوراق الملف ومن محتوى القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف ببني ملال بتاريخ 14 يوليوز 1982 أن

1096- ينص الفصل 42 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه: "بمجرد توصل كتابة الضبط لدى محكمة الاستئناف بالملف يعين الرئيس الأول مستشارا مقررا وينذر هذا الأخير المستأنف بالإدلاء بأسباب استئنافه ووسائل دفاعه خلال أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما، ثم يستدعي الأطراف المعنية بالأمر للاطلاع على ما أدلى به المستأنف ولإبداء منازعاتهم ووسائل دفاعهم في أجل آخر مماثل".

السيد ... وفريقه طلبوا تحفيظ الملك المسمى ... المشتمل على مساحة تقدر ب 15 هكتارا تقريبا مغروسة بأشجار الزيتون والتين معززين مطلبهم بملكية مؤرخة في 28 ماي 1969 تحت عدد 420 ص 287 كناش عدد 7 شهد شهودها بمعرفتهم بملكية طالب التحفيظ وأخيه... وأن لهما بيدهما وعلى ملكيتهما وتحت حوزهما وتصرفهما جميع القطعة الأرضية المسماة أرض الظهر سكتور 30 القادوس رقم 2 سفورة أيت أسرى ناحية بني ملال بتاريخ 21-6-1977 تعرضت دائرة أملاك الدولة ببني ملال نيابة عن مصلحة أملاك الدولة على المطلب المذكور مطالبة بكافة الملك المذكور لكونه ملك للدولة، فقررت المحكمة إجراء وقوف على عين المكان وتبين أن الملكية المدلى بها من طرف طالب التحفيظ تطابق حدودها ما جاء في حدود التصميم المدرج بالملف، كما تبين لها أن الحيازة والتصرف بيد طالبي التحفيظ منذ ما يزيد على 24 سنة بالإضافة إلى غرس الأشجار، الشيء الذي يؤيد ملكيتها للعقار فقضت بعدم صحة التعرض واستؤنف الحكم من طرف رئيس دائرة الأملاك المخزنية ببني ملال بالنيابة عن مدير مصلحة الملك الخاص للدولة فقضت محكمة الاستئناف بعدم قبول الاستئناف بعلّة أن المستأنف استأنف الحكم الابتدائي بواسطة التصريح بالاستئناف، ملتمسا فيه حفظ حق الإدارة في تقديم مذكرة في الموضوع وأنه بالرغم من تكليف نائب المستأنف بالإدلاء بمذكرة تتضمن بيان الوقائع والوسائل المثارة ومنحه أجلا كافيا لذلك، فإنه لم يفعل ولم يستجب.

لكن حيث إن الفصل 42 المشار إليه أعلاه لا ينص على أي جزاء يترتب على عدم قيام المستأنف بما طلب منه، ذلك أنه في مادة التحفيظ العقاري يجب على المحكمة أن تنتظر في القضية بناء على الأوراق والوثائق الموجودة في الملف. وحيث إن المحكمة عندما حكمت بعدم قبول الاستئناف لعدم إدلاء المستأنف ببيان أوجه استئنافه تكون قد أساءت تطبيق الفصل 42 المذكور أعلاه وعرضت قرارها للنقض⁽¹⁰⁹⁷⁾.

¹⁰⁹⁷- قرار رقم 186 صادر عن المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا بتاريخ 15-8-1985 في الملف الإداري عدد 83/875 أورده عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة مطبوعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1999 ص 162-163.

2- آثار الطعن بالاستئناف

في إطار القواعد العامة المقررة في قانون المسطرة المدنية ينتج الطعن بالاستئناف أثرين، أولهما الأثر الناقل و ثانيهما الأثر الموقوف.

فالأثر الناقل ناتج عن إعمال قاعدة التقاضي على درجتين، ومفادها أن للمتقاضي أن يرفع النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية، إذا لم يرقه الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، وذلك بالطعن فيه بالاستئناف. وهذا الطعن ينقل جميع عناصر الدعوى الواقعية منها والقانونية إلى نظر محكمة الدرجة الثانية.

أما الأثر الموقوف للاستئناف، فيجد سنده في الفقرة الأخيرة من الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية، والتي جاء فيها: "يوقف أجل الاستئناف، والاستئناف نفسه، داخل الأجل القانوني للتنفيذ، عدا إذا أمر بالتنفيذ المعجل ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 147". ومفهومه أن الحكم المطعون فيه بالاستئناف لا يمكن تنفيذه انطلاقاً من تقديم الاستئناف إلى حين أن تثبت محكمة الاستئناف في هذا الطعن. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ أنه يمكن تنفيذ الحكم المطعون فيه بالاستئناف استناداً إلى إحدى حالات النفاذ المعجل طبقاً لمقتضيات الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية.

إلا أن هذه الآثار تعرف بعض الخصوصية في إطار الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة. ذلك أنه لما كان الأثر الواقف للاستئناف، لا ينسجم مع متطلبات السرعة، وضرورة الشروع في تنفيذ أحكام المساطر الجماعية للحفاظ على حظوظ المقولة في الإنفاذ⁽¹⁰⁹⁸⁾. وما دام النفاذ المعجل يتيح حماية المصالح، وتجنب تدهور وضعية المقولة⁽¹⁰⁹⁹⁾، فإن المشرع أبى إلا أن يجعل الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة

¹⁰⁹⁸ - كريم ايت بلا: م س ص 206.

¹⁰⁹⁹ -Mohammed Idrissi Alami Machichi: Droit commercial fondamental au Maroc, imprimerie Fedala 2006 p 557.

مشمولة بالنفاذ المعجل⁽¹¹⁰⁰⁾، ما عدا تلك المشار إليها في الفصل الثاني⁽¹¹⁰¹⁾ من الباب الأول من القسم السابع وفي الفصلين الأول⁽¹¹⁰²⁾ والثاني⁽¹¹⁰³⁾ من الباب الثاني من القسم السابع من الكتاب الخامس من مدونة التجارة.

ويتضح مما سبق، أن المشرع في نظام صعوبات المقولة صير القاعدة استثناءً، والاستثناء قاعدة. فإن كان النفاذ المعجل القانوني، في المبادئ المسطرية العامة استثناء متميزاً من القواعد العامة في التنفيذ، فإن هذا الاستثناء أصبح هو القاعدة في إطار نظام صعوبات المقولة، وصارت الأحكام غير المشمولة بالنفاذ المعجل بمثابة استثناء. ومن ثم فإن استثناء الأحكام والأوامر الصادرة في مساطر الإنقاذ، والتسوية والتصفية القضائية، لا يوقف التنفيذ، وذلك تبعاً لكون هذه الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون طبقاً للمادة 761 من مدونة التجارة، فتبدأ بإنتاج آثارها ابتداءً من تاريخ صدورها وتستمر في ذلك حتى البث والحكم في الطعن بالاستئناف.

وعلى الرغم من كون النفاذ المعجل بقوة القانون، فقد رخص المشرع في حالة الحكم بالتصفية القضائية أو التفويت الكلي، واستثناءه بمحكمة الاستئناف بموجب الفقرة الثانية من المادة 761 من مدونة التجارة⁽¹¹⁰⁴⁾، تقديم طلبات إيقاف التنفيذ المعجل بمقال مستقل للدعوى الأصلية أمام نفس الجهة التي تنظر في الاستئناف، ويتعين على محكمة الاستئناف البث في غرفة المشورة داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب،

¹¹⁰⁰ - تنص الفقرة الأولى من المادة 761 من مدونة التجارة على أنه: " تكون الأحكام والأوامر الصادرة في مساطر الإنقاذ والتسوية والتصفية القضائية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون، عدا تلك المشار إليها في الفصل الثاني من الباب الأول من القسم السابع وفي الفصلين الأول والثاني من الباب الثاني من القسم السابع من هذا الكتاب".

¹¹⁰¹ - الفصل الثاني من الباب الأول من القسم السابع من الكتاب الخامس من مدونة التجارة يتعلق بسقوط الأهلية التجارية المواد من 745 إلى 753 من مدونة التجارة.

¹¹⁰² - الفصل الأول من الباب الثاني من القسم السابع، يتعلق بالتفالس المواد 754 - 755 و 756 من مدونة التجارة.

¹¹⁰³ - الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم السابع، يتعلق بالجرائم الأخرى المادة 757 من مدونة التجارة.

¹¹⁰⁴ - تنص الفقرة الثانية والثالثة من المادة 761 من مدونة التجارة على ما يلي: " غير أنه يمكن تقديم طلبات إيقاف النفاذ المعجل المشمولة به المقاضيات القضائية بالتصفية، أو التفويت الكلي، بمقال مستقل عن الدعوى الأصلية أمام المحكمة التي تنظر في الاستئناف.

تبت محكمة الاستئناف في غرفة المشورة داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب"

وهو ما سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس أن قضت به عندما قررت إيقاف تنفيذ الحكم القاضي بالتقويت الكلي لشركة الصناعات الميكانيكية والكهربائية لفاس "سيميف"، عندما تقدمت هذه الأخيرة باستئناف الحكم القاضي بتقويت الشركة لمجموعة "معماه"، وطلب إيقاف التنفيذ للحكم الصادر بتاريخ 9-11-2006. وأن القرار القاضي بالإيقاف ثم مراعاته لظروف القضية بالرغم من أن الحكم القاضي بالتقويت مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون، وليس هناك نص قانوني في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى يسمح بذلك.

كما أن محكمة النقض ذهبت في إحدى قراراتها إلى أنه "حيث ولئن كانت الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون لا تقبل إيقاف التنفيذ من طرف قضاء الموضوع حسبما تقضي به الفقرة الأخيرة للفصل 147 من قانون المسطرة المدنية، فإنه لا يوجد ما يمنع من تأجيل تنفيذ الأحكام المذكورة عن طريق إثارة الصعوبة بشأنها أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف عادية كانت أم متخصصة، لما يكون استئناف موضوع النزاع معروضا على المحكمة وتتوافر في الطلب المعروض عليه شروط التمسك بوجود صعوبة عملا بالفصل 149 من قانون المسطرة المدنية المطبق حتى أمام المحاكم التجارية بصريح نص المادة 19 من قانون إحداثها، التي تجعل قواعد المسطرة المدنية مطبقة أمامها ما لم ينص على خلاف ذلك. غير أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية، وهو يبت في طلب تأجيل التنفيذ لوجود صعوبة تتجلى في مقال الاستئناف المعروض على قضاة الموضوع لمحكمته بشأن استئناف الحكم القاضي برفض طلب الطعن في إجراءات الحجز العقاري المشمول بالنفاذ المعجل بمقتضى الفصل 483 من قانون المسطرة المدنية اعتبر: "أن طعن الطاعنة في الإنذار الموجه إليها صدر فيه حكم بعدم قبول الطلب، فيترتب على ذلك مواصلة إجراءات التنفيذ بقوة القانون. وبالتالي يكون طلب تأجيل التنفيذ غير مرتكز على أساس قانوني"، دون تبيان وجه عدم ارتكاز الطلب على أساس رغم ما تقضي به الفصول 3 و 149 و 483 من قانون المسطرة المدنية، فاتسم القرار المطعون فيه بنقص التعليل المعتبر بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض"⁽¹¹⁰⁵⁾.

¹¹⁰⁵ - قرار عدد 691 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 28 يونيو 2012 في الملف التجاري عدد 1469-2011-3، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية السلسلة 3-2013 الجزء 11 ص 121.

ويتميز التنفيذ المعجل في إطار صعوبات المقابلة، بأنه لا يعتبر وسيلة يمنحها المشرع للطرف الصادر الحكم في الدعوى لفائدته، فهو يفرض على الجميع ولا يمكن التنازل عنه. فالطرف الذي طلب فتح المسطرة لا يتحكم في الآثار الناتجة عن الحكم الصادر، لأنها لا تكون حتما في صالحه، بحيث قد يكون المدين هو الذي طلب فتح المسطرة، ومع ذلك يطبق النفاذ المعجل بقوة القانون على الحكم الصادر. وبالإضافة إلى ذلك، وبخلاف ما هو مقرر في المسطرة المدنية حيث يتحمل الطرف الذي يستفيد من التنفيذ المعجل، مسؤولية هذا التنفيذ. فإن الحكم الصادر بفتح المسطرة والمشمول بالنفاذ المعجل تتولى تنفيذه الأجهزة التي يعينها الحكم ذاته.

وعليه فإن الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في مساطر صعوبات المقابلة، ليس له أثر واقف للتنفيذ، غير أنه استثناء خولت المادة 761 من مدونة التجارة في فقرتها الثانية تقديم طلب إيقاف النفاذ المعجل المشمول به صنف من أصناف المقررات، وليست كل المقررات. ذلك أن المشرع حدد للطالب تقديم هذا الطلب بخصوص المقررات القاضية بالتصفية أو التفويت الكلي، وما عداها لا يمكن تقديم طلب إيقاف التنفيذ المعجل. وبهذا يكون المشرع قد خفف من صرامة القاعدة لفائدة المستأنف بأن يتقدم بطلب بالإيقاف، إذا كان الحكم المستأنف يتعلق بالتصفية أو بالتفويت الكلي. ومن هذا فالأحكام القاضية بفتح مسطرة التسوية والقاضية بحصر مخطط الاستمرارية، أو تعديله، لا يمكن طلب إيقافها. وهذا ما أكدته الفقه الفرنسي بهذا الخصوص⁽¹¹⁰⁶⁾. غير أن المشرع الفرنسي بموجب التعديل المدخل على المادة 171 من قانون 25-1-1985 بموجب قانون 10 يونيو 1994 حيث سمح بحالات محدودة لطلب إيقاف التنفيذ ولفائدة النيابة العامة⁽¹¹⁰⁷⁾، ولو لم تكن طرفا

¹¹⁰⁶ - ARGELLIES (R): Les aspects procéduraux du redressement et de liquidation judiciaire des entreprises: L'exécution provisoire des jugements rendus en matière de redressement et de liquidation judiciaire, Gazette du palais, 1987,1,187.

¹¹⁰⁷ - ART.L.661-6 de code des procédures collectives: «I – Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale:

1- Les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ;

أصليا في الدعوى، مما أثار كثيرا من الانتقادات الفقهية التي اعتبرت هذا الموقف غير دستوري، ويمس بحقوق الدفاع ومخالفته للمصلحة العامة التي تقضي بعدم الاستمرار في تنفيذ الأحكام كلما كانت أوجه الطعن فيها حقيقية، مما يضر بمصلحة الطرف المحكوم ضده ابتداءيا، وهذا ما دفع المجلس الدستوري الفرنسي إلى التدخل لتوضيح الطابع الخاص لتمتع النيابة العامة بهذه الميزة، على اعتبار أنها لا تدافع عن مصالح خاصة، بقدر دفاعها عن المصالح العامة للاقتصاد الوطني⁽¹¹⁰⁸⁾.

كما أنه بالرجوع إلى المادة 761 من مدونة التجارة في فقرتها الأخيرة، نجد المشرع قد قصر أجل البت من قبل غرفة المشورة في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم طلب إيقاف النفاذ المعجل، وهذا على خلاف ما تقضي به الفقرة الرابعة من الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية من وجوب المحكمة البت في الطلب داخل أجل ثلاثين يوما⁽¹¹⁰⁹⁾،

2- Les jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite, ou la cessation de l'activité sur l'autorisation de la location- gérance prévu l'article L.621-34 ».

II- Ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du débiteur, soit du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire ou du cocontractant mentionné à l'article L.624-7, les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise, le cessionnaire ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose, en violation de l'article L.621-63, des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan, le cocontractant mentionné à l'article L.642-7 ne peut interjeter appel que de la partie du jugement qui emporte cession du contrat.

III- Ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire dans les limites mentionnées à l'alinéa précédent, les jugements modifiant le plan de cession.

IV – L'appel du ministère public est suspensif ».

¹¹⁰⁸ -«Le ministère public chargé de la défense de l'ordre public, peut recevoir les moyens appropriés pour lui permettre de remplir sa mission, la loi peut aussi lui ouvrir des recours réservés aux parties principales alors même qu'il n'aurait pas agi à ce titre devant les premiers juges». Conseil constitutionnel décision N° 84 – 182 du janvier 1985. D 1986, p 425 Note Th Renoux.

¹¹⁰⁹ - تنص الفقرة الرابعة من الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "تستدعي المحكمة بمجرد ما يحال عليها هذا المقال الذي يجب أن لا يضاف إلى الأصل، الأطراف للمناقشة والحكم في غرفة

من تاريخ تقديم الطلب أمام المحكمة التي تنتظر في الاستئناف، ذلك أن هذا الطلب يقدم أمام هذه الجهة بصريح الفقرة الثالثة من الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية⁽¹¹¹⁰⁾. وهذا على خلاف ما ذهب إليه بعض الفقه من أن الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية أغفل تحديد اليوم الذي ينطلق منه حساب أجل الثلاثين يوما⁽¹¹¹¹⁾.

أما بالنسبة للقانون التجاري اللبناني، فإن الحكم الصادر بشهر الإفلاس يكون معجل التنفيذ، وأن الاستئناف المرفوع ضد هذا الحكم ليس له أي أثر موقف⁽¹¹¹²⁾. في حين أن المشرع التونسي أكد على أن الاستئناف لا يوقف التنفيذ، إلا إذا كان مرفوعا من النيابة العامة. كما خول المشرع التونسي لبقية الأطراف إمكانية طلب إيقاف التنفيذ من رئيس المحكمة الاستئنافية الذي يمكنه أن يأذن بصفة استثنائية بإيقاف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدة شهر. ويبدو هذا الإجراء نقلا حرفيا لقاعدة الفصل 209 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، لكن وبالتمعن في محتوى الفقرة الأخيرة من الفصل 566 من المجلة التجارية يتبين وجود فوارق جوهرية بين النصين القانونيين تتمثل أساسا في: - أساس قرار توقيف التنفيذ في مادة الإجراءات الجماعية، هو تقدير واجتهاد من رئيس المحكمة، مبني على اعتبارات اقتصادية بحتة، وهو أن التنفيذ يمكن أن يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه. في حين أن رئيس المحكمة يقرر توقيف التنفيذ في نطاق الفصل 209 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية استناداً منه على مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون. كما تتمثل أيضا في طبيعة قرار توقيف التنفيذ في مادة الإجراءات الجماعية، هو إذن معلل وهو إجراء ولائي بحت؛ لأن المشرع وبخلاف ما نص عليه في الفصل 209 من قانون المسطرة المدنية لا يشترط سماع الخصوم⁽¹¹¹³⁾.

المشورة حيث يمكن لهم أن يقدموا ملاحظاتهم شفويا أو كتابيا. ويجب أن تبت المحكمة داخل أجل ثلاثين يوما".

¹¹¹⁰ - تنص الفقرة الثالثة من الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية على انه: "غير أنه يمكن تقديم طلبات إيقاف التنفيذ المعجل بمقال مستقل عن الدعوى الأصلية أمام المحكمة التي تنتظر في التعرض أو الاستئناف".

¹¹¹¹ - محمد السماحي: نظام التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص جامعة محمد الخامس الرباط 1983 طبعة 1985 ص 320.

¹¹¹² - سيبيل جلول: م س ص 104.

¹¹¹³ - التوفيق شبشوب: م س ص 130.

بينما الاستئناف في القانون المصري لا يوقف تنفيذ الحكم الصادر في دعوى الإفلاس⁽¹¹¹⁴⁾، لكن إذا قضت المحكمة المرفوع إليها الاستئناف في حكم شهر الإفلاس بوقف التنفيذ عملاً بالمادة 292 مرافعات، أو إذا قضت محكمة النقض بوقف تنفيذ الحكم عملاً بالمادة 251 مرافعات، فإنه يتمتع على أمين التفليسة مباشرة سلطاته التي خولها له القانون نتيجة إسباغ تلك الصفة عليه بموجب حكم شهر الإفلاس المقضى بوقف تنفيذه بجميع آثاره. ومن ثم يعود إلى التاجر المفلس – وبصفة مؤقتة – صلاحية إدارة أمواله والتقاضي في شأنها إلى أن يتقرر مصير حكم شهر الإفلاس⁽¹¹¹⁵⁾. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية على أن: “حكم الإفلاس منشئ حالة قانونية جديدة هي اعتبار التاجر الذي توقف عن سداد ديونه التجارية في حالة إفلاس مع ما يرتبه القانون على ذلك من غل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، وفقد أهليته في التقاضي بشأنها ويحل محله في مباشرة تلك الأمور وكيلًا للدائنين تعيينه المحكمة في حكم إشهار الإفلاس. إلا أنه إذا أمرت محكمة النقض بوقف تنفيذ هذا الحكم امتنع على وكيل الدائنين مباشرة سلطاته التي خولها له القانون نتيجة إسباغ تلك الصفة عليه بموجب حكم إشهار الإفلاس المقضى بوقف تنفيذه بجميع آثاره ومن ثم يعود إلى التاجر المفلس – وبصفة مؤقتة – صلاحية إدارة أمواله والتقاضي في شأنها إلى أن يتقرر مصير حكم إشهار الإفلاس بقضاء محكمة النقض في الطعن المطروح عليها بشأنه”⁽¹¹¹⁶⁾.

أما القانون التجاري العراقي فقد نص على أن الأحكام الصادرة في دعاوى الإفلاس مشمولة بالنفذ المعجل بلا كفالة⁽¹¹¹⁷⁾. وبذلك فإن الطعن بأي طريق بما فيها الاستئناف لا يؤثر على التنفيذ لكون حكم إشهار الإفلاس مشمولاً بالنفذ المعجل⁽¹¹¹⁸⁾. وأن الحكمة من ذلك، هي المحافظة على ما تبقى من أموال المدين، ومنعه من التصرف فيها إضراراً بدائنيه.

1114 - محمد عزمي البكري: الإفلاس المجلد الثاني م س ص 737.

1115 - محمد عزمي البكري: م س ص 739 – 740.

1116 - طعن رقم 975 سنة 47 ق جلسة 1-22-1979 س 30 ع 1 ص 333 مشار إليه عند سعيد احمد شعله: قضاء النقض في المواد التجارية م س ص 832.

1117 - تنص المادة 584 من قانون التجارة العراقي على انه: " تنظر دعاوى الإفلاس على وجه السرعة وتكون الأحكام الصادرة فيها واجبة التنفيذ المعجل بلا كفالة ما لم ينص على غير ذلك"

1118 - مرتضي حسين إبراهيم السعدي: م س ص 105.

ويرى جانب من الفقه أن يقتصر التنفيذ على الغاية المرجوة منه، فلا يشمل إلا الإجراءات التحفظية التي تهدف إلى حماية حقوق الدائنين، كغل يد المدين عن التصرف والإدارة، ووضع الأختام على أموال المدين، وجردها ومنع الدائنين من اتخاذ الإجراءات الفردية⁽¹¹¹⁹⁾.

ومن كل ما تقدم، نستنتج أن المشرع العربي موضع المقارنة، قد تطابقت وجهة نظره من حيث إن الطعن بالاستئناف في المادة موضوع البحث لا يؤخر التنفيذ كونه مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون باستثناء الحالة التي خصها المشرع المغربي كاستثناء من تقديم طلب إيقاف التنفيذ للأحكام القاضية بالتصفية أو التفويت الكلي، أو ما رخصه المشرع التونسي للنيابة العامة من إيقاف تنفيذ الحكم.

المطلب الثاني: طرق الطعن غير العادية

حدد قانون المسطرة المدنية طرق الطعن غير العادية في ثلاث، وهي تعرض الغير الخارج عن الخصومة (الفصول 303 إلى 305 من قانون المسطرة المدنية) وإعادة النظر (الفصول 402 إلى 410 من قانون المسطرة المدنية)، والطعن بالنقض (الفصول 353 إلى 401 من قانون المسطرة المدنية). وهي طعون اقتضتها العدالة ووجوب ضمان حقوق المتقاضين. إذ من حق كل من صدر بحقه حكم يرى أنه مشوب بعيب أن يطرح النزاع من جديد على القضاء، إما للنظر فيه من جديد أو لنقضه وإبطاله.

وإذا كان المشرع لم يحصر أسباب الطعن بالطرق العادية، فإنه على العكس من ذلك، حصر أسباب طرق الطعن غير العادية، وألزم المحكمة بالتثبت ابتداء من توافر أحد أسباب الطعن الجائزة لتقضي بقبول الطعن، ذلك أن الطعن غير العادي لا يطرح إلا العيوب التي استند إليها الطاعن في حين أن الطعن العادي يطرح موضوع الخصومة من جديد.

إلا أن خصوصية مساطر صعوبات المقابلة كنظام قانوني، لم تتوقف عند حد الطعن العادي المخول قانوناً، ألا وهو الطعن بالاستئناف، بل تعدته إلى شمولها بنظام طعن استثنائي أساسي ويتعلق الأمر بالطعن بالنقض (الفقرة الأولى)، وآخر له دور ثانوي، وهو

¹¹¹⁹ - عزيز العليكي: الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد - أحكام الإفلاس - م س ص 85.

تعرض الغير الخارج عن الخصومة (الفقرة الثانية) في حين أن قانون صعوبات المقاولات استبعد صراحة الطعن بإعادة النظر (الفقرة الثالثة) لحسم الخلاف الذي كان دائرا في وسط الفقه.

الفقرة الأولى: الطعن بالنقض

الطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن في الأحكام، يرمي إلى عرض الحكم المطعون فيه على محكمة النقض قصد نقضه، لما يشوبه من أخطاء قانونية، سواء من الناحية الإجرائية، أو الموضوعية⁽¹¹²⁰⁾. وهو لا يشكل درجة ثالثة من درجات التقاضي⁽¹¹²¹⁾. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الغرض من التنصيص على هذا الطعن، هو تحقيق غايات قانونية تتمثل في توحيد فهم النصوص القانونية من طرف المحاكم، وذلك بتوحيد الاجتهادات القضائية على الصعيد الوطني⁽¹¹²²⁾.

ولمعرفة الطعن بالنقض في هذه المادة يتعين علينا معرفة الأحكام والقرارات القابلة للطعن بالنقض والأشخاص المؤهلين لممارسة هذا الطعن وهو ما سنبحثه (أولا) لنعرض لشكلية وإجراءات هذا الطعن واثاره (ثانيا).

أولا: الأحكام القابلة للطعن بالنقض والأشخاص الذين لهم حق ممارسة هذا الطعن:

تخضع الأحكام والمقررات القضائية الصادرة في إطار مساطر التسوية والتصفية القضائية، للطعن بالنقض كطريق استثنائي لمراجعة الأحكام الصادرة في المادة المذكورة. إلا أن تنظيم هذا الطعن ضمن مقتضيات قانون 17-73 قد جاء مقتضبا للغاية، كما كان عليه

¹¹²⁰ - الطيب الفصايلي: الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الثانية 1993 ص 185.

¹¹²¹ - إدريس العلوي العبدلاوي: القانون القضائي الخاص الجزء الثالث، طرق الطعن في الأحكام منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش 1985 ص 144.

¹¹²² - محمد الكشور: نظام التصدي ووظيفة المجلس الأعلى مقال منشور بمجلة القضاء والقانون السنة 26 العدد 139 ص 51.

- محمد الكشور: طلب النقض بسبب خرق قواعد الموضوع وخرق قواعد الإجراءات مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2006 ص 9 وما بعدها.

- عبد القادر الرافي: المجلس الأعلى كمحكمة للنقض المدني، طبع ونشر مكتبة القلم الطبعة الأولى 2005 ص 17.

الحال في الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى، حيث اكتفى المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة 766 من مدونة التجارة⁽¹¹²³⁾ بالإشارة إلى إمكانية ممارسة هذا الطعن دون التفصيل في شروطه وإجراءاته، ولا الأطراف المخولة لها الطعن بالنقض. وهو نفس المقتضى الذي كانت تنص عليه المادة 731 من الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى⁽¹¹²⁴⁾، مما يحيل على ضرورة الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في الشريعة العامة لإجراء التقاضي، أي إلى القواعد المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية⁽¹¹²⁵⁾. كما أنه يمارس الطعن بالنقض كطريق استثنائي كلما كانت طرق الطعن الأخرى غير ممكنة⁽¹¹²⁶⁾، وفي هذا قضت محكمة النقض في قرارها: "وحيث إن الطالب الذي أقر بانتهاء أجل الاستئناف المذكور، يكون قد فوت على نفسه حق الطعن بالاستئناف، وفقد بالتالي حقه في الطعن بالنقض، اعتباراً إلى أن الأحكام التي يسوغ المطالبة بنقضها هي تلك الصادرة عن المحاكم بصورة نهائية، وليس التي كانت قابلة للاستئناف، ولم يستعمل ضدها هذا الطعن، وبذلك لا تتوفر في المقرر المذكور شروط الحكم القابل للطعن فيه بالنقض ويتعين التصريح بعدم قبول مقال النقض"⁽¹¹²⁷⁾.

وقد حدد الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية الحالات التي يقبل فيها الطعن بالنقض. كما أضاف الفصل 359 من نفس القانون لزوماً، أن يستند طلب النقض إلى أحد الأسباب المنصوص عليها والتي يمكن إجمالها في خرق القانون الداخلي، خرق قاعدة مسطرية أضرت بأحد الأطراف، عدم الاختصاص، الشطط في استعمال السلطة، وعدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل. وبذلك فأسباب الطعن بالنقض السابقة قد وردت على سبيل الحصر وهي من صميم النظام العام لا تجوز مخالفتها ولا القياس عليها،

¹¹²³ - تنص الفقرة الأولى من المادة 766 من مدونة التجارة على أنه: "يقدم الطعن بالنقض داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تبليغ القرار".

¹¹²⁴ - تنص المادة 731 من الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى على أنه: "يقدم الطعن بالنقض داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ تبليغ القرار".

¹¹²⁵ - محمد لفروحي: صعوبات المقولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها م س ص 251.

- عبد الكريم عباد: م س ص 480.

¹¹²⁶ - عبد الكريم عباد: م س ص 480.

¹¹²⁷ - قرار عدد 804 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18-7-2007 في الملف التجاري عدد 1-3-427-2006 غير منشور.

وبالتالي على من يتمسك بها أن يبرزها بكل دقة، وفي هذا جاء قرار المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا: "إن الطاعة لم تبين الأسباب التي جعلت مسطرة تحقيق الخطوط فاسدة وباطلة، لأنه لا يكفي بالإشارة إلى ذلك..."⁽¹¹²⁸⁾.

ويستفاد من ذلك أن من يطعن بالنقض في حكم أو قرار أمام محكمة النقض، عليه أن يوضح بكيفية دقيقة وواضحة السبب الذي يتمسك به، وإلا كان طعنه غير مقبول⁽¹¹²⁹⁾. ذلك أن المقصود ببيان أسباب الطعن بالنقض، هو تحديدها تحديداً واضحاً كاشفاً عن المقصود منها كشفاً وافياً نافياً عنها الغموض والجهالة، لأن العبرة بأسباب الطعن المضمنة في مقال الطعن أن تكون طبقاً للمستفاد من مقتضيات الفصلين 354 و355 من قانون المسطرة المدنية. وأسباب الطعن بالنقض هي الوسائل التي تسمح لمحكمة النقض بأداء الوظيفة المرسومة لها⁽¹¹³⁰⁾. وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه: "حيث بالرجوع إلى مقال النقض المقدم من طرف الطالبة يتبين أنه ولئن أشار للوقائع والمسطرة كعنوان، إلا أنه لم يتضمن الوقائع النافية للجهالة والمراحل التي مر منها النزاع ولو على وجه الإيجاز، فيكون بذلك قد جاء خارقاً لمقتضيات الفصل 355 من قانون المسطرة المدنية، مما يتعين التصريح بعدم قبوله"⁽¹¹³¹⁾.

وبالرجوع إلى المقتضيات المضمنة في قانون 17-73 وخاصة الفقرة الأولى من المادة 765 منه، والمتعلقة بالطعن بالنقض، لم يحدد الأحكام والقرارات القابلة للطعن بالنقض كما فعل بالنسبة للطعن بالاستئناف. ومن هنا يتبين أن المشرع لم يستثن أي حكم أو مقرر صادر في التسوية أو التصفية القضائية من الخضوع للطعن بالنقض. عكس المشرع الفرنسي الذي وضع لائحة الأحكام والقرارات القابلة للطعن بالنقض وهي نفسها القابلة للطعن بالاستئناف والمنصوص عليها في المادة 1-661 L وهي الأحكام التي تبث بشأن

¹¹²⁸ - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 6 فبراير 1986 منشور بمجلة رسالة المحاماة العدد 9 ص 72 وما بعدها.

¹¹²⁹ - محمد الكشور: طلب النقض بسبب خرق قواعد الموضوع وخرق قواعد الإجراءات سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2006 ص 25.

¹¹³⁰ - محمد الكشور: طلب النقض م س ص 17.

¹¹³¹ - قرار عدد 8 بتاريخ 7 يناير 2016 في الملف التجاري عدد 154 - 3 - 1-2013 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة التجارية السلسلة 6 العدد 29 ص 98.

افتتاح مساطر الإنقاذ، التسوية والتصفية القضائية، الأحكام التي تبث بشأن التصفية القضائية حصراً ورفضاً لمخطط الاستمرارية، والأحكام التي تعدل مخطط الإنقاذ أو مخطط الاستمرارية. كما أن المادة المذكورة من القانون الفرنسي حددت الأشخاص المؤهلين للطعن بالنقض، بينما المشرع المغربي أي قانون 17-73 والقانون الملغى لم يحصر دائرة الأشخاص إلا أنه لا يمكن أن يخرج عن المدين، الدائن، والنيابة العامة والسنديك، شرط أن يكون طرفاً في المسطرة. ذلك أن الطعن بالنقض يقدم من قبل كل ذي صفة في الدعوى كان طرفاً في مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في قرارها والذي جاء فيه: " لا يقبل الطعن بالنقض إلا ممن كان طرفاً في القرار الاستئنافي المطعون فيه. حيث إن القرار المطعون فيه بالنقض صدر في مواجهة شركة ك.ف.م. بينما قدم طلب النقض من طرف شركة د - ف. التي لم تكن طرفاً في الدعوى أو في القرار المطعون فيه، مما يكون معه طلب النقض مقدماً من غير ذي صفة وغير مقبول شكلاً" (1132). كما قضت في قرار آخر: " تمسك المطلوبون مجموعة معماه وسنديك التسوية القضائية لشركة سيميف والعمال المحتفظ بهم بعدم قبول الطعن بالنقض المرفوع من طرف عمال شركة سيميف لأن هؤلاء لم يكونوا طرفاً في دعوى مسطرة الصعوبة المفتوحة في حق شركة سيميف.

وحيث إن عمال شركة سيميف لم يكونوا طرفاً في دعوى مسطرة الصعوبة المفتوحة في حق شركة سيميف، وإنما تقدموا بمقال تدخل انضمامي في الدعوى أمام محكمة الاستئناف التجارية بعد النقض والإحالة، فضلاً عن أنهم ليسوا من أجهزة المسطرة المخول لهم حق الطعن في الإجراء المنفذ، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول مقال الطعن المدلى به من طرفهم" (1133). كما سبق لها أن أكدت نفس التوجه في قرار لها: " حيث إن الدولة المغربية ومن معها لم يكونوا طرفاً في دعوى مسطرة الصعوبة المفتوحة في حق شركة

1132- قرار عدد 19 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2-1-2008 في الملف التجاري عدد 1103-3-1-2005 أورده عمر أزوكار م س ص 618.

1133- قرار عدد 1290 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18-12-2012 في الملف التجاري عدد 1096-3-1-2010 غير منشور.

سيميف، وإنما تقدموا بمقال من أجل التدخل الإرادي أثناء النظر في مسطرة حصر مخطط التفويت استئنافيا، كما أنهم لا يعتبرون من أجهزة إدارة المسطرة المقرر لها حق الطعن في حصر المخطط المذكور، وليسوا موكلين لحماية النظام العام الاقتصادي، ومن ثم يكونوا غير ذي صفة في الطعن في المقرر الذي قضى بحصر مخطط التفويت، ويتعين تبعا لذلك التصريح بعدم قبول الطعن المقدم من لديهم"⁽¹¹³⁴⁾. في حين قبلت طعن النيابة العامة على اعتبار أنها تسهر على حماية النظام العام الاقتصادي بعدما أكدت على أنه: "حيث تستمد النيابة العامة الصفة والمصلحة في الطعن بالنقض من كونها تسهر على حماية النظام العام الاقتصادي، لذلك فالطعن بالنقض المرفوع من لديها مقبول شكلا"⁽¹¹³⁵⁾. كما أن الطعن بالنقض ضد من لم يكن طرفا في القرار المطعون فيه أو لم يقض له بشيء يمس بمصلحة الطاعن يكون غير مقبول"⁽¹¹³⁶⁾.

غير أنه إذا كان طالب النقض لم يطعن في الحكم الصادر ابتدائيا بالاستئناف والقرار الاستئنافي الصادر لم يمس مصلحته، فلا يحق له الطعن بالنقض. وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها الذي جاء فيه: "لكن حيث إنه بموجب الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، لا يصح التقاضي إلا ممن له المصلحة لإثبات حقوقه، وأنه لا يستفاد من وثائق الملف أن الطاعن استأنف الحكم الابتدائي القاضي بما أشير إليه أعلاه، وأن القرار المطعون فيه إنما أيد الحكم المذكور في جميع مقتضياته ولم يقض بشيء يمس مصلحة الطاعن، الأمر الذي يكون معه الطلب غير مقبول"⁽¹¹³⁷⁾. وهذا التوجه سبق لمحكمة النقض أن أكدته في قرارها والذي جاء في مضمونه أنه «يشترط لقبول الطعن بالنقض أن يكون الطاعن محكوما ضده في المرحلة الاستئنافية ولم يقبل الحكم الصادر في الاستئناف الذي صدر فيه القرار

¹¹³⁴ - قرار عدد 27 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13-1-2010 في الملفين المضمومين عدد 942-3-2007 و عدد 974-3-1-2007 غير منشور.

¹¹³⁵ - قرار عدد 27 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13-1-2010 في الملفين المضمومين عدد 942-3-2007 و عدد 974-3-1-2007 غير منشور.

¹¹³⁶ - قرار عدد 9 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 5 يناير 2016 في الملف المدني عدد 4142-1-8-2015 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية السلسلة 6 العدد 27 ص 116.

¹¹³⁷ - قرار عدد 206 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 6 ماي 2014 في الملف المدني عدد 3900-1-8-2013 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية السلسلة 4 العدد 15 ص 95.

المطعون فيه، أيا كان مركزه مستأنفاً أو مستأنفاً عليه، والطالبة لما طعنت بالنقض رغم أنها لم تكن طرفاً في المرحلة الاستئنافية سواء مستأنفة أو مستأنفاً عليها، وإن كانت طرفاً في المرحلة الابتدائية ولم تثبت أنها هي المستأنفة، فإن طعنها يكون غير مقبول شكلاً⁽¹¹³⁸⁾."

أما بالنسبة للقانونين المصري واللبناني، فإنه لم يتضمن تشريعهما التجاري بخصوص الطعن بحكم الإفلاس أية أحكام خاصة بالطعن بالنقض، وبذلك فإنه تطبق بخصوص هذا الطعن الأحكام العامة الواردة بقانون المرافعات⁽¹¹³⁹⁾، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع العراقي الذي أجاز الطعن بالنقض (التمييز) في حكم شهر الإفلاس شأن كافة الأحكام الأخرى وأخضع هذا الطعن للقواعد العامة⁽¹¹⁴⁰⁾. لكن المشرع التونسي وإن كان في قانون 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية قد أهمل بصورة تكاد تكون كلية مسألة الطعون، فإن قانون عدد 36 المؤرخ في 30 أبريل 2016 أقر بصفة مبدئية قاعدة التقاضي على درجتين باعتبارها مبدأً دستورياً ولم يستثن الطعن بالنقض (التعقيب) إلا في حالة وحيدة عندما يتعلق الأمر بالأحكام الاستئنافية الصادرة تطبيقاً للفصل 565 من مدونة التجارة⁽¹¹⁴¹⁾. ولعل أهم ما جاء في الفصل المذكور إمكانية الطعن بالاستئناف في الأحكام التي تصدر عن المحكمة خلال سير إجراءات الإنقاذ وخلال سير إجراءات التفليس وهي ليست أحكاماً فاصلة في أصل النزاع، بل هي قرارات تصدرها المحكمة لضمان حسن سير الإجراءات⁽¹¹⁴²⁾.

¹¹³⁸ - قرار عدد 7 بتاريخ 25 فبراير 2015 في الملف التجاري عدد 807-3-3-2012 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض مطبوعة الأمانة الرباط السنة 2015 العدد 79 ص 198.

¹¹³⁹ - سيبيل جلول: م س ص 102.

- مصطفى كمال طه - وائل أنور بندق: أصول الإفلاس: م س ص 104.

¹¹⁴⁰ - مرتضى حسين إبراهيم السعدي: م س ص 113.

¹¹⁴¹ - التوفيق شبشوب: م س ص 118.

¹¹⁴² - التوفيق شبشوب: م س ص 127.

ثانياً: شكليات وإجراءات رفع الطعن بالنقض وأثاره:

لبحث قواعد الطعن بالنقض بخصوص الأحكام الصادرة في مادة التسوية والتصفية القضائية يجب التمييز بين شكليات الطعن بالنقض (1) وأثاره (2).

1- شكليات الطعن بالنقض:

الملاحظ أن المادة 766 من مدونة التجارة والمادة 731 من الكتاب الخامس الملغى إن كانتا قد قررتا حق النقض وحددتا أجله، فإنهما بالمقابل لم تعملا على تحديد الشكليات التي يمارس في ظلها هذا الطعن. وبمعنى آخر إن المادتين المذكورتين⁽¹¹⁴³⁾، لم تنصا على أن الطعن بالنقض يتم بتصريح لدى كتابة الضبط، كما فعل بالنسبة للطعن بالاستئناف وتعرض الغير الخارج عن الخصومة، مما يعني أن الطعن بالنقض يخضع لقواعد قانون المسطرة المدنية. ومن ثم فإن طلب النقض يجب أن يرفع بمقال مكتوب موقع عليه من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، كما ينص على ذلك الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية⁽¹¹⁴⁴⁾. ذلك أن المشرع أوجب أن يقدم الطعن بالنقض بواسطة مقال وموقع من طرف محام مقبول لدى محكمة النقض. أما إذا قدم من طرف محام غير مقبول للترافع أمام محكمة النقض، أو قدم من طرف محام مقبول، ولكنه غير موقع فإن الطعن يكون غير مقبول. وفي هذا قضت محكمة النقض أنه: "يقدم طلب الطعن بالنقض وجوباً بواسطة مقال مكتوب موقع من طرف مدافع مقبول للترافع أمام المجلس الأعلى.

والمقال المقدم في النازلة موقع بالنيابة دون بيان اسم الموقع مما يتعذر معه معرفة ما إذا كان صاحبه مقبولا للترافع أمام المجلس الأعلى أم لا، مما يجب معه التشطيب على

¹¹⁴³ - تنص المادة 766 من مدونة التجارة على أنه: "يقدم الطعن بالنقض داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تبليغ القرار".

- تنص المادة 731 من الكتاب الخامس الملغى على أنه: "يقدم الطعن بالنقض داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تبليغ القرار".

¹¹⁴⁴ - تنص الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "ترفع طلبات النقض والإلغاء المشار إليها في الفصل السابق بواسطة مقال مكتوب موقع عليه من طرف أحد المدافعين المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى.

يمكن للمجلس عند عدم تقديم مقال أو تقديمه موقعا من طرف طالب النقض نفسه أو من طرف مدافع لا تتوفر فيه الشروط المقررة في الفقرة السابقة أن يشطب على القضية تلقائياً من غير استدعاء الطرف".

كما أن الطعن المقدم من طرف الطاعن شخصيا ولو كان الطاعن محاميا مقبولا لدى محكمة النقض، فإن الطعن يكون غير مقبول وتشطب عليه محكمة النقض بدون استدعاء الأطراف، وفي هذا أكدت محكمة النقض هذا الأساس وقضت في قرارها على أنه : " حيث إنه بمقتضى الفصل 97 من قانون مهنة المحاماة، فإن الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يخضع للشروط والقواعد والآجال العادية المقررة في قانون المسطرة المدنية، وأنه بمقتضى الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية يجب أن ترفع بواسطة مقال مكتوب موقع عليه من طرف أحد المدافعين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، ويمكن للمحكمة المذكورة عند تقديم مقال موقع عليه من طرف الطاعن بغض النظر عن مهنته كمحام لطلب نقض يخصه شخصيا، دون محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض يجعل طلبه مخالفا لمقتضيات الفصلين المذكورين، وبالتالي فهو غير مقبول" (1146).

كما يجب أن يتضمن مقال الطعن بالنقض تحت طائلة عدم القبول الأسماء الشخصية والعائلية للأطراف وموطنهم الحقيقي، ملخص الوقائع والوسائل والمستنتجات. كما يجب إرفاق المقال بنسخة من القرار المطعون فيه وإلا طلبتها كتابة الضبط من المحكمة التي أصدرته.

وإن هذه الشكليات الواجب توفرها في مقال الطعن بالنقض نص عليها القانون العراقي في الفقرات الأولى والثانية والثالثة من المادة 205 من قانون المرافعات المدنية من أن الطعن بالتمييز يكون بعريضة، ويجب أن تشتمل على أسماء الخصوم وشهرتهم ومحل إقامتهم مع بيان أوجه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون⁽¹¹⁴⁷⁾. الشيء الذي أكد عليه

¹¹⁴⁵ - قرار عدد 85 صادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 23-1-1989 منشور بمجلس قضاء المجلس الأعلى عدد 42-43 ص 190.

¹¹⁴⁶ - قرار عدد 11 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 3 يناير 2017 في الملف المدني عدد 5538-1-1-2015 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية السلسلة 7 العدد 33 ص 51.

¹¹⁴⁷ - مرتضى حسين إبراهيم السعدي: م س ص 114.

القانونان المصري واللبناني⁽¹¹⁴⁸⁾ من أن الطعن بالنقض يرفع بصحيفة تودع بكتابة ضبط محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض. وتشتمل الصحيفة علاوة على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن وطلبات الطاعن، فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً.

كما أوجبت المادة 177 من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة⁽¹¹⁴⁹⁾ على أن الطعن بالنقض يرفع بصحيفة تودع لدى كتابة ضبط محكمة النقض، مفاد ذلك أن الطعن بالنقض يعتبر مرفوعاً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن لدى كتابة ضبط المحكمة، وأن هذه الصحيفة يجب أن تكون موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض. وأن محكمة النقض الإماراتية أكدت على أن صحيفة الطعن بالنقض تكون باطلة، ويستوي في البطلان عدم توقيع الصحيفة من محام مقبول بجدول المحامين المقبولين للمرافعة أمامها⁽¹¹⁵⁰⁾.

اشتراط توقيع محام مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن أساسه الطبيعة الخاصة للمسائل التي ترد بالصحيفة والتي تقتضي خبرة قانونية معينة تكفل سلامة الأسباب ودقة البحث الذي يقوم عليه الطعن بالنقض. وتوقيع المحامي على صحيفة الطعن

1148 - المادة 252 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.
- الفقرة الأولى من المادة 710 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

1149 - تنص المادة 177 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه: " 1 - يرفع الطعن بالنقض بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة موقعة من طرف محام مقبول للمرافعة أمامها ومصحوبة بما يفيد أداء الرسم كاملاً مع التأمين، ويقيد الطعن فوراً في السجل المعد لذلك.
2- وعلى الطاعن ان يودع وقت تقديم الصحيفة صوراً منها بقدر عدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب.

3- يجب على الطاعن وقبل حجز الطعن
4- ويجب أن تشتمل الصحيفة علاوة على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وعنوان كل منهم على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخ صدوره وتاريخ إعلانه إذا كان قد تم الإعلان وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن وطلباته الطاعن.

5- فإذا لم يحصل الطعن على الوجه المتقدم كان غير مقبول وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبوله".
1150 - طعن محكمة النقض الإماراتية رقم 14-59 ق، 50/589 ق مشار إليه عند أحمد نصر الجندي: شرح قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الكتاب الثاني دار الكتب القانونية، دار تشات للنشر والبرمجيات سنة النشر ص114.

الأصلي فيه ضمان لكل هذا وضمنان لجدية الطعن وضمنان لجدية أسبابه على نحو يتفق مع الأسباب التي ينص عليها القانون⁽¹¹⁵¹⁾.

2- أثار الطعن بالنقض

أما عن أثر الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة في مادة صعوبات المقاول، فإنه لا يوقف التنفيذ أياً كانت النتائج التي يمكن أن تترتب على هذا التنفيذ، بل إنها تستمر في إنتاج آثارها سواء خلال أجل الطعن بالنقض أو خلال الطعن نفسه⁽¹¹⁵²⁾. في حين أن المشرع الإماراتي ميز بين الأحكام التي يطعن فيها بطريق النقض بين نوعين، النوع الأول يترتب على الطعن بالنقض على الحكم وقف التنفيذ إذا كان قد صدر بالطلاق أو بفسخ الزواج أو كان الحكم المطعون عليه متعلقاً بملكية عقار هذه الحالات الثلاث وقف التنفيذ فيها بقوة القانون بمجرد الطعن بالنقض، بينما الأحكام الصادرة في غير الحالات الثلاث وضع المشرع ضوابط لوقفها وذلك أنه يجب أن يطلب الطاعن في عريضة الطعن وقف تنفيذ الحكم لأن المحكمة لا تأمر من تلقاء نفسها بوقف التنفيذ، ومفاد ذلك أن طلب وقف التنفيذ إذا قدمه الطاعن مستقلاً عن عريضة الطعن كان غير مقبول. إضافة إلى أنه يخشى وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه إذا تم التنفيذ؛ أي صعوبة إعادة الحال إلى ما كان عليه. وبذلك فوقف التنفيذ جوازي بالنسبة لمحكمة النقض، فإن رأت من أسباب الطلب وقف التنفيذ أمرت به. كما أجاز القانون لمحكمة النقض عندما تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أن توجب كفالة على طالب وقف التنفيذ، كما أجاز لها بدلاً من الأمر بتقديم كفالة أن تأمر بما تراه هي كفيلاً لصيانة حق المطعون عليه⁽¹¹⁵³⁾، وهذا ما أكدت عليه المادة 175 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتية⁽¹¹⁵⁴⁾.

1151- طعن رقم 58/535 ق مشار إليه عند أحمد نصر الجندي: م س ص 114-115.

1152- لحسن زهران: م س ص 211.

1153- أحمد نصر الجندي: م س ص 110-111.

1154- تنص المادة 175 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتية على أنه: "1- يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم إذا كان صادراً بالطلاق أو فسخ الزواج أو متعلقاً بملكية عقار، وفي غير هذه الحالات يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتاً إذا طلب الطاعن ذلك في صحيفة الطعن وكان يخشى أن يؤدي التنفيذ إلى وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويعين رئيس الدائرة المختصة جلسة لنظر هذا الطلب يعلن الطاعن خصمه بها بصحيفة الطعن، فإذا رأت المحكمة وقف تنفيذ الحكم أو أن الطعن أقيم

الفقرة الثانية: الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة

يعتبر تعرض الغير الخارج عن الخصومة من طرق الطعن غير العادية في الأحكام القضائية، وضعه المشرع المغربي لفائدة من تضرر من حكم قضائي لم يستدع له شخصيا ولا بواسطة من ينوب عنه.

وبالرجوع إلى الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية⁽¹¹⁵⁵⁾، نجده يحدد الشروط اللازم توافرها لممارسة طعن تعرض الغير الخارج عن الخصومة، سواء المرتبطة بالأشخاص الذين يحق لهم سلوكه خاصة فيما يتعلق بتحديد صفتهم ومصلحتهم في الطعن، وكذا من حيث الأحكام التي يمكن قبول الطعن فيها بطعن تعرض الغير الخارج عن الخصومة⁽¹¹⁵⁶⁾. وبذلك فتعرض الغير الخارج عن الخصومة يعتبر طبقا للقواعد المسطرية العامة حقا مقررًا لكل شخص وعلى كل حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم. وهو نفس المقتضى الوارد في الفقرة الأولى من الفصل 583 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي⁽¹¹⁵⁷⁾ الذي أكد على الشروط أعلاه.

ولمعرفة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في هذه المادة يتعين علينا معرفة الأحكام والقرارات القابلة للطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة والأشخاص

على غير الأسباب الواردة بالمادة 173 من هذا القانون تحدد له جلسة لنظر الطعن في غضون 90 يوما في غرفة المشورة.

2- ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلا لصيانة حق المطعون عليه. وينسحب الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم عليه.

3- وإذا رفض الطلب ألزم الطاعن بمصروفاته".

¹¹⁵⁵ - ينص الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى".

¹¹⁵⁶ - للتوسع في هذه الشروط انظر: - عبد العزيز توفيق: شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الجزء الثاني ص 38 وما يليها.

- عمر الشيكري: الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة دراسة تأصيلية مقارنة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012 ص 20 وما يليها.

¹¹⁵⁷ - ART-583, alinéa 1^{er} du nouveau code procédure civile français: «Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y'a intérêt à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque».

الذين يحق لهم الطعن بهذا الطريق وهو ما نبحثه (أولاً) لنعرض لشكالية وإجراءات رفع هذا الطعن (ثانياً).

أولاً: الأحكام والقرارات القابلة للطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة والأشخاص المؤهلين لممارسة هذا الطعن:

إلى جانب الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض تكون المقررات الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية محل طعن تعرض الغير الخارج عن الخصومة وذلك طبقاً لما هو وارد بالمادة 763 من م ت والتي جاء فيها " يتم تعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد المقررات الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة داخل أجل خمسة عشر يوماً ابتداء من تاريخ النطق بالأمر القضائي أو نشره في الجريدة الرسمية إذا كان من اللازم إجراء هذا النشر". وبهذا وأمام عمومية نص المادة أعلاه، فإنه يمكن تعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد جميع الأحكام والمقررات الصادرة في مادة التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية باستثناء الأحكام الصادرة في مادة التفالس والجرائم الأخرى والتي يبقى الطعن فيها خاضعاً لأحكام قانون المسطرة الجنائية⁽¹¹⁵⁸⁾.

وبهذا فقد سمح قانون 17-73 في المادة 763 منه للغير الذي قد تمس هذه الأحكام والقرارات بحقوقه الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة إذا لم يتم استدعاؤه هو أو من ينوب عنه في الدعوى طبقاً لما تنص عليه مقتضيات الفصل 303 من ق م م، وهكذا فالحكم أو القرار الصادر في مادة التسوية أو التصفية القضائية يكون قابلاً للطعن فيه من طرف الغير إذا أضر بمصالحه.

كما يجب التأكيد على أن الحكم أو المقرر الصادر في الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة عن المحكمة التجارية أو القاضي المنتدب يكون قابلاً للطعن بالاستئناف تأسيساً على المادة 764 من م ت.

¹¹⁵⁸ - تنص المادة 767 من مدونة التجارة على أنه: " تخضع الطعون ضد المقررات الصادرة في مادة التفالس والجرائم الأخرى لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية"

غير أن القانون الفرنسي المؤرخ في 25 يناير 1985 المتعلق بالتسوية القضائية، أبعد مقررات حصر مخطط الاستمرارية من الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة وهو ما كان ينص عليه في المادة 172⁽¹¹⁵⁹⁾. لكن قانون 1994 فرنسي أزال الاستبعاد وأصبح الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة بخصوص المقررات التي تحصر أو تغير مخطط الإنقاذ أو مخطط التسوية ممكناً⁽¹¹⁶⁰⁾.

وإذا كان تعرض الغير الخارج عن الخصومة مقرراً بنص تشريعي في قانون 17-73 مغربي، وكذا بالنسبة لأصل هذا القانون وهو القانون الفرنسي، فإن القانون التجاري العراقي نص هو الآخر على هذا الطريق من الطعن بالنسبة للأحكام الصادرة في مواد الإفلاس⁽¹¹⁶¹⁾. كما أن القانون المصري أجاز لكل ذي مصلحة من غير الخصوم أن يعترض على حكم شهر الإفلاس أمام المحكمة التي أصدرته، وذلك دفعاً للضرر الذي قد يلحق هؤلاء للآثار الخطيرة التي ترتبها حجية الحكم بالنسبة لأموال المدين وتصرفاته التي يجريها مع الغير، وحتى لا يلزم هذا الغير بحكم لم يكن ممثلاً فيه. وفي هذا جاء في الفقرة الأولى من المادة 88 من قانون 11 لسنة 2018: "يجوز لكل ذي مصلحة من غير الخصوم أن يعترض على حكم شهر الإفلاس أمام المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الصحف، ما لم يكن قد طعن عليه بالاستئناف فيرفع الاعتراض إلى المحكمة التي تنتظر الاستئناف". وبذلك فالمقصود بكل ذي مصلحة من غير الخصوم الأشخاص الذين تكون لهم حقوق تتأذى من شهر إفلاس المدين ولم يكونوا طرفاً في الدعوى، فلم يتمكنوا من المناظرة أمام المحكمة من أجل حقوقهم والحيلولة دون شهر الإفلاس الذي يرد بتلك الحقوق⁽¹¹⁶²⁾.

¹¹⁵⁹ -ART 172 du loi 85-98 du 25 janvier 1985: «Les décisions arrêtant le plan de continuation ne sont pas susceptibles de tierce opposition».

¹¹⁶⁰ -ART L.661-3: «Les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement sont susceptibles de tierce opposition».

¹¹⁶¹ - نصت المادة 581 من قانون التجارة العراقي على أنه: "يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم شهر الإفلاس بطريق اعتراض الغير خلال عشرة أيام من تاريخ آخر نشر لمخلص الحكم في الصحف. ومع عدم الإخلال بأحكام المادة 578 يكون ميعاد اعتراض الغير في جميع الأحكام الصادرة في الدعاوى الناشئة عن التفليسة عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم ما لم يكن واجب النشر فيسري الميعاد من تاريخ نشره".

¹¹⁶² - محمد عزمي البكري: الإفلاس المجلد الثاني م س ص 718.

في حين أخضع المشرع التونسي الطعن باعتراض من قبل الغير لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية بدون أدنى خصوصية⁽¹¹⁶³⁾.

ثانياً: شكلية وإجراءات رفع تعرض الغير الخارج عن الخصومة:

على عكس ما رأيناه بالنسبة للطعن بالنقض، فإن الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة يجب أن يتم بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت هذا الحكم طبقاً للمادة 763 من مدونة التجارة، وهذا خلافاً لما هو مقرر بمقتضى القواعد العامة الواردة بقانون المسطرة المدنية من أن الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة يقدم وفقاً للقواعد المقررة للمقالات الافتتاحية للدعوى⁽¹¹⁶⁴⁾. وهذا من شأنه أن يجعل بعرض القضية على أنظار المحكمة التي أصدرت الحكم والذي تفرضه طبيعة المسطرة التي تقتضي تجنب التعقيدات التي يفرضها المقال الافتتاحي⁽¹¹⁶⁵⁾.

أما بالنسبة للشكليات والإجراءات الأخرى التي يطرحها الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة من قبيل إيداع مبلغ يساوي الغرامة التي يمكن أن تحكم بها المحكمة في حالة عدم قبول هذا التعرض، حيث إنه لم يرد أي نص يفيد إلزامية هذا الإجراء الذي يتنافى وبشدة وفلسفة المرونة التي يرنو المشرع تحقيقها في الشقين الموضوعي والمسطري لنظام صعوبات المقابلة⁽¹¹⁶⁶⁾.

كما أكد بعض الفقه نفس التوجه عندما ذهب إلى عدم تطبيق الفصلين 304 و305 من قانون المسطرة المدنية على تعرض الغير الخارج عن الخصومة المنصوص عليه في نطاق مساطر صعوبات المقابلة وذلك لأن الطعن المنصوص عليه في هذه المادة لا يخضع إلا للأحكام والآجال والإجراءات المنصوص عليه في هذا القانون⁽¹¹⁶⁷⁾. وذهب في نفس الاتجاه الأستاذ عمر الشيكور " إلى القول بأن الفصل 304 من قانون المسطرة المدنية مستثنى

1163 - التوفيق شبشوب: م س ص 118.

1164 - تنص الفقرة الأولى من الفصل 304 من قانون المسطرة المدنية على أنه: " يقدم تعرض الخارج عن الخصومة وفقاً للقواعد المقررة للمقالات الافتتاحية للدعوى".

1165 - عبد الكريم عباد: م س ص 479.

1166 - أحمد شكري السباعي: مساطر الوقاية الجزء الثاني م س ص 253.

1167 - عبد الحميد أخريف: م س ص 476.

من التطبيق فيما يتعلق بشكالية تقديم الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في المساطر الجماعية لأن المادة المحددة لتعرض الغير الخارج عن الخصومة في قانون صعوبات المقولة هي نص خاص مقدم عليه في التطبيق⁽¹¹⁶⁸⁾.

بينما ذهب بعض الفقه إلى تطبيق مقتضيات الفصل 304 من قانون المسطرة المدنية في إطار مساطر صعوبات المقولة، على اعتبار أن هذه المقتضيات لا تتعارض والسير العادي والسريع للمسطرة في حال انعدام ما يبررها⁽¹¹⁶⁹⁾. وفي هذا الاتجاه الأخير ذهبت المحكمة التجارية بمراكش في أحد أحكامها بضرورة تطبيق مقتضيات الفصل 304 من قانون المسطرة المدنية أي اشتراط أن يودع المتعرض الغير الخارج عن الخصومة مبلغا مساويا للغرامة في حدها الأقصى والتي يمكن الحكم بها عليه عند عدم قبول تعرضه، ومما جاء في تعليلها: " وحيث إنه لقبول تعرض الخارج عن الخصومة لأبد من التأكد من الشروط المتطلبة قانونا ومنها تقديمه داخل الأجل وممن له الصفة في تقديمه مع إيداع مبلغ الغرامة.

وحيث إن الطاعن أودع الغرامة المنصوص عليها في الفصل 304 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث إنه للأسباب المذكورة أعلاه يتعين التصريح بقبول التعرض شكلا"⁽¹¹⁷⁰⁾.

وبين هذا الرأي وذاك نعتقد بصواب الاتجاه الأول ذلك أن تعرض الغير الخارج عن الخصومة هو طعن استثنائي وأن نص المادة 763 من مدونة التجارة هو نص خاص واستثناء من القواعد العامة بعدما أقرت بتعرض الغير بمقتضى تصريح، فضلا عن أن دور هذا الطعن هو دور ثانوي في إطار المساطر الجماعية⁽¹¹⁷¹⁾. زيادة على عدم كفاية تعرض

1168 - عمر الشيكور: م س ص 90.

1169 - عبد الكريم عباد: م س ص 480.

1170 - حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 20/4/2000 في ملف صعوبات المقولة رقم 98/1 منشور بمجلة المحاكم المغربية مجلة تصدرها هيئة المحامين بالدار البيضاء عدد 88 - ماي - يونيو 2001 ص 178.

1171 - Staes (O): op cit N° 395 p 375.

الغير وخصوصيات المساطر الجماعية⁽¹¹⁷²⁾. بل نعتقد أنه كان يتعين عدم النص على هذا الطريق في إطار قانون صعوبات المقابلة كما فعله المشرع المغربي في قانون رقم 07-14 المتعلق بالتحفيظ العقاري الذي سكت عن هذا الطعن، وأن القضاء رفض قبول تعرض الخارج عن الخصومة ضد الأحكام والقرارات الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري، فقد جاء في هذا الصدد في قرار لمحكمة النقض: " حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه، ذلك أنه لا وجود لنص قانوني في مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 يسمح بالتعرض الخارج عن الخصومة، والقرار المطعون فيه لما قبل طلب المطلوبة في النقض المذكورة رغم ما ذكر يكون قد خرق الظهير المشار إليه أعلاه، فتعرض بذلك للنقض"⁽¹¹⁷³⁾.

وذهب بعض الفقه بهذا الخصوص إلى أن عدم جواز سلوك هذا الطعن ضد الأحكام الصادرة في نزاعات التحفيظ العقاري لا يجد سنده فقط في عدم نص ظهير التحفيظ العقاري عليه، وإنما أيضا في تعارضه مع خصوصية مسطرة التحفيظ العقاري التي تقضي بأن أطراف وموضوع نزاع التحفيظ يحددان أمام المحافظ واستثناء أمام وكيل الملك⁽¹¹⁷⁴⁾. كما أن مدونة الأوقاف نصت على الطعن بالاستئناف لفائدة الأوقاف كما نصت على النقض وإعادة النظر في المادة 58 منها وسكتت عن تعرض الغير الخارج عن الخصومة، وبذلك يتعين استبعاد إمكانية إعمال أي طعن غير الطعون المنصوص عليها في مدونة الأوقاف⁽¹¹⁷⁵⁾.

¹¹⁷² -Staes (O): op cit N° 397 p 377.

¹¹⁷³ - قرار رقم 4218 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18-1-2000 في الملف المدني عدد 1-1748-1-1999 منشور بمجلة الإشعاع مجلة قانونية تصدر عن هيئة المحامين بالقنيطرة العدد 26، دجنبر 2002 ص 3 وما بعدها.

¹¹⁷⁴ - المصطفى الكيلة: خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري، بحث في النزاعات المثارة بسبب التعرض على مطلب التحفيظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة السنة الجامعية 2009 - 2010، ص 272.

¹¹⁷⁵ - صابرينا البحدايني: القواعد الإجرائية في مدونة الأوقاف، منشورات المعارف مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2015 ص 114.

الفقرة الثالثة: استبعاد الطعن بإعادة النظر

يعتبر الطعن بإعادة النظر من طرق الطعن غير العادية يرفعه أحد الخصوم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بناء على أحد الأسباب المحددة قانوناً في الفصل 402 من قانون المسطرة المدنية، مع مراعاة مقتضيات الخاصة المنصوص عليها في الفصل 379 المتعلقة بمحكمة النقض، وهذه الحالات:

- إذا بت القاضي فيما لم يطلب منه أو حكم بأكثر مما طلب، أو إذا أغفل البت في أحد الطلبات؛

- إذا وقع تدليس أثناء تحقيق الدعوى؛

- إذا بني الحكم على مستندات اعترف أو صرح بأنها مزورة وذلك بعد صدور الحكم؛

- إذا اكتشفت بعد الحكم وثائق حاسمة كانت محتكرة لدى الطرف الآخر؛

- إذا وجد تناقض بين أجزاء نفس الحكم؛

- إذا قضت نفس المحكمة بين نفس الأطراف واستناداً لنفس الوسائل بحكمين

انتهايين ومتناقضين، وذلك لعلّة عدم الاطلاع على حكم سابق أو لخطأ واقعي؛

- إذا لم يقع الدفاع بصفة صحيحة على حقوق إدارات عمومية أو حقوق قاصرين.

وإذا كان الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى قد سكت عن النص بالطعن

بإعادة النظر، مما طرح التساؤل حول مدى إمكانية ممارسة هذا الطعن ضد الأحكام

والمقررات الصادرة في مساطر التسوية والتصفية القضائية؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ذهب بعض الفقه إلى القول باستبعاد الطعن بإعادة النظر

في مادة مساطر صعوبات المقولة، لأن المشرع لم يذكرها إلى جانب طرق الطعن الأخرى

العادية وغير العادية، وبأن التعداد الذي جاء به هو حصري وليس على سبيل التمثيل

والقياس، فضلاً عن أن الطعن بإعادة النظر لا يتلاءم ومساطر صعوبات المقولة⁽¹¹⁷⁶⁾.

¹¹⁷⁶ - أحمد شكري السباعي: م س الجزء الثاني ص 251.

- عبد الحميد اخريف: م س ص 475.

بينما ذهب اتجاه إلى القول بقبول هذا الطعن متى توافرت شروطه مستندا إلى أن سكوت المشرع عن النص عن هذا الطعن هو بمثابة إحالة على القواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية الواجبة التطبيق بمقتضى نص المادة 19 من قانون إحداث المحاكم التجارية⁽¹¹⁷⁷⁾ والذي جاء في فقرته الثانية " ... تطبق أمام المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص على خلاف ذلك". بل أضاف هذا الاتجاه بأن الطعن بإعادة النظر لا يتعارض مع طبيعة مساطر التسوية أو التصفية القضائية وسيرها السريع نحو إيجاد الحل الملائم وبالتالي إنفاذ المقولة، كما أن بعض الحالات الواردة بالفصل 402 من قانون المسطرة المدنية هي حالات يجب على القضاء أن يأخذها بعين الاعتبار ولا يمكن لمسطرة المعالجة أن تستمر في سيرها العادي وبشكلها الإيجابي في مواجهة جميع الأطراف في حالة تواجد حالة من هذه الحالات التي ستؤثر سلبا على سير المسطرة وحقوق الأطراف⁽¹¹⁷⁸⁾.

إن سكوت المشرع عن الطعن بإعادة النظر، هو منع لقبول هذا الطعن، ذلك أن قانون صعوبات المقولة هو قانون الموضوع وقانون الشكل. فضلا عن أن فلسفة الطعن بإعادة النظر تتعارض مع باقي الطعون الأخرى التي كان ينص عليها الكتاب الخامس الملغى من مدونة التجارة، إذ كما هو معلوم، فإن الطعن بإعادة النظر كطريق طعن غير عادي يمارس كلما انعدمت إمكانية ممارسة الطعن بالتعرض والاستئناف، بمعنى آخر فهو طعن يمارس ضد الأحكام الانتهائية غير القابلة للتعرض والاستئناف، بينما نص المشرع على إمكانية ممارسة هذين الطعنين ضد جميع الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة، كما أنه لم يحدد الأحكام الانتهائية التي تصدر في مادة صعوبة المقولة⁽¹¹⁷⁹⁾.

كما أن حالات الفصل 402 من قانون المسطرة المدنية لا تتلاءم ولا تنطبق البتة مع مساطر صعوبات المقولة، ذلك أن المحكمة تضع يدها تلقائيا على المسطرة، كما أنها

¹¹⁷⁷ - عبد الكريم عباد: م س ص 482

- عبد الرحيم السلماني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة ص 33.

¹¹⁷⁸ - عبد الكريم عباد: م س ص 482.

¹¹⁷⁹ - عبد الحميد خريف: م س ص 479.

تثبت فيما لم يطلب منها، و أن المدين أو الدائن يطلب فتح مسطرة التصفية القضائية والمحكمة تقضي بفتح مسطرة التسوية والعكس يحصل أيضا، ويمكن للمحكمة في حالة حصول خطأ في التسيير ساهم في نقص في باب الأصول أن تقرر تحميله كليا أو جزئيا لكل المسيرين أو للبعض منهم فقط، كما يمكنها أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول وبذلك تكون قد بتت في أكثر مما طلب. زيادة على أن حالة ما إذا بني الحكم على وثائق اعترف أو صرح بأنها مزورة، فإن ذلك لا يثبت إلا بمقتضى حكم نهائي قضى بالزور وهذا من شأنه أن يعيق سير المسطرة، وبذلك فهذا الطعن لا يتلاءم ومساطر صعوبات المقابلة.

وهذا التوجه هو ما سار عليه القضاء، حيث قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بما يلي : " حيث من جهة أن الطعن بإعادة النظر لم يتطرق المشرع إليه ضمن طرق الطعن التي أوردها بالقسم السادس من الكتاب الخامس من القانون رقم 15- 95 المتعلق بمدونة التجارة مما يفيد استبعاده من طرق الطعن في مادة صعوبات المقابلة، ويعضد هذا المنحى القول بأن نية المشرع تتجه إلى الاستعاضة عنه بآليات قانونية أخرى منصوص عليها في الكتاب المذكور من شأنها أن تحقق نفس الغاية منه، لكن بما يتلاءم والطبيعة الخاصة لمساطر المعالجة من صعوبات المقابلة ويتعلق الأمر على الخصوص بإمكانية الانتقال من مسطرة للمعالجة إلى مسطرة أخرى حسب الأحوال وفسخ مخطط الاستمرارية أو تعديله في وسائله وأهدافه متى ظهرت أسباب مبررة لذلك.

وحيث من جهة أخرى، إن التمسك بالتماس إعادة النظر في مادة صعوبات المقابلة بالاستناد إلى الفقرة الثانية من المادة 19 من قانون إحداث المحاكم التجارية لا يستقيم وطبيعة الأطراف في قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب هذا النص، ذلك أن أطراف الطعن بإعادة النظر حسب الفصل 402 من قانون المسطرة المدنية هم خصوم في الدعوى يستعملون هذا الطعن لحماية مصالحهم الخاصة المتضررة من القرار أو الحكم المطعون فيه، في حين أن الأطراف الذين حددهم المشرع حصرا لتحريك مساطر المعالجة ليسوا خصوما في الدعوى بالمعنى الضيق للكلمة إذ الدعوى سواء كانت فيها المقابلة طالبة أو

مطلوبة فهي تروم بالدرجة الأولى إنقاذها من وضعية التعثر أو الاختلال لاستعادة نشاطها واستمراريتها ضمن نسيج الاقتصاد الوطني وتعطي الأولوية لهذا الهدف على أداء الديون ما لم تكن مختلفة بشكل لا رجعة فيه، بحيث إن المشرع يهدف إلى تصحيح المقولة قبل نتيجة عدم إتاحة مراجعة القرارات والأحكام الصادرة فيها من لدن الدائنين حفاظاً على النظام العام الاقتصادي.

وحيث يترتب على ما ذكر أعلاه، عدم جواز الطعن بإعادة النظر في مادة معالجة صعوبات المقولة، مما يتعين معه عدم قبوله في نازلة الحال⁽¹¹⁸⁰⁾.

وهو نفس التوجه الذي ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بفاس حينما أكدت في قرارها "لكن وحيث إن الطعن بإعادة النظر لا يأخذ به القانون المغربي إلا على سبيل الاستثناء، وفي ظروف معينة واردة على سبيل الحصر، وبأن المشرع في الكتاب الخامس من مدونة التجارة، قد نظم سائر طرق الطعن عدا ما يتعلق بإعادة النظر وبأن سكوته هذا، إنما يحمل حسب الراجح من الفقه على أن التعداد حصري إذ لو لم يرد المشرع استبعاد إعادة النظر في مساطر المعالجة لذكره إلى جانب طرق الطعن الأخرى"⁽¹¹⁸¹⁾.

وهذا التوجه القضائي سبق للمجلس الأعلى سابقاً أن أكد على نفس النهج بخصوص قضايا التحفيظ حيث جاء في قراره: "لكن حيث إن ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ هو قانون الموضوع وقانون الشكل كذلك، فقد تضمنت الإجراءات التي تتخذها محكمة التعرض على التحفيظ وكذا الأحكام التي تصدرها وكيفية تبليغها وطرق الطعن التي ترد على هذه الأحكام، فنص على أن هذه الأحكام يطعن فيها دائماً بالاستئناف كطعن عادي وحيد دون التعرض، ومهما كانت قيمة العقار، كما نص على أنها يطعن فيها بالنقض كطعن استثنائي وسكت عن الطعن بإعادة النظر، وأن سكوته عن هذا الطعن الاستثنائي يحمل على أن المشرع أراد استبعاده بحيث لا يجوز القول بقبول إعادة النظر في أحكام محكمة التعرض

¹¹⁸⁰ - قرار رقم 4446 - 05 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2-12-2005 منشور بمجلة المحاكم التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد الثالث والرابع فبراير 2009 ص 238.

¹¹⁸¹ - قرار رقم 14 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 7-3-2012 في الملف عدد 2011-10 غير منشور.

على التحفيظ استناداً إلى أحكام قانون المسطرة المدنية، لأنه ما دام أن ظهير 12 غشت 1913 قد نظم طرق الطعن، فلا يجوز الرجوع إلى قانون الشكل العام بشأن هذا الموضوع الذي تناوله للقول بطعن لا يعرفه، ولم يحل عليه في قانون المسطرة المدنية كما فعل بالنسبة لأكثر من إجراء ولا وجه للقول بهذا الطعن لمجرد أن المشرع لم يستبعده صراحة كما فعل بالنسبة للتعرض لأن التعرض كان يكفي استبعاده هو الآخر لمجرد السكوت عنه، وأن التنصيص على هذا الاستبعاد كان مجرد تأكيد ولا وجه للاستدلال بما جاء في الفصل الثالث من الظهير بمثابة قانون بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية لأن ما ورد في هذا الفصل يهم القوانين الخاصة التي لا تنظم موضوعاً معيناً بكامله، وظهير التحفيظ قد نظم كما سبق القول الطعن في الأحكام بمقتضيات خاصة. وبهذا تكون المحكمة على صواب حين صرحت بعدم قبول إعادة النظر، فتكون هذه الوسيلة غير مبنية على أساس⁽¹¹⁸²⁾. الشيء الذي أكدته محكمة النقض في قرار حديث لها في مادة التحفيظ وجاء في تعليل قرارها: " لكن رداً على الوسيلة أعلاه بفرعيها، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تكن في حاجة إلى التحدث عن وقائع النازلة ومناقشة الحجج، طالما أن الأمر يتعلق بالطعن بإعادة النظر في قرار صادر عن محكمة الاستئناف في مادة التحفيظ العقاري التي ينظم طرق الطعن فيها ظهير 12 غشت 1913. وبالتالي خلافاً لما يدعيه الطاعنون لا يجوز الرجوع إلى قانون الشكل العام بشأن هذا الموضوع"⁽¹¹⁸³⁾.

وبالنظر للتوجهات الفقهية والمشار إليها أعلاه، جاء قانون 73/17 لينص في الفقرة الثانية من المادة 766 من مدونة التجارة على أنه " لا يجوز الطعن بإعادة النظر في الأحكام والأوامر والمقررات الصادرة في مساطر صعوبات المقاولات". وهذا استبعاد صريح لهذا الطعن بعدما تدخل المشرع وأعاد صياغة قواعد الطعن ونص على استبعاد طريق الطعن بإعادة النظر في المقررات الصادرة في مساطر صعوبات المقاولات ومنها مساطر التسوية

¹¹⁸² - قرار رقم 887 صادر بتاريخ 5 أبريل 1989 في الملف المدني رقم 2182-85 أورده عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة مطبوعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1999 ص 187 وما بعدها.

¹¹⁸³ - قرار عدد 91 صادر عنه محكمة النقض بتاريخ 25 فبراير 2014 في الملف المدني عدد 2556-1-1-2013، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية السلسلة 4 - 2014 العدد 15 ص 152.

والتصفية القضائية. وبذلك حد من تباين مواقف الفقه التي كانت سائدة نتيجة سكوته عن النص على هذا الطعن في ظل الكتاب الخامس الملغى من مدونة التجارة. ويكون هذا الإبعاد بمقتضى نص المادة 766 في فقرتها الثانية قد منع على محاكم الاستئناف التجارية قبول إعادة النظر المقدمة ضد المقررات الصادرة في مساطر صعوبات المقولة.

وفي هذا أشار بعض الفقه إلى أن سبب منع الطعن بإعادة النظر يرجع إلى طبيعة المنازعة في إطار الكتاب الخامس، وإلى خصوصية التدخل القضائي في هذا النوع من القضايا لأن الفقرة الثانية من المادة 766 من مدونة التجارة حين منعت إمكانية اللجوء إلى الطعن بإعادة النظر، فلأن المحكمة تتوفر دوماً على إمكانية تعديل قرارها بالشكل الذي يتناسب مع وضعية المقولة وبما يخدم الأهداف التي سن من أجلها الكتاب الخامس⁽¹¹⁸⁴⁾.

وبذلك يتأكد أن خصوصيات الطعون في مادة صعوبات المقولة تخرج في الكثير من الحالات عن قواعد القانون العام، ولا يجوز الرجوع إلى هذا الأخير إلا في حالات الإحالة، لأن قانون صعوبات المقولة هو بدوره قانون موضوع وقانون شكل في نفس الوقت وأنه متضمن لنصوص خاصة في مجال الطعن، وهذا يركي قاعدة التميز والتفرد الذي يطبع هذا النظام.

1184- عبد الرحيم شميعة: م س ص 166.

الفرع الثاني: أجل طرق الطعن

يعرف الأجل من الناحية الفقهية، بأنه مدة حددها المشرع بنص وأوجب القيام بالإجراء داخلها أو بعد نهايتها تحت طائلة عدم قبول هذا الإجراء⁽¹¹⁸⁵⁾. ويعرف أيضا بأنه الفترة الزمنية المحددة قانونا لممارسة الحق أو المطالبة به ويؤدي انقضاؤها إلى بطلان تلك الممارسة أو عدم قبول المطالبة بها⁽¹¹⁸⁶⁾.

ومن مقتضيات توفير الاستقرار والثبات للأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة التعجيل بالبت في خصومة الطعن. ومن الأدوات المسطرية المساعدة على ذلك تقصير أجل الطعون. وهذا ما سعى إليه قانون مساطر صعوبات المقولة عندما نص على آجال قصيرة مقارنة مع تلك المعمول بها في القواعد العامة، وذلك من أجل اختصار أمد البث في النزاعات المتعلقة بهذه المساطر عن طريق اعتماد آجال قصيرة، كما أنه حدد انطلاق أجل الطعن وبدايته بالنسبة للأطراف وأجهزة المسطرة.

ولمعرفة أجل طرق الطعن في مساطر صعوبات المقولة وخصوصياته سنتناول تقليص آجال الطعن في هذه المادة (المبحث الأول) ونقطة انطلاق الأجل (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تقليص آجال الطعن في مساطر صعوبات المقولة

استجابة لهاجس السرعة والفعالية الذي ينبغي أن يطبع مساطر التسوية والتصفية القضائية، فإن المشرع وضع أجلا قصيرا لطرق الطعن ضد الأحكام والمقررات الصادرة في إطار مساطر صعوبات المقولة.

وفي هذا الإطار عمل قانون 17-73 على توحيد الأجل في عشرة أيام للطعن بالاستئناف والطعن بالنقض، باستثناء تعرض الغير الخارج عن الخصومة الذي جعل له أجل خمسة عشر يوما على عكس ما كانت تنص عليه المادة 729 من الكتاب الخامس

¹¹⁸⁵ - عبد العزيز توفيق: آجال الإجراءات في التشريع المغربي م س ص 11.

¹¹⁸⁶ - عبد الرحمن مصلح الشراي: الشرط والأجل في قانون الالتزامات والعقود المغربي – دراسة تحليلية مقارنة معززة بأحدث اجتهادات المجلس الأعلى والمحاكم- مطبعة الأمانة الرباط الطبعة الأولى 2004 ص 166-167.

الملغى التي كانت تحدده في عشرة أيام⁽¹¹⁸⁷⁾. وفي هذا قضت محكمة النقض على أن " أجل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة في مادة معالجة صعوبات المقولة محدد بمقتضى المادة 713 من م ت (في صيغتها القديمة) في عشرة أيام. ومادام الطعن بالنقض انصب على قرار صادر في مادة صعوبات المقولة... وهذا القرار بلغ به الطالب الا أنه تقدم بمقال طعنه خارج الاجل القانوني فهو بذلك غير مقبول"(1188).

ولقد نصت المادة 764 من مدونة التجارة على أنه: " يتم استئناف المقررات الواردة في المادة 762 أعلاه وكذا المقررات الصادرة في الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة المشار إليها في المادة السابقة بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة داخل أجل عشرة أيام..." كما نصت الفقرة الأولى من المادة 766 من مدونة التجارة على أنه: " يقدم الطعن بالنقض داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تبليغ القرار ". في حين نجد المشرع التونسي في القانون عدد 36 المؤرخ في 30 أبريل 2016 قد أحدث نظاما خاصا بالطعن بالتعرض والاستئناف يتسم بالبساطة وبالسريعة وحدد أجل الطعن بالتعرض في أجل خمسة أيام بالنسبة للأشخاص الذين يتم إعلامهم بالقرار من قبل كاتب المحكمة، وفي أجل عشرة أيام الموالية لتاريخ إيداعها بكتابة المحكمة لمن لم يتم إعلامه بالقرار، وفي أجل عشرين يوما من تاريخ إيداع القرار بالكتابة في صورة تعهد المحكمة من تلقاء نفسها لإصلاح أو لإبطال القرار⁽¹¹⁸⁹⁾.

أما بالنسبة لأجل الطعن بالاستئناف في القانون التونسي، فإنه بالنسبة للأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية عشرون يوما من تاريخ نشر الأحكام بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، وبالنسبة للأحكام في مادة التقليل عشرون يوما، وكل هذا بخصوص الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية والتقليل. أما الأحكام الصادرة بمناسبة إجراءات التسوية

¹¹⁸⁷ - تنص المادة 729 من الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى على أنه: " يتم التعرض وتعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد المقررات الصادرة بشأن التسوية والتصفية القضائية وسقوط الأهلية التجارية بتصريح لدى كاتب ضبط المحكمة داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ النطق بالمقرر القضائي أو نشره في الجريدة الرسمية إذا كان من اللازم إجراء هذا النشر".

¹¹⁸⁸ - قرار رقم 601 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 20 دجنبر 2018 في الملف التجاري عدد 177-1-3-2018 غير منشور.

¹¹⁸⁹ - التوفيق شبشوب: م س ص 123.

القضائية وإجراءات التفليس فالمشرع التونسي حدد لها أجالا أخرى وهي عشرة أيام⁽¹¹⁹⁰⁾. كما أن المشرع اللبناني حدد أجل الطعن بالاعتراض في ثمانية أيام، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 497 من قانون التجارة اللبناني، كما حدد مدة الطعن بالاستئناف في خمسة عشر يوما⁽¹¹⁹¹⁾.

غير أن المشرع العراقي أحال بخصوص أجل الطعن في قضايا الإفلاس على المواعيد المحددة في قانون المرافعات المدنية، وهو ما أشارت إليه المادة 582 من قانون التجارة العراقي. وبهذا يتوجب على المتعرض أن يرفع اعتراضه خلال المدة القانونية التي نص عليها قانون المرافعات المدنية والبالغة عشرة أيام⁽¹¹⁹²⁾. كما حددت المادة 1/187 من قانون المرافعات المدنية العراقي مدة الطعن بالاستئناف في خمسة عشر يوما من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو اعتباره مبلغا. ومن الجدير بالذكر أنه في أحوال محددة يقبل الطعن بالاستئناف حتى لو انقضت المدة البالغة خمسة عشر يوما على التبليغ أو اعتباره مبلغا، لأن مدة الاستئناف بموجبها لا تبدأ إلا إذا تحققت إحدى الحالات المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 187 مرافعات⁽¹¹⁹³⁾.

وبخصوص الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة نصت المادة 581 من قانون التجارة العراقي على أنه: "يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم شهر الإفلاس بطريق اعتراض الغير خلال عشرة أيام من تاريخ آخر نشر لمخلص الحكم في الصحف. ومع عدم الإخلال بأحكام المادة 578 يكون ميعاد اعتراض الغير في جميع الأحكام الصادرة في الدعاوى الناشئة عن التفليسة عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم ما لم يكن واجب النشر فيسري الميعاد من تاريخ نشره".

¹¹⁹⁰ - التوفيق شبنوب: م س ص 129.

¹¹⁹¹ - سيبيل جلول: م س ص 103 - 104.

- مرتضى حسين إبراهيم السعدي: م س ص 101.

¹¹⁹² - نصت المادة 177 الفقرة الأولى من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه: "يجوز للمحكوم عليه الاعتراض على الحكم الغيابي... خلال عشرة أيام".

¹¹⁹³ - تنص الفقرة الثانية من المادة 187 مرافعات عراقي على أنه: "إذا صدر حكم البراءة بناء على غش وقع من الخصم أو على ورقة مزورة أو شهادة زور أو بسبب إخفاء الخصم ورقة قاطعة في الدعوى فلا تبدأ مدة الاستئناف إلا من اليوم التالي لحكم المحكوم عليه أو الإقرار الكتابي بالتزوير من فاعله أو الحكم بثبوت التزوير أو شهادة الزور أو ظهور الورقة المخفاة".

وبذلك يتضح أن التشريعات أعلاه بما فيها المغربي حددت آجال الطعن بالنسبة لطرق الطعن العادية وغير العادية في مدد لا تتجاوز عشرين يوماً، ونعتقد أن هذه الآجال تتلاءم مع طبيعة حكم فتح المسطرة بماله من حجية مطلقة، إذ إن علم الكافة فيه مفترض، فضلاً عن أن هذه المدد هي حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن. وبذلك تتطابق وجهات نظر التشريعات المغربية، واللبناني والتونسي والعراقي من حيث مدد الطعن وهي مدد تخدم خصوصيات الأحكام والمقررات الصادرة في المادة، وتدعم الآليات المسطرية التي تميزها والتي تخدم في نهاية المطاف الغاية من الدور القضائي الجديد في مساطر صعوبات المقولة وهي إنقاذ المقولة⁽¹¹⁹⁴⁾. كما أن هذا التقليل في آجال الطعن يضمن لمقررات مساطر التسوية والتصفية القضائية الثبات والاستقرار. وعلى عكس ذلك نجد المشرع المصري قد حدد أجل الطعن بالتعرض خلال ثلاثين يوماً⁽¹¹⁹⁵⁾، كما أن ميعاد الاستئناف أربعون يوماً طبقاً للفقرة الأولى من المادة 227 مرافعات مصري ويضاف إلى الميعاد ميعاد المسافة المنصوص عليه بالمادتين 16 – 17 مرافعات، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ صدور الحكم. ويبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير. وبذلك يتبين أن المشرع اعتمد أجلاً أطول للطعن بالتعرض والاستئناف وهي آجال لا تخدم مساطر صعوبات المقولة – الإفلاس في القانون المصري- وخصوصيات الأحكام الصادرة بشأنها، ولا تستجيب لها حسب السرعة والفعالية التي ينبغي أن تتميز به القضايا التجارية بصفة عامة وصعوبات المقولة بصفة خاصة.

¹¹⁹⁴ - عبد الحميد اخريف: م س ص 486.

¹¹⁹⁵ - تنص المادة 88 من قانون الإفلاس رقم 11 لسنة 2018 على أنه: "يجوز لكل ذي مصلحة من غير الخصوم أن يعترض على حكم شهر الإفلاس أمام المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثين يوماً..."

المبحث الثاني: نقطة انطلاق أجل الطعن

يحسب أجل بداية الطعن مبدئياً من تاريخ التبليغ، كما هو مقرر في القواعد العامة⁽¹¹⁹⁶⁾، إلا إذا كان من اللازم القيام بنشر الحكم والقرار في الجريدة الرسمية، فيحسب إذ ذاك أجل الطعن من تاريخ هذا النشر. ولهذا نصت المادة 763 من مدونة التجارة على أن تعرض الغير الخارج عن الخصومة يتم داخل أجل 15 يوماً ابتداء من تاريخ النطق بالحكم أو نشره في الجريدة الرسمية إذا كان من اللازم إجراء هذا النشر.

كما أن المشرع العراقي قضى بأن الطعن بتعرض الغير يتم داخل أجل عشرة أيام من تاريخ آخر نشر لمخلص الحكم في الصحف، مع عدم الإخلال بأحكام المادة 578 يكون ميعاد اعتراض الغير في جميع الأحكام الصادرة في الدعاوى الناشئة عن التفليسة عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم ما لم يكن واجب النشر فيسري الميعاد من تاريخ نشره وذلك طبقاً للمادة 581 من القانون التجاري العراقي. كذلك أكد المشرع المصري في المادة 88 من قانون رقم 11 لسنة 2018 بأن ميعاد الاعتراض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشر الحكم في الصحيفة اليومية التي عينتها المحكمة بحكم شهر الإفلاس، وأنه لا يحسب في الميعاد يوم نشر الحكم في الصحيفة وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الثلاثين حسبما تنص على ذلك المادة 15 من قانون المرافعات. في حين نص المشرع اللبناني في المادة 497 من القانون التجاري أن بداية انطلاق أجل الطعن بالتعرض فهو من يوم إتمام إجراءات النشر.

وبالنسبة لبداية أجل الطعن بالاعتراض في التشريع التونسي على قرار القاضي المنتدب أو القاضي المراقب في أجل خمسة أيام بالنسبة للأشخاص الذين يتم إعلامهم بالقرار من قبل كاتب المحكمة، وفي أجل عشرة أيام الموالية لتاريخ إيداعها بكتابة المحكمة لمن لم يتم إعلامه بالقرار. وبهذا يكون المشرع التونسي قد حدد بداية انطلاق الطعن بالتعرض على عكس الطريقة المعمول بها بالنسبة للتشريع المغربي والعراقي واللبناني والتي هي التبليغ مبدئياً أو النشر إذا كان

¹¹⁹⁶ - ينص الفصل 130 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يجوز التعرض على الأحكام الغيابية الصادرة عن المحكمة الابتدائية إذا لم تكن قابلة للاستئناف وذلك في أجل عشرة أيام من تاريخ التبليغ..." - تنص الفقرة الرابعة من الفصل 134 على أنه: "يبتدئ هذا الأجل من تاريخ التبليغ إلى الشخص نفسه أو في موطنه الحقيقي أو المختار أو بالتبليغ في الجلسة إذا كان ذلك مقررًا بمقتضى القانون." - تنص الفقرة الأولى من الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يحدد بصرف النظر عن مقتضيات الخاصة أجل رفع الدعوى إلى المجلس الأعلى في ثلاثين يوماً من يوم تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص نفسه أو إلى موطنه الحقيقي".

من اللازم نشر المقرر.

وفيما يخص الطعن بالاستئناف في مساطر صعوبات المقابلة وطبقا للمادة 764 من مدونة التجارة فإنه يتم داخل أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ تبليغ المقرر القضائي، ونفس الأمر بالنسبة للطعن بالنقض ابتداء من تبليغ القرار المطعون فيه حسبما تنص على ذلك الفقرة الأولى من المادة 766 من مدونة التجارة. في حين أن المشرع التونسي اعتمد بداية أجل الطعن بالاستئناف من تاريخ النشر سواء بالنسبة لاستئناف الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية والتفليس، ذلك أنه بالنسبة للأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية عشرون يوما من تاريخ نشر الأحكام بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، وبخصوص الأحكام في مادة التفليس عشرون يوما بداية من تاريخ نشر مضمون الحكم بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية إذا كان الحكم خاضعا لموجبات النشر، وإلا فبداية من تاريخ التصريح بالحكم بالنسبة للأحكام غير الخاضعة لواجب النشر بالرائد الرسمي. أما الأحكام الصادرة بمناسبة إجراءات التسوية القضائية وإجراءات التفليس فالمشرع التونسي قلص أجل الطعن بخصوصها وحددها في عشرة أيام بداية من تاريخ نشر مضمون الحكم بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، إذا كان الحكم خاضعا لموجبات النشر، وإلا فبداية من تاريخ التصريح بالحكم بالنسبة للأحكام غير الخاضعة لواجب النشر بالرائد الرسمي.

وعلى عكس المشرع التونسي واتباعا لنهج المشرع المغربي، فالمشرع العراقي حدد بداية انطلاق أجل الطعن بالاستئناف من اليوم التالي لتبليغ الحكم طبقا للفقرة الأولى من المادة 187 تشريع عراقي، كما أن القانون اللبناني اعتمد هو الآخر بداية انطلاق الطعن بالاستئناف من تاريخ الحكم، أو تاريخ إتمام إجراءات النشر.

أما المشرع المصري فأكد أن ميعاد الطعن بالاستئناف من تاريخ صدور الحكم، ويبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى، ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير. كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته⁽¹¹⁹⁷⁾.

¹¹⁹⁷ - محمد عزمي البكري: م س المجلد الثاني ص 731.

خاتمة

إن سياقات البحث العلمي تلزمنا أن نبذل الجهد لبيان نتائج البحث على أن هذه الأخيرة ألهمتنا لاستعراض بعض المقترحات، غير أننا نتطرق أولاً لخلاصة البحث.

أولاً: خلاصة البحث

حاولنا على امتداد هذه الدراسة التطرق إلى مختلف المراحل التي تمر منها دعوى مسطرة التسوية والتصفية القضائية قصد التعرف على القواعد المسطرية التي تطبق بشأنها.

وقد تركز هذا البحث على التعرف على مختلف الجوانب التي تميز الإجراءات الخاصة بمسطرة التسوية والتصفية القضائية، وما إذا كانت تتوافق، أم تختلف وتتعارض، مع إجراءات التقاضي العادية، قصد الوقوف على أوجه الاختلاف القائمة، بين القواعد المسطرية المطبقة على النزاعات القائمة بين الأفراد العاديين، طبقاً لمعايير القانون الخاص، والمنظمة بموجب قانون المسطرة المدنية، وبين القواعد الإجرائية التي تنظم مساطر صعوبات المقاولات التي تكون فيها المقاولات متعثرة وتتمر بصعوبات.

لهذا استوجب الأمر، البحث في مختلف المراحل، والأوضاع، التي تعرفها دعوى فتح مسطرة التسوية والتصفية القضائية، والقواعد المسطرية، التي تخضع لها، ومختلف الجوانب التي تهم الإجراءات المسطرية المتبعة أمام محكمة فتح المسطرة، خلال بداية الدعوى، والتحقيق فيها، وسريانها، ثم دور المحكمة وطرق الإثبات المتبعة من قبلها ثم القواعد المسطرية المنظمة للأحكام الصادرة بشأن فتح المسطرة، فيما يخص إطارها القانوني، والآثار المترتبة عنها، ودور القاضي المنتدب ونائبه والسنديك، والطعون الممارسة في مواجهتها.

وقد تبين من البحث في مختلف الجوانب المسطرية لمساطر التسوية والتصفية القضائية، بأن المشرع عمد إلى تجاوز ما هو عليه الأمر في إطار القواعد العامة، بحيث تم العمل على خلق روح جديدة في هذه المساطر، سواء من حيث آليات فتح المسطرة أو من حيث قواعد الاختصاص، وخاصة الاختصاص المحلي، ومن حيث الأطراف أو الأجال، من أجل توفير جو من المرونة التي لا بد منها في هذا الإطار، خدمة للهدف

الأساسي الذي كان ولا زال هاجس المشرع من خلال التخلي عن نظام الإفلاس، وحماية المقولة ككيان اقتصادي في ظل التحولات الاقتصادية التي يعرفها العالم.

وقد وقفنا على امتداد هذه الدراسة على مظاهر الخصوصية، على مستوى القواعد الإجرائية لمساطر التسوية والتصفية القضائية، مع القواعد العامة المتمثلة في القانون القضائي الخاص ومنه قانون المسطرة المدنية، والتي يمكن أن نلخص أهمها في الآتي:

- تعدد آليات فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية. ذلك أن مشرع الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى وقانون 17-73 اعترفا لجهات متعددة الحق في طلب فتح مسطرة التسوية، أو التصفية القضائية، يمكن إجمالها في المدين، الدائن، المحكمة تلقائياً، والنيابة العامة. وبذلك فقانون صعوبات المقولة جعل للقضاء سلطة غير محادية، وبالتالي لم يعد قبول منه الحكم إلا إذا طلب منه، أو وفق ما طلب منه. فضلاً عن أن قانون صعوبات المقولة ان مكن جهات عديدة من حق طلب فتح المسطرة، فإنه لم يعطيها الحق في توجيه الدعوى أو تسييرها، بحيث يبقى هذا الحق مقتصرأً على المحكمة التجارية المفتوحة أمامها المسطرة.

إن المحاكم التجارية تختص وحدها بالنظر على سبيل الاستئثار في القضايا المتعلقة بصعوبات المقولة، وهذا الاختصاص ذا طبيعة قطعية وحصرية. كما تكون أيضاً مختصة للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها. فضلاً عن ان الاختصاص المحلي ينعقد للمحكمة الموجودة في مكان مؤسسة التاجر الرئيسية، أو المقر الاجتماعي للشركة. وبذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على إسناد الاختصاص المكاني إلى محكمة أخرى، لكون هذه المساطر من النظام العام، وتتجاوز بذلك أثارها مجرد الأطراف المتفقة على مخالفة قواعد الاختصاص المكاني إلى الأغيار، وإلى المصلحة الاقتصادية العامة.

لتحقيق رغبة المشرع من سن قانون 17-73، أصبح لزاماً على القضاء التجاري أن يعمل على تفعيل السلطات الواسعة التي منحت له بمناسبة تطبيق الكتاب الخامس من مدونة التجارة، إذ أصبح له دور إيجابي في تأطير الخصومة، وأصبح بإمكانه أن يقرر في مصير المقولة التجارية المفتوحة في حقها مساطر المعالجة، وذلك من خلال اختيار أحد

الحلول الممكنة، والمتمثلة في حصر مخطط الاستمرارية، أو التفويت أو النطق بالتصفية القضائية. ومع إمكانية إدخال تعديلات كلما تطلب الأمر ذلك، على طرق تسيير المقولة، والتي يلعب فيها السنديك باعتباره أحد أجهزة المسطرة دوراً رئيسياً.

- انتقال أطراف الدعوى، من دور الريادة والمحرك الأساسي في إطار القواعد العامة، إلى لعب دور المشارك، في إطار التصور المسطري ارتباطاً بالمساطر الجماعية، بحيث لم يعد من حق هؤلاء إنهاء الخصومة أو التنازل عنها.

- كما تساءلنا حول مفهوم الصفة والمصلحة، في إطار مسطرتي التسوية والتصفية القضائية. وانسجاماً مع الأهداف التي حددها المشرع لمساطر معالجة صعوبات المقولة، فإن المصلحة في هذه المساطر، أصبحت بالضرورة مصلحة عامة، توجد بجانبها بعض المصالح الفردية الثانوية، كما أن هناك آليات تكشف عن النسبية لصفة الطرف، كما أن وضع الطرف في الواقع وقتي وغير ثابت، وبالتالي فهناك وقتية، أو عدم ثبات صفة الطرف.

- بعد تحديد أطراف الدعوى، يظهر لنا جلياً مدى التغيير الذي اعترى المبادئ المعمول بها في قانون المسطرة المدنية، ذلك أن المحكمة في إطار قانون معالجة صعوبات المقولة، أصبح لها دوراً مهماً في تسيير الدعوى، وتقوم مقام سلطة الأطراف في توضيح وبسط ما لم يقدموه ولم يقتصر نظرها على الطلبات المقدمة، كما تغير ما انحصر فيه الطلب. ومن ثم عدم ملاءمة المبادئ التوجيهية للدعوى مع قانون صعوبات المقولة، سواء فيما تعلق بمبدأ ملكية الخصومة لأطرافها، ومبدأ ثبات النزاع، وكذا الأمر بالنسبة لمبدأ المواجهة.

- تميز الأحكام في إطار مساطر معالجة صعوبات المقولة، بمجموعة من الخصوصيات سواء على مستوى المضمون أو التعليل، ويبقى من أهم هذه المميزات تعيين أجهزة المسطرة من قاض منتدب ونائب له والسنديك.

- القواعد الخاصة بالآثار المترتبة عن الأحكام الصادرة في هذه المادة، نظراً لطبيعتها الموضوعية، وسريانها ضد الكافة، خلافاً لمبدأ نسبية الأحكام المعمول به أمام القضاء العادي.

- القواعد المسطرية المتعلقة بالطعون، التي تخضع لها أحكام مساطر التسوية

والتصفية القضائية، نظرا لعدم خضوعها لجميع طرق الطعن، التي تمارس على الأحكام أمام القضاء العادي، إذ أن الأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية في إطار مسطرتي التسوية والتصفية القضائية، لا تقبل الطعن بالتعرض وإعادة النظر. فضلا عن أن هناك أحكاماً تقبل الطعن وأخرى لا تقبله، زيادة على تقليص الآجال وتوحيدها.

- كما تطرقنا للقواعد المتعلقة بالمساطر العابرة للحدود لصعوبات المقولة، لأن هذا النظام أصبح عبر الحدود أمرا يفرضه واقع الاقتصاد العالمي، وتعرضنا لإقليمية هذا النظام أو عالميته.

وقد توصلنا في هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتي سنوضحها في النقطة الموالية.

ثانيا: النتائج

تمتاز قواعد الإجراءات الجماعية بخصوصيات، باعتبارها تتضمن قواعد موضوعية وأخرى إجرائية. وتجمع الخصومة في مادة الإجراءات الجماعية العديد من الأطراف وتشمل علاوة عن الهيئة القضائية المدين والدائن. كما أن القانون يوزع الأدوار ويسند اختصاصات للمحكمة وللقاضى المنتدب وللنديك، بحيث تكون للخصومة خصائص تجعل إجراءات سير الدعوى فيها مختلفة عن النزاعات المدنية العادية، ولا يمكن سحب قواعد الإجراءات المدنية المألوفة عليها. فالخصومة موضوعها وضعية مقولة تجارية يسعى المشرع إلى إنقاذها متى كان ذلك ممكنا، أو إلى تصفيتها بالنسبة للميئوس منها. فالهدف المنشود ليس إقرار حق للمتقاضى، بل معالجة وضعيات خاصة اقتصاديا متأزمة بأخف الأضرار للمقولة المعنية، إذا كان ممكنا وللمتعاملين معها من دائنين وموردين.

وسعى المشرع من خلال إصلاح منظومة الإجراءات الجماعية بمقتضى قانون 17-73 إلى وضع نظام متناسق وشامل، لتفادي شوائب الوضع السابق الذي اتسم بعدم الاستقرار الإجرائي نتيجة الاجتهادات القضائية المتباينة، في غياب النص القانوني الواضح والدقيق المنظم لبعض الإجراءات كالطعون مثلا، حيث قام بتحديد المقررات القابلة للطعن بالاستئناف والجهة المخول لها الطعن فيها (المادة 762 من م. ت)، كما حدد شكلية الاستئناف وذلك بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة، كما حدد المقررات الخاضعة لتعرض

الغير الخارج عن الخصومة، وكذا الطعن بالنقض وأبعد الطعن بإعادة النظر صراحة والطعن بالتعرض ضمنياً.

إن مشروع 17-73 أعطى تعريفاً للتوقف عن الدفع، باعتباره شرطاً لازماً لافتتاح مساطر التسوية والتصفية القضائية، وذلك من خلال المادة 575 من مدونة التجارة والتي تتميز صياغتها بالمرونة لتمكين المحكمة من التأكد من واقعة التوقف التي تختلف حسب كل قضية على حدة، وإن واقعة التوقف تتأكد من خلال مقابلة أصول المقاول بخصومها. في حين أن ما يلاحظ من خلال الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء التجاري المغربي، يمكن القول على أن مفهوم التوقف عن الدفع مر بعدة مراحل، وكل مرحلة أعطى القضاء التجاري للتوقف عن الدفع مفهوماً معيناً، يتماشى ومرحلة النضج الفكري ومدى استيعاب القضاء التجاري لمساطر التسوية والتصفية القضائية.

- تغيير المفاهيم وكذلك الأهداف والمساطر التي جاء بها المشروع في إطار نظام صعوبات المقاول مقارنة مع نظام الإفلاس، ذلك أن المشروع الحالي بخصوص النظام الجديد اعتمد خطاباً اقتصادياً، وهذا يتضح من خلال عنوان هذا النظام الذي يتحدث عن المقاول، إضافة إلى مفاهيم ومصطلحات مرتبطة بالمقاول، من قبيل الصعوبات والأصول والخصوم، والموازنة الاقتصادية، والمالية والاجتماعية، ومخطط الاستمرارية، ومخطط التفويت، وأحسن العروض، ومن ثم ترجيح الاعتبارات والمعايير الاقتصادية على المعايير القانونية، وجعل القانون في خدمة الاقتصاد.

- تميز مساطر التسوية والتصفية القضائية عن المفاهيم المسطرية التقليدية، لكل من الدعوى وتعدد آليات فتح المسطرة والأطراف وخصوصية المصلحة بكونها مصلحة عامة وبجانبتها مصالح فردية ثانوية، كما أن الصفة هي نسبية وغير ثابتة.

- ومن خلال الاجتهاد القضائي بمناسبة بته في مساطر التسوية والتصفية القضائية، تبين لنا كيف استطاع التوجه القضائي، أن يضع حلولاً مختلفة عما كان معمولاً به، إذ أنه عمل على التأسيس لتوجه جديد على مستوى قواعد الشكل. كما أن هذه المساطر تعززت بسلطات تقديرية وتقريرية حقيقية من قبل القضاء في إخضاع المقاول للخيار

المسطري المناسب. وبذلك لم يعد القضاء في هذه المساطر يصدر مجرد قرارات قضائية في إطار الوظيفة المسندة إليه، وإنما دوره تجاوز ذلك ليصل إلى التدخل في الشؤون الإدارية والتجارية للمقولة، ومعرفة طريقة تدبير مواردها وأرباحها، وكذلك الاطلاع على الاستراتيجية الاقتصادية المتبعة من طرفها في إطار علاقاتها ومعاملاتها التجارية، وذلك بغية تذليل كل الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية المقولة وتضع حد لنشاطها. أما من حيث الآليات المسطرية، فنجد أن الدور القضائي الجديد تعزز ببنية مسطرية جديدة، حيث يعمل بطريقة مستقلة عن القواعد المسطرية العامة للقانون القضائي الخاص، ويؤسس لقانون مسطري جديد هو قانون مسطرة معالجة صعوبات المقولة، وتبين لنا ذلك من خلال قواعد الاختصاص، التي تسعى إلى تركيز كل النزاعات المتعلقة بوضعية المقولة في دائرة اختصاص واحدة تتميز بالطابع القطعي. كما أن هذا القانون المسطري الجديد تعرضنا له من خلال عدم ملائمة المبادئ التوجيهية للدعوى مع قانون صعوبات المقولة. فضلا عن أن قانون صعوبات المقولة سن نظاماً خاصاً لطرق الطعن، حيث سار في اتجاه تقلص نطاقها وتقصير الأجل وتبسيط الإجراءات بخصوصها.

ثالثاً: المقترحات

ألهمتنا مختلف النتائج التي استعرضناها أنفاً، اقتراحات نوجه بعضها إلى المسؤولين عن السياسة التشريعية ببلادنا، ونخص الممارسة القضائية ببعض الآخر. ففيما يخص الجانب التشريعي :

- تذبذب في المصطلحات أولاً، استعمال المشرع لمصطلحات قدمها كمرادفات، والحال أنها ليست كذلك، ففي خصوص الشخص المعني بهذا النظام، استعمل المشرع مصطلحات: المدين – المسير – رئيس المقولة، وهذه العبارات مربوطة بعلاقات قانونية بطبيعة مختلفة. ومن العبارة المستعملة يمكن التحقق في وجود الحق أو صلاحية أحد السلط، لكن هذا الإدراك لا يصح إلا في اختيار العبارة من قبل المشرع بإحكام من جهة، ومن جهة أخرى فالسلط الحقيقية تتطابق مع صحة العبارة المختارة، وبالتالي فالمصطلح كلمة وفكرة، والقانون هو علم صحيح من حيث مصطلحاته، فلا يجوز التذبذب

في المصطلحات خاصة في القوانين ولو كان ذلك لتجنب التكرار. وبذلك فالمشرع يستعمل مصطلحات مختلفة للتدليل في نفس الوقت على نفس الشخص المعني بأحكام القانون من ذلك استعماله لمصطلحات: المدين، التاجر، المقولة، رئيس المقولة، فبدا من الضروري إزالة هذا التذبذب وتوحيد المصطلحات والحديث مباشرة عن المقولة، مع التلميح في إطار فصول القانون إلى شكل المقولة فردية أو جماعية.

- ضرورة الاهتمام بالكفيل الذي يلعب دوراً هاماً في إطار إنقاذ المقولة التي تمر بصعوبات اقتصادية والذي زادت وضعيته تعقيداً بعد دخول الكتاب الخامس من مدونة التجارة الملغى والقانون الحالي، ومن خلال التطبيقات القضائية الصادرة في هذا المجال، ذلك أنه لا يجوز أن يكون الكفيل في وضعية أشد من وضعية المدين الأصلي، وإلا تصدع قانون التأمينات بفعل قانون الإجراءات الجماعية، مما يتعين إعمال مبدأ التيسير في تفعيل الكفالة.

- ندعو المشرع إلى وضع نص قانوني رادع على من يتقدم بطلب كيدي لفتح المسطرة في مواجهة المقولة، سواء كانت فردية أو جماعية، لما يسببه ذلك من ضرر يلحق بسمعتها.

- توسيع هامش مبادرات القاضي المنتدب ونائبه في مجال الاستخبار، بتقوية الوسائل الموضوعية رهن إشارته قصد الاستعلام، وفرض الجزاءات ووسائل الردع على مصادر إعلامه ضماناً لأداء واجبها تجاهه في هذا المجال.

- تفعيل دور القاضي المنتدب ونائبه في مسطرة التسوية القضائية عن طريق إعطائه صلاحيات أوسع في مجال إعداد الحل وتنفيذه، مع إحاطة صلاحياته الواسعة في مجال التصفية القضائية بالضمانات القانونية الكاملة التي تحقق رهان التخليق، وتعزز ثقة المتقاضين في مؤسسة القاضي المنتدب.

- مساطر معالجة صعوبات المقولة تتسم بالسرعة من جهة، وتصطبغ بالصبغة القضائية من جهة أخرى، إلا أن هذه المميزات سرعان ما تتلاشى عندما تصطبغ بالطابع الحمائي لمدونة الشغل، فتحد خصوصيات هذه الأخيرة من خصوصيات مساطر معالجة

صعوبات المقاول، ويتضح ذلك من خلال تطبيق المسطرة المنصوص عليها في المادتين 66 و 67 من مدونة الشغل المتعلقة بتسريح الأجراء لأسباب هيكلية أو تكنولوجية أو اقتصادية. ذلك أن الفصل لهذه الأسباب لا يصبح ساري المفعول إلا بعد توجيه إشعار بذلك إلى كل من المندوب الإقليمي للشغل وعامل العمالة أو الإقليم المعني طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 624 من مدونة التجارة. في حين أن تطبيق المسطرة المنصوص عليها في مدونة الشغل تتطلب على الأقل ثلاثة أشهر مما قد يؤثر على خاصية السرعة التي تتميز بها مساطر معالجة صعوبات المقاول. ونقترح في هذا الصدد أن يقتدي المشرع المغربي بالمشروع الفرنسي في هذا الإطار ويمنح سلطة القرار للقاضي المنتدب بدل أن يحمل السلطة الإدارية ذلك.

- يتعين خلق أجهزة للتدخل بشكل فعلي في مساطر معالجة صعوبات المقاول على غرار ما هو عليه الأمر في فرنسا، من أجهزة ذات صبغة اقتصادية تتمثل مثلا في هيئة الأسواق المالية التي تعتبر المراقب الأول للأسواق المالية. وإذا كانت الهيئة المغربية لسوق الرساميل هي من تسهر على حماية السوق المالي المغربي، فأين دورها فيما يتعلق بالمقاولات التي هي في مرحلة المعالجة إذ نجدها غائبة في هذا الإطار.

- يتعين حضور الدولة عبر مؤسساتها فيما يتعلق بإنقاذ المقاولات، فهناك ضعف تام لذلك، إذ أنه ما الفائدة من الغرف ذات الطابع الاقتصادي (غرف التجارة والصناعة والخدمات وغيرها...) إذا لم تقم بوقاية المقاولات التي تنضوي تحت لوائها.

- إيجاد قواعد موضوعية ومسطرية خاصة بتنفيذ الحماية الاجتماعية في كل مراحل نظام المساطر الجماعية، مع إيجاد آليات لضمان توصل الأجراء بمستحققاتهم في آجالها. فالملاحظ أن المشرع المغربي لم يكن في مستوى طموحات الطبقة العاملة، إذ لم يتبن نظاما للتأمين عن البطالة في حالة عجز المقاول عن أداء ديونها وعدم كفاية أصولها لسداد خصومها. لذلك كان لا بد للمشرع أن يأخذ بنظام التأمين على ديون الأجراء اقتداء بنظيره الفرنسي وذلك تفاديا للحالات التي تستغرق فيها الخصوم الأصول. على الرغم من أن المشرع سن قانون جديد للتعويض عن فقدان الشغل والصادر بمقتضي الظهير الشريف رقم

1.14.143 بتاريخ 25 شوال 1435 (22 غشت 2014) بتنفيذ القانون رقم 03.14 القاضي بتغيير وتنظيم الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 الصادر في 15 جمادى الآخرة 1392 (27 يوليوز 1972) المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، إلا أن هذا النظام يبقى محدودا ولم تتم مقارنته بكيفية شمولية. ذلك أنه لم يتضمن أية مقتضيات خاصة بحالات الإنهاء الذي يتم الإقدام عليه خلال سير مساطر صعوبات المقولة، كما أنه يقتصر على التعويض عن فقدان الشغل دون باقي التعويضات والمبالغ المستحقة للأجراء. وبما أن المصلحة الاجتماعية تحظى بأهمية خاصة في مساطر صعوبات المقولة كان من اللازم بغية حماية الطابع المعيشي للأجر، لكون الأجراء لا يستفيدون منه في مرحلة التوقف عن الدفع نظرا لكون المقولة تكون خزانة من السيولة فارغة، وذلك بإلزام المشغلين بالتأمين على أجراءهم ضد خطر عدم أداء أجورهم عند تنفيذ عقد الشغل في حالة دخول المقولة في مسطرتي التسوية أو التصفية القضائية، لأن فكرة التأمين على الأجور التي جاء بها المشرع الفرنسي هي فكرة فعالة، لأن الأجير في هذه الحالة يكون بعيدا عن كل مشاكل تحصيل ديونه لأنه على الأقل مؤمن عليها لمدة معينة.

أما من جانب الممارسة القضائية، فإن كان هناك من مقترحات أساسية يمكن أن نرشد بها في هذا المجال، فإننا نوصي بالخصوص على تحقيق ما يلي:

إن الدور الذي يلعبه القضاء في إنقاذ المقولة تحكمه عديد الإكراهات التشريعية والاقتصادية والاجتماعية... التي تجعل منه "سيدا في غير بيته الطبيعي" ديدنه في ذلك مراعاة مصالح كافة الأطراف حتى لا يؤول الإنقاذ إلى عملية جراحية، أو عملية قيصرية، من شأنها أن تعطي الحياة من جديد لمولود مشوه أو مولود لا يحتكم على أمل في الحياة. ولذلك يجب تفعيل القضاء الاقتصادي، عن طريق العناية بتكوين أطره تكويننا نوعيا متميزا. وهذا يقتضي بالضرورة أن يكون القاضي مزوداً بالمعرفة القانونية أولا، والاطلاع على ميادين المال والأعمال ثانيا، ليتأتى له القدرة على قراءة الوضعية المالية للمقولة، والتأكد من جدية الوثائق المحاسبية المقدمة.

❖ ضرورة تخصص القضاة المنتدبين ونوابهم والتأسيس لقضاء اقتصادي

بالمغرب. فالقاضي المنتدب يمارس مهامه في نطاق محكمة متخصصة هي المحكمة التجارية، وينبغي أن يوفر له إلى جانب التكوين القانوني تكوين اقتصادي حتى يمكنه النهوض بأعبائه كقاض اقتصادي.

❖ تأهيل وتكوين مساعدي القضاء، ذلك أن تكوين وتمرس السنادكة يؤثر في اقتراح الحلول والمشاريع المقدمة إلى المحكمة.

❖ وفي انتظار سد ثغرات التشريع يبقى الأمل معقوداً على الاجتهاد القضائي، لتجاوز العراقيل التي قد تقف في وجه ما تم بلورته من قصور مسطري، والعمل على تفسير النصوص لأجل التسريع بالإجراءات والعمل على توخي المرونة في هذا الإطار، من أجل الوصول إلى المبتغى من هذه المساطر. وفي انتظار ذلك نتمنى أن تسهم دراستنا هذه في إزالة بعض اللبس عن موضوع من قبيل خصوصيات القواعد الإجرائية في نظام مساطر معالجة صعوبات المقولة.

لائحة المراجع المعتمدة

أولاً: المراجع باللغة
العربية

I- الكتب

- إبراهيم نجيب سعد : القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني الخصومة القضائية أمام الدرجة الأولى ، الحكم القضائي ، 1980 منشأة المعارف بالإسكندرية.
- أجياد تامر نايف الدليمي : الاعتراض على الحكم الغيابي، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة دار الكتب القانونية مطابع شتات السنة 2011
- أحمد أبو الوفا : التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الثالثة منشأة المعارف الإسكندرية 1987.
- احمد أبو الوفا : نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف الطبعة الثامنة بدون سنة.
- أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الثالثة عشر 1980 والطبعة الخامسة عشر 1990.
- أحمد السيد صاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة 1981.
- احمد شكري السباعي : الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء الرابع، نظام الإفلاس، دار الكتب العربية بالرباط، الطبعة الرابعة 1983.

- أحمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض
المقولة ومساطر معالجتها، دراسة معمقة في قانون التجارة
المغربي الجديد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى مطبعة المعارف
الجديدة الرباط 2000.
- أحمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض
المقولة ومساطر معالجتها، دراسة معمقة في قانون التجارة
المغربي الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الأولى مطبعة
المعارف الجديدة الرباط 2000
- أحمد عبد الكريم سلامة : علم قاعدة التنازع والاختبار بين الشرائع، الطبعة الأولى
مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.
- أحمد فتحي سرور : النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة
1997.
- أحمد محمد حشيش : نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية
2002.
- أحمد مليجي : تحديد نطاق الولاية القضائية والاجتهاد القضائي، دار
النهضة العربية القاهرة 1993.
- أحمد مليجي : أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، الطبعة الثانية،
دار النهضة العربية القاهرة 1991.
- أحمد مسلم : أصول المرافعات، القاهرة، 1971.
- أحمد محمود خليل : الإفلاس التجاري والإعسار المدني، منشأة المعارف،
الإسكندرية 1994.

- احمد محمد محرز : القانون التجاري، عمليات المصارف، الإفلاس، 1998.
- إدريس العلوي العبدلاوي : وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات الكتابية، الشهادة، القرائن، الإقرار، اليمين، الطبعة الأولى 1977.
- إدريس العلوي العبدلاوي : القانون القضائي الخاص، الجزء الأول الطبعة الأولى 1984 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- إدريس العلوي العبدلاوي : القانون القضائي الخاص، الجزء الثالث، طرق الطعن في الأحكام، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش 1985.
- إدريس بلمحجوب : قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، الجزء الثاني الطبعة الأولى 2005.
- آدم وهيب النداوي : المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل 1988.
- إدوار عيد : أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدفع، الجزء الثاني مطبعة باخوس وشروتي بيروت 1973.
- اسحق إبراهيم منصور : نظرية القانون والحق، وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية 1999.
- السيد العربي حسن : الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية، دراسة مقارنة بين النظامين الإسلامي والانجلو أمريكي، القاهرة، دار النهضة العربية 1999.

- الشرقي حرات : الدفوع الشكلية في المادة المدنية، مطبعة الأمنية الرباط بدون تاريخ.
- الطيب الفصايلي : الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الأول. مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الثانية 1993.
- امحمد لفروجي : صعوبات المقولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها الطبعة الأولى فبراير 2000. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- امحمد لفروجي : الشيك إشكالياته القانونية والعملية الطبعة الأولى مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1999.
- امحمد لفروجي : التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقولة، سلسلة دراسات قانونية معمقة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. بدون سنة.
- أمين مصطفى محمد : التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2011.
- أمينة مصطفى النمر : أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية بدون مكان الطبع 1988.
- أمينة مصطفى النمر : قانون المرافعات، الكتاب الأول، الطبعة الثانية منشأة المعارف الإسكندرية 1992.
- اياد بردان : التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى بيروت 2004.

- بدرخان عبد الحكيم : معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام،
إبراهيم ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة 1994.
- بندر محمد طاهر الشريف : مبدأ المواجهة في التنفيذ الجبري، دراسة مقارنة، الطبعة
الأولى، 2013 منشورات الحلبي الحقوقية.
- بنسالم أوديجا : الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات
المطبوعة دار القلم الرباط الطبعة الأولى 2009.
- ثروت عبد الرحيم : شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول،
الطبعة الثالثة سنة 2000.
- جواد امهمول : الوجيز في المسطرة المدنية – مجموعة القانون المسطري-
مطبوعة الأمنية الرباط 2015.
- حازم جمعة : النظام القانوني للشركات المشتركة دار النهضة العربية
1993.
- حبيب عبيد مرزة : الخصم في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى
العماري 2012 منشورات الحلبي الحقوقية.
- حسام مهني صادق : الآثار الإجرائية للحكم القضائي المدني، دراسة مقارنة بين
الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية المركز
القومي للإصدارات القانونية الطبعة الأولى 2010.
- حسن المصري : القانون التجاري والإفلاس، بدون مكان نشر الطبعة الأولى
1978.
- حمدي عبد الرحمان : فكرة القانون، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي 1979.

- ربيع حسين العلي : الإفلاس في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2014.
- رشاد نعمان شايع العامري : الآثار المالية للإفلاس على الشخص الطبيعي المدين، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2013.
- رضا المزغني : أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة – السعودية 1985.
- رضا عبيد : الأوراق التجارية والعقود التجارية، وعمليات البنوك والإفلاس، مطبعة السعادة، الطبعة الرابعة سنة 1988.
- رضوان فايز نجيم : أحكام قانون التجارة الجديد في الإفلاس، دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الثانية 2000.
- رمزي الشاعر : المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية الطبعة الأولى 1978.
- رمزي سيف : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة التاسعة 1969 – 1970 دار النهضة العربية القاهرة
- راميا الحاج : مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2008.
- سجي عمر شعبان آل عمرو : دور الخصوم في الإثبات المدني، دراسة مقارنة سنة النشر 2012 مطابع شتات، دار شتات للنشر والبرمجيات.
- سعيد أحمد شعلة : قضاء النقض في المواد التجارية 2004 توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية.
- سعيد الهياجنة : آثار حكم شهر الإفلاس على حماية الدائنين طبعة 1993 بدون مكان النشر.

- سميرة عبد الله مصطفى : فترة الريبة دراسة مقارنة مطابع شتات 2011.
- سيبيل جلول : نظام الإفلاس وخصائصه، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2012.
- سيد أحمد محمود : التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية القاهرة 2007.
- ضياء شيت خطاب : الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية مطبعة العاني بغداد 1973.
- طلعت يوسف خاطر : الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية (قانون المرافعات المدنية والتجارية)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع المنصورة طبعة 2010.
- عبد الحكم شرف والسعيد : دراسات في قانون المرافعات الطبعة الثالثة 2000-2001. الازمازي
- عبد الرحمان العلام : شرح قانون المرافعات المدنية الجزء الثاني مطبعة العاني بغداد 1970.
- عبد الرحيم شميعة : شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقاول في ضوء القانون 17-73، مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الأولى 2018.
- عبد السلام ذيب : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر الجزائر، الطبعة الثالثة 2012.

- عبد العزيز توفيق : آجال الإجراءات في التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1990.
- عبد العزيز توفيق : شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي الجزء الأول مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1995.
- عبد العزيز توفيق : قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2003.
- عبد القادر الرافعي : المجلس الأعلى كمحكمة للنقض المدني، طبع ونشر مكتبة القلم الطبعة الأولى 2005.
- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية الطبعة السادسة أكتوبر 2012 المطبعة الوراقة الوطنية.
- عبد الاله المحبوب : الوجيز في شرح قانون المسطرة المدنية – الدعوى- الأحكام وطرق الطعن – أحكام الحجزات، الطبعة الخامسة عشر مطبعة دار القلم الرباط.
- عبد اللطيف خالفي : الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية الجزء الأول طبعة 2004.
- عبد المنعم الشرقاوي : نظرية المصلحة في الدعوى الطبعة الأولى 1947.
- عبد المنعم زمزم : الإفلاس في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة 2006.
- عاشور مبروك : الوسيط في قانون القضاء المدني "قوانين المرافعات" دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية 1996 مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصور.

- عباس العبودي : شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل 2000.
- عزمي عبد الفتاح : واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية 1992-1993.
- عزيز العليكي : الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد، أحكام الإفلاس مطبعة دار السلام الطبعة الأولى 1973.
- عزيز العليكي : أحكام الإفلاس والصلح الواقعي، دراسة مقارنة مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1997.
- علي البارودي : القانون التجاري اللبناني دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1994.
- علي الزيني : الإفلاس الجزء الثالث مطبعة الحرية الطبعة الثانية 1946.
- علي عبد العزيز بن علي العميريني : الدعوى وسبب الدعوى في الفقه الاسلامي مع إجراء مقارنة بين الفقه الاسلامي وفقه القانون المدني، دار الحسين - دمشق بدون تاريخ.
- علي جمال الدين عوض : الإفلاس الجزء الثاني، دار النهضة العربية القاهرة 1975. ومحمود سمير الشرقاوي
- علي حمودة : القواعد المنطقية لفهم الواقع والقانون بدون سنة ودار النشر.
- علي محمد إبراهيم : أصول الدعوى المدنية مطبعة الزمان بغداد 1999.
- الكرباتي

- علال فالي : مساطر معالجة صعوبات المقولة، مكتبة دار السلام الرباط دجنبر 2011.
- عمارة بلغيت : الوجيز في الإجراءات المدنية دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر دجنبر 2002.
- عمر ازوكر : قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية، منشورات دار القضاء بالمغرب مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- فتحي والي : قانون القضاء المدني في الاتحاد السوفياتي، بدون تاريخ ومكان الطبع.
- فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني الطبعة الثالثة 1993 دار النهضة العربية القاهرة.
- فايز محمد حسين : دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه دراسة في فلسفة القانون دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2011.
- كامل عبده نور : مبدأ حياد القاضي الجنائي دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2017.
- كمال محمد أبو سريع : القانون التجاري (الإفلاس طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد) كلية الحقوق جامعة الزقازيق 2002.
- محسن شفيق : القانون التجاري المصري، الإفلاس الجزء الثاني مطبعة دار نشر الثقافة الإسكندرية الطبعة الأولى 1951.
- محمد العشماوي : فواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن الجزء الثاني المطبعة النموذجية القاهرة طبعة سنة 1957.
- وعبد الوهاب العشماوي

- محمد العمري : حماية المصلحة الفضلى للحدث في التشريع الجنائي المغربي
مطبعة الأمانة الرباط. الطبعة الأولى 2017.
- محمد الكشور : طلب النقض بسبب خرق قواعد الموضوع وخرق قواعد
الإجراءات مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى
2006.
- محمد السيد الفقي : القانون التجاري: الإفلاس – العقود التجارية – عمليات
البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2005.
- محمد السيد عرفة : الإفلاس في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية
القاهرة الطبعة الثانية 2008.
- محمد عزمي البكري : موسوعة الفقه والقضاء في الإفلاس طبقا للقانون رقم 11
لسنة 2018 الطبعة الأولى 2018 دار محمود للنشر والتوزيع
المجلد الثاني.
- محمد لمعكشاوي : الوجيز في الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها في ضوء
قانون المسطرة المدنية الطبعة الأولى 2011 مطبعة النجاح
الجديدة الدار البيضاء.
- محمد كرام : الوجيز في مساطر صعوبات المقابلة في التشريع المغربي
الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش الطبعة
الأولى 2010.
- محمد كرام : مساطر صعوبات المقابلة في التشريع المغربي في ضوء
القانون رقم 17-73 الجزء الأول المطبعة والوراقة الوطنية
الطبعة الأولى 2019.

- محمد كمال عبد العزيز : تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الطبعة الثالثة 1995.
- محمد علي الكيك : رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية الإسكندرية 1988.
- محمد محمود إبراهيم : النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات القاهرة دار الفكر العربي 1982.
- محمود السيد التحيوي : حضور صاحب الصفة الإجرائية في الدعاوى القضائية دار الجامعة الجديدة للنشر 2003.
- محمود السيد التحيوي : الطعن في الأحكام القضائية دار الفكر الجامعي 2007.
- محمود السقا : المنطق القانوني والمنطق القضائي القاهرة 2001.
- محمود محمد هاشم : قانون القضاء المدني الجزء الثاني بدون دار النشر 1989.
- محمود مختار بريري : التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة طبعة 1998.
- مدحت المحمود : الأحكام وطرق الطعن فيها مطبعة الخيرات بغداد 2000.
- مرتضى حسين إبراهيم : النظام الإجرائي لإفلاس الشركة المساهمة والدعاوى الناشئة عنها، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب الطبعة الأولى 2014.
- مامون الكزبري - : شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجزء العلوي الثاني، الدعوى، الإجراءات أمام المحاكم، الصكوك - مطابع إدريس العبدلاوي دار القلم بيروت 1973.

- مصطفى كمال طه : القانون التجاري (الأوراق التجارية والإفلاس) الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت بدون سنة.
- مصطفى كمال طه : أصول الإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية طبعة وائل أنور بندق- 2016.
- مصطفى مجدي هرجة : طرق الطعن في الأحكام، العادية والغير عادية الطبعة الأولى 2016 دار محمود.
- منصف الكشو : قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات" دراسة نظرية وتطبيقية بدون دار الطبع سنة 2015.
- نبيل إسماعيل عمر : الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية منشأة المعارف الإسكندرية 1980.
- نبيل إسماعيل عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة للنشر 1994.
- نبيل إسماعيل عمر : سقوط الحق في اتخاذ الاجراء في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة 2010.
- نبيل إسماعيل عمر : امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي دار الجامعة الجديدة 2011.
- نبيل إسماعيل عمر : سلطة القاضي التقديرية في المسطرة المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2011.
- نبيل إسماعيل عمر : الحكم القضائي دراسة لبعض البحوث الفنية للحكم القضائي دار الجامعة الجديدة 2016.

- نبيل إسماعيل عمر : تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة 2016.
- ندى خير الدين العبيدي : الدفع الإجرائية في الدعوى المدنية دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى 2014.
- نور الدين لبريس : نظرات في قانون المسطرة المدنية مطبعة الأمانة الرباط الطبعة الأولى 2012.
- همام محمد محمود : الوجيز في الإثبات، المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر 2003. زهران
- وجدي راغب فهمي : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات 1974 دار الفكر العربي بالقاهرة.
- وجدي راغب فهمي : مبادئ الخصومة المدنية دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات دار الفكر العربي القاهرة 1976.

الرسائل والأطروحات

- أبو جعفر عمر المنصوري: فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية دار الجامعة الجديدة 2010، أصل هذا الكتاب أطروحة لنيل الدكتوراه جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق.
- أجياد تامر نايف الدليمي: إبطال عريضة الدعوى للإهمال بالواجبات الإجرائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل 2011.
- احميدو أكري: الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول، دراسة تحليلية وتأصيلية ومقارنة، أطروحة دكتوراه الدولة في الحقوق شعبة القانون الخاص جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 1993- 1994.

- آدم وهيب النداوي: دور الحاكم في الإثبات دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مكتب روعة للطباعة الطبعة الأولى 2001.

- آدم وهيب النداوي: مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات، الناشر الدار الدولية الطبعة الأولى 2001 رسالة دكتوراه.

- إسماعيل أوبلعيد: الطرق البديلة لتسوية المنازعات، الطبع طوب بريس، الرباط الطبعة الأولى 2015، أصل هذا الكتاب أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الخامس الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال فبراير 2015.

- الطيب برادة: إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1996 مطبعة المعارف الجديدة الرباط، أصل الكتاب أطروحة لنيل الدكتوراه.

- القطب محمد طبلية: العمل القضائي في القانون المقارن، والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون لكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1965.

- المصطفى الكيلة: خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري، بحث في النزاعات المثارة بسبب التعرض على مطلب التحفيظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة السنة الجامعية 2009 – 2010.

- المهدي شبو: مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق السنة الجامعية 2004.

- الأنصاري حسن النيداني: مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة لنيل دبلوم الدكتوراه في القانون مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1965.

-إلهام المودان: نطاق سلطات المحكم في خصومة التحكيم، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط السنة الجامعية 2014 -2015.

-أيوب عبد الرزاق : التكييف القانوني، الأسس النظرية والجوانب العملية، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء 2004.

- بدر خان عبد الحكيم إبراهيم: المعيار المميز للعمل القضائي – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون لكلية الحقوق جامعة القاهرة 1984.

- بسمة محمد كاظم: الإفلاس الدولي وحماية حقوق الدائنين، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2017، أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه جامعة عمان العربية للدراسات العليا الأردن.

- جلال محمد امهمول: نظام الدفوع في قانون المسطرة المدنية، التأصيل الفقهي والمظاهر التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء السنة الجامعية 1997 – 1998.

- جليل الساعدي: كفالة حق الدفاع أثناء نظر الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد 1993.

- خديجة مضي: مسؤولية البنك في إطار مساطر المعالجة، دراسة تحليلية على ضوء التشريع المغربي والمقارن أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص – قانون الأعمال- جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2005 – 2006.

- سعيد المعتصم: دور الإرادة في إنهاء الخصومة المدنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الخامس أكادال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 2013 – 2014.
- سعاد موافق: تعدد أطراف الدعوى وأثره في قانون المسطرة المدنية – دراسة مقارنة- مطبعة الأمنية الرباط 2015، أصل هذا الكتاب أطروحة دكتوراه.
- صابرينا البجدايني: القواعد الإجرائية في مدونة الأوقاف مطبعة المعارف الجديدة الرباط طبعة 2015، أصل هذا الكتاب رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية نوقشت يوم 2014/10/30.
- صالح لهمام: سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى المدنية، التأسيس الفقهي والمظاهر التشريعية والقضائية، المطبعة والوراقة الوطنية الطبعة الأولى 2018، أصل هذا الكتاب أطروحة لنيل الدكتوراه جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش.
- عادل محمد جبر شريف: الانقضاء الموضوعي للخصومة المدنية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار شتات للنشر والبرمجيات سنة النشر 2013، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر.
- عبد الحميد أخريف: الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لمعالجة صعوبات المقالة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة السنة الجامعية 2000-2001.
- عبد الرحمان اللمتوني: دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس أكادال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 2010-2011.

- عبد الرحيم السلماني: القضاء التجاري بالمغرب ومساطر صعوبات المقولة، دراسة نقدية ومقارنة، المطبعة طوب بريس الرباط الطبعة الأولى 2008، أصل هذا الكتاب أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال السنة الجامعية 2004-2005.
- عبد الصمد عدنان: مدى حياد القاضي الجنائي في ظل خصوصية النظام القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2013 – 2014.
- عبد العزيز بديوي: الطعن بالنقض، والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس 1969.
- عبد العزيز حضري: التوقف عن الدفع في الإفلاس في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق الرباط 1985.
- عبد العزيز حضري: القواعد الموضوعية لاستئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي، مساهمة في نظرية جديدة للطعن بالاستئناف، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004.
- عبد العزيز ميلودي: محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية، ماجستير جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير السنة الجامعية 2006-2007.
- عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، منشورات المعارف طبعة 2013، أصل هذا الكتاب أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس.
- عبد الكريم المساوي: القواعد الإجرائية أمام المحاكم الإدارية، مطبعة البيضاوي الطبعة الأولى 2012، أصل الكتاب أطروحة دكتوراه جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال 2009.

- عبد الكريم عباد: دور القضاء في معالجة صعوبات المقولة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال جامعة الحسن الثاني عين الشق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء السنة الجامعية 2003-2004.

- عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة كلية الحقوق الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1998.

- عبد المنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى رسالة دكتوراه، القاهرة، الطبعة الأولى 1947.

- علاء اباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2008، أصل هذا الكتاب رسالة لنيل درجة ماجستير في قانون الأعمال.

- عمر بوخدة: سبب الطلب في الخصومة المدنية، نظرا وتطبيقا، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى 2008، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق نوقشت بجامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سنة 2005.

- عمر الشيكرك: الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة، دراسة تأصيلية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012، أصل الكتاب رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني جامعة محمد الخامس الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال 2007.

- عيد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، رسالة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي القاهرة دار النهضة العربية 1996، رسالة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى كلية الزقازيق 1992.

- فاتحة مشماش: الصفة العقابية للإفلاس، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون الخاص كلية الحقوق الرباط 1995.

- فارس عمر الجرجري: مبدأ حياد القاضي، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات سنة النشر 2012، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة الموصل 1999.

- كريم ايت بلا: استمرارية المقولة في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون المقاولات، جامعة محمد الخامس الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال السنة الجامعية 2003-2004.

- لحسن زهران: التصفية القضائية للمقولة وفق التشريع والقضاء – أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء عين الشق، السنة الجامعية 2004-2005.

- محمد أبو الحسين: تفويت المقولة كحل في إطار التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء السنة الجامعية 2002-2003.

- محمد السماحي: نظام التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي، دراسة مقارنة طبع بنميد الدار البيضاء 1985، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص جامعة محمد الخامس الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية 1983.

- محمد العروصي: مصير العقود الجارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة قانون التجارة والأعمال جامعة محمد الخامس الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط السنة الجامعية 2004 – 2005.

- محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق الدار البيضاء 1986 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2001.

- محمد زلايجي: نظرية السبب في القانون القضائي الخاص أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق مطبوعات الهلال وجدة الطبعة الأولى 2007.
- محمد صابر: الأثر الناقل لاستئناف الأحكام المدنية في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض مراكش كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2009-2010.
- محمد لمعمري: قرارات المجلس الأعلى وآثارها في المادة المدنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2008-2009.
- محمد نشاط: الاتجاهات الحديثة للقضاء التجاري في مساطر معالجة صعوبات المقولة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث – قانون الأعمال- جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات السنة الجامعية 2016-2017
- نجلاء توفيق نجيب فليح: عبء الإثبات في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة الموصل 1998.
- ندى خير الدين العبيدي: الدفع الإجرائية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى 2014، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق.
- يحيى عبد الرحمان رضا : الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية 1994.

ثالثا: المقالات

- ✓ إدريس بنشقرون: القاضي وصعوبات المقولة، مقال منشور بمجلة القصر مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. العدد 4 – يناير 2003 هامش 1 ص 70.

✓ إدريس السماحي: أثر قانون صعوبات المقابلة على نظرية العقد، مقال منشور بمجلة القسطاس مجلة تصدرها هيئة المحامين بمكناس عدد مزدوج 8 و 9 دجنبر 2015 ص 55 وما يليها.

✓ التوفيق شبشوب: الطعون في قانون الإجراءات الجماعية، مقال مقدم في أعمال اليوم الدراسي الذي انتظم بنزل الزيتونة بصفافس في 18 أكتوبر 2016 المتعلق بالقانون الجديد للإجراءات بصفافس مجمع الاطرش الطبعة الثانية 2018.

✓ الحسن سيمو: "استقلالية القضاء" مقال منشور بمجلة الإشعاع مجلة تصدرها هيئة المحامين بالقنيطرة العدد التاسع عشر يونيو 1999.

✓ القاضي حبيب مزهر: دور القاضي حيال العناصر الواقعية والقانونية في الدعوى المدنية، مقال منشور بندوة دور القاضي في الخصومة، وحدة الهدف وتعدد الأدوار، الجزء الأول، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2012.

✓ المهدي شبو: محاولة تأصيل الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية على ضوء المادة 5 من قانون رقم 95-53 مقال منشور بمجلة المنتدى مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني مراكش، العدد الأول خاص بالمحاكم التجارية أكتوبر 1999 ص 78.

✓ المهدي شبو: لماذا تبنى المشرع المغربي نظام صعوبات المقابلة؟ مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية مجلة تصدر عن هيئة المحامين بالدار البيضاء عدد 89 ص 57.

✓ امحمد لفروجي: الدفع بعدم الاختصاص النوعي في قانون صعوبات المقابلة مجلة الإشعاع مجلة تصدر عن هيئة المحامين بالقنيطرة العدد 21 يونيو 2000 ص 294.

✓ امحمد لفروجي: وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقابلة، مقال منشور بأشغال الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة طنجة 21-22 يونيو 2007 صعوبات المقابلة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى مطبعة الأمانة الرباط 2007.

- ✓ بسمه محمد نوري كاظم البكري: مدى فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حل قضايا الإفلاس عبر الحدود دراسة تحليلية في القانون العراقي والقانون الأردني، مجلة الفقه والقانون العدد 25، نونبر 2014.
- ✓ بوزيان الفهمي: علاقة مدونة التجارة بالقانون الجنائي، مقال منشور بمجلة القصر، مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء العدد 14- ماي 2006، ص 36.
- ✓ رياض فخري: التحكيم وصعوبات المقولة أية علاقة؟ مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية تصدرها هيئة المحامين بالدار البيضاء عدد 117.
- ✓ سيد احمد محمود: شرط المصلحة في الدعوى القضائية وشرط استمراريتها، مداخلة منشورة بمجلة الحقوق مجلة فصلية تصدرها جامعة الكويت ملحق العدد الرابع دجنبر 2001.
- ✓ عبد الرحيم السلماني: افتتاح مسطرة معالجة صعوبات المقولة من طرف المحكمة التجارية تلقائيا ومدى نجاعتها، مقال منشور بمجلة القصر، مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، عدد 3-شتنبر 2002 ص 67.
- ✓ عبد الرحيم السلماني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقولة، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد الأول دجنبر 2002 ص 24.
- ✓ عبد الرحيم السلماني: التصريح بالديون في إطار مسطرة معالجة صعوبات المقولة الإجراءات والآثار، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد الثالث شتنبر 2003 ص 11.
- ✓ عبد العزيز حضري: الطعن في أوامر القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقولة، مقال منشور بمجلة القانون الاقتصادي مجلة قانونية مطبوعات الهلال وجدة العدد الأول دجنبر 2007.

- ✓ عبد الكريم كرش: صعوبة المقابلة مرامي اجتماعية وقواعد ناقصة، مقال منشور بمجلة الحدث القانوني العدد 20- نونبر 1999 ص 4.
- ✓ عبد المجيد غميجة: دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية مجلة تصدرها هيئة المحامين بالدار البيضاء، العدد 120 ماي – يونيو 2009 ص 16.
- ✓ عبد المجيد غميجة: المفهوم الجديد لدور النيابة العامة أمام المحاكم التجارية، مقال منشور بمجلة الحدث القانوني العدد 12 – يناير 1999 ص 3.
- ✓ عزمي عبد الفتاح: شرط المصلحة في الدعوى مجلة الحقوق مجلة تصدرها جامعة الكويت ملحق العدد الرابع 2001.
- ✓ عمر بوخدة: تكييف الدعوى المدنية مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة مجلة دورية تصدرها هيئة المحامين بالرباط العدد 5-ابريل 1988 مطبعة المعارف الجديدة الرباط.
- ✓ عمر الاسكرمي المرابط: التحكيم ونظام صعوبات المقابلة، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات مجلة فصلية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء العدد 8 - ماي 2005.
- ✓ فايز محمد حسين محمد: المنطق القانوني ودور القاضي في الخصومة، دراسة الأسس المنطقية لدور القاضي في تطبيق القانون، مقال منشور بكتاب دور القاضي في الخصومة، الجزء الأول المؤتمر العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية ببيروت، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2012.
- ✓ محمد أبو الحسين: تفويت المقابلة كحل في إطار التسوية القضائية، منشور بمجلة المنتدى مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني - مراكش العدد الثالث يونيو 2002.
- ✓ محمد الكشور: نظام التصدي ووظيفة المجلس الأعلى، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون مجلة تصدرها وزارة العدل مرتين في السنة، السنة 26 العدد 139.
- ✓ محمد ايت بلحسين: إطلالة على نظام الإفلاس الأمريكي، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، مجلة تصدرها وزارة العدل العدد 165 – يونيو 2015 ص 67.

- ✓ محمد شيلح: القانون والاقتصاد بين الانفصال والاتصال، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي تصدر عن مركز قانون الالتزامات والعقود جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الحقوق فاس العدد الثاني يناير 2009 مطبعة البلايل فاس ص 7.
- ✓ محمد قرطوم: سلطة المحكمة في خلق توازن بين حقوق المدين والدائن بمناسبة فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاول، مقال منشور بمجلة المحاكم التجارية منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد الأول مطبعة فضالة المحمدية 2004.
- ✓ مقني بن عمار: سقوط الحق الإجرائي، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني مجلة نصف سنوية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث القانونية والقضائية مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2016 العدد 11 - أكتوبر 2016.
- ✓ وجدي راغب فهمي: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس العدد 1 السنة 18-يناير 1976، ص 7.
- ✓ يوسف بورضى: مفهوم الإحاطة في الفقه الإسلامي المقارن نحو تجاوز المفهوم الحديث للتوقف عن الدفع، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري مجلة علمية نصف سنوية العدد التاسع/العاشر السنة الخامسة، شتاء/خريف مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2017 ص 79.

I – OUVRAGES

- BLERY (C) : « L’efficacité substantielle des jugements civils », L.G.D.J. 2000.
- BRAHMI (N) : L’intervention judiciaire dans les procédures de redressement des entreprises en difficultés économiques »
- BORE (J) :« La cassation en matière civile » DALLOZ 1997.
- BOUDAHRAIN (A) : Les voies de recours en matière civile (droit et sociologie judiciaire) Edition, S.E.C.E.A Casablanca 1986.
- CADIET (L) : Droit judiciaire privé, litec, 3^e éd, 2000.
- CHARTIER (Y) : Droit des affaires, entreprises en difficultés, vol 3 Themis 1989.
- CHAPUT (Y) : Droit des entreprises en difficulté et faillite Personnelle, P U F, 1996.
- COMPANA (MJ) : Droit de l’entreprise, l’essentiel pour comprendre droit des entreprises en difficultés, édition Lamy 2000- 2001 Paris

- CORNU (G) et FOYER (J) : « Procédure civile, P U F, Thémis, 3^e Ed, 1996.
- CORNU (G) : Vocabulaire juridique, association H/Capitant 8^{ème} éd. PUF 2000.
- DAVID(B) : « L'arbitrage dans le commerce international », economica, 1982.
- DERRICA (F), GODE (P), SORTAIS (J.P) : Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, DALLOZ, 3ed, 1991
- DENIER (P) : « Le caractère suspect de l'absence de période suspecte », Dalloz 1993.
- DIDIER (P) : « Droit commercial, T4, l'entreprise en difficulté PUF, Thémis, 2^{ed} 1999 ».
- FOUCHARD (PH), GAILLARD et GOLDIMAN (B) : « Traite de l'arbitrage commercial international, litec 1996.

- GUINCHARD (S), : « Droit processuel – droit
BANDRAC (M), LA commun du procès, DALLOZ
GARDE (X) et 2001, 1^{er} éd.
- GUYON (Y) : « Droit des affaires, T2,
Economica 8^{ed} 2001.
- HERON (J) : « Droit judiciaire privé,
Montchrestien 1991.

- IDRISSI ALAMI : Droit commercial
MACHICHI (M) fondamental au Maroc,
imprimerie Fedala 2006.
- JACQUEMONT (A) : Procédures collectives,
Litec, 2^e Ed, 2002.
- JACQUEMONT(A), : Droit des entreprises en
CLABRES(R), difficultés, 1^e édition,
MASTRULLO(T). LexisNexis Paris 2017
- JARROSSON (CH) :« La notion d’arbitrage »,
l’arbitrage, LGDJ 1987.
- JEANTIN (M) : « plan de redressement »
Ann.Univ, Toulouse 1986.

- JEANTIN (M) et LE CANNU (P) : « Droit commercial – instruments de paiement et de crédit- Entreprises en difficultés, DALLOZ 5^e éd 1999.

- LAETITIA ANTONINI-COCHIN ET LAURENCE-CAROLINE HENRY : L’essentiel du droit des entreprises en difficulté, Gualino l’extenso éditions, 3^{eme} édition, Paris 2012.

- LECORRE (P.M) : « Droit et pratique de procédures collectives » 9^{eme} Ed, Dalloz référence, 2016.

- LEGAL (J.P) : « Droit commercial –prévention et règlement des difficultés des entreprises », Mémentos, Dalloz 9^{ème} Ed.

- MARTIN (J.F) : Redressement et liquidation judiciaire 7^{eme} édition DELMAS 1999.

- PEROCHON (F) et BONHOMME (R) : « Entreprises en difficulté instruments des crédits et de paiement, L.G.D.J 5^{eme} Ed 2001.

- PERROT (R) : « Institutions judiciaires, Montchrestien, 9^{ème} Ed 2000.

- PETEL (P) : « Procédures collectives, DALLOZ 3^{ème} Ed, 2001.
- RENOUARD (A.CH) : « Traité des faillites et banqueroutes », Tome 1.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C). : « Droit des entreprises en difficulté Montchrestien, 4^{ème} Ed, 2001.
- SOINNE (B) : « Traité des procédures collectives, Litec, 2^{ème} Ed 1995.
- SOLUS (H) et PERROT (R) : « Droit judiciaire privé, paris 1961 ; Tome1.
- SQUALI (A) : « Droit et pratique en matière de faillite et de liquidation des entreprises, édition, SOFA press. 1995.
- VALLANSAN (J) :« Redressement et liquidation judiciaires, commentaire article par article de la loi du 25 Janvier 1985 et du décret du 27 décembre 1985, Litec, 2000.
- VINCENT (T) et GUINCHARD (S) : « Procédure civile, Dalloz, paris Ed 26, 2001.

II- THESES

- AMRANI – MEKKI (S) : Le temps et le procès civil, thèse pour le doctorat en droit de l'université panthéon- Sorbonne (Paris) présentée et soutenue publiquement le 20 décembre 2000.
- Abdellaoui (N) : L'intervention du juge dans les difficultés des entreprises : Aspects théoriques et pratiques, université sidi Mohamed ben Abdellah, faculté de droit Fès, 2017 – 2018.
- BACHLOUCH SAIDA : La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain, thèse pour le doctorat en droit. Université Paris-Est, 2012.
- BAMBA MACHAMI : De l'efficacité des procédures collectives : étude comparée des législations anglaise et française, thèse pour le doctorat en droit, université de Toulouse, 2015.
- BERLINER (H) : Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté, thèse NICE 1990.
- BOUDAHRAIN (A) : Les voies de recours dans l'organisation judiciaire, thèse de doctorat du 3eme cycle NICE 1979.

- BOTTIAU (A) : Faillite internationale et groupe de sociétés, Thèse, Lille II 1989.
- CASTELLAN (S-D) : Le juge commissaire dans la faillite et le règlement judiciaire, thèse, Sirey 1965.
- CROZE (H) : Recherche sur la qualification en droit processuel français, thèse, Lyon III, 1981.
- ELHAJJAMI (A) : Le redressement des entreprises en difficultés en droit marocain, thèse Metz 1998.
- EUDIER (F) : Ordre public substantielle et office du juge, thèse, Rouen 1994
- FRISON – ROCHE (M.A) : Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel) Thèse, présentée et soutenue publiquement le 9 juin 1988 à l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de paris (Paris II).
- JEANNEROT (P) : l'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire, thèse, Paris, 1992.
- JOUFFIN (E) : Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, thèse, L G D J 1998.

- KOUAMO DARLY RUSSEL : L'implication du salarié dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun, thèse pour le doctorat en droit privé, unité de recherche, droit et changement social, université de Nantes, 2018.
- LEBARS (T) : Le défaut de base légale en droit judiciaire privé, thèse, L.G.D.J 1997.
- LA GARDE (X) : Recevabilité et fond dans la théorie de la preuve, thèse, L G D J 1997.
- LE GALL (A) : La cour de cassation, juge administratif thèse, paris, 1993.
- LEVY (J.M) : Contribution à l'étude de la cession de l'entreprise dans le redressement judiciaire, thèse paris 1989.
- LYAZAMI NAHID : La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit marocain, thèse pour le doctorat en droit privé, université du Sud Toulon-Var, 2013.
- MELEDO-BRIAND (D) : Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit, thèse Rennes 1992.
- MIGUET (J) : Immutabilité et évolution du litige, thèse, L.G.D.J 1977.

- MONS ERIE (M.H) : Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, thèse, Lille Litec 1994.
- NEUVILLE (S) : Le plan en droit privé, thèse, L.G.D.J 1998.
- NORMAND (J) : Le juge et le litige, thèse, L.G.D.J 1965
- PEROZ (H) : La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, thèse, Caen, 1997.
- PIMBLIS (N) : La faillite dans les relations internationales d'ordre public, Thèse, Paris XI, 1992.
- RIALS (S) : Le juge administratif français et la technique du standard thèse, L.G.D.J 1980.
- SALMAN BEN ABDEL AZIZ BEN SALMAN BEN MOHAMMAD AL SAUD : Problèmes de base du droit des entreprises en difficulté : étude comparée droit français - droit saoudien, thèse pour le doctorat en droit. Université Paris II, Panthéon-Assas, école doctorale, droit international, 2014.
- SHVIKA (E) : Droit privé et procédures collective, éditions défrénois, E.J.A. 2003.
- STAES (O) : Procédures collectives et droit judiciaire privé, thèse Toulouse 1995.

- TOH AYMAR : La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA, thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, université de Bordeaux, 2015.
- TOMASIN (D) : Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, thèse, L.G.D.J, 1975.
- TOUDIC (V) : Le ministère public, partie principale dans le procès civil, thèse, Caen, 1997.
- VALLANSAN (J) : La cession d'entreprise, thèse, Caen 1986.

III- ARTICLES

- ARTZ (J-F) : L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, RTD com, 1975 N°10.
- BARRET (O) : L'appel nullité dans le droit commun de la procédure civile, R.T.D, CIV 1990 N° 16.
- BOLARD (G) : « Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites », Rev.pro. coll. 1991 p 1.
- CHAPUT (Y) : redressement et liquidation judiciaire, Rev-trim. Droit com 44 Oct- Déc. 1991.

- CORNU (G) : « Les modes altératifs de règlements des conflits », R.I.D.C 1997. N° 2.
- DAUDIER
DE CASSINI (J.D) La responsabilité des dirigeants sociaux en cas de cession d'une filiale en difficulté, Gaz. Pal., recueil septembre-octobre, 2000.
- DERRIDA (F) : La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. D 1989 Chron N° 59 p 97.
- DERRIDA (F) : La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, rep, not Defrenois, N° 14 p 33.
- ERNEST KRINGS : « Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite Uniform Law », Review Volume 2, issue 4, décembre 1997.

- HONORAT (A) et MAS (D) : « Les perspectives de l'appel-nullité », petites affiches 1,7 – 1987 N° 21.
- JARROSSON (CH) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits » R.I.D.C 1997.
- JEAN-LUC VALLENS : « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité vers l'harmonisation du droit de faillite » Recueil Dalloz 23 sept 2004, p 2420.
- JEANTIN (M) : « Reforme la cour de cassation », Mélanges, P Hebraud 1981.
- KOEHRING (J) : « La notion européenne de tribunal indépendant, et impartial » au sens de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme « Rev.sc.crim 1990. »
- MARTIN (R) : « Le double langage de la prétention », J.C.P éd G 1981.

- MARTIN (R) : « Retour sur la distinction du fait et du droit », D. 1987, Chron.
- MARTIN (R) : « La saisine d'office du juge (essai sur sa signification) » J.C.P 1973, IV, 6316.
- MARTIN – Serf (A) : « Redressement et liquidation », Règles générales de procédure-juris classeur Fasc.2203.
- NAVARRO (J.S) : « Standards et règles de droit » R.R.J 1988 N° 10.
- NORMAND (J) : « Principes directeurs du procès-office du juge- détermination des éléments de l'instance- les parties l'objet du litige », J.CI, procédure, Fasc. 151, 1995 ? N° 115 et S.
- PAILLUSSEAU (J) : « Le droit est aussi une science d'organisation » R.T.D, Com, 1989.
- PAILLUSSEAU (J) : Du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés en quelques réflexions sur la renaissance ? d'un droit en dérive, Mel. Houin 1985 p 109.

- PETEL (Ph) : Déclaration de créance et représentation en justice, mélanges C. Mouly 1998. T2.
- RIALS (S) : « Ouverture-l 'office du juge », droit la fonction de juger 1989.
- SOINNE (B) : « Le bateau Ivre (à propos de l'évolution récente de droit des procédures collectives » Rev. Proc. Coll. 1997.
- WIEDERKEHR (G) : « Qu'est-ce qu'un juge ? Nouveaux juges nouveaux pouvoirs » mélanges, R.Perrot Dalloz 1996.
- WIEDERKEHR (G) : « De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse » justices 1996 N° 4.

ص

3.....	مقدمة
24.....	الباب الأول: خصوصيات الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى
26.....	الفصل الأول: الخصوصيات المتعلقة بآليات رفع الدعوى والاختصاص
27.....	الفرع الأول: الخصوصيات المتعلقة بآليات رفع الدعوى
27.....	المبحث الأول: إجراءات فتح المسطرة بناء على طلب
28.....	المطلب الأول: فتح المسطرة بناء على طلب رئيس المقابلة
28.....	الفقرة الأولى: إلزام المدين بإشعار المحكمة
32.....	الفقرة الثانية: ميعاد تقديم الطلب
	الفقرة الثالثة: مميزات الجزاء المترتب على عدم قيام المدين بطلب فتح المسطرة أو
35.....	على تأخره في القيام بذلك
37.....	أولاً: الجزاء ينصب على الشخص وليس على العمل الإجرائي
40.....	ثانياً: الأثر القانوني للإجراء رغم مخالفته من قبل المدين
41.....	المطلب الثاني: مميزات فتح المسطرة بناء على مقال لأحد الدائنين
42.....	الفقرة الأولى: مفهوم الدائن المتحدث عنه في المادة 578 من م.ت
46.....	الفقرة الثانية: خصائص الدين وطبيعته
49.....	المطلب الثالث: صلاحيات تحريك مسطرة صعوبات المقابلة من قبل النيابة العامة...
50.....	الفقرة الأولى: الدور الإخباري للنيابة العامة حول وضعية المقابلة
51.....	الفقرة الثانية: حق النيابة العامة في طلب فتح مسطرة المعالجة
53.....	المبحث الثاني: تدخل المحكمة التلقائي لتحريك مسطرة المعالجة
54.....	المطلب الأول: الغاية من الفتح التلقائي
56.....	المطلب الثاني: دور المحكمة في الفتح التلقائي
56.....	الفقرة الأولى: الدور الرئيسي للفتح التلقائي للمسطرة
58.....	الفقرة الثانية: الدور التبعي
61.....	المطلب الثالث: موقف المجلس الدستوري الفرنسي من آلية الفتح التلقائي

الفرع الثاني: الخصوصيات المتعلقة بالاختصاص في مادة صعوبات المقاوله.....	65
المبحث الأول: تأسيس دائرة اختصاص قطعية لفائدة محكمة المسطرة.....	66
المطلب الأول: معايير انعقاد الاختصاص الأصلي لمحكمة المسطرة.....	67
الفقرة الأولى: الاختصاص الدولي في ميدان صعوبات المقاوله.....	67
أولاً: موقف المشرع المغربي.....	70
ثانياً: موقف القضاء المغربي.....	75
الفقرة الثانية: تحديد الاختصاص النوعي.....	80
الفقرة الثالثة: تحديد الاختصاص المحلي.....	89
أولاً: تعطيل الخيار الوارد في المادة 12 من قانون إحداث المحاكم التجارية.....	93
ثانياً: تعدد المقرات الرئيسية للمقاوله.....	96
ثالثاً: صورية مقر المقاوله.....	97
رابعاً: تحديد المحكمة المختصة في حالة تغيير أو نقل مقر المقاوله.....	99
خامساً: التوطن (المساكنة).....	101
المطلب الثاني: إقرار نظام الامتداد القانوني لفائدة محكمة المسطرة.....	104
المبحث الثاني: معالجة عوارض الاختصاص في مسطرة معالجة صعوبات المقاوله.....	109
المطلب الأول: مسطرة خاصة بالدفع المتعلقة بالاختصاص في قضايا صعوبات المقاوله.....	109
الفقرة الأولى: قصور النظام الخاص بالدفع بعدم الاختصاص في المساطر المتعلقة بقضايا معالجة صعوبات المقاوله.....	110
أولاً: الدفع بعدم الاختصاص النوعي.....	110
ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص المحلي.....	114
الفقرة الثانية: الدفع بالإحالة أو بالارتباط في مسطرة معالجة صعوبات المقاوله.....	117
المطلب الثاني: تنازع الاختصاص داخل دائرة اختصاص محكمة المسطرة.....	118
الفقرة الأولى: طبيعة توزيع الصلاحيات بين المحكمة والقاضي المنتدب داخل دائرة اختصاص محكمة المسطرة.....	118
الفقرة الثانية: كيفية حل تنازع الاختصاص بين القاضي المنتدب والمحكمة.....	119
الفصل الثاني: الخصوصيات المسطرية المتعلقة بسير الدعوى.....	121

الفرع الأول: أطراف الدعوى	122
المبحث الأول: عناصر تكييف مفهوم الطرف	126
المطلب الأول: المصلحة المتطلبة في إطار معالجة صعوبات المقابلة	126
المطلب الثاني: الصفة	133
الفقرة الأولى: مفهوم الصفة	133
الفقرة الثانية: الوصف القانوني لصفة الطرف في قانون صعوبات المقابلة	137
أولاً: نسبية صفة الطرف	138
1- الفصل بين المنازعات الشخصية والموضوعية	138
2- الارتباط بالمصلحة الموضوعية	139
ثانياً: وقتية أو عدم ثبات صفة الطرف	140
1- ملاحظة الوقتية	141
2- احتمالية صفة الطرف	143
المبحث الثاني: الأطراف المدعية	144
المطلب الأول: مفهوم الادعاء في المسطرة المدنية	145
المطلب الثاني: مفهوم الادعاء كما هو مطبق في قانون صعوبات المقابلة	148
الفقرة الأولى: مفهوم الادعاء وعروض الشراء	151
أولاً: الخلط الذي وقع فيه الفقه بين وجود الادعاء وقبوله	151
ثانياً: المقاربة المقترحة استقلالية الادعاء واستقلالية قبوله	153
الفقرة الثانية: مفهوم الادعاء ووضع اليد بصورة تلقائية	156
أولاً: وضع اليد بصورة تلقائية طلب بدون ادعاء	157
ثانياً: وضع اليد بصورة تلقائية قبوله والاختصاص	159
أ- قبول طلب المحكمة من الناحية الشكلية	159
ب- القاضي المختص للنظر في طلب المحكمة	160
المبحث الثالث: مفهوم الطرف الضروري	161
المطلب الأول: مفهوم الطرف الضروري في الاجتهاد القضائي	161
المطلب الثاني: الغموض الذي يطبع مفهوم الطرف الضروري	164

الفقرة الأولى: العيوب التي تمس مفهوم الطرف الضروري	164
الفقرة الثانية: تحديد مفهوم الطرف الضروري	166
الفرع الثاني: عدم ملائمة المبادئ التوجيهية للدعوى مع قانون صعوبات المقاول	167
المبحث الأول: عدم ملائمة مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها مع قانون صعوبات المقاول	168
المطلب الأول: عدم ملائمة مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها مع الغاية من مسطرة صعوبات المقاول	169
المطلب الثاني: إبعاد مبدأ التصرف في الدعوى في مسطرة معالجة صعوبات المقاول	172
المبحث الثاني: عدم ملائمة مبدأ ثبات النزاع مع قانون معالجة صعوبات المقاول	175
المطلب الأول: عدم الملاءمة من حيث الموضوع	176
الفقرة الأولى: الاستثناءات التقليدية للصلاحيات المخولة للأطراف للاستئناف بتحديد موضوع النزاع	177
الفقرة الثانية: عدم ملائمة مبدأ عدم جواز تغيير موضوع النزاع في حالة وضع اليد بصورة تلقائية	182
المطلب الثاني: عدم الملاءمة من حيث الوقائع	184
الفقرة الأولى: الدلائل المقدمة من قبل قانون صعوبات المقاول	185
الفقرة الثانية: إثبات الوقائع	188
المبحث الثالث: مبدأ المواجهة	193
المطلب الأول: الإطار العام لمبدأ المواجهة	193
المطلب الثاني: مبدأ المواجهة ووضع اليد بصورة تلقائية	197
المطلب الثالث: مبدأ المواجهة والدعوى المشتركة	199
الفرع الثالث: الطابع القضائي للمسطرة	201
المبحث الأول: سيطرة الطابع القضائي على مساطر معالجة صعوبات المقاول	202
المبحث الثاني: تعطيل الوسائل البديلة لحل النزاعات في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاول	205
المطلب الأول: عدم ملائمة التحكيم مع قانون صعوبات المقاول	206
المطلب الثاني: إبعاد الوساطة في قضايا صعوبات المقاول	212

المبحث الثالث: تعطيل الدعوى الجنائية إلى حين فتح المسطرة.....	214
الباب الثاني: خصوصيات الأحكام وطرق الطعن في مساطر صعوبات المقاولات:.....	217
الفصل الأول: خصوصيات الأحكام في مساطر صعوبات المقاولات:.....	219
الفرع الأول: طبيعة الحكم الصادر في مادة صعوبات المقاولات:.....	221
المبحث الأول: سلطة قاضي مساطر صعوبات المقاولات:.....	224
المطلب الأول: المعاينة في مساطر صعوبات المقاولات.....	224
الفقرة الأولى: أهمية المعايير في قانون صعوبات المقاولات.....	225
الفقرة الثانية: حضور القانون في مساطر صعوبات المقاولات.....	228
المطلب الثاني: إصدار قرارات في شأن مساطر معالجة صعوبات المقاولات.....	233
المبحث الثاني: القرارات الإدارية في مجال مساطر معالجة صعوبات المقاولات.....	236
المطلب الأول: التشكيك في حيادية المحكمة.....	236
الفقرة الأولى: آلية الفتح التلقائي ومسطرة التجريح:.....	238
الفقرة الثانية: موقف الفقه والقضاء من آلية الفتح التلقائي.....	240
أولاً: موقف الفقه.....	240
ثانياً: موقف القضاء.....	241
المطلب الثاني: الوظيفة الإدارية لقاضي معالجة صعوبات المقاولات.....	245
الفقرة الأولى: تحيز المشرع.....	248
أولاً: الطابع الغائي لوظيفة المحكمة.....	248
ثانياً: المهمة التنظيمية للمحكمة.....	250
الفقرة الثانية: الإشراف القضائي على المقاولات التي توجد في حالة صعوبة.....	251
أولاً: التزام المدين بإشعار المحكمة.....	252
ثانياً: الفتح التلقائي للمسطرة من قبل المحكمة.....	255
المبحث الثالث: الطبيعة المنشئة لحكم فتح المسطرة.....	257
الفرع الثاني: خصوصيات مضمون الحكم.....	262
المبحث الأول: خصوصية تعليل حكم فتح المسطرة.....	262
المطلب الأول: الصفة التجارية.....	263

المطلب الثاني: التوقف عن الدفع.....	272
المبحث الثاني: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.....	279
المطلب الأول: طرق تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.....	279
الفقرة الأولى: إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى ثمانية عشر شهرا السابقة لصدور الحكم بفتح المسطرة.....	280
الفقرة الثانية: اعتبار تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة تاريخا للتوقف عن الدفع.....	284
المطلب الثاني: إمكانية تغيير تاريخ التوقف عن الدفع المحدد في الحكم القاضي بفتح المسطرة.....	287
الفقرة الأولى: الجهة التي لها حق طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع.....	287
الفقرة الثانية: ميعاد تقديم طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع.....	294
المبحث الثالث: التعيين الإجباري لأجهزة المسطرة.....	297
المطلب الأول: القاضي المنتدب ونائبه.....	298
الفقرة الأولى: طرق تعيين القاضي المنتدب ونائبه والشروط الواجبة للتعيين في هذه المهام.....	299
أولا: طرق تعيين القاضي المنتدب ونائبه.....	299
أ: تعيين القاضي المنتدب من قبل المحكمة التجارية.....	299
ب- تعيين القاضي المنتدب من قبل محكمة الاستئناف.....	303
ثانيا: شروط التعيين في مهام القاضي المنتدب.....	305
الفقرة الثانية: استبدال القاضي المنتدب.....	307
المطلب الثاني: تعيين السنديك.....	310
الفقرة الأولى: الصفة في تعيين السنديك.....	310
الفقرة الثانية: عزل أو استبدال السنديك.....	315
الفرع الثالث: آثار الحكم القاضي بفتح المسطرة.....	319
المبحث الأول: النفاذ المعجل وحجية حكم فتح المسطرة.....	320
المطلب الأول: النفاذ المعجل.....	322
المطلب الثاني: حجية الأحكام الصادرة في مسطرة صعوبات المقاوله.....	324

المبحث الثاني: آثار حكم فتح المسطرة على المقاوله المدينة.....	327
المطلب الأول: آثار حكم فتح المسطرة التي تمس شخص المدين	327
الفقرة الأولى: نشر اسم التاجر المدين المفتوحة في حقه المسطرة	327
الفقرة الثانية: إسقاط الحقوق السياسية والمهنية عن المدين موضوع فتح المسطرة	329
الفقرة الثالثة: تقرير إعانة للمدين ولعائلته	330
الفقرة الرابعة: تقييد حرية المدين	332
المطلب الثاني: آثار حكم فتح المسطرة التي تمس ذمة المدين	333
الفقرة الأولى: تخلي المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها	333
الفقرة الثانية: عدم نفاذ تصرفات المدين في فترة الريبة	337
أولاً: البطلان الوجوبي	337
ثانياً: البطلان الجوازي	340
المبحث الثالث: آثار حكم فتح المسطرة على وضعية الدائنين.....	342
المطلب الأول: آثار حكم فتح المسطرة على الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم	342
الفقرة الأولى: مظاهر حماية الدائنين من سلطات المدين	342
أولاً: منع أداء الديون السابقة لحكم فتح المسطرة	343
ثانياً: منع تقييد الرهون والامتيازات	344
الفقرة الثانية: القيود الواردة على حقوق الدائنين	345
أولاً: وقف المتابعات الفردية	345
1-الدائنون المعنيون بقاعدة الوقف	346
2-الدعاوى المشمولة بقاعدة الوقف	347
ثانياً: وقف سريان الفوائد	350
1-الفوائد المشمولة بقاعدة الوقف	351
2-الديون المشمولة بقاعدة الوقف	351
3-المدة الزمنية التي تستغرقها قاعدة وقف سريان الفوائد	353

المطلب الثاني: آثار حكم فتح المسطرة على الدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح	
المسطرة.....	353
الفقرة الأولى: حق الأسبقية الممنوح للدائنين.....	354
الفقرة الثانية: الآثار العامة لحق الأسبقية اتجاه الدائنين.....	355
الفقرة الثالثة: آثار حق الأسبقية في علاقة الدائنين بعضهم ببعض.....	356
الفصل الثاني: خصوصيات طرق الطعن في مسطرتي التسوية والتصفية القضائية: 357	
الفرع الأول: تقييد طرق الطعن في مساطر التسوية والتصفية القضائية.....	360
المبحث الأول: إبعاد كل طرق الطعن في حالات خاصة.....	360
المطلب الأول: الأحكام الغير القابلة للطعن والصادرة عن المحكمة.....	360
الفقرة الأولى: الأحكام المتعلقة بتعيين أو استبدال القاضي المنتدب.....	360
الفقرة الثانية: منع الطعن في حكم تشكيل جمعية الدائنين.....	363
المطلب الثاني: الأوامر الصادرة عن القاضي المنتدب والغير القابلة للطعن.....	364
المبحث الثاني: تقليص نطاق طرق الطعن في مساطر التسوية والتصفية القضائية. 369	
المطلب الأول: طرق الطعن العادية.....	370
الفقرة الأولى: منع الطعن بالتعرض ضد الحكم الصادر في مسطرة التسوية والتصفية	
القضائية.....	370
الفقرة الثانية: الطعن بالاستئناف.....	376
أولاً: الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف والأشخاص الذين لهم حق ممارسة هذا الطعن	
.....	378
1-الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف.....	378
2-الأشخاص المؤهلين لممارسة الطعن بالاستئناف :.....	382
1-المدين.....	383
2-الدائن.....	384
3-السنديك.....	395
4-المفوت إليه والطرف المتعاقد معه.....	395
5-جمعية الدائنين.....	398
6-النيابة العامة.....	400

ثانيا: شكايات وإجراءات رفع الطعن بالاستئناف وأثاره	407
1- شكايات الاستئناف	407
2- آثار الطعن بالاستئناف	413
المطلب الثاني: طرق الطعن غير العادية	420
الفقرة الأولى: الطعن بالنقض	421
أولا: الأحكام القابلة للطعن بالنقض والأشخاص الذين لهم حق ممارسة هذا الطعن:	421
ثانيا: شكايات وإجراءات رفع الطعن بالنقض وأثاره:	427
1- شكايات الطعن بالنقض:	427
2- آثار الطعن بالنقض	430
الفقرة الثانية: الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة	431
أولا: الأحكام والقرارات القابلة للطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة والأشخاص المؤهلين لممارسة هذا الطعن:	432
ثانيا: شكلية وإجراءات رفع تعرض الغير الخارج عن الخصومة:	434
الفقرة الثالثة: استبعاد الطعن بإعادة النظر	437
الفرع الثاني: أجل طرق الطعن	443
المبحث الأول: تقليص آجال الطعن في مساطر صعوبات المقابلة	443
المبحث الثاني: نقطة انطلاق أجل الطعن	447
خاتمة	449
لائحة المراجع المعتمدة	459
فهرس	498