مُلاحظات حول المادة 215 من الأمر رقم75-59

Observations on article 215 of Order No. 75-59

الدكتور/ سعد الدين أمحمد [1،2]

[1] **جامعة تيزي وزو، (الجزائر)**

[2] **المؤلف المراسل:** mhamed.saadeddine@ummto.dz

تاريخ الاستلام: 2021/02/03 تاريخ القبول للنشر: 2021/04/25 تاريخ النشر: 2021/04/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ محمد بن يحي (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: أ./ سارة الناصر (العراق)

ملخّص:

تتّسم المعاملات التجارية بالسرعة والائتمان؛ لذلك باتت القواعد العامة المعهودة في القانون المدني غير مُلائمة لها، فأصبحت بالنتيجة مُستقلة عنها وخاضعة لأحكام قانونية أكثر مُرونة وانسجاماً مع ما يُميّزها من خُصوصية. في المقابل -وضماناً لحقوق الدائنين في البيئة التجارية- كُرّست أحكام الإفلاس التي تتّسم بالقسوة في مواجهة المدين المتوقف عن الدفع، لكن خُطورة تلك الأحكام تقتضي بالضرورة بأ تكون واضحة، وصريحة في تحديد نطاق تطبيقها سواءٌ من خلال شُروط إعمالها، أو الأشخاص المُخاطبين بها، غير أن مثل هذه الحَتمية غابت عن صياغة ومضمون نص المادة محل الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الإفلاس؛ الإعسار؛ شخص معنوي؛ التاجر؛ توقف عن الدفع.

Abstract:

Commercial transactions are fast and reliable, which renders the general rules of the Civil Code inappropriate. As a result, commercial transactions have become independent of these rules and subject to more flexible legal provisions consistent with their specificity. The rights of creditors in the commercial environment were enshrined in harsh bankruptcy provisions stipulated against the debtor who ceases to pay. However, the gravity of those provisions required that they be clear and explicit in determining the scope of their application either through the terms of their work or by the concerned persons. Regaldless, such an imperative was absent from the wording and content of the text of the article in question.

***Key words**: Bankruptcy; insolvency; legal person; trader; cease to pay.*

مقدّمة:

اعتبرت أحكام الإفلاس والتسوية القضائية مُنذ نشأتها الأولى جزاءً يُطبق على فئة التجار لوحدهم في حال تخلفهم عن الوفاء بديونهم التجارية الحالة الأجل، واحتفظت التشريعات المُقارنة الحديثة بهذه المِيزة، بحيث ظلت أحكام الإفلاس والتسوية القضائية تسري في الأصل على التجار دُون سواهم. أما مُبررها فيتمثل في التوقف عن دفع الديون مُستحقة الأداء.

إعمالاً لذلك التخصيص، أوجبت المادة 215 من القانون التجاري على كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه أن يُدلي بإقرار في مدى 15 يوماً؛ قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية، أو الإفلاس. ويُعتبر تاجراً حسب المادة الأولى من القانون التجاري كل شخص طبيعي أو معنوي يُباشر عملاً تجارياً ويتخذه مهنة مُعتادة له، ما لم ينص القانون بخلاف ذلك. والعمل يُعد تجارياً إما بحسب موضوعه (م2 ق ت)، وإما بحسب شكله (م3 ق ت)، وإما بالتبعية (م4 ق ت). وحتى يمتهن الشخص هذه الأعمال، يجب أن يقوم بها على سبيل الاحتراف، وأن يأتيها باسمه ولحسابه (الاستقلال)، وأن تتوافر لديه الأهلية التي يتطلبها القانون.

مُزاولة التجارة إذن ليس حكراً على الأشخاص الطبيعيين فقط، بل للأشخاص الاعتبارية -ومن بينهم الشركات- أن تُزاول التجارة. وقد اعتمد المشرع الجزائري من خلال المادة 1/544 من القانون التجاري على شكل أو موضوع الشركة لتحديد طبيعتها التجارية. غير أنه اعتبر الشركات المُحدّدة في الفقرة الثانية من نفس المادة (شركات التضامن، وشركات التوصية، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة) تجارية بحكم شكلها، ومهما كان موضوعها.

وعليه، ولما كانت أحكام نظام الإفلاس والتسوية القضائية منوطة خصيصاً بالتجار، فان الصفة التجارية كشرط موضوعي لإعمال هذا النظام لابُدَّ منها، وهي تَثبُت أي الصفة التجارية للشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء متى توافرت شروطها.

لذلك نطرح الإشكالية الآتية:

فيمَ يكمن الغُموض الذي اعترى نص المادة 215 من القانون التجاري، ويستدعي من المشرع تداركه لضبط صياغة النص وفحواه؟

تقتضي الإجابة التطرق إلى **المبحثين** الآتيين:

المبحث الأول: قراءة نقدية للمادة 215 من الأمر رقم 75-59.

المبحث الثاني: إمكانية شهر إفلاس الشخص المعنوي غير التاجر.

المبحث الأول:

قراءة نقدية للمادة 215 من الأمر رقم 75-59

عُنيَت المادة 215 من القانون التجاري بتبيان الشروط الموضوعية الخاصة بشهر الإفلاس، أو التسوية القضائية. وقد حصرتها في كل من الصّفة التجارية، والتوقف عن الدفع. غير أن عدم دقة صياغة النص (المطلب الأول)، وغموضه في بعض المسائل مُقارنة بالعديد من القوانين المقارنة (المطلب الثاني)، بات يملي على المشرع حتمية مُراجعة هذه المادة.

المطلب الأول: مُلاحظات أولية حول صياغة نص المادة 215 من الأمر رقم 75-59

تنص المادة (215 ق.ت) على أنه: "يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، ولو لم يكن تاجرا، إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر (15) يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس". من منطلق النص يُمكن التطرق إلى حقيقة إلزام التاجر بتقديم الإقرار إلى المحكمة المختصة (الفرع الأول)، ثم تبيان غموض نص المادة 215 من جهة، واشتماله على مُتناقضين من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقيقة إلزام التاجر بتقديم الإقرار إلى المحكمة المختصة

استهل المُشرع نص المادة بكلمة **"يتعيّن"**، وهو ما يُفيد الإلزامية والوجوب، وعدم ترك الاختيار أو الجواز للمُخاطبين (أي التجار) بنص المادة وما تتضمَّنه من التزامات تقع على عاتقهم؛ مما يُوحي بتوقيع جزاء على كل مُخالف للنص؛ لذلك كما سنرى لاحقا، جُل القوانين المُقارنة، وفي ذات المادة التي تُلزم التاجر بتقديم إقرار مَفادُه التبليغ عن توقُّفه عن دفع ديونه، قرنت عدم التقيد بذلك الالتزام بتوقيع جزاء على المُمتنع، بحيث اعتبرته مُفلساً بالتقصير وجوباً.

المشرع الجزائري وعلى خلاف الكثير من القوانين المُقارنة، لم يُبيّن في المادة 215 من الامر75-58، ما هو نوع الجزاء الذي يترتب على مُخالفة المخاطب بأحكامها، أي في ما يتعلق بعدم تقديم طلب أو إقرار في غُضون 15 يوماً يُفيد توقفه عن دفع ديونه.

غير أنه اعتبر ذلك بمثابة إفلاس بالتقصير من خلال المادة 3/731 من ذات الأمر، لكن المُلاحظ هو أن إمكانية ترتيب ذلك الأثر متروكة للسلطة التقديرية للقاضي، على اعتبار أن الحالات التي تضمنتها المادة 371 من القانون التجاري تدخل في الحالات الجوازية التي يُمكن اعتبار التاجر فيها مُفلساً بالتقصير. ولعل عدم التوافق بين فكرة الإلزام والجواز في الأمر ذاته، يُقلل من إلزامية النص، ويفتح باب عدم الالتزام أمام المخاطبين به، ومثل هذا الموقف من المشرع لا مُبرر له، كما يُوحي بعدم التنسيق بين النصوص في نفس القانون.

فضلا عن ذلك سجّلنا عدم تبيان المُشرع التجارية للشكل الذي يُقدَّم فيه الإقرار أو الطّلب الذي يتضمن اعتراف التاجر عن توقفه عن دفع ديونه؛ لذلك نرى أنه من المنطقي إعمال نص المادة 1/14 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يُحرّر الإقرار في شكل عريضة افتتاح الدعوى مكتوبة.

أما عن الجهة التي يُقدّم أمامها الإقرار، وهي الأخرى أغفلت المادة 215 من القانون التجاري تحديدها، فانه من الطبيعي أن يُودع الإقرار بأمانة الضبط لدى المحكمة المختصة.

الفرع الثاني: غموض نص المادة 215 واشتماله على مُتناقضين

أولاً: اشتمال نص المادة 215 على مُتناقضين

ألزم المُشرع كل تاجر متى توقف عن الدفع أن يُدلي بإقرار في مدى خمسة عشر(15) يوماً قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس، فصياغة: "كل تاجر"، تفيد التاجر بنوعيه سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما أن الصياغة بهذا المعنى تستقيم مع الشُروط الموضوعية لشهر الإفلاس التي تقتضيها القوانين المُقارنة، لاسيما الصّفة التجارية، لأن أحكام الإفلاس تُخاطب التجار دُون سواهم؛ لذلك ووفقاً لهذا المنحى يتفق التشريع الجزائري إلى حد كبير مع القوانين المقارنة كما سنرى لاحقاً.

لكن استعمال المُشرع لعبارة "أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا"، يطرح العديد من التساؤلات، مثلاً: ما المقصود بالشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص؟ لاسيما أن الشركات التجارية هي الأخرى تخضع لأحكام القانون التجاري وهو من فروع القانون الخاص، في حين باقي الأشخاص المعنوية، حتى وإن كانت تخضع للقانون الخاص، فإنها ليست تاجرة، ولن تكون كذلك إلا بشروط.

كما أن هذا الطرح يُثير التناقض بخصوص المعنى العام للنص؛ لأن أحكام الإفلاس -كما أسلفنا- خاص بالتجار فقط، أي لا بُدّ من توافر الصّفة التجارية كشرط موضوعي لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية؛ لذلك يُعتبر التخلي فجأة عن هذا الشرط ليس مُستساغاً، بل فيه مُخالفة للقواعد العامة التي تُقرّ شروط اكتساب الصفة التجارية في الأساس. (محرز، 1978، الصفحات 115-130). (صالح، 2003، صفحة 16). (Desguin, 2013/2014, p. 2) (Randrianirina, 2020, p. 47). دون أن ننسى بأن المشرع الجزائري يعترف بنظام الإعسار المُخصص في الأصل لمثل هذه الفئة، أي المدين المدني (شخص طبيعي أو معنوي)، وشتان بينه وبين نظام الإفلاس، سواء من حيث الشروط، أو من حيث الآثار.

هذا مع مُلاحظة أن عبارة "ولو لم يكن تاجرا"، يمكن تفسيرها حسب اعتقادنا بأن المشرع يُلمح من خلالها -تعريضاً لا تصريحاً- إلى أن نشأة هذا الشخص المعنوي في الأساس، وحسب الأصل هو مدني، لكن يُمكن تحوله وفقاً لشروط ليصبح تاجراً، وهنا بكل تأكيد لا غرابة في مخاطبته بأحكام الإفلاس أو التسوية القضائية. ومع ذلك ما كان على المشرع أن ينفرد بهذا الطرح، لغموضه من جهة، ولانعدام التنصيص على الحالات والشروط التي ينبغي توافرها لإعماله من جهة أخرى.

ثانياً: احتواء نص المادة 215 من الأمر رقم 75-59 على مفاهيم غامضة

1- غموض معنى التوقف عن الدفع

تواجد المدين في حالة توقف عن الدفع، هو الشرط الموضوعي الثاني الذي يجب توافره لإعلان الإفلاس أو التسوية القضائية، ورغم الأهمية القصوى لهذا الشرط، وكذا النتائج الخطيرة التي تترتب عنه، إلا أن المادة 215 من القانون التجاري أشارت إليه بنصها: "... إذا توقف عن الدفع..."، دون أن يُدلي المشرع بتعريف للتوقف عن الدفع، أو يبيّن حالاته، ليفتح بذلك المجال لكل من الفقه والقضاء لتحديد

المفهوم القانوني لفكرة التوقف عن الدفع، لأهميتها فيما يتعلق بجواز شهر الإفلاس من جهة، وفيما يتعلق بتحديد فترة الريبة بعد شهر الإفلاس من جهة أخرى؛ لذلك جاء في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 29 مارس 1956، "التوقف عن الدفع هو الذي ينبئ عن مركز مالي مضطرب، وضائقة مالية مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر، وتتعرض بها حقوق الدائنين إلى خطر مُحقّق أو كبير الاحتمال". (طه، 1997، الصفحات 283-284).

لقد خضعت فكرة التوقف عن الدفع لتطور عميق ساهم فيه الفقه والقضاء (مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، 2005، صفحة 33). (راشد، 2000، صفحة 25). (إلياس، 1998، صفحة 108). (عزيز، 1997، صفحة 47). (محرز، نظام الإفلاس في القانون التجاري الجزائري، 1980، صفحة 26). (راشد ر.، 2005، صفحة 227)، من أجل استخلاصها وتقدير أسباب امتناع التاجر عن دفع دُيونه، بحيث أصبحت مُرتبطة بالمركز الحقيقي للتاجر. فضلاً عن ضرورة معرفة ما إذا كان مُجرد التوقف عن الدفع يكفي لشهر إفلاس المدين، أم لابد من الأخذ بعين الاعتبار هذا التوقف ومدى خُطورته على حقوق الدائنين؟

الملاحظ على المشرع الجزائري في هذا الصدد أنه لم يستجب للتغيرات التي باتت تُمليها التجارة، لاسيما العمل على تلطيف أحكام الإفلاس من جهة، وتكريس نُظم موازية للإفلاس تتلاءم مع مُستجدات البيئة التجارية، أي لم يَحْذُ حَذْوَ القوانين المقارنة في هذا الشأن. فمثلاً: لم يُكرس أحكام خاصة بالتعثر المالي للشركة، كما أنه ما يزال يُراهن على النظرية التقليدية لفكرة التوقف عن الدفع، دون موازنة بين هذه الأخيرة وفكرة الإعسار التي باتت النظرية الحديثة تفرضها؛ خدمة للتنمية الاقتصادية.

لذلك ما يلاحظ في ظل النظرية الحديثة هو أن فكرة التوقف عن الدفع تقترب من الإعسار. لكن هذا لا يعني أبداً جعل الإعسار شرطاً لشهر الإفلاس، بل المقصود بذلك هو أن يكون اليسار أو الإعسار مُجرد عنصر من عناصر التّقدير للكشف عن المركز المالي للمدين، وهو ما يدل على استبدال المفهوم القانوني التقليدي للتوقف عن الدفع بمفهوم اقتصادي أكثر تعقيداً. (راشد ر.، 2005، صفحة 228). (Tange, 2002, p. 1).

2- عدم تبيان النص لطبيعة الدين المتوقف عن الوفاء به

لما كانت أحكام الإفلاس والتسوية القضائية موجهة لفئة التجار تحديدا، فإن القوانين المقارنة عملت منذ البداية على تحديد طبيعة الدين المتوقف عنه من قبل التاجر، والذي بموجبه يُشهر إفلاس التاجر. لذلك تتفق القوانين المقارنة -وبصريح النص- على أن يكون الدين المتوقف عنه تجارياً.

المشرع لم يبيّن من خلال المادة 215 من القانون التجاري المحددة للشروط الموضوعية لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية، مُواصفات الدين المتوقف عن دفعه (تجاريا أم مدنيا)، والذي يتوجب لأجله شهر إفلاس المدين التاجر، سواء من حيث طبيعته أو من حيث شروطه الموضوعية، باعتبار أنه محل التزام التاجر. ولعل الذي زاد هذه المسالة غموضاً هو عبارة "ولو لم يكن تاجرا". غير أنه في ذات السياق جاءت المادة 216 من نفس القانون مُنوهة لذلك، لكن بصياغة أقل ما يُقال عنها أنها غير

مضبوطة، بحيث اختلف الفقه في تحديد القصد منها، خاصة إذا طرح السؤال عن إمكانية إعمال أحكام الإفلاس عن التاجر الذي توقف عن الوفاء بدين مدني؟

يُجيب بعضهم عن هذا التساؤل بالإيجاب؛ تأسيساً على عبارة "كيفما كانت طبيعة دينه" الواردة في المادة 216 من القانون التجاري (فضيل، 2009، الصفحات 14-15). (الواسعة، 1992، صفحة 47)، إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه بعضهم في اعتبار هذا الرأي غير سديد (راشد ر.، 2005، صفحة 229)؛ لأن العبارة المذكورة مُتمّمة للعبارة السابقة عنها التي ورد فيها: "يمكن أن تفتتح كذلك التسوية القضائية أو الإفلاس بناء على تكليف المدين بالحضور...". فطبيعة الدين لا تهم إذا ما تعلق الأمر بالتكليف بالحضور أمام المحكمة، في حين إعلان حكم الإفلاس أو التسوية القضائية يحتاج لشرط تجارية الدين المتوقف عن الوفاء به. والفرق واضح بين التكليف بالحضور والحكم الصادر من المحكمة.

كما أن الديون المدنية غالبا ما تكون قليلة الأهمية، لا يترتب عن عدم الوفاء بها اضطراب في الحياة التجارية، واعتبار التوقف عن دفعها موجب لشهر إفلاس التاجر فيه تهديد كبير للتاجر في أعماله التجارية.

لذلك استقرت القوانين المقارنة على أن للدائن المدني أن يطلب شهر إفلاس المدين التاجر بشرط أن يكون هذا الأخير قد توقف عن دفع ديونه التجارية، وهنا يكون للدائنين جميعاً سواء كانت ديونهم تجارية أو مدنية حق التقدم في التفليسة والاشتراك في قسمة الغرماء. أما إذا كان الدين مُختلطاً، تجارياً من جانب، ومدنياً من جانب أخر، فالعبرة بطبيعة الدين بالنسبة للمدين؛ لأن حياة المدين التجارية هي مناط البحث. كما أن العبرة بصفة الدين المتوقف عن دفعه (الواسعة، 1992، صفحة 47). (راشد ر.، 2005، صفحة 228). (عزيز، 1997، صفحة 52).

وقد ذهب بعضهم إلى اعتبار الدين الذي ينشأ عن ممارسة الشركة التجارية لنشاطها تجاريا، ولو كانت الشركة التي تُعد تجارية بحسب شكلها تهدف إلى تحقيق غرض مدني؛ لذلك يجوز -حسب المادة 215 من القانون التجاري- خضوع الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص غير التاجر لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية متى توقف عن دفع ديونه المدنية (الواسعة، 1992، صفحة 46).

المطلب الثاني: تقييم نص المادة 215 من الأمر رقم 75-59 على ضوء القانون المُقارن

جاءت المادة 215 ضمن أحكام الأمر رقم 75-59، أي منذ 26 سبتمبر 1975، وهو تاريخ صدور القانون التجاري في الجزائر، ورغم مُرور ما يربو عن 50 سنة من الزمن، فضلاً عن التحولات الاقتصادية والسياسية التي شهدتها الجزائر، إلا أنه لم يطلها التعديل؛ مما حال دُون مواكبتها لما طرأ على الشركات التجارية وأحكامها من تطور، ناهيك عن النقلة النوعية التي تمر بها التجارة، وتحولها من ثوبها التقليدي إلى الإلكتروني.

حُررت المادة 215 من القانون التجاري على النحو الآتي:"يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر(15) يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس". لذلك نستعرض ما يماثله من النصوص

القانونية في بعض القوانين المقارنة (الفرع الأول)، حتى نتبيّن بأن صياغة النص لم تأتِ من حيث الدقة على النحو المطلوب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظير المادة 215 من الأمر رقم 75-59 في القوانين المقارنة

أولا: التشريع الفرنسي

تسرّبت إلى جنوب فرنسا أنظمة الإفلاس المعمول بها في جمهوريات إيطاليا، وقد انصب مُنذ البداية اهتمام المشرع الفرنسي على إقرار العقوبات الجزائية بحق المدينين الممتنعين عن دفع ديونهم، وذلك منذ الأمر الملكي سنة 1536 في عهد الملك فرانسوا الأول. (الانطاكي رزق الله، نهار السباعي، 1965، الصفحات 6-8). (RIPERT George, ROBLOT René, 1990, p. 747).

لكن سرعان ما بدأت الصّفة الجزائية تزول من التشريع الفرنسي بصورة تدريجية، إلى غاية الثورة الفرنسية سنة 1789 واستمرّ بعدها، بحيث سعى بموجب القانون الصادر في سنة 1833 إلى التخفيف من شدة الأحكام المتعلقة بالإفلاس، لاسيما بالنسبة للمفلس حسن النية سيئ الحظ. ثم أدخل على قانون التجارة نظام التصفية القضائية بموجب قانون سنة 1889 (الانطاكي رزق الله، نهار السباعي، 1965، صفحة 8). (الفضيل، 2017، صفحة 17). وظل الحال كذلك حتى ظهرت الحاجة إلى تطهير المهنة التجارية، فصدر قانون سنة 1955 بشأن الإفلاس والتسوية القضائية وإعادة الاعتبار، والذي بموجبه ألغي نظام التصفية القضائية. (طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، 2006، الصفحات 303-304).

لكن الملاحظ هو أن القواعد التي تضمنتها جميع القوانين النافذة في فرنسا، حتى الثورة الفرنسية، لم تكن خاصة بفئة التجار فقط، إلا أن ورودها ضمن قانون سنة 1673 في الفصل الخاص بالتجار، جعل الاجتهاد القضائي يميل إلى تطبيق نظام الإفلاس على التجار فقط. (الانطاكي رزق الله، نهار السباعي، 1965، الصفحات 6-7).

التشريع الفرنسي ومنذ قانون أول أوت 1893، اعتبر شركات المساهمة تجارية بحسب شكلها وبغض النظر عن موضوعها إن كان مدنياً أو تجارياً، وسار على ذات النهج بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة منذ تبنيها قانون مارس 1925. لكن منذ قانون 24 جويلية 1966 عمَّم معيار الشكل على كل أنواع الشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية، واعتبرها استناداً إلى ذلك الأساس تجارية ومهما كان موضوعها، وقد حذا حذو التشريع الفرنسي كل من القانون السوري، والقانون العراقي، والقانون الكويتي. كما استقر القضاء الفرنسي على هذا الطرح الجديد. (سميحة، 1992، صفحة 10).

لذلك أخذ المشرع الفرنسي الكثير من أحكام قانون 24 جويلية 1966 الخاصة بالشركات التجارية، وقانون 4 جانفي 1978، بعد تعديل الباب التاسع من الكتاب الثالث للقانون المدني، والمكمل بمرسوم 3 جولية 1978، وطبقها على جميع الشركات دُون تفرقة، ما لم ينص صراحة على خلاف ذلك.

ثانيا: قانون التجارة المصري

نصت المادة 550 من قانون 17 لسنة 1999 المتعلق بالتجارة المصري، على أنه:

1- يُعد في حالة إفلاس كل تاجر ملزم بموجب أحكام هذا القانون بإمساك دفاتر تجارية إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية.

2- ولا يترتب على التوقف عن الدفع أثر قبل صدور حكم شهر الإفلاس، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

في حين نصت المادة 553 من نفس القانون على أنه:

1- يجب على التاجر أن يطلب شهر إفلاسه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ توقفه عن الدفع. ويكون الطلب بصحيفة تودع لدى كتاب المحكمة، وتذكر فيه أسباب التوقف عن الدفع، وترفق به الوثائق التالية:...".

ثالثاً: القانون التونسي

نص الفصل 479 من مجلة التجارة التونسية (آخر تعديل كان بالقانون عدد36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016، والتنقيح الوارد بالقانون عدد71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016)، على أنه: "على كل شخص من الأشخاص المنصوص عليهم في الفصل 475 من هذه المجلة يكون في حالة توقف عن الدفع وفي وضعية ميؤوس منها أن يتولى التصريح بذلك لدى كتابة المحكمة ذات النظر خلال الشهر الموالي لتوقفه عن الدفع".

ونص الفصل 475 على أنه: "تقضي المحكمة بتفليس التاجر أو الأشخاص المنصوص عليهم بأحكام الفصل 416 من هذه المجلة، إذا اتضح أنهم في حالة توقف عن الدفع وفي وضعية ميؤوس منها".

في حين نص الفصل 416 على أنه: "تنطبق أحكام هذا العنوان على كل شخص معنوي وكذلك كل شخص طبيعي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي، يتعاطى نشاطا تجاريا على معنى الفصل 2 من هذه المجلة أو حرفيا، وعلى الشركات التجارية حسب الشكل، التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري".

رابعاً: قانون التجارة السوري

نصت المادة 443 من قانون رقم 33 لسنة 2008 المتعلق بالتجارة السوري، على أنه: "مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام الباب السابق يعتبر في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية، وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة".

خامساً: قانون التجارة العراقي

تنص المادة 566 من قانون رقم30 لسنة 1984 المتعلق بالتجارة العراقي، على أنه:

1- كل تاجر وقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة إفلاس، ويشهر إفلاسه بحكم يصدر بذلك.

2- 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.

في حين نصت المادة 569 على أنه:

1- يجب على التاجر أن يطلب إشهار إفلاسه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوفه عن الدفع. ويكون الطلب بتقرير يقدمه إلى المحكمة يبين فيه أسباب الوقوف عن الدفع. ويرفق التقرير بالوثائق الآتية....

سادساً: قانون التجارة الأردني

نصت المادة 316 من قانون رقم12 لسنة 1966 المتعلق بالتجارة الأردني، على أنه: "مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام الباب السابق يعتبر في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية، وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة".

كما نصت المادة 318 على أنه:

1- يجوز أن ترفع القضية إلى المحكمة من التاجر نفسه.

2- ويجب عليه أن يقدمها خلال عشرين يوما من تاريخ توقفه عن الدفع تحت طائلة إدانته بجنحة الإفلاس التقصيري.

سابعاً: قانون التجارة الكويتي

نصت المادة 555 من قانون رقم 66 لسنة 1980 المتعلق بالتجارة الكويتي، على أنه: "كل تاجر اضطربت أعماله المالية، فوقف عن دفع ديونه التجارية يجوز شهر إفلاسه".

الفرع الثاني: مَواطن الخلل في نص المادة 215 من الأمر رقم 75-59

تأسيساً على ما سبق، نستطيع القول -وبقناعة تامة- بأن القوانين المقارنة وإن جاءت مختلفة في تحديد فكرة التوقف عن الدفع، وكذا إغفال الكثير منها تحديد الحالات أو المعيار الذي استناداً عليه نجزم بأن التاجر متوقف عن دفع ديونه، أو على الأقل نُقوّم المركز المالي للتاجر، إلا أنه في المقابل اتّفقت بأن أحكام الإفلاس منوطة خصيصاً بالتجار، وأن الدَّين المُتوقف عن دفعه يجب أن يكون ذا طبيعة تجارية. لذلك ذهب جانب من الفقه في فرنسا ومصر إلى الترويج لفكرة إمكانية تطبيق نظام الإفلاس على غير التجار أسوة بما هو مُتبع في بعض القوانين المقارنة. غير أن الثابت هو تعميم نظام الإفلاس على غير التجار، أو كما يعُبّر عنه بعضهم بالإفلاس المدني، لم يلقَ قبولاً من الفقه الغالب؛ لأن اعتبارات الائتمان التي تجعل من التصفية الجماعية لأموال التاجر ضرورة لا غنى عنها، لا تُعرض بنفس القوّة بالنسبة إلى غير التاجر. ومع ذلك يبقى من المرغوب فيه تنظيم تصفية جماعية للمشروعات المدنية الكبيرة. (طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، 2006، صفحة 305).

لكن على خلاف ذلك جاء نص المادة 215 من القانون التجاري الجزائري بصياغة أقل ما يُقال عنها أنها غير مضبوطة ويتخللها الغموض، بحيث ثار السؤال بشأنها: هل المشرع تراجع فجأة عن اشتراط الصفة التجارية كشرط موضوعي لشهر الإفلاس والتسوية القضائية؟ الأمر الذي يطرح فرضية إفلاس الشخص المعنوي غير التاجر. وقد دعّم إمكانية هذه الفرضية تبني المشرع للمعيار الموضوعي، ولو احتياطاً في تحديد الطابع التجاري للشركة. كما تجلى الغموض حول طبيعة الدين المُتوقف عن الوفاء به مُقارنة بالقوانين المقارنة التي كانت صريحة في هذا الشأن.

المبحث الثاني

إمكانية شهر إفلاس الشخص المعنوي غير التاجر

منذ أمد بعيد كان الإنسان هو الشخص الوحيد الذي يكون طرفاً إيجابياً أو سلبياً في الحق، وبذلك كانت أطراف الحقوق دائماً أشخاصاً طبيعيين، لكن مع التقدم الحضاري للبشرية شعر الفرد بأنه عاجزٌ عن القيام بالمشروعات الكبيرة بمفرده، وأنه غير قادر على إنجاز المنشآت الاقتصادية الهامة وحده؛ لذلك كان عليه الانضمام إلى مجوعة أفراد آخرين يُساهمون معه بجهودهم الشخصية، أو بأموالهم لإقامة المنشآت الضخمة. وبالنتيجة كان لا بد لمجموعات الأشخاص أو مجموعات الأموال أن تدخل الحياة القانونية في المجتمع، تارة كأطراف مُوجبة لها حقوق، وتارة كأطراف سالبة عليها التزامات.

ومن المنطقي أن مجموعات الأشخاص أو الأموال لا يتسنى لها مُمارسة حُقوقها، أو أداء التزاماتها إلا إذا كان لكل منها شخصيّة قانونية مستقلة، بحيث تكون تلك الشخصية القانونية مُستقلة عن الشخصيات القانونية للأفراد المكونين لها، وبالقدر اللازم لتحقيق الغرض منها؛ حتى لا تختلط حقوق المجموعات أو التزاماتهم بحقوق الأفراد الأعضاء فيها أو التزاماتهم، على أن تكون تلك الشخصية القانونية المستقلة لمجموعات الأشخاص أو الأموال مساوية للشخصية القانونية للأشخاص الطبيعيين.

القانون الجزائري -كغيره من القوانين المقارنة- اعترف بالشخصية المعنوية والآثار القانونية المترتبة عن تمتع كل وحدة قانونية بها، كما عدّد الأشخاص الاعتبارية خلال المادة 49 من الأمر رقم75-58، وحدّد شروط تمتع الشركة بالشخصية المعنوية من خلال المادتين 549 و 799 مكرر من الأمر رقم75-59، وذهب إلى أبعد من ذلك، بحيث أقر المتابعة الجزائية للشخص المعنوي من خلال المواد 65 مكرر إلى 65 مكرر4 من الأمر رقم 66-155.

وردَ في المادة 215 من الأمر رقم75-59: "يتعين... أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجراً...". يُستفاد من هذا المعنى أن أحكام الإفلاس والتسوية القضائية لا تقتصر على التاجر الفرد (شخص طبيعي) فقط، بل تمتد إلى الأشخاص المعنوية كذلك، ومثل هذا الامتداد يُعتبر طبيعيا بالنسبة للشركات التجارية، مادامت تتوفر على الشروط التي يقتضيها القانون لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية.

لكن المُلاحظ على هذا الشق من المادة أنه يتخلى فجأة عن اشتراط الصفة التجارية بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص، كما أنه قصر تطبيق أحكام الإفلاس والتسوية القضائية على هذه الأخيرة دون سواها.

لذلك نعتقد بأنه حُكم فيه خُروج عن المألوف، كما فيه إغفال لأحكام المادة 217 من ذات الأمر، وفي المقابل يخلق صُعوبة في التمييز بين نظام الإفلاس ونظام الإعسار الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال أحكام الأمر رقم75-58. تحليلاً لذلك نتطرق إلى ما يُميّز الإفلاس عن الإعسار (المطلب الأول)، ثم نُحاول تحديد قصد المشرع من عبارة "شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجراً" (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز الإفلاس عن الإعسار

المشرع الجزائري كرّس كلاً من نظامي الإفلاس والإعسار. (سعد الدين، 2020، الصفحات 59-60). (شامبي، 2013، صفحة 05). (طه، الأوراق التجارية والإفلاس، 1997، الصفحات 268-270). (عزيز، 1997، الصفحات 18-23). (راشد ف.، 2000، الصفحات 10-11). غير أن المتفق عليه في القوانين المقارنة التي سايرها المشرع الجزائري في ذلك، هو تحديد نطاق إعمال النظامين، بحيث تُخاطب أحكام الإعسار المدين المدني، وموضوعها الأعمال المدنية، في حين تسري أحكام الإفلاس على التاجر، وموضوعها الأعمال التجارية. لذلك ونظراً لأهمية التمييز بين النظامين، نحاول تمييزهما عن بعض، من حيث الإجراءات (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تمييزهما عن بعض من حيث الآثار المترتبة عن كلٍ منهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث الإجراءات

1- الإفلاس نظام خاص بالتجار وهذا هو الأصل (مع مراعاة الاستثناء الذي وضعه المشرع الجزائري من خلال المادة 215 ق.ت). وقد خصص المشرع لكل من: الإفلاس، والتسوية القضائية، ورد الاعتبار، والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس المواد من (215 إلى 388 ق.ت)، أما الإعسار فهو نظام خاص بالمدين غير التاجر، أي المدين المدني، وللأسف لم تنظم أحكام الإعسار في القانون المدني بشكل مُفصل، إذ لم يُخصص لها سوى المواد من (193 إلى 196 ق.م).

2- طلب شهر إفلاس التاجر يمكن أن يقدم من قبل المدين، أو من قبل الدائن، كما يمكن أن تتسلم المحكمة القضية تلقائيا؛ لأن الإفلاس من النظام العام، لكن بعد الاستماع للمدين أو استدعائه قانونا (م215، 216 ق.ت). بينما بالنسبة لشهر إعسار المدين المدني، فلا يقدم الطلب إلا من طرفي العلاقة، وهما الدائن والمدين؛ لأن أثار الإعسار لا تتعداهما.

3- لا يجوز للمحكمة أن تمنح آجالاً للتاجر في حالة توقفه عن الدفع، ولو كان في حالة إفلاس بسيط، بل يجب عليها متى ثبت لها توقف المدين عن الدفع أن تحدد تاريخه، كما تقضي بالتسوية القضائية أو الإفلاس دون تردد (م1/222 ق.ت). كما لرئيس المحكمة أن يأمر بكل إجراءات التحقيق لتلقي جميع المعلومات عن وضعية المدين وتصرفاته (م221 ق.ت)، بينما في الإعسار، فإن للمحكمة السلطة التقديرية في إعلان إعسار المدين أو عدمه. كما لا يؤخذ بعين الاعتبار كون المدين يقوم بدفع ديونه أو توقف عنها(م193 ق.م). كما يجوز للقضاء منح آجال للمدين قد يصل إلى سنة، لاسيما إذا كان هذا الأجل يكفل مصلحة الدائن والمدين (م2/281 ق.م).

4- حسن أو سوء النية في المعاملات التجارية يجب إثباته، وقد تستعمل الدفاتر التجارية لذلك، بينما حسن النية مفترض في المسائل المدنية.

الفرع الثاني: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث الآثار

1- المدين التاجر بمجرد توقفه عن دفع ديونه في تاريخ استحقاقها جاز شهر إفلاسه، حتى ولو كانت أصوله تفوق (تستغرق) خصومه. أما شهر الإعسار، فلا يجوز إلا إذا كانت أموال المدين غير كافية لسداد ما عليه من ديون، كما تراعى الظروف المحيطة بالمدين.

2- من أهم ما يترتب عن حكم شهر الإفلاس هو **غلّ يد** المدين المفلس، ويمنع من التصرف في أمواله. وعلى العكس من ذلك لا نجد هذا الأثر في الإعسار؛ إذ يظل المدين المعسر على رأس أمواله، وهو ما يشكل خطرا بالنسبة للدائنين.

3- حكم شهر الإفلاس يؤثر في الحقوق المدنية والسياسية للمفلس، وقد يصل إلى عقوبات جزائية في حال الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس، بينما شهر الإعسار ليس له أثر على حقوق المدين.

4- الإجراءات الفردية للدائنين في نظام الإفلاس توقف، ويتحد الدائنون فيما بينهم ليشكلوا جماعة الدائنين، يمثلها الوكيل المتصرف القضائي، وفي ذلك حماية ومساواة بين الدائنين، بينما الدعاوى الفردية ضد المدين المعسر جائزة، وهو ما يرتب التسابق بين الدائنين دون إقامة اعتبار للمساواة بينهم.

المطلب الثاني: قراءة نقدية لفكرة شخص معنوي خاص ولو لم يكن تاجراً

يتضح من خلال المادة 215، والمادة 217 من الأمر75-59، الناصة على الشركات ذات أموال عمومية كليا أو جزئياً، والمادة 49 من الأمر75-58، بأن الشخص المعنوي يكون خاصاً وقد يكون عاماً، كما أن المشرع من تلك المواد يكون قد حدد المخاطبين بأحكام الإفلاس والتسوية القضائية، والتي يُمكن حسب تقديرنا تقسيمها إلى ثلاث فئات، هي: التاجر شخص معنوي (الشركات التجارية)، والشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، ولو لم يكن تاجراً، والشركات ذات أموال عمومية كلياً أو جزئياً.

غير أن الفئة الثانية يحوم حولها السؤال: إن كانت مُخاطبة في الأساس بأحكام الإفلاس والتسوية القضائية، أم الأمر استثنائي فقط؟ لذلك نقصر الدراسة عليها على اعتبار أن الفئة الأولى والثالثة لا تثيران أية صُعوبات؛ لوضوح النص وصراحته بشأنها. بحيث نُحاول معرفة التفسير المنطقي لاستعمال المشرع عبارة "ولو لم يكن تاجراً" (الفرع الأول)، ثم نبحث عن الحالات التي يُمكن أن نُخضع فيها (الشخص المعنوي الخاص ولو لم يكن تاجرا) لاسيما الشركة المدنية لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد القصد من عبارة "شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجراً"

تنص (م215 ق.ت) على أنه: "يتعيّن على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا،...". نتساءل في هذا الصدد عن إمكانية شهر إفلاس الشركات المدنية، والجمعيات، والتعاونيات...الخ، لاسيما أن المُشرع الجزائري لم يُبيّن شكلاً خاصاً أو نوعاً محددا للشركات المدنية من خلال المواد (416-449 ق.م).

كما نتساءل عن غرض المُشرع من النص على صفة الخضوع للقانون الخاص؟

فإن كان المشرع يقصد الشركات التجارية، فحسب اعتقادنا لا ضرورة لمثل هذا النص؛ لأن عبارة "كل تاجر" تكفي لذلك، خاصة وأن صفة التاجر تصدق للدلالة على كل من الفرد والشركة على حدٍ سواء، كما أن المشرع ذاته حدد الشركات التجارية، وخصَّ تنظيمها بنصوص قانونية في القانون التجاري (م544-840 ق.ت)، مما يعني أنه في حالة إفلاس هذه الشركات، فإن القانون واجب التطبيق هو القانون

التجاري. ولعل المتفق عليه هو أن هذا الأخير يعتبر فرعا من فروع القانون الخاص. (الواسعة، 1992، صفحة 39).

أما إذا كان غرض المشرع هو الشركات المدنية، وهو ما نُرجحه كون الشركات المدنية هي الأخرى تخضع للقانون الخاص، والنص جاء بصيغة المطلق، فإن ذلك يعد حسب تقديرنا خروجاً عن الأصل، لاسيما أن الشركات المدنية تخضع لنظام الإعسار، وليس لنظام الإفلاس.

وعليه، فإنه بالعودة إلى نصوص القانون المدني ذات الصلة بهذا الشأن، فإننا نقف على حقيقة إمكانية إفلاس الشركات المدنية، فالمادة (1/439 ق.م) تنص على أنه: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه". كما أن مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة تتعدى إلى أموالهم الخاصة، إذا استغرقت الديون أموال الشركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك. بحيث نصت المادة (1/434 ق.ت) على أنه: "إذا استغرقت الديون أموال الشركة، كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بنسبة أخرى ويقع باطل كل اتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة".

هذا مع التنويه في هذا الشأن إلى أن المشرع الجزائري، لا يتقيد دوماً بشرط اكتساب الصفة التجارية، ومن ثَمَّ الصفة التجارية كشرط موضوعي لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية للشخص الطبيعي، بدليل أنه ومن خلال المادة 224 من القانون التجاري، أجاز شهر إفلاس كل مدير قانوني أو واقعي، ظاهري أو باطني، مأجور كان أم لا، دون التقيد بالأحكام العامة التي تحكم شروط اكتساب الصفة التجارية. مثل هذا التوسع نؤيّده مادام مُكرسا لحماية الشركة أولاً، ودائنيها في كل الأحوال، لكن ينبغي التأسيس له على أنه مُجرد استثناء على الأصل.

الفرع الثاني: حالتي إخضاع الشركة المدنية لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية:

القواعد التي تحكم الشركات في الجزائر تندرج ضمن القانون المدني والقانون التجاري. بحيث تناول المشرع الجزائري الأحكام العامة للشركات في القانون المدني من خلال الفصل الثالث من الباب السابع المتضمن العقود المتعلقة بالملكية (المواد 416 إلى 449)، غير أن تطبيق هذه الأحكام على الشركات التجارية مقرون بعدم تعارضها مع الأحكام الخاصة الواردة في القانون التجاري، وهو ما نصت عليه المادة 449 من الأمر رقم75-58. بحيث "لا تطبق مُقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما لا يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري".

أما القانون التجاري فقد اعتبر المشرع من خلاله الشركات التجارية عملاً تجاريا بحسب الشكل (م3/2 ق ت)، واعتمد كلا من المعيار الشكلي والموضوعي لتحديد الطابع التجاري للشركة (م1/544 ق ت)، مع غلبة هذا الأخير. كما خصّص الكتاب الخامس من القانون التجاري (المواد من 544 إلى 842)، للشركات التجارية.

لقد احتوت المادة (215 ق.ت) على عبارة "ولو لم يكن تاجرا"، وهو ما ينبغي البحث عن المقصود بها، لاسيما وأن الصياغة لم تأتِ بالدقة المطلوبة. لا شك أن المشرع لم يقصد من هذه العبارة التخلي عن شرط صفة التاجر؛ لاعتباره شرطاً موضوعياً لتطبيق أحكام الإفلاس والتسوية القضائية؛ لأن الأصل

في غير هذه الحالة (أي انعدام الصفة التجارية) أن تُطبق أحكام الإعسار، باعتبارها الشريعة العامة للتنفيذ على أموال المدين المُخل بالتزاماته، لاسيما المواد المتعلقة بضمان حقوق الدائنين (المواد 188-202 ق.م)، وسائل التنفيذ (المواد 189- 199 ق.م)، الحق في الحبس (المواد 200-202 ق.م).

وعليه ينبغي تناول هذه العبارة بمعناها الواسع وليس الضيّق، والنظر في الحالات التي يُمكن فيها تطبيق نظام الإفلاس على الشخص المعنوي غير التاجر، لاسيما أن المشرع الجزائري -كما أسلفنا- وإن أخذ بالمعيارين: الشكلي والموضوعي؛ لتحديد تجارية الشركة، إلا أن توسُعه إلى حد كبير في تجارية الشركة لمُجرد شكلها لم يُبقِ معه أيّة أهمية للمعيار الموضوعي، وأياً كان موضوع نشاطها، ومع ذلك ويُمكن أن نفترض لذلك حالتين هما: (محرز، نظام الإفلاس في القانون التجاري الجزائري، 1980، الصفحات 23-24). (الواسعة، 1992، الصفحات 39-40). (سميحة، 1992، الصفحات 6-13). (طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، 2006، الصفحات 67-69).

الحالة الأولى: كل شركة تتخذ شكلاً من الأشكال التي نصت عليها المادة 2/544 من القانون التجاري، أي (شركات التضامن، وشركات التوصية، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة). ولو كان موضوعها من طبيعة مدنية، كالزراعة، والتعليم...الخ، (أي هي في الأصل والموضوع مدنية) تعتبر شركة تجارية، ومن ثم تسري عليها أحكام الإفلاس والتسوية القضائية، وهذا بالنظر إلى شكلها، وبغض النظر عن طبيعة نشاطها، ولو كان غير تجاري.

عملاً بأحكام المادة 2/3، والمادة 2/544 من القانون التجاري الجزائري، فإن هذا الحكم حسب تقديرنا يسري في حق كل شخص معنوي يزاول نشاطا مدنيا، إذا اتخذ شكلاً من أشكال الشركات التجارية على اختلاف أنواعها. لكن في المُقابل لا يؤخذ الحكم على إطلاقه في بعض القوانين المقارنة، إلاَّ إذا ورد في القوانين الخاصة ما يُقيّد هذا الوصف التجاري بضرورة اتخاذ شكل معين من أشكال الشركات. فمثلاً: بعض التشريعات المقارنة التي تحصرها في شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم (مثلا م2/9 من قانون التجارة اللبناني)، والأمر ذاته في بعض القوانين المقارنة.

لذلك ذهب بعضهم إلى القول بأن غرض الشركة هو الذي يُحدد ما إذا كانت تجارية أم مدنية، وتأسيساً على ذلك ليس هناك أهمية لصفة الشركاء الذين يكونونها؛ لأن فيصل التفرقة هو موضوع عقد الشركة، ومنه فقد تكون الشركة تجارية مع أن الشركاء غير تجار، وقد يكون العكس. كما أنه ليس هناك أهمية للشكل الذي تفرغ فيه الشركة، فقد تكون مدنية الغرض، ومع ذلك تختار شكلاً تجارياً تظهر به. وفي هذه الحالة حسب وجهة ذات الاتجاه لا تكتسب صفة التاجر، ولا يشهر إفلاسها عند توقفها عن ديونها. (سميحة، 1992، الصفحات 6-7). هذا الطرح لا نتفق معه كما لا يستقيم مع موقف المشرع الجزائري الذي وإن أخذ بالمعيارين: الموضوعي والشكلي في تحديد الطابع التجاري للشركة، إلا أنه غلَّب معيار الشكل على الموضوع من خلال المادة (2/544 ق.ت).

الحالة الثانية: الشركات المدنية التي يكون غرضها غير تجاري بحسب الأصل كالجمعيات، والنوادي الرياضية، والثقافية، فهي لا تخضع للإفلاس؛ لأنها لا تحوز وصف التاجر، لا بالقانون، ولا بحكم الواقع، لكن إذا كان موضوعها تجاريا، أو تجاوزت نشاطها المدني بطبيعته، وزاولت إلى جانبه

نشاطا تجاريا، فهنا تمتد إليها أحكام الإفلاس، مادامت قد اكتسبت الصفة التجارية نتيجة امتهانها نشاطات (أعمالاً) تجارية. لكن في هذه الحالة ينبغي الموازنة بين حجم الأعمال التجارية والمدنية التي تمارسها الشركة المدنية، فإذا كانت الغلبة للأنشطة المدنية، ظلّت الشركة مُحتفظة بطابعها المدني، ومن ثم لا تمتد إليها أحكام الإفلاس. أما في الحالة العكسية، فإنها تكتسب الصّفة التجارية لممارستها أعمالا تجارية باتت بمثابة موضعها الأساسي. وتسري عليها بالنتيجة أحكام الإفلاس والتسوية القضائية. لذلك ذهب بعضهم إلى وصفها بالشركات التجارية بحسب موضوعها أو نشاطها الرئيسي. (Jean-Bernard, 1999, p. 12) . (الفضيل، 2017، صفحة 40). فهنا تمتد إليها أحكام الإفلاس، مادامت قد اكتسبت الصفة التجارية؛ نتيجة امتهانها نشاطات (أعمالاً) تجارية.

الخاتمة:

الثابت أن الإفلاس من وسائل التنفيذ على المدين، وهذه الوسيلة لا تطبق في أغلب التشريعات المقارنة إلاّ على فئة خاصة من الأشخاص، وهم التجار، وبالنسبة لنزاع معيّن من الديون هي الديون التجارية. لذلك قيل بأن الإفلاس نظام حقوقي أوجَده المشرع للتنفيذ على أموال المدين التاجر.

وتأسيساً على ذلك اعتبر جانبٌ من الفقه أن موضوع الإفلاس في التشريعات يجب أن يكون في الكتاب الخاص بالتنفيذ من قانون الإجراءات المدنية، لا في قانون التجارة.

يُستخلص من نص المادة 215 من الأمر رقم 75-59، أنه يشترط لشهر الإفلاس والتسوية القضائية شرطان موضوعيان هما: صفة التاجر، والتوقف عن الدفع. يضاف إليهما شرط شكلي، هو صدور حكم شهر الإفلاس والتسوية القضائية. وبهذا الشرط الشكلي المقرّر في المادة 1/225 من ذات الأمر، يكون المشرع الجزائري قد تبنى نظرية الإفلاس القانوني كمبدأ، واستثناء أجازت المادة 2/225 تطبيق بعض أحكام الإفلاس (التفليس بالتقصير، التفليس بالتدليس) ولو لم يسبق صدور حكم بشهر الإفلاس يُقرّر حالة التوقف عن الدفع، وهذه هي نظرية الإفلاس الفعلي أو الواقعي.

وفي المقابل يتضح من خلال نص المادتين (215، 1/217 ق.ت)، أنه يلزم لشهر الإفلاس أو التسوية القضائية، أن يكون المدين الذي توقف عن دفع ديونه تاجرا، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص، ولو لم يكن تاجرا، وكذلك الشركات ذات الأموالال عمومية كليا أو جزئيا. وهذا ما نعتبره نطاق أو مجال تطبيق نظام الإفلاس أو التسوية القضائية.

وعليه فإن الإفلاس والتسوية القضائية نظامان يطبّقان أصلاً على التجار، سواء كانوا أفردا أو شركات، واستثناء يمتد تطبيقهما على الشخص المعنوي غير التاجر في حالتين. تتمثل الأولى في اتخاذ الشخص المعنوي الخاص غير التاجر شكلاً من أشكال الشركات التجارية. أما الحالة الثانية، فتتعلق بممارسة الشخص المعنوي الخاص غير التاجر لأعمال تجارية يكتسب بموجبها الصفة التجارية.

تأسيساً على ما سبق، وانطلاقاً من المعيارين: الشكلي في الأساس، والموضوعي احتياطاً اللذين أخذ بهما المشرع التجاري لتحديد الطابع التجاري للشركة، يُمكن القول بأن المادة 215 من الأمر رقم75-59

المتضمن القانون التجاري جاءت صياغتها غير مضبوطة، كما أن فحواها اعتراه بعض التناقض، وطالته بعض النقائص التي أسلفنا تبيانها.

لذلك ندعو المشرع إلى مُراجعة النص وضبطه من حيث الصياغة والمحتوى، بحيث يصبح على النحو الآتي:

"يتعيّن على كل تاجر إذا توقّف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب مركزه المالي، أن يُدلي بإقرار لدى أمانة ضبط المحكمة خلال خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ توقّفه عن الدفع؛ قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس، تحت طائلة المُتابعة بجنحة التّفليس بالتّقصير".

وتماشياً مع هذا النص المقترح، يتعيّن حذف الفقر الثالثة من المادة 371 من القانون التجاري؛ تحقيقاً لوجوب تقديم الإقرار والإلزامية، بدلاً من الجوازية، وتفادياً لتكرار التنصيص على نفس الشرط.

الإحالات والمراجع:

1. *Desguin, S. (2013/2014). Droit commercial. paris.*
2. *Jean-Bernard, B. (1999). droit des affaires :commerçants, concurrence. paris: distribution, L.G.D.J.*
3. *Randrianirina, I. (2020). L'essentiel du droit commercial . paris: Gualino.*
4. *RIPERT George, ROBLOT René. (1990). traité de droit commercial. paris: L.G.D.J.*
5. *Tange, M. (2002). La faillite en droit fédéral aux Etats-Unis. paris: Economica.*
6. أبو عبيد إلياس. (1998). الإفلاس، الجزء الأول. د. ب. ن: د. د. ن.
7. أحمد محرز. (1978). القانون التجاري الجزائري، الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية، صفة التاجر، الدفاتر التجارية، المحل التجاري. القاهرة: المطبعة العربية الحديثة.
8. أحمد محرز. (1980). نظام الإفلاس في القانون التجاري الجزائري. الجزائر: د. د. ن.
9. الانطاكي رزق الله، نهار السباعي. (1965). موسوعة الحقوق التجارية، الجزء الثامن، الإفلاس. دمشق: مطبعة العروبة.
10. العكيلي عزيز. (1997). أحكام الإفلاس والصلح الواقي (دراسة مقارنة). عمان: مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع.
11. القليوبي سميحة. (1992). الشركات التجارية، الجزء الأول، النظرة العامة للشركات وشركات الأشخاص. القاهرة: دار النهضة العربية.
12. الواسعة زرارة صالحي .(1992) .الإفلاس وفقا لقانون التجارة الجزائري لسنة 1975، الجزء الأول .باتنة :مطبعة عمار قرفي.
13. أمحمد سعد الدين. (2020). توقف التاجر عن الدفع بين المفهوم التقليدي والضرورة الاقتصادي. المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية (2)، 53-67.
14. راشد راشد. (2005). الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

15. سلماني الفضيل. (2017). الإفلاس في التشريع الجزائري (رسالة دكتوراه علوم). تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية: جامعة مولود معمري.
16. فرحة زراوي صالح. (2003). الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية. وهران: نشر وتوزيع ابن خلدون.
17. فضيل نادية .(2009) .الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري .الجزائر :ديوان المطبوعات الجامعية.
18. فهيم راشد. (2000). الإفلاس والصلح الواقي منه طبقا لقانون التجارة رقم17 لسنة 1999. مصر: المكتب الفني للغصدارات القانونية.
19. مصطفى كمال طه. (2006). أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
20. مصطفى كمال طه. (1997). الأوراق التجارية والإفلاس. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
21. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق. (2005). أصول الإفلاس. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

مُلاحظات حول المادة 215 من الأمر رقم75-59 ـــــــ