

قائمة المختصرات

م ش ت :. مجلة الشركات التجارية.

م ت :. المجلة التجارية.

م إ ع :. مجلة الالتزامات والعقود.

م م ت :. مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

م الق الت :. مجلة القضاء والتشريع.

ص :..صفحة.

Art..... Article.

Cass.Com.....Cassation Commerciale.

Edt.....Edition.

Ibid.....La même référence.

Idem..... La même référence.

J. Cl.....Juris-Classeur.

J.c.p. éd. G.....Semaine juridique, édition générale.

J.c.p. éd. E..... Semaine juridique, édition entreprise.

L.G.D.J.....Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Nº.....Numéro.

Obs.....Observation.

Op.cit.....Opere citato (ouvrage précité).

p.....page.

Rev.....revue.

R.J.L.....revue de jurisprudence et de législation.

R.T.D..... Revue Tunisienne de droit.

Suiv.....Suivant.

T.....Tome.

المخطط العام

مقدمة

- الجزء الأول : القاضي الإستعجالي و المحافظة على الشركة التجارية:.....10
- فرع أول: القاضي الإستعجالي و التدخل المباشر.....10
- فقرة أولى: تقاعس الهياكل.....11
- فقرة 2: غياب الهياكل.....17
- فرع ثاني: القاضي الإستعجالي و التدخل غير المباشر.....19
- فقرة أولى: تسمية المراقبين.....20
- فقرة ثانية: تسمية المتصرفين.....26
- الجزء 2: القاضي الإستعجالي و المحافظة على مصالح المتداخلين.....33
- فرع أول : القاضي الإستعجالي و مصالح الشركاء.....34
- فقرة أولى: مصالح الشركاء المالية.....34
- فقرة ثانية: مصالح الشركاء السياسية:.....36
- فرع ثاني: القاضي الإستعجالي و مصالح الغير:.....43
- فقرة أولى: الحماية المباشرة.....43
- فقرة ثانية : الحماية غير المباشرة.....47
- خاتمة عامة.....52

مقدمة

"إن الغاية التي من أجلها شرع القضاء المستعجل هي حماية الحقوق التي يهددها الضرر المرشح للتفاقم أو الخطر بالشركة والتي لا تتوفر عادة في إجراءات التقاضي لدى محاكم الأصل التي تتسم غالبا بالبطء و التعقيد".¹

لطالما كانت الشركات التجارية ولا تزال أداة فائقة الأهمية لتعبئة الأموال في ظل اقتصاد السوق الرأسمالي² حيث وصفها العميد RIPERT بأنها أسمى تعبير للرأسمالية الحديثة³، إذ تقوم الشركات التجارية على أهم الأعمال والمشاريع التجارية والصناعية الكبرى حتى كان لها سلطان ونفوذ لا يفوقه إلا سلطان الحكومات ونفوذها وذلك لما تقوم عليه الشركات من التضامن والتعاون بين أعضائها بما لهم من أموال وقوة نظر وتدبير لا يصل إلى مستواه ما للفرد من ذلك.⁴

وقد عرف المشرع التونسي الشركات التجارية بالفصل الثاني من هذه المجلة بأنها: " عقد يتفق بمقتضاه شخص أو أكثر على تجميع مساهماتهم قصد اقتسام الأرباح أو الانتفاع بما قد يحصل من نشاط الشركة من اقتصاد"⁵. حيث استحدث المشرع التونسي مفهوم قانوني جديد للشركة من خلال تجاوز العناصر الكلاسيكية كالإقتصار على معيار الربح وتقاسم الخسائر وتوسع في هذا المجال وأقحم عنصرا أشمل وهو عنصر المنفعة الاقتصادية⁶. من جهة ثانية و مواكبة لهذا الدور الفاعل، تطوّر دور القضاء في مختلف المجالات فأصبح للقاضي دورا متناميا و فعّالا في جُلّ مستويات التعامل هذه إنساني الذي اتسم خاصة في مراحلها الحالية بتشعب مجالاته و تنوع

¹ حكم استئنائي عن محكمة الإستئناف بتونس عدد 77857 مؤرخ في 26-4-2001 غير منشور .

² FRANCE GIRAMAND et ALIN HERAUD, Droit des Sociétés, 3 ème Edition, 1995, P 109.

³ « ... C'est un instrument remarquable et nécessaire de mobilisation dans une économie de marché capitaliste ».

⁴ G.RIPERT : « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », 1951, L.G.D.J, Paris,

⁵ علي خفيف: " الشركات في الفقه الإسلامي "، بحوث مقارنة، طبع مطابع دار النشر للجامعات المصرية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية والعالمية، 1962، ص 21.

⁶ وقع توجيه سؤال إلى السيد وزير العدل أثناء مناقشة مشروع قانون مجلة الشركات التجارية حول مفهوم كلمة " اقتصاد " الواردة ضمن الفقرة الأولى من هذا الفصل فأجاب بأن كلمة " اقتصاد " تعني تقليص حجم المصاريف والنفقات وكلفة الانتاج فالمرابيح بالنسبة للشركات تكون بتحقيق المداخل أو بالتقليص من حجم المصاريف.

⁶ الفصل 1249 ل من مجلة الالتزامات والعقود.

أساليبه⁷، حيث تضاعف حضور الذات الطبيعية و النشاط الفردي لصالح شخص كبير بإمكانياته، فعال بأجهزته و صلاحياته، متنامي بفرص توسّعه و امتداده، إنّه و بدون شكّ هذا الشخص المعنوي المتمثل في الشركة التجارية التي هي تجميع و تركيز للجهد و المال⁸ يخدم التطوّر الاقتصادي القائم على الصناعات الكبرى التي هي في حاجة إلى توفير رؤوس أموال ضخمة لا يمكن أن تتوفر إلّا في إطار الشركات التي اكتست أهمية كبرى حتى أصبحت عبارة عن مؤسسات اقتصادية لا يقتصر نفعها و ضررها على أصحابها فقط ، بل إنه يمسّ بالاقتصاد الوطني ككل في مختلف جوانبه الاجتماعية و الاقتصادية و المالية⁹.

فالمشرع بإنشائه للقضاء المستعجل فإنه قد راعى أن بعض الظروف و الأوضاع التي يتعرض لها النزاع و التي تجعل من التأخير في اتخاذ القرار فيها يكون سببا في الإضرار بمصالح الخصوم ضررا لا يمكن تلافيه، و رأى أن الاكتفاء بالالتجاء إلى القضاء العادي، وضرورة اتباع إجراءاته و مواعيده قد يكون غير ذي فائدة في كثير من الحالات¹⁰.

لقد تعددت التعريفات¹¹ انطلاقا من القواعد المنظمة له وحتى الأحكام الخاصة المرتبطة ببعض جوانب تدخله، إلّا أنّها تتفق وتتكامل من حيث جوهر وكنه القضاء الاستعجالي كإجراء مختصر واستثنائي وذو صبغة وقتية يهدف بالأساس إلى حفظ الحقوق دون إكسابها أو إهدارها، وأساسه توفر عناصر اختصاصه من حيث وجوب قيام شرط التأكد وشرط عدم المساس بأصل الحق في انتظار البت النهائي في أصل النزاع من قبل قضاء الموضوع. وبالتالي يمكن

⁷ قد وجد هذا النظام تطبيقا كبيرا طوال القرن التاسع عشر، ثم أخذ نطاق القضاء المستعجل يتطور ويتسع حتى صدر قانون المحاكمات الفرنسي الجديد الذي كرس في مواده التطور الذي صار إليه القضاء المستعجل و نظمه بشكل دقيق موسعا دائرة عمله، وقد تعممت إجراءات القضاء الاستعجالي في عديد التشريعات المقارنة الغربية منها و العربية خاصة و أنّ هذا النوع من القضاء قد عرفته التجربة الإسلامية سواء في إطار تحفه ابن عاصم الأندلسي أو ما تضمنته المجلة العثمانية من وسائل وقتية و تحفظية تدخل في إطار عمل و دور القاضي الاستعجالي³ خاصة من حيث سرعة الفصل و اختصار الأجل.

⁸ القانون التجاري (الأعمال التجارية. التجار. الشركات التجارية) ، د. علي البارودي ص 126.

⁹ دور القاضي في إدارة الشركات التجارية. رشيد الصباغ. ملتمى حول " الجديد في قانون الشركات التجارية 26 و 27 جانفي 2001 ص 1. القاضي الاستعجالي في الشركات التجارية، سفيان الخويني ، رسالة في ختم الدروس بالمعد الأعلى للقضاء، فوج 13، سنة قضائية 2001-2002، ص 10.

¹¹ - عبد الله الهلايلي: يعرف القضاء الاستعجالي بكونه: «إجراء مختصر واستثنائي يسمح للقاضي باتخاذ قراره في المسائل المتنازع عليها التي لا تحتمل التأخير في إصدار القرار بدون حصول ضرر». في القضاء المستعجل. مجلة القضاء والتشريع عدد 2 لسنة 1984 ص 19-20.

- محمد اللجي: يعرفه بأنه: «إجراء ادعائي استثنائي ومختصر يهدف إلى البت بأقصى ما يمكن من السرعة في النزاعات المتأكدة وفي الصعوبات التي يثيرها تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية وذلك بصفة مؤقتة ودون المساس بأصل الحق». اختصاص القضاء الاستعجالي. م. الق. الت. فيفري 1991 ص 39.

- معوض عبد التواب: يعرفه بأنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده، ويتوفر الاستعجالي في كل حالة إذا قصد من الإجراء المستعجل فيها منع ضرر مؤكد لا يمكن إزالته إذا حدث". الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة".

القول أن القضاء الاستعجالي هو قضاء وقتي لا يحسم النزاع حسماً نهائياً، ولا يحوز على قوة الشيء المقضي به، إذ يجوز تعديل الحكم الصادر فيه أو الرجوع فيه حسب مقتضيات الأحوال، ولا يقيد القاضي الذي ينظر في موضوع الحق وإنما يكون مصيره متعلقاً بالمرجوع النهائي للخصومة القائمة أو التي يمكن أن تقوم حول هذا الحق وبما ينتهي إليه أمرها¹².

فقد اعتبر الأستاذ عبد الله الهلالي أن القضاء الاستعجالي يأتي كوسيلة لمنع الضرر الناتج عن طول النشر لحفظ الحقوق التي لا تنتظر التأخير¹³، و ميز الأستاذ محمد اللجمي القضاء المستعجل عن الأذن عن العرائض من خلال صبغته الوجاهية، و عن قضاء الأمر بالدفع من حيث أحكامه التي تتميز بصبغتها الوقتية و عدم مساسها بجوهر الحق و قابليتها للتنفيذ المعجل بقوة القانون¹⁴.

و اعتبر الدكتور محمد محمود إبراهيم بأن أساس القضاء الاستعجالي هو المحافظة على الأوضاع القائمة و احترام الحقوق الظاهرة و صيانة مصالح الأطراف المتنازعة¹⁵.

و قد جرى الفقه¹⁶ على اعتبار التأكد هو حالة الضرورة التي لا تتحمل أي تأخير و قضت محكمة التعقيب الفرنسية و تبعها الكثير من الشراح و المحاكم في فرنسا و بلجيكا و مصر بأن الإستعجال لا يتوافر إلا في الأحوال التي يترتب عن التأخير فيها ضرر لا يحتمل الإصلاح⁽²⁾. و قد عرفه البعض بأنه "الخطر الحقيقي المصدق بالحق المراد المحافظة عليه و الذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي و لو قصرت مواعيدته"¹⁷، فيما ذهب آخرون إلى اعتبار أن هناك استعجال كلما توافر أمر يتضمن خطراً داهماً أو ضرراً قد لا يمكن تلافيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي¹⁸.

¹² القضاء المستعجل، الطيّب اللومي: ملحق القضاء الاستعجالي في 28 مارس 1992 بقايس ص 4.

¹³ في القضاء المستعجل، عبد الله الهلالي، م.ق.ت. فيفري 1984 ص 19.

¹⁴ اختصاص القضاء المستعجل، محمد اللجمي، م.ق.ت. فيفري 1991 ص 39.

¹⁵ المرجع السابق

¹⁶ الفقهان Garsonnet و Cesar Bru: انظر مقال الرئيس محمد اللجمي: اختصاص القضاء الاستعجالي م.ق.ت. ص 46.

¹⁷ محمد علي راتب: قضاء الأمور المستعجلة، منشورات الخلي الحقوقية، 1998، ص 28.

¹⁸ د. أحمد أبو الوفاء "في المرافعات المدنية"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 13، ص 331.

في إطار تشريعنا المعاصر كان أول نص قانوني تناول موضوع القضاء المستعجل سنة 1910 ضمن الأمر العلي المؤرخ في 24 ديسمبر 1910 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية المعبر عنه بدليل المتقاضي اختصاص القضاء الإستعجالي عن قضاء الأصل ثم صدر بعد ذلك الأمر العلي المؤرخ في 27 جوان 1946 الذي نظم بعض أوجه الاختصاص المرتبطة بهذا النوع من القضاء و كرس قاعدة استقلالية، و في 5 أكتوبر 1959 صدرت مجلة المرافعات المدنية و التجارية التي تضمنت بابا في القضاء المستعجل و قد نظمه المشرع من الفصل 201 إلى الفصل 212 كما تضمنت المجلة البعض من الفصول التي تتضمن أحكامها في المادة الإستعجالية و نخص بالذكر منها أحكام الفصل 39 جديد و 134 جديد و 135 جديد و 126 جديد¹⁹. هذا بالإضافة إلى نصوص أخرى جاءت في قوانين و مجلات أخرى اهتمت بأوجه تدخل القاضي الإستعجالي و التي من بينها مجلة الشركات التجارية التي جاءت تعكس بوضوح بعض أوجه تطور سلطة القاضي المستعجل موازاة مع أوجه تطور النشاط الاقتصادي و التجاري، بما استوجب دعم سلطاته في مجال الشركات التجارية بإعطاء مفهوم متطور لدور القاضي الإستعجالي في الشركات التجارية خاصة و قد أدرك المشرع فائدة هذا القضاء فمنحه الاختصاص في كثير من المجالات²⁰.

وهو الأمر الذي دعى إلى عصرنة دور القاضي في إطار الشركات التجارية حيث ظهر أنه بإمكانه أن يقوم بدور متميز في مساعدة هذه المؤسسة و حمايتها في مختلف مراحلها نشأة و تسييرا و حتى انحلالا، و إطار متميز يشجع على المبادرة و يساهم في تطوير الاستثمار²¹، جعل دور القاضي يتأقلم مع دور الشركة التجارية في منظومة الاقتصاد الوطني الآخذ بالتححر الاقتصادي و بروح الاندماج مع الأخذ في الآن نفسه بنفس اجتماعي يحمي المصالح المتشابهة التي تدور في فلكها.

تضمنت مجلة الشركات التجارية كل شركة تجارية بقواعد خاصة من حيث تكوينها و سيرها و حتى انحلالها²²، ولا شك أن لهياكل الشركة الدور المتميز في قيامها و سيرها و في حماية مصالحها، وهو ما استوجب تنظيم طرق تعيين

¹⁹ الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، سامي بن فرحات، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم 1996 ص 18.

²⁰ مناهج الاختصاص و الحكم في دعاوي المستعجلة د. أمينة النمر، منشأة المعارف الإسكندرية، 1995، ص 21.

²¹ تدخل القاضي في تسيير الشركات، صابر الغربي م. ق. ت أكتوبر 1995 ص 13.

²² قد جاءت النصوص المنظمة للشركات التجارية موزعة بين أحكام عامة مضمّنة بمجلة الالتزامات و عقود ضمن الفصول من 1249 إلى 1350 كقواعد عامة و كلية تنطبق على جميع الشركات بما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة ببعضها، و أخرى خاصة بالشركات التجارية تضمنتها في البداية المجلة التجارية من الفصل

هياكل الشركة و كيفية ممارسة دورهم بالشكل الذي يضمن سير طبيعى لنشاطها إلا أن الإشكال يثار عندما تكون هياكل الشركة موجودة لكنها متقاعسة عن القيام بالأعمال التي يقتضيها السير العادي للشركة فلا تتوصل إلى أخذ القرارات اللازمة في الوقت المناسب سواء نتيجة لخلافات داخل هاته الهياكل نفسها أو بينها و الشركاء بما ينتج عنه أزمات داخل المؤسسة قد تعسف بنشاطها و تضرر بالمصالح التي تؤمنها، وهو الأمر الذي يستدعي في أحيان عديدة تدخّل القاضي الإستعجالي إذا ما بلغ النزاع حدّا يندم فيه ما كان موجود من تآلف بين الشركاء و يؤثر سلبيا على نشاط الشركة

يتضح إذن مما سبق بسطه أنّ الشركة هي بالأساس عقد،²³ لكنه عقد متميز و له خصوصياته سواء على مستوى أركانه و شروط تكوينه أو على مستوى آثاره، مما جعل كثيرا من الفقهاء يعطون الشركة صبغة المؤسسة نظرا لوحدة المصالح التي تربط بين الشركاء²⁴ حيث " يظل هذا الارتباط ما دام الشخص المعنوي الجديد قائما، فإذا حقق ربحا استفادوا منه، و إذا تعرض لخسارة تعرضوا لها جميعا "²⁵.

حيث تشترك جميع الأشكال من الشركات التجارية²⁶ فيما تتضمنه من مصالح هامة و جوهرية ساهمت أسباب نظرية و عملية في بلورة مسألة التدخل القضائي في حمايتها خاصة عن طريق القضاء الإستعجالي و ذلك بظهور

14 إلى الفصل 188 ثم أفردت هاته الأحكام بمجلة خاصة بالشركات التجارية صادرة في 3 نوفمبر 2000 انطلاقا من التعريف التشريعي للشركة المضمن بالفصل 1249 من م.إ.ع و الفصل الثاني من م.ش.ت.

²³ لو عدنا إلى القانون المدني المصري لوجدنا أن التعريف المعطى للشركات جاء أصقل من التعريف الوارد صلب القانون التونسي لأنه أبرز الأركان و العناصر المكونة لها ذلك أن المادة 505 تنص على ما يلي " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة و مهما كان التعريف الذي نعتّمده فإنه من الثابت أن قيام الشركة يتطلب توافر الأركان العامة في العقد من رضا و أهلية و موضوع و سبب و أن يكون عقد الشركة جاريا بين شخصين أو أكثر يشتركون في تقديم الحصة المستوجبة على كل منهم من مال أو عمل كما يشتركون في الربح أو الخسارة الناتجة عن الشركة و هو أمر تستشفه ضمنا من الفصل 1249 من م.إ.ع و هو واضح تمام الوضوح في القانون المصري.

²⁴ Jean Lortemer. « Du contrat à l'institution » j c p 1949 – 586

²⁵ القانون التجاري، د. علي البارودي ص 126 و 127 .

²⁶ تدخل المشرع التونسي في مرحلة ثانية لإرساء نظام خاص بالشركات التجارية بمقتضى المجلة التجارية الصادرة بالقانون المؤرخ في 1959/10/05 و ذلك ضمن العنوان الثالث من الكتاب الأول: الفصول من 14 إلى 188 و التي تضمنت تصنيفا للشركات التجارية حيث نصت على صنفين من الشركات التجارية. شركات الأشخاص: تنشأ هذه الشركات بين أفراد يعرفون بعضهم بعضا و تقوم بينهم ثقة شخصية متبادلة و بذلك يكون الشخص الشريك و ليس المال هو موضع اعتبار في قيام هذه الشركات و ذلك يرتب قاعدة عامة بأن يكون من غير المسموح به حلول شريك جديد محل شريك قديم إلا إذا حاز على ثقة سائر الشركاء و رضاهم و في إطار هذا الصنف من الشركات يكون الشركاء ملزمين بالتضامن بديون الشركة. و يندرج تحت طائلة شركات الأشخاص 3 أنواع من الشركات التي نصت عليها المجلة التجارية وهي :

- شركات المفاوضة
- شركات المقارضة البسيطة
- شركات المحاصة

مفاهيم جديدة كمفهوم المصلحة الجماعية أو المصلحة المشتركة الداعية لمثل ذلك التدخل، بالإضافة إلى بروز مفاهيم أخرى كحقوق الأقلية و تعسف الأغلبية⁽¹⁾²⁷، علاوة عما أفرزه الواقع التطبيقي من حالات بيّنت أن فشل الشركات التجارية يأتي في أحيان كثيرة من خلال أزمات و صعوبات و إخلالات يمكن أن يكون للقاضي الإستعجالي دورا متميزا في التصدي السريع لها بأحكام وقتية ملائمة و ذات جدوى كبيرة .

و قد خولت مجلة الشركات لكل ذي مصلحة حق القيام لدى القضاء لحماية حقوقه من كل اعتداء ذلك أن مكاسب الشركة ذاتها أو المتعاملين معها مهما كانت صفاتهم أو حتى الشركاء أنفسهم يمكن أن يستهدفوا إلى تجاوزات مختلفة، و بالتالي يكون جميعهم حريا بحماية المشرع. وذلك منذ طور تأسيس الشركة مروراً بمرحلة سيرها وصولاً إلى تصفيته. فالمشرع مكن المتضرر أو من كان حقه مهدداً من آليات متعددة تمكنه من التصدي إلى أية عرقلة أو إخلال. و قد أكدت في هذا المجال محكمة التعقيب الدور الهام للقاضي الإستعجالي في مجال الشركات التجارية فاعتبرت في قرارها المؤرخ في 17 جانفي 1980 أنه " لا وجود لأي نص قانوني ينتزع من القضاء ولايته العامة على كل النزاعات و يمنع من تعيين حارس قضائي و ذلك لإدارة الشركة مؤقتاً حتى لا تكون مهددة بالتلاشي و الزوال لوجود نزاع جدي بين شركائها مع مراعاة المصلحة العامة للشركة حسب ظروف القضية و ملابساتها بصرف النظر عن المصلحة الخاصة لكل شريك أو مساهم مهما بلغت نسبة مساهمته"²⁸.

شركات الأموال : لئن كانت شركات الأشخاص تأخذ بعين الاعتبار من أجل قيامها شخصية الشريك ويتأثر بالتالي وضعها القانوني بما يطرأ على هذه الشخصية من تغييرات، فإن الاعتبار في شركات الأموال هو مبدئياً للمال الذي يقدمه الشريك وليس لشخصه ذلك أن ، الحصة التي يقدمها الشريك في شركات الأموال و التي تسمى بصورة عامة سهماً قابلة للتداول بطريقة أكثر سهولة و سرعة عما هو عليه الحال في حوالة الحق المقرر في القانون المدني.²⁶ و تندرج تحت طائلة شركات الأموال، الشركة خفية الاسم من جهة و شركة المقارضة بالأسهم من جهة أخرى. هذا مع الإشارة إلى أنه في إطار الشركة خفية الاسم وقع التمييز بين شركة خفية الاسم ذات مساهمة عامة، و شركة خفية الاسم ذات مساهمة خصوصية، و ذلك بمقتضى القانون عدد 17 المؤرخ في 14-11-1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية، الذي استعمل لأول مرة مصطلح طلب العموم للإدخار" ثم توضحت التفرقة أكثر مع مجلة الشركات التجارية الصادرة بالقانون عدد 93 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000.

أما فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة فهي تتمتع بخاصية مزدوجة ذلك أنها تحمل في ذات الوقت جملة من خصائص شركات الأموال وجملة من خصائص شركات الأشخاص إلا أنه وفق تقسيم آخر يمكن اعتماده، يمكن إدراج الشركة ذات المسؤولية المحدودة ضمن الشركات التجارية حسب الشكل، ذلك أنه يوجد صنفين من الشركات التجارية وفق هذا التقسيم: الشركات التجارية حسب الشكل و الشركات التجارية حسب الموضوع. و بالنسبة للشركات التجارية حسب الشكل فإنها تعد ذات صبغة تجارية مهما كانت طبيعة النشاط الذي تتعاطاه، أي سواء كان نشاطها مدنياً أو تجارياً. أما الشركات التجارية حسب الموضوع فإنها لا تكون تجارية إلا متى تعاطت نشاطاً تجارياً على معنى المجلة التجارية

²⁷ L'immixtion judiciaire dans les affaires des sociétés com mémoire de D E S de droit privé, Tunis I 1973, R I G R I. Rjeb p 1 et s.

²⁸ قرار تعقيبي عدد 2289 بتاريخ 17 - 1 - 1980 م . ق . ت أكتوبر 1981 ص 79.

ما تجدر ملاحظته في هذا السياق، هو أن إقرار القضاء الاستعجالي ضمن المجال التجاري وتحديدًا صلب مجلة الشركات التجارية له طابع مزدوج، ذلك أنه يشكل إستثناءً لطرق التقاضي العادية المعمول بها عادة. و في ذات الوقت يشكل استثناءً للقاعدة التي تمنح بمقتضاها إدارة الشركات لهياكلها الإدارية و أصحابها لتسمح بذلك للقضاء من حق التدخل في إدارة الشركات التجارية، ليتجاوز دور القضاء بذلك مجرد فصل النزاعات، و هذا الدور الفاعل للقضاء مرده في حقيقة الأمر التطور الهام الذي شهده نشاط الشركات التجارية، ذلك أن الشركات لا يقتصر نفعها و ضررها على أصحابها فقط، بل يمتد إلى الاقتصاد الوطني بجميع فروع و جوانبه، و المشرع حريص كل الحرص على حماية الشركات و محاولة تقديمه مختلف الحلول لمختلف الاشكاليات التي قد تعترض نشاطها فسن بذلك عديد القوانين.

و يجدر التمييز إلى أن مجلة الشركات التجارية أرست نوعاً مستحدثاً نصت عليه في بعض الحالات و هو لا يقتبس من القضاء المستعجل سوى سرعته وهو ما يعبر عنه بالنظر في القضية "وفقاً للإجراءات المستعجلة" حيث ينص الفصل 157 على ما يلي: "و يجوز لكل معني بالأمر أن يلجأ إلى المحكمة للنظر في البطلان و في هذه الحالة تنتظر المحكمة في المطلب وفقاً للإجراءات المستعجلة."

أول ملحوظة يمكن الإلماع إليها في هذا السياق هو استعمال المشرع لمصطلحين لا يؤديان نفس المعنى وذلك بإستعماله من ناحية لمصطلح "المحكمة" و من ناحية أخرى "الإجراءات المستعجلة" فالمعلوم أن المحكمة تبت في الأصل و تتخذ قرارات حاسمة للنزاع في حين يختلف الأمر بالنسبة للقضاء الإستعجالي بوصفه لا يبت في الأصل إنما يتخذ فقط قرارات فورية دون أن تكون حاسمة للنزاع.

للخروج من هذا التناقض في المصطلحات اعتمد عديد الفقهاء من بينهم الفقيه صالح بوراس قراءة متكاملة و متناسقة لمختلف الأحكام الواردة صلب مجلة الشركات التجارية وغيرها من النصوص القانونية الأخرى و ذلك مثلاً بربطها مع الأحكام الواردة صلب الفصل 81 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية إذا ما توفرت شروطه أو بالرجوع للفصل 201 من نفس المجلة إذا كان هناك تأكيد يوجب النظر على وجه السرعة على أن الفقيه المذكور طرح الاشكال دون أن يقدم حلاً واضحاً و صريحاً في حين نجد الفقيه "رشيد الصبّاغ" مبرزاً موقفه بأكثر وضوح حيث أن مسألة النظر وفقاً للإجراءات الاستعجالية هو في الحقيقة قضاء أصلي قائم الذات و ليس قضاء استعجالياً و المحكمة

المختصة به هي محكمة أصلية ما لم يصرح القانون بخلاف ذلك و ليس لهذا القضاء من الاستعجال إلا السرعة أي أن نتبع في إطار هذا الصنف من القضايا إجراءات القضاء الاستعجالي بما فيها بالخصوص الآجال المتعلقة بالحضور .

إن أساس القضاء الاستعجالي العام كما وقع بيانه هو عنصر التأكد إلا أنه بالرجوع إلى فصول مجلة الشركات التجارية²⁹ لا نجد هذا الشرط³⁰، مما جعل البعض يعتبر أن عنصر التأكد مفترضا في النزاعات التي عهدت بها أحكام هذه المجلة إلى القاضي الاستعجالي. إذ لا يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي لأنه كلما أحال نص القانون على اختصاص القاضي الاستعجالي إلا وكان مختصا دون التثبت في وجود حالة التأكد بصفة عملية³¹.

ويستخلص من كل ما ذكر أنه للقضاء المستعجل أهمية بالغة من حيث كونه يقوم على أساس فكرة الحماية العاجلة دون أن تكسب حقا أو تهدره، وهو مبدأ أساسي في إنشاء نظام القضاء المستعجل إلى جانب قضاء الموضوع، وهو بالضرورة الأساس و المنطلق الذي اعتمده المشرع عند إقرار صور تدخل القاضي الإستعجالي في مجال الشركات التجارية .

فماهي، إذن، مختلف المصالح التي تستلزم تدخل القاضي الإستعجالي للمحافظة عليها داخل الشركات التجارية؟

لقد اختلف دور القضاء الإستعجالي في مساعدة الشركة التجارية كمؤسسة اقتصادية و حمايتها عند الضرورة بحسب نوع الأزمات و الوضعيات التي تمر بها، فأتضح أن للقاضي الإستعجالي دورا متميزا في حماية الشركة التجارية عند تعرضها لإخلالات تؤثر في سيرها الطبيعي نظرا لإجراءاته المختصرة و كلفته المنخفضة و مرونة أحكامه التي تهدف إلى مد يد المساعدة الشركة في ذاتها (الجزء الأول) أو التفكير في مصالح المتداخلين من شركاء أو الغير (جزء ثاني) . لذلك رأى المشرع أن في تعهيد القاضي الإستعجالي بمسائل و صور عارضة وخاصة تعترض الشركة التجارية و تؤثر في سيرها و مردوديتها و تمس بالمصالح المرتبطة بها، دفع إيجابي لتنمية وتطوير دوره في الشركات التجارية بما يخدم تلك المصالح موضوع تدخله.

²⁹ - انظر الفصول 36-40-43-44-46-98-108-134-137-127-128-139-261-264-290-290 مكرر 154-195-243-405-419-431 م.ش.ت.

³⁰ - هناك استثناء وحيد وهو الفصل 277 العدد 2: «وكيل معين من المحكمة يطلب من كل من يهمه الأمر في حالة التأكد...»

³¹ - رشيد الصباغ: دور القاضي في إدارة الشركات التجارية. ملتقى علمي حول "الجديد في الشركات التجارية" يومي 26-27 جانفي 2001 بتونس ص4.

الجزء الأول : القاضي الإستعجالي والمحافظة على الشركة التجارية:

تعددت صور تدخل القاضي الإستعجالي بمقتضى النص سواء مباشرة (فرع أول) أو بصفة غير مباشرة عن طريق التعيين (فرع ثان)، حتى أنها فاقت بكثير ما كانت قد تضمنته المجلة التجارية من نصوص مكرسة لمثل هذا التدخل³²، وجعلت القاضي الإستعجالي يواكب جل مراحل الشركة التجارية سواء عند التأسيس أو التسيير أو التصفية و الانحلال كما شملت تلك الصور كل من هياكل المداولة و هياكل التسيير والتصرف و هياكل المراقبة و حتى أعمال التصفية .

فرع أول: القاضي الإستعجالي و التدخل المباشر:

إن تدخل القاضي الإستعجالي في هذا المجال هو تكريس من المشرع لضرورة ضمان التواجد الدائم و الاستقلالية اللازمة لهياكل الشركة سواء جماعيا كشركات الأموال أو بصفة فردية من وكلاء بغاية أن لا تعسف تلك العوارض بالسير العادي لها فهو المكلف قانونا بدعوة الجلسة العامة للانعقاد، فمجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية لهما مهمة عامة تتمثل في السهر على حسن سير دواليب الشركة والحرص على قيام هياكل المداولة والرقابة بعملهما على النحو الأكمل.

لكن قد تطرأ أمورا تعطل قيام هيكل التسيير بمهمته ونذكر على سبيل المثال عدم رغبة المسيرين في تلافي انعقاد الجلسة العامة خصوصا إن كانت هناك مؤشرات توحى بأنها قد تمثل مناسبة لحساب عسير لهم أو لتتحياتهم (فقرة أولى) أو بصفة طارئة للقوة القاهرة مثلا أو غيرها من الأسباب (فقرة ثانية).

³² انظر الفصلان : 53 من المجلة التجارية المتعلق بتمكين المكتتب بالشركة خفية الاسم من الالتجاء إلى القاضي الإستعجالي لطلب تعيين وكيل قضائي يكلف باسترجاع المبالغ المودعة . و الفصل 83 من نفس المجلة المتعلق بالالتجاء إلى القاضي الإستعجالي لتسمية و تعويض مراقب الحسابات في حالات عدم التعيين أو التعذر أو الامتناع .

فقرة أولى: تقاعس الهياكل:

يعتبر حق الشريك في التصرف في الشركة من أهم مظاهر حق التدخل في شؤون الشركة، ويبرز هذا خاصة من خلال تمكينه بمهمة إدارة الشركة وهو ما أكد عليه الفصل 31 مجلة تجارية و الفصل 57 م.ش.ت. حيث إعتبر أن التصرف في شؤون الشركة المفاوضة حق لجميع الشركاء " إلا إذا إقتضى العقد التأسيسي للشركة أو إتفاق لاحق له عكس ذلك".

إلا أنه وضمنا لحسن سير وإدارة شؤون الشركة فقد جرى العمل على مستوى التطبيق إتفاق الشركاء على إناطة تسيير شؤون الشركة لأحدهم أو للبعض منهم أو أن يوكلوا مهمة إدارتها إلى شخص أجنبي عنها وعن الشركاء، يقع إختياره لما يتسم به من فنيات في الإدارة وكفاءة³³ وتسري هاته القاعدة على جميع الشركات مع وجود بعض الخصوصيات من ذلك فإن حق الإدارة في شركة المقارضة البسيطة لا يتمتع به إلا الشركاء المقارضون بالعمل³⁴.

أما بالنسبة لشركات الأسهم، فقد نص الفصل 393 م.ش.ت. الخاص بشركة المقارضة بالأسهم بأن تسيير هاته الشركة يتم من قبل وكيل أو عدة وكلاء " يقع إختيارهم وجوبا من بين الشركاء المقارضين بالعمل" أو ممن يتفقون عليه، وأساس هاته القاعدة هو خصوصية هاته الشركة التي تضم صنفين من الشركاء، مقارضين بالعمل ومقارضين بالمال لكل منهما نظامه القانوني الخاص به من ذلك أن المقارضين بالمال يحجر عليهم التدخل في إدارة أعمال الشركة ولو كان تدخلهم بموجب توكيل³⁵.

هذا المبدأ لا يسري بالنسبة للشركة خفية الاسم، ذلك أن إدارة الشركة ولئن كان حقا مخولا لكل المساهمين إلا أنه وعلى مستوى التطبيق فإنه عادة ما يفوض تسيير الشركة إلى أجنب عنها.

وما يعزز هذا الرأي هو أحكام الفصل 189 م.ش.ت. التي نصت على أنه " لا يشترط في عضو مجلس الإدارة أن يكون من المساهمين إلا إذا نص العقد التأسيسي على خلاف ذلك " ويبقى الحق لمن لم يتول الإدارة في مراقبة سير

³³ الأستاذ توفيق بن نصر: التعليق على مجلة الشركات التجارية دار ميزان للنشر الطبعة الأولى أبريل 1996، ص 197.

³⁴ قد نص الفصل 71 م.ش.ت. في هذا الإطار على أنه " يحجر على الشريك المقارض بالمال التدخل في إدارة أعمال الشركة ولو كان تدخله بموجب تفويض".

³⁵ الفصل 393 م.ش.ت.

الشركة والإطلاع على وثائقها سواء بمناسبة الجلسات العامة أو حتى خارجها فضلا على حق الحضور بالجلسات العامة والتصويت بها، وهاته الحقوق مخولة للشريك وذلك بوصفه شخصا معنويا أو شخصا طبيعيا.

و لكن لا يمكن أن يعتبر كل خلاف داخل الشركة كاف للإلتجاء إلى القاضي الإستعجالي، و قد أكد فقه القضاء التونسي ذلك معتبرا أن الإختلاف الحاصل بين الأقلية و الأغلبية في التسيير لا يكفي وحده لنصب مؤتمن عدلي³⁶ و يبقى بذلك تحديد درجة سوء التصرف المتصفة بالتأكد خاضعة لتقدير القاضي الإستعجالي

و سوء التصرف ليس السبب الوحيد المؤدي إلى تعطيل هياكل و سير الشركة إذ أن في الخلافات الحاصلة بين الشركاء أنفسهم ما قد يعسف بعنصر التآلف (Affectio societatis) المفترض وجوده داخل الشركة خاصة إذا نتج عن ذلك تجميد هياكل الشركة و تعدّر بذلك اتخاذ القرارات داخلها نتيجة سوء تفاهم حاد بين الشركاء تجسم في مستوى الجمعية العامة و عاق سير مداولاتها .

كما أن هذا التقاعس يطرح من جديد حالة التأكد و الإشكال المتعلق بمدى قبول الدعاوى الإستعجالية التي ترفعها الأقلية نتيجة لتعسف الأغلبية داخل الشركة خاصة و أن قاعدة الأغلبية التي تحكم سير الشركة التجارية⁽¹⁾ و التي تعبر عن تكريس الديمقراطية بالشركة لا يجب أن تقضي إلى تعسف الأغلبية و تسلطها على حساب مصالح الأقلية، لما في ذلك انعكاسات سلبية على مصلحة الشركة و حقوق الشركاء غير المسيرين أو الذين يمثلون الأقلية بما يبرر تدخل القضاء الإستعجالي بما له من قدرة على درء ما يهدّد كيان الشركة خاصة و أنها كذات اقتصادية تجمع عديد المصالح المترابطة التي تحتاج إلى الحماية.

و قد تدخل في هذا الإطار فقه القضاء الفرنسي في قضية " Fruechauf " ³⁷ ليضع حدّا لتعسف الأغلبية الأمريكية داخل الشركة الفرنسية الأمريكية عندما عمدت إلى إبطال عقود تزويد لفائدة الصين بالمصادقة على قرار لا يخدم مصلحة الشركة و لا بقية الشركاء و ذلك بالاستناد إلى اعتبارات خارجة عن عناصر الجدوى و عن مصلحة الشركة، و في نفس الإطار أسبغ فقه القضاء التونسي على بعض الممارسات التعسفية من جانب الأغلبية صفة التأكد

³⁶ قرار استعجالي عن محكمة استئناف تونس في 26-10-1988 عدد 80764 الم الق ت 1990 ص 408.

³⁷ Paris 22 – 5 – 1965 Dalloz 1968 p 147 j c p, II, 14274, Gaz pal. 1965, 2p86

الذي يمثل ضررا ببقية الشركاء بيزر التجائهم للقضاء الإستعجالي قصد اتخاذ الوسائل الوقتية اللازمة لمجابهته و درءه، و مثال ذلك ما قضت به محكمة الإستئناف بسوسة في قرارها عدد 289 الصادر في 14 جانفي 1993 من أن توافي الرئيس المدير العام مع مجلس الإدارة باستعماله سلطات تتجاوز الحد يشكل ضررا بمصالح و حقوق الأقلية من المساهمين، و أن قرار إلغاء الترفيع في رأس المال المشترك هو قرار يعكس تعسف الأغلبية على الأقلية .

و متطلبات الجدوى المقصودة في تدخل القاضي الإستعجالي و خاصة في إطار الشركات التجارية، في القرار التعقيبي الصادر في 7 - 7 - 1988³⁸ و الذي يعطي مفهوما مرنا لعنصر عدم المساس بالأصل، اعتبر أن الحذر من هذا الشرط لا ينبغي أن يصحبه إفراط ولا مبالغة و أنه لا تثريب على القاضي الإستعجالي من التأمل في وثائق الطرفين لا للبت و فيها ترجيح إحداها على الأخرى بل لمعرفة مدى جدية الدفع المتشبه به و بالتالي مدى تأثيره على الموضوع الإستعجالي، وهو الموقف الذي يحيلنا بداهة إلى الصبغة الوقتية لقرارات القاضي الإستعجالي باعتبار أنه يتخذ وسيلة حمانية ليمنع تلاشي الحقوق المهددة بالخطر.

من جهة أخرى و بالرجوع لمجلة الشركات الصادرة بمقتضى القانون عدد 93 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 وتحديدًا إلى النصوص الخاصة المتعلقة بالقضاء الاستعجالي بمقتضى نص خاص من القانون نجد أن جميع الحالات يكون فيها ركن التأكد مفترض بحكم القانون، و الحالة الوحيدة التي نصت فيها المجلة على هذا الشرط هي الحالة التي تتعلق بدعوة الجلسة العامة العادية للإنعقاد في الشركة خفية الإسم و الواردة صلب الفصل 277 حيث نص الفصل المذكور على ما يلي:

" تتم دعوة الجلسة العامة للإنعقاد عن طريق مجلس الإدارة الجماعية و عند الضرورة يمكن دعوتها عن طريق:

1- مراقب أو مراقبي الحسابات.

2- وكيل معين من المحكمة بطلب من كل من يهمه الأمر في حالة التأكد أو بطلب من مساهم أعد مساهمين

يكون مجموع مساهمتهم 15 % على الأقل من رأس مال الشركة ما يمكن ملاحظته في هذا السياق أن المشرع نص صراحة على عنصر التأكد صلب الفصل المذكور 277 من مجلة الشركات التجارية و الذي يتعلق تحديدا بالشركات

³⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 19911 ن.م. ت لسنة 1988 قسم مدني .

خفية الإسم والوارد صلب الفرع الرابع تحت عنوان «الجلسات العامة»، و المشرع أورد في مرحلة أولى عبارة " و عند الضرورة " و في مرحلة ثانية عبارة " في حالة التأكد " والمعنى واحد بطبيعة الحال.

فلئن كان تصريح المشرع بشرط التأكد في فصل وحيد فإن هذا المجال واسع الذي نص فيع على القضاء الاستعجالي بنص خاص، والجديد الذي جاءت به مجلة الشركات التجارية هو التكتيف من حالات الإلتجاء للقضاء الإستعجالي عموما و القضاء الإستعجالي بنص خاص بصفة خاصة. و هو ما يبرز الدور الذي منحه المشرع للقاضي و الثقة التي منحه إياها من خلال تمكينه من التدخل في أوقات حرجه ووضعيات صعبة ، ليكون بذلك القضاء الإستعجالي آلية ووسيلة قضائية ناجعة و حاسمة أحيانا ، نظرا " لوضوح الهدف و سرعة الوصول إليه ، وتسيير التطبيق القضائي.

من جهة أخرى فقد ورد الفصل 127 صلب الباب الثالث المتعلق بـ " أجهزة المداولة: جلسة الشركاء" من الفرع الثالث بعنوان في تسيير الشركات ذات المسؤولية المحدودة " من العنوان الثاني بعنوان "الشركة ذات المسؤولية المحدودة" من الكتاب الثالث المتعلق بـ " الشركات ذات المسؤولية المحدودة".

و ينص الفصل المذكور على مايلي: " يمكن لشريك أو لعدة شركاء يملكون 4/1 رأس مال الشركة على الأقل أن يطلبوا من الوكيل دعوة الجلسة العامة للإنعقاد مرة في السنة وفق الشروط المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 126 من هذه المجلة و يعدّ لاغيا كل شرط بالعقد التأسيسي يقتضي خلاف ذلك.

و يمكن لكل شريك أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي لطلب الزام الوكيل أو مراقب الحسابات إن وجد أو يطلب تعيين "متصرف قضائي لدعوة الجلسة العامة للإنعقاد و ضبط جدول أعمالها و ذلك لأسباب مشروعة و في كل الحالات تكون الشركة ملزمة بتغطية مصاريف الجلسة العامة.

و لكل شريك الإلتجاء إلى القاضي الاستعجالي لمعاينة بطلان جلسة تمت دعوتها خلافا للصيغ القانونية إلا إذا كان جميع الشركاء أو من يمثلهم حاضرين بها".

الفصل المذكور يتعلق بحالتين : حالة أولى وردت بالفقرة الثانية و هي تتعلق بدعوة الجلسة العامة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، على أن المشرع اشترط وجوب وجود " أسباب مشروعة" و تقدير المشروعية يخضع لإجتهد

القاضي و بالتالي يتمتع في هذا المجال بسلطة هامة تخول له حق القبول أو الرفض و الحالة الثانية : وردت بالفقرة الثالثة : و هي تتعلق بالإلتجاء للقضاء الإستعجالي في صورة انعقاد جلسة خلافا للصيغ القانونية .

كما نص الفصل 127 في فقرته الثانية من م.ش.ت، بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة أنه: «ويمكن لكل شريك أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي لطلب إلزام الوكيل أو مراقب الحسابات إن وجد أو يطلب تعيين متصرف قضائي لدعوة الجلسة العامة للانعقاد وضبط جدول أعمالها وذلك لأسباب مشروعة...»³⁹ .

مكّن هذا الفصل كل شريك من الالتجاء إلى القاضي الاستعجالي دون أن يشترط امتلاك نسبة معينة من رأس مال الشركة⁴⁰. وهو نفس ما نص عليه المشرع الفرنسي⁴¹ عندما حوّل كل شريك طلب تعيين وكيلا قضائيا لدعوة الجلسة العامة للانعقاد.

من خلال هذا الفصل يستعمل المشرع عبارة " لأسباب مشروعة " ليكّن القاضي الاستعجالي من التدخل لتعيين وكيل قضائي لدعوة الجلسة العامة للانعقاد. لكن تعتبر هذه العبارة أوسع من حيث المعنى وتترك مجالا أوسع للسلطة التقديرية للقاضي الاستعجالي، وهو تعبير على واقع هذه الشركات العائلية فهي صغيرة الحجم مقارنة بالشركات خفية الاسم. ويهدف المشرع من خلال هذه العبارة الواسعة مساعدة الشركات ذات المسؤولية المحدودة لاستدعاء الجلسة العامة بهدف معالجة نقص الوكلاء خاصة في هذا النوع من الشركات.

بينما في شركة خفية الاسم، ينص الفصل 277 م.ش.ت. أنه « تتم دعوة الجلسة العامة للانعقاد عن طريق مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية وعند الضرورة يمكن دعوتها عن طريق... » يستعمل المشرع في هذا النوع من

³⁹ من جهة أخرى فإن الفصل 128 ورد بنفس الإطار للفصل 127 السابق و متعلقا بإجراءات وأجال انعقاد الجلسة العامة العادية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و المشرع نص على إمكانية اللجوء للقضاء الاستعجالي لمعاينة البطلان في الجلسة العامة العادية و قد نصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 128 على ما يلي : " ويعاين القاضي الاستعجالي بطلان المداولات المتخذة خلافا للأحكام المشار إليها أعلاه.

⁴⁰ - عكس الفقرة 1 من هذا الفصل التي مكّنت الشريك أو عدة شركاء يمتلكون ربع رأس مال الشركة على الأقل.

⁴¹ - L'article L223-27 du code de commerce Français prévoit que « tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour. »

- Voir aussi l'article R 223-20 CCF, qui dispose que : « Le mandataire chargé de convoquer l'assemblée dans le cas prévu par le 4^{ème} alinéa de l'article L223 -27 est désigné par ordonnance du tribunal de commerce statuant en référé . »

الشركات عبارة أضيق " عند الضرورة" وذلك للتقليل من إمكانية دعوة الجلسة العامة بسبب العدد الكبير من المساهمين الذي يفوق الملايين في بعض الأحيان.

ويبقى التساؤل مطروحا هل يجب إنذار الهياكل المختصة أولا لدعوة الجلسة العامة لبيان تهاونهم ثم بعد ذلك الالتجاء إلى القاضي الاستعجالي ؟ وهل أن للشركاء والمساهمين الحق في دعوة الجلسة العامة حسب الفصلين 127 م.ش.ت و 277 م.ش.ت بصفة مستقلة أم بصفة استثنائية؟

في ما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، نص الفصل 127 فقرة ثانية أنه: « ويمكن لكل شريك أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي لطلب إلزام الوكيل أو مراقب الحسابات أن وجد أو يطلب تعيين متصرف قضائي لدعوة الجلسة العامة للانعقاد وضبط جدول أعمالها وذلك لأسباب مشروعة....»⁴².

و لكن هذا التنظيم للهياكل داخل الشركة لا يجب أن يمنع على القاضي الإستعجالي من تسليط رقابته على سير هاته الهياكل و وجودها و ذلك لفرض التوازن داخل الشركة و للتصدي لكل ما قد ينشأ داخل هاته الهياكل من وضعيات متأكدة أو متسمة بحالة الخطر الملم أو الضرر المهدد بالاستفحال.

وهو ما يستدعي تدخّل القاضي الإستعجالي بوصفه الساهر على صيانة الحقوق المهددة بالتلاشي وحماية المصالح المهددة التي لا تحتل التأخير ولأجل ذلك يتجه الإشارة إلى أنّ تعطل هياكل الشركة التجارية وبروز بوادر الأزمة داخل الشركة يعزي في الغالب إلى اختلافات حول إدارة الشركة بين هياكل الشركة والشركاء أو إلى تعسف الأغلبية المضّر بمصالح بقية الشركاء.

وبالتالي أصبح تدخّل القاضي في مجال الشركات التجارية إنما هو تدخل اعتيادي يندرج ضمن وظيفته القضائية التي تهدف إلى حماية الحقوق والتصدي للتجاوزات والإخلالات التي تعسف بالشركة، وهو بذلك يجمع بين العلاج والردع وبين الحماية والوقاية خاصة من خلال عمل القاضي الإستعجالي بفضل ما يتخذه من الوسائل الوقتية والتحفيزية الكفيلة بحماية المصالح المرتبطة بالشركة التجارية وبوضع حد للمخاطر أو الأضرار التي قد تصيب كل من ارتبطت مصالحه بها بشكل أو بآخر.

⁴² -انظر الفصل 27-223 L من المجلة التجارية الفرنسية.

فقرة 2: غياب الهيكل:

تدخل المشرع صلب مجلة الشركات التجارية لم يكن فقط في حالة التقاعس و إنما توجه إلى توسيع هذا المجال و ربطه أساس بعنصر التأكد ليكون دوما غطاء قانونيا و إضفاء لمزيد الشروعية في التدخل، فمكن القاضي الإستعجالي في عديد النصوص من التدخل قصد التصدي لمثل تلك العوارض، فممكنه مثلا الفصل 195 م.ش.ت.⁴³ في صورة شغور منصب بمجلس الإدارة بسبب وفاة أو استقالة عضو أو عدة أعضاء و عدم قيام مجلس الإدارة بتسميات مؤقتة للوصول إلى الحد الأدنى القانوني من أن يتدخل بطلب من كل مساهم أو مراقب الحسابات لتعيين وكيل يكلف بدعوة الجلسة العامة للإنعقاد بغرض إجراء التعيينات المسموح بها أو المصادقة على التعيينات الوقتية التي حصلت .

وقد خصّص المشرع بالنسبة للشركة خفية الاسم التقليدية الفصل 195 م.ش.ت. لتدخل القاضي الاستعجالي في صورة وجود شغور قد يطرأ على مجلس الإدارة. أما في ما يتعلق بالشركة خفية الاسم ذات الهيكل الجديدة، حيث نلاحظ إمكانية تدخل القاضي الاستعجالي لتوفير الحماية في صورة وجود شغورات بمجلس المراقبة⁴⁴ وهو نفس التوجه الذي اعتمده المشرع الفرنسي⁴⁵ إلا أنه في صورة وجود شغور بمنصب أو مناصب في هيئة الإدارة الجماعية لا نجد نصا صريحا⁴⁶ يمكن القاضي الاستعجالي من التدخل قصد إعادة التوازن داخل هذه الهيئة.

ويخضع التعيين المجري من قبل المجلس وفق الفقرة الأولى من هذا الفصل لمصادقة الجلسة العامة العادية الموالية. وإذا تعذرت المصادقة فإن المداولات المتخذة والأعمال المجراة من قبل المجلس تكون نافذة المفعول. وعندما يصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة أقل من الحد الأدنى القانوني، يجب على بقية أعضاء مجلس الإدارة أن يدعوا الجلسة العامة العادية للإنعقاد فوراً قصد سد النقص الحاصل في عدد أعضائه.

⁴³ فصل 243 م ش

⁴⁴ - انظر الفصل 243 م.ش.ت.

⁴⁵ - بالنسبة لمجلس الإدارة، انظر الفصل L 225-24 من المجلة التجارية الفرنسية.

- بالنسبة لمجلس المراقبة، انظر الفصل L 225-78 من المجلة التجارية الفرنسية.

⁴⁶ - خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص صلب الفصل L 225-36 من المجلة التجارية الفرنسية على إمكانية تدخل القاضي الاستعجالي.

وإذا أهمل مجلس الإدارة القيام بالتعيين المطلوب أو إذا لم تقع دعوة الجلسة العامة للانعقاد، يمكن لكل مساهم أو لمراقب الحسابات أن يطلب من القاضي الاستعجالي تعيين وكيل يكلف بدعوة الجلسة العامة للانعقاد بغرض إجراء التعيينات المسموح بها أو المصادقة على التعيين المنصوص عليه بالفقرة الأولى من هذا الفصل».

و هنا يجب التذكير أن المشرع صلب الفصل 195 م.ش.ت. قد قصر مجاله في إطار الوفاة أو الاستقالة التي تنتج النزول بعدد أعضاء مجلس الإدارة إلى ما دون الحد الأدنى القانوني التي تمكن ما تبقى من الأعضاء من التدخل لسد ذلك الشغور. والحال أنه يمكن تصور شغور جماعي في مجلس الإدارة أو نزول إلى ما دون الحد الإتفاقي وربما يتجه في تلك الحالة الرجوع إلى الفصل 277 الذي يمكن من دعوة الجلسة العامة للانعقاد عن طريق وكيل معين من المحكمة بطلب من كل من يهمه الأمر في حالة التأكد.

أما الهيكل الثاني الذي يتدخل القاضي الاستعجالي لحمايته فهو مجلس المراقبة، إلا أن تسميته لا تعكس حقيقة وظيفته⁴⁷. ولعل هذا الأخير سمي كذلك لمباشرته لوظيفة الرقابة الداخلية على أعمال التسيير في الشركات خفية الاسم ذات الهيكل الجديدة دون أن يفقد مجلس المراقبة صفته كهيكل من هياكل التسيير داخلها⁴⁸.

ما يجب كذلك الإشارة إليه أن مجلس المراقبة مثله مثل مجلس الإدارة يتركب من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن اثني عشر عضواً على الأكثر⁴⁹، وفي صورة شغور منصب من المناصب لوفاة أو استقالة بين جلستين عامتين يتم سده من طرف المجلس مؤقتاً في انتظار مصادقة الجلسة العامة على ذلك.

لكن قد ينزل عدد أعضاء مجلس المراقبة إلى ما دون الحد القانوني لأي سبب من الأسباب دون أن يتولى المجلس تعيين عضواً مؤقتاً بدلاً عن العضو الناقض، لذلك أقر المشرع التونسي مثل نظيره الفرنسي⁵⁰ العديد من

⁴⁷ "هيئة التسيير في الشركات خفية الاسم". عبد الفتاح خرشاني: ملتقى جهوي بعنوان "الشركات خفية الاسم". بقاعة المحاضرات بديوان تنمية الحبوب بمدينة،

20 ديسمبر 2002، ص 28.

⁴⁸ نفس المرجع 28.

⁴⁹ انظر الفصل 236 م.ش.ت: "يتركب مجلس المراقبة من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن اثني عشر عضواً على الأكثر"

⁵⁰ L'article L225-78 et l'article R.225 -44 Code de commerce Français

الإمكانات منها تكريس التزام على عاتق هيئة الإدارة بضرورة دعوة الجلسة العامة العادية للانعقاد لإكمال النقص. ونظرا لحالة التأكد أوجب المشرع أن تكون الدعوة توا⁵¹،

في هذا المجال ينبغي التأكيد على أن شرط عدم المساس بالأصل رغم عدم وروده صراحة أو ضمنا يبقى واجب التطبيق، أي يبقى هذا الشرط واجب التوفر في القضاء الإستعجالي بنص خاص ، لأن الحكم الإستعجالي الذي يصدر فيها وقتيا ، كما في الاستعجالي العام ، وهو وقتي لأنه لا يمس بالأصل، لكن يجوز للقانون أن يصرح بخلاف ذلك.

فرع ثاني: القاضي الإستعجالي و التدخل غير المباشر:

إن مهمة القاضي الإستعجالي في هذا الإطار دقيقة فيتحرى إن كان نظره في الدعوى لا يؤدي إلى الفصل في الأصل و أن للموضوع المطروح شيء من الصواب و ذلك من ظاهر المستندات⁵²، في ذات الوقت فإن تدخل القاضي الإستعجالي بتعيين شخص من خارج دائرة الشركة التجارية من شخوص وجب أن يكون ضمن أليات المراقبة (فقرة أولى) قبل اللجوء إلى الحل الجذري بالتدخل في التسيير (فقرة ثانية).

فقرة أولى: تسمية المراقبين:

يتم تعيين مراقب أو مراقبين الحسابات من قبل الجلسة العامة التأسيسية وذلك لمدة ثلاثة أعوام⁵³. وبعد نهاية الوكالة الأولى ترجع صلاحية التعيين للجلسة العامة ولا تدخل في مشمولات الجلسة العامة الخارقة للعادة⁵⁴. وبالتالي لم يجعل المشرع للمسيرين أي سلطة في تعيين مراقب أو مراقبين للحسابات وذلك تجنباً لخضوعهم لتأثير هيكل التسيير⁵⁵.

⁵¹ - انظر الفصل 243 م.ش.ت فقرة ثانية: "وعندما يصبح عدد أعضاء مجلس المراقبة أقل من الحد الأدنى القانوني يجب على هيئة الإدارة الجماعية دعوة الجلسة العادية توا قصد إكمال النقص الحاصل في عدد أعضاء مجلس المراقبة."

⁵² قرار تعقيبي مدني عدد 11829 مؤرخ في 9 جانفي 1975، ن.م.ت لسنة 1976 جزء أول ص 38

⁵³ - انظر الفصل 260 فقرة أولى م.ش.ت: " يجب أن تعين الجلسة العامة للمساهمين مراقبا أو مراقبين للحسابات لمدة ثلاث سنوات مع مراعاة أحكام الفصل 13 مكرر من هذه المجلة."

مهمة صعبة و حساسة في سير الشركة و ديمومتها يظهر خاصة من خلال ما جاء الفصل 266 م.ش.ت. بأنه
توكل " لمراقب أو لمراقبي الحسابات مهمة مراجعة الدفاتر والخزائن والأوراق التجارية والقيم المالية للشركة ومراقبة صحة
وصدق الإحصاءات والقوائم المالية والتحقق من صحة المعلومات التي تضمنها تقرير مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة
الجماعية عن حسابات الشركة".

وللقيام بمهامهم في أحسن وجه مكنهم المشرع من عديد الآليات تساعد على التقصي والمراقبة في أحسن
صورة من ذلك الحصول على كل الوثائق التي يعتبرونها ضرورية لمباشرة مهامهم، سواء كان ذلك داخل الشركات
الرئيسية أو الفرعية. كما مكنهم نفس الفصل من اللجوء إلى الغير المتعاقد مع الشركة ولحسابها قصد جمع كل
المعلومات اللازمة لمباشرة مهامهم.

وينتهي مراقبو الحسابات مهامهم بإعداد تقرير يكون خلاصة موضوعية للوضع المالي للشركة بحيث ينير
الشركاء ويلفت نظرهم بوضع الإصبع على النقائص لأن أصل إلزامهم هو إعلام هؤلاء (1) وقد جاء بالفصل 270
م.ش.ت. بأنه " على مراقبي الحسابات أن يلفتوا نظر الجلسة العامة إلى ما وقفوا عليه من إخلالات بالتراتب أو الأشياء
غير صحيحة خلال تأدية مهامهم".

إن تدخل القاضي الإستعجالي في تعيين أو إعفاء أحد هياكل الرقابة داخل الشركة يعد في حد ذاته تطورا كبيرا
في المفهوم التشريعي لاختصاص و لسلطات القاضي الإستعجالي حيث تجاوز مجرد اتخاذ القرارات و التدابير المؤقتة و
الحماية التي تقتضيها الضرورة المطلقة و الخطر الداهم لحماية الحقوق المهددة أو لوضع حد للضرر المتفاقم⁵⁴، و
ذلك بأن أصبح القاضي الإستعجالي يتدخل لوضع حد لنشاط هيكل المراقبة المتمثل في مراقب الحسابات، و تتناقض و
قاعدة عدم تدخله في هياكل الشركة وتسييرها، حيث أصبح هذا الأخير يتدخل بالتعيين و حتى بالتعويض لمراقبي
الحسابات داخل الشركة خفية الاسم و لو اتسم بالصبغة الوقتية⁽²⁾، بل أكثر من ذلك تعدى هذا الاختصاص إلى إمكانية
إعفاء مراقب الحسابات المعين و ذلك "لسبب مشروع"، وهو أمر فيه بالضرورة مخالفة واضحة لقاعدة استقلالية هياكل

- أنظر الفصل 296 م.ش.ت. لها اختصاص تنقيح العقد التأسيسي.⁵⁴

⁵⁵ - مراقبة حسابات الشركات: هاجس الشفافية والسلامة المالية، أحمد الورفلي: م.الق.الت. جوان 2007 ص 47.

⁽¹⁾ الأستاذ توفيق بالنصر، مرجع سابق، ص 391

⁵⁶ القضاء المستعجل بين النظرية و التطبيق، دراسة مقارنة، طارق زيادة، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1994، ص 71.

الشركة و خضوعها لإرادة الشركاء و لقاعدة الأغلبية التي هي قانون الشركة و نظام سيرها و التي يتجه أن تكون دائما مصدر الشرعية في تعيين هياكل الشركة التي تمثلها سواء تعلق الأمر بهياكل المداولة أو التسيير أو المراقبة.

لكن في صورة تخلف الجلسة العامة العادية عن التعيين أو حدوث طارئ ك وفاة المراقب أو فقدان أهليته أو عزله أو منعه قانونا من مباشرة المهنة فإنه يقع اللجوء إلى القضاء. وقد اقتضى الفصل 261 م.ش.ت أنه « في حالة عدم تعيين مراقبين من قبل الجلسة العامة أو إذا تعذر على واحد منهم أو أكثر أداء مهمته أو امتنع عن أدائها يقع تعيينهم أو تعويضهم بمقتضى قرار من القاضي الاستعجالي بالمحكمة التي بدائرتها مقر الشركة وذلك بطلب من كل من يهمه الأمر مع وجوب استدعاء أعضاء مجلس الإدارة. ولا يبقى المراقب الذي تعينه الجلسة العامة أو القاضي الاستعجالي عوضا عن غيره في مهامه إلا المدة المتبقية»⁵⁷.

يمكن استثنائيا تعيين من خلال هذا الفصل مراقبي الحسابات في الشركة خفية الاسم من لدن القاضي الاستعجالي بالمحكمة التي بدائرتها مقر الشركة، فهذا الأخير يتدخل في حالتين: الحالة الأولى عند عدم تعيين مراقب للحسابات من قبل الجلسة العامة، مما يعتبر تقاعسا من طرف هذه الأخيرة، باعتبار أن تعيين مراقب الحسابات يندرج ضمن اختصاصها. وباعتبار أن مراقب الحسابات وكيلا للمساهمين⁵⁸ فإنه بإمكان كل من يهمه الأمر أن يقوم بدعوى للقاضي الاستعجالي قصد تعيين مراقب آخر في الشركة⁵⁹، تكون مهمته مراقبة الحسابات لصالح المساهمين ونياية عنهم. وهذه المراقبة لا تتسلط على المحاسبة ولا مراجعتها ولا تتصرف إلى التسيير⁶⁰.

أما الحالة الثانية فتتمثل في تعيين مراقب الحسابات من طرف الجلسة العامة، لكن اتضح في ما بعد للشركاء أن هذا المراقب قد تقاعس عن أداء مهامه أو أنه غير محايد وغير مستقل أو أنه غير كفء، يمكن لكل من يهمه الأمر

⁵⁷ - جاءت أحكام هذا الفصل متطابقة مع أحكام الفصل 83 من المجلة التجارية سابقا.

⁵⁸ - انظر الفصل 260 م.ش.ت فقرة 1: "يجب أن تعين الجلسة العامة للمساهمين مراقبا أو مراقبين للحسابات..."

⁵⁹ - انظر عكس هذا الاتجاه:

Guen Gant (A) - Troussière (P) et De Vendeuil (S) : le rôle du juge dans la vie des sociétés p71 : « L'action est ouverte à tout actionnaire (ou associé) quelles que soient sa participation et sa qualité au sein de la société. A contrario, elle n'est pas ouverte à d'autres personnes même si elles peuvent justifier d'un intérêt, le représentant de la masse des obligataires, l'actionnaire potentiel, les membres du comité d'entreprise ».

⁶⁰ - أحمد الورفلي: "من المتفق عليه عالميا أن مراقب الحسابات يتثبت من جدية المحاسبة وذلك عبر انتقاء بعض العمليات (sondage) ولا يقوم بمسك محاسبة موازية للمحاسبة الأصلية التي يقيمها المسكرون ". المرجع السابق ص 54.

Merle (P) : Droit commercial : sociétés commerciales. Edition Dalloz 10^{ème} édition 2005 p 582. ,

اللجوء للقضاء الاستعجالي لطلب تعويضه. هذه الحالة تكتسي أهمية أكبر لأنها تمثل وسيلة ردع بيد كل من له مصلحة وخاصة المساهمين لوضع حد لتقاعس مراقب الحسابات نفسه سواء كان هذا التقاعس نتيجة ظروف خارجة عن إرادته فتعذر عليه بذلك القيام بدوره أو امتنع إراديا عن مزولة مهامه. ومهما كان سبب هذا التقاعس فإن ذلك لا يمكن أن يكون على حساب مصلحة الشركة.

كما سبقت الإشارة أن تعيين مراقب الحسابات من قبل القاضي الاستعجالي يكون استثنائيا، وتتدعم الطبيعة الاستثنائية⁶¹ لهذه الطريقة بما جاء بالفصل 261 م.ش.ت من ضرورة استدعاء أعضاء مجلس الإدارة لدى القاضي الاستعجالي. وهذا ضروري لاستفسارهم عن أسباب عدم دعوة الجلسة العامة للقيام بتعيين مراقب الحسابات أو بيان موقفهم من صورة تعذر قيام هذا المراقب بمهامه أو امتناعه عن ذلك⁶².

أما بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة، فقد اقتضى الفصل 125 من مجلة الشركات التجارية أنه: « مع مراعاة أحكام الفصل 13 مكرر من هذه المجلة يتم في كل الحالات تعيين مراقبي الحسابات لمدة ثلاث سنوات وتضبط صلاحياتهم ومهامهم والتزاماتهم ومسؤولياتهم وكذلك شروط عزلهم وأجورهم وفق أحكام الفصول من 258 إلى 273 من هذه المجلة وكذلك فيما يتعلق بنظام عدم التلاؤم ونظام التحجيرات».

ولاحترام قاعدة الأغلبية داخل الشركة لا يجب أن يخفي ما لهذا التدخل الكبير للقاضي الاستعجالي من بعض المخاطر التي قد تمثل مصدر صعوبات إضافية إذا ما أسيء تطبيق تلك النصوص.

بالإطلاع على الفصلين 225 و 226 م.ش.ت⁶³ نلاحظ أن مجلس المراقبة هو صاحب السلطة في تعيين أعضاء هيئة الإدارة الجماعية، وبالتالي فإن مجلس المراقبة يتولى مباشرة الرقابة المستمرة على أعمال التصرف التي تتولاها هيئة

⁶¹ - Guengant (A) Troussière (P) et De Vendeuil (S) : « par rapport à la nomination décidée par l'assemblée générale, la désignation judiciaire d'un commissaire au comptes n'a qu'un caractère subsidiaire seule l'omission d'élection va justifier l'intervention du juge ». Le rôle du juge dans la vie des sociétés p 70.

⁶² أحمد الورفلي وكمال العياري: تعليق على مجلة الشركات التجارية ص 782.

⁶³ انظر الفصل 225 فقرة أولى من م.ش.ت. تنص على أنه : " يدير الشركة خفية الاسم هيئة إدارة جماعية تتحمل مسؤولية إدارتها وتباشر مهامها تحت رقابة مجلس المراقبة."

- انظر الفصل 226 فقرة أولى من م.ش.ت. تنص على أنه: " يعين مجلس المراقبة أعضاء هيئة الإدارة الجماعية لمدة ست سنوات قابلة للتجديد إلا إذا نص العقد التأسيسي على خلاف ذلك. ويمكن أن يقع اختيار هؤلاء من خارج المساهمين. ويتولى مجلس المراقبة تعيين أحد أعضاء هيئة الإدارة الجماعية رئيسا لها."

الإدارة الجماعية للشركة أي أن رقابته على الهيئة المذكورة تتميز بالدوام على عكس الرقابة التي تجريها الجلسات العامة التي تكتسي صبغة دورية.

يؤحي ظاهر هذا النص أن أحكام الفصل 261 م.ش.ت يقع تطبيقها بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة إلا أنه وبمراجعة أحكام الفصل 125 م.ش.ت للشركات ذات المسؤولية المحدودة يتبين أن مجال تطبيق الفصول من 258 إلى 273 م.ش.ت ينحصر في المسائل المتعلقة بضبط السلطات والوظائف والالتزامات والمسؤوليات وشروط العزل والأجور ونظام عدم التلاؤم والتحجيرات. لذلك فإن هذه الإحالة لا تتعلق بالتعيينات التي يتحدث عنها الفصل 261 م.ش.ت. وتبقى إمكانية الالتجاء إلى القاضي الاستعجالي وفق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية من خلال وجوب توفر وإثبات شرط التأكد من المدعي وعلى القاضي الاستعجالي أن لا يمس بالأصل، قائمة بالنسبة لمسألة تعيين مراقب الحسابات في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

مثلاً كان من اختصاص القاضي الاستعجالي تعيين مراقب حسابات في الشركة خفية الاسم فإن مسألة إعفائه وإنهاء مهامه تبقى كذلك من اختصاصه حيث أن أول النصوص التي أشارت إلى إعفاء مراقب الحسابات في القانون التونسي نذكر الفصل 45 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية، الذي أجاز لرئيس المحكمة الابتدائية بتونس بناء على طلب معلل من رئيس هيئة السوق المالية أن يأذن استعجالياً بإنهاء مهمة مراقب الحسابات المعين من قبل الجلسة العامة لشركات المساهمة العامة ومؤسسات التوظيف الجماعي.

و مع صدور مجلة الشركات التجارية، أقر المشرع صلب الفصل 264 أنه: « يمكن للقاضي الاستعجالي إعفاء

مراقب أو مراقبي الحسابات المعينين لسبب مشروع بطلب من:

- النيابة العمومية.

- مجلس الإدارة.

- مساهم أو عدة مساهمين حائزين على 15 % من رأس مال الشركة.

- هيئة سوق المالية بالنسبة إلى الشركات المساهمة العامة.

وعند الإغفاء يتم تعويض المراقب المعفى من قبل الجلسة العامة أو القاضي الاستعجالي بحسب الحالات»

ويؤخذ من الفصل 264 م.ش.ت أن إغفاء مراقب الحسابات هو إجراء استثنائي، فقد أحاطه المشرع بشروط

خاصة بأن جعل حق القيام يقتصر على الأشخاص المذكورين على وجه الحصر⁶⁴. وهذا التدخل في شؤون الشركة من

خلال إغفاء مراقب الحسابات يعتبر ضمانا هاما لاستقلالية مراقب الحسابات لأن إغفائه لا يمكن أن يكون على يد

هياكل الشركة وذلك تقاديا للتخلص منه بسبب جرائته في الخوض في دواليب الشركة ومحاسبتها⁶⁵.

بالإضافة إلى أن التصريح بإغفاء مراقب الحسابات لا يكون إلا لسبب مشروع الذي يتمثل في أحد الأمرين: إما

أن يثبت الطالب وجود إخلال بالمهام سواء كان ذلك بالتخلف عن القيام بواجبات الرقابة وما تقتضيه من أعمال أو القيام

بالمهام بشكل مخالف للقوانين والتراتيب⁶⁶.

وقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 264 م.ش.ت أنه في صورة صدور حكم بإغفاء مراقب الحسابات يقع

تعويضه من قبل الجلسة العامة أو القاضي بحسب الحالات. فقد حوّل المشرع القاضي الاستعجالي النظر في مسألة

الإغفاء بتعويض المراقب المعفى بغيره وإذا لم يقع التعويض بموجب الحكم الصادر عنه بسبب تقيده بطلبات الأطراف

مثلا فإن التعويض يتم من قبل الجلسة العامة.

لكن نلاحظ أن إمكانية إغفاء مراقب الحسابات من طرف القاضي الاستعجالي تعتبر أمرا مخالفا لقاعدة

استقلالية هياكل الشركة وخضوعها لإرادة الشركاء ولقاعدة الأغلبية التي تمثل قانون الشركة ونظام سيرها والتي يتجه أن

تكون دائما مصدرا للشرعية في تعيين هياكل الشركة التي تمثلها سواء تعلق الأمر بهياكل المداولة أو التسيير أو المراقبة

وهو ما يمثل مساسا بالأصل الذي على القاضي الاستعجالي عدم الإخلال به⁶⁷ و الحال و أن هذا الأمر هو يعود

بالأساس إلى اختصاص الجلسة العامة للشركاء التي تعبر عن الإرادة الجماعية داخل الشركة

⁶⁴ - عكس الفصل 261 م.ش.ت المتعلق بتعيين مراقب الحسابات، حيث يمكن كل من يمه الأمر الطلب من القاضي الاستعجالي تعيين مراقب أو مراقبين محاسبات.

⁶⁵ كمال العياري وأحمد الورفلي: تعليق على م.ش.ت ص 793.

⁶⁶ كمال العياري وأحمد الورفلي: تعليق على م.ش.ت ص 794.

⁶⁷ - Kolsi (S) : Essai sur l'intervention du juge dans la vi des sociétés. RTD 2003 p157/158.

- تدخل القاضي الاستعجالي في تسيير الشركات التجارية، خالد المبروك، ملتقى جهوي بعنوان "تدخل القاضي في تسيير الشركات التجارية" بدائرة محكمة الاستئناف بقفصة يوم 3 فيفري 2007 ص 61 و 62.

و نلاحظ أن المهام الموكولة لهياكل التصرف تعد الأهم من حيث أثرها على الشركة و خصوصا من حيث خطورتها التي قد تهدد مصالح الشركة و الشركاء . بما يستدعي تدخل من القاضي الإستعجالي.

فقرة ثانية: تسمية المتصرفين:

ما يجدره ذكره بادئ ذي بدأ أن مفهوم الحراسة القضائية تطور في اتجاه توسيع صلاحيات الحارس القضائي حيث كان في البداية دوره مقتصرًا على الائتمان و المحافظة على أموال الشركة، إلا أن تطور واقع النشاط التجاري و الدور الذي تقوم به الشركة كمؤسسة اقتصادية جعل دور الحارس يمتد إلى إدارة الشركة و تسييرها مؤقتًا حتى صرنا نتحدث عن متصرف قضائي أو وقتي.

حيث إن المفهوم الواسع و المتطور للحراسة القضائية و الذي يشمل في معناه سلطات المتصرف القضائي يتجاوز بعض المفاهيم المكرسة قانونًا سواء في مجلة الالتزامات و العقود التي تعرضت إلى مؤسسة الوديعة و توقيف المتنازع فيه أو في إطار الإشارات العرفية للحراسة التي تضمنتها مجلة المرافعات المدنية و التجارية في الفصول 56 و 333 و 334 أو حتى ما اقتضته مجلة الشركات التجارية ضمن الفصل 127 من إمكانية تعيين متصرف قضائي لدعوة الجلسة العامة لانعقاد و ضبط جدول أعمالها و ذلك لأسباب مشروعة، إذ أن حدود ما تضمنه هذا الفصل من سلطات يجعل تلك الأعمال قريبة من مهام الوكيل القضائي أكثر منه من أعمال المتصرف القضائي الذي تتجاوز سلطاته تلك إلى عناصر التسيير و الإدارة .

إن المنطلق و الأساس القانوني لتدخل القاضي الإستعجالي بتسمية حارس قضائي على الشركات التجارية⁶⁸ يبقيه إجراء تحفظيا غايته المحافظة على الحقوق و المصالح المهددة و ذلك بوضع الشيء موضوع الحراسة تحت يد شخص يتكفل بحفظه و إرادته و ذلك بناء على طلب صاحب المصلحة إذا اجتمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة و ذلك لانتهااء المدة أو الموجب.

⁶⁸ أحكام و آراء في القضاء المستعجل، مصطفى مجدي هرجة، دارالمطبوعات الجامعية 1989 ص 475.

و عموما أصبح تدخل القاضي الاستعجالي في الشركة التجارية مكرسا واقعا و قانونا سواء من خلال الأحكام العامة للقضاء الاستعجالي أو من خلال الأحكام الخاصة⁽⁴⁾ أو كذلك مما دأبت عليه محكمة التعقيب التي قضت في قرارها الصادر في 17 جانفي 1980 أنه: " لا وجود لأي نص قانوني يمنع المحكمة من تعيين حارس قضائي اصطلاح على تسميته في مادة الشركات كمتصرف وقتي أو قضائي و ذلك لإدارة الشركة مؤقتا حتى لا تكون مهددة بالتلاشي و الزوال لوجود نزاع جدي بين شركائها مع مراعاة المصلحة العامة للشركة " .

حيث تعتبر تسمية الوكيل في قانون الشركات التجارية جديدة نوعا ما. فقد كان المشرع يستعمل عبارات أخرى للدلالة على الوكيل الذي يكلف بدعوة الجلسة العامة للانعقاد، نذكر على سبيل المثال حكم المحكمة الابتدائية بتونس الصادر في 18 جوان 1994 إذ قضت بتسمية خبيرين عدليين كحارسين قضائيين ليتوليا دعوة وتنظيم جلسة عامة خارقة للعادة لانتخاب مجلس إدارة الشركة. لكن نعلم أن الحارس القضائي له مهام أخرى محددة قانونا غير دعوة الجلسة العامة⁶⁹.

لم يتغير هذا الخلط بين التسميات إلى اليوم لأن فقه القضاء يستعمل نفس التسميات القديمة بالرغم من وضوح نصوص مجلة الشركات التجارية. مثال الحكم الاستعجالي عدد 70982 / 2008 بتاريخ 25 أكتوبر 2008، إذ قررت المحكمة في هذا الحكم ابتدائيا استعجاليا تسمية الخبير في المحاسبة متصرفا قضائيا لدعوة الجلسة العامة للانعقاد وضبط جدول أعمالها⁷⁰.

غير أن محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 14-03-1987 تحت عدد 17444 طعنا في الحكم الاستثنائي المذكور ذهبت إلى أنه ليس هناك نزاع خطير يهدد الشركة في كيانها أو يهدد مصالحها كشركة خفية الإسم مادامت كل دواليبها تعمل بنظام و تتخذ قراراتها بالأغلبية المنصوص عليها بقانونها الأساسي و مرايحها خير بكثير من الشركات أمثالها كما بين ذلك الخبير المنتدب من طرف المحكمة و اعتمدت محكمة الإحالة نفس التحليل و قضت برفض مطلب تسمية حارس قضائي مستندة أساسا على أن نصب مؤتمن عدلي يؤول إلى تعويض الأجهزة الإدارية

⁶⁹ - الحراسة القضائية، الأستاذة مبروكة كحلية:، م. الق. والت. فيفري 1992 ص 7.

⁷⁰ - حكم استعجالي عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 70982 / 2008 بتاريخ 25 أكتوبر 2008.

بمدير تعينه المحكمة و هو ما يعتبر بتا في طريقة الإدارة بما يخالف الاتفاق و القانون و يخرج القضاء الاستعجالي عن مهمته "حيث يتضح من أوراق الملف أنه لا وجود لخطر محقق بالشركة من شأنه أن يجرها إلى الإفلاس، أو الانحلال، خاصة و أن بعض ما تمسك به المستأنفون قد وقع تلافيه، و تداركه، و زال نهائيا بإقرار" ⁷¹.

ونذكر في نفس هذا الاتجاه الحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس⁷²، حيث طلب المدعون من القاضي الاستعجالي تعيين وكيل قضائي للشركة، إلا أن القاضي الاستعجالي يحكم بتعيين مؤتمن عدلي⁷³. إن تعيين الوكيل الحر يعتبر نوعا من التدخل القضائي في الشركة الأكثر محدودية في الزمن. لكن في نفس الوقت، يعتبر الأكثر نجاعة بالنسبة للشركة لأنه يعين لمهمة محدودة تنتهي بانعقاد الجلسة العامة⁷⁴ أو عند إتمام شكليات الإشهار⁷⁵.

يبقى التساؤل مطروحا: هل أن مهمة هذا الوكيل تنتهي بمجرد دعوة الجلسة العامة للانعقاد؟ إن إجابة هذا السؤال بالنفي لأن مهمة الوكيل القضائي لا تنتهي بمجرد دعوة الجلسة العامة، بل يجب أن تتعقد فعلا لأنه سيتأسس هذه الجلسة⁷⁶.

إن خاصية عدم تخلي المسيرين عن مهامهم⁷⁷ في مهمة الوكيل أساسية وتعتبر مطابقة للمنطق، لأن إدارة الشركة مازالت بيد المسيرين ومازالوا في مواقعهم التي عينوا بها⁷⁸. وكما يعتبر البعض أن هذا الوكيل «لا يسير، ينظر ويسمع. ودوره فقط مثل القبعات الزرق»⁷⁹. وبالتالي ليست له سلطة عامة في إدارة الشركة.

⁷¹ حكم استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 80764 بتاريخ 26-10-1988 المجلة القانونية التونسية لسنة 1990 ص 409 تعليق الأستاذ محمد العربي هاشم.

⁷² - انظر الحكم الاستعجالي عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 2009/75222 بتاريخ 2009/03/14.

⁷³ - مهام المؤتمن العدلي حددها قانون 11 نوفمبر 1997 المتعلق بالمصفين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسفة والمتصرفين القضائيين، حسب الفصل 16 منه لا نجد أن من حق المؤتمن العدلي أن يدعو الجلسة العامة بالشركة للانعقاد.

⁷⁴ 781.2 p 773.2 gazette de palais 20-11-1973. T.Com. de Nantes

⁷⁵ الفصل 108 م.ش.ت.

⁷⁶ - De Vignes : les pouvoirs du juge des référés commerciaux. RTD Com 1950 p384.

- Abbas (A) : L'intervention judiciaire dans le fonctionnement de la société anonyme. Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit des affaires. Faculté de Droit et des sciences économiques et politiques de Sousse 2001 -2002 p30.

⁷⁷ - Cass Com 18/10/1950. Jc p 1951 II 6238 obs.B.B « L'arrêt attaqué a confirmé la décision donnant à l'arbitre désigné un simple droit de contrôler la gestion de dame Ghattas qui conserverait ses pouvoirs de gérante »

يمكن القول أن تخلي المسيرين لا يعتبر مبررا في مهمة الوكيل القضائي لأنه لا وجود لأحداث خطيرة ومستمرة ليقع تعيين شخص آخر يدير الشركة عوضا عن أصحابه.

حسب الفصل 283 م.ش.ت : « يضبط جدول أعمال الجلسات من قبل من صدر عنه الاستدعاء ».

إذن ينفرد هيكل التسيير مبدئيا بضبط جدول الأعمال، فمن يتولى دعوة الجلسة العامة للانعقاد هو الذي يقوم بضبط النقاط التي ستتولى الجلسة النظر فيها. أما الاستثناء فيمكن أن تمر الشركة بظروف استثنائية تؤدي إلى عدم قيام هيكل تسييرها بمهامه على أكمل وجه. وبالتالي فإن صدرت الدعوة لعقد الجلسة العامة عن أحد المنصوص عليهم بالفصل 277 م.ش.ت. فهو الذي يتولى تحديد جدول الأعمال⁸⁰.

لكن هناك من يعتبر أن الوكيل القضائي ليس هو صاحب الحق في تحديد جدول الأعمال بل هو مجرد منفذ لقرار القاضي الاستعجالي، وهذا الأخير له سلطة تحديده بطلب من الأطراف⁸¹. إذن تتمثل مهمة الوكيل القضائي أساسا في دعوة الجلسة العامة للانعقاد وترأسها، وكذلك التثبت من ورقة الحضور ومدى احترام النصاب القانوني داخل الجلسة فقط.

للإجابة عن هذا التساؤل نصت الفقرة الثانية من الفصل 108 م.ش.ت الخاص بالشركة ذات المسؤولية المحدودة أنه: " إذا تعذر اتخاذ إجراءات التسوية في أجل الذكور يمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب من القاضي الاستعجالي تعيين وكيل يعهد له بإتمام الإجراءات."

mandataires de justice - Cass Com .Paris 7/6/1990. Revue des sociétés 1990 p 478 obs GUYON : « cette situation impose que soit confiée aux une mission spéciale d'assistance et de contrôler qui garantisse les acquis sociaux sans compromettre l'exercice des pouvoirs de décision et de gestion devoulus aux organes d'administration qui en ont été régulièrement investi.»

- GUYON (Y) : les missions des administrateurs provisoires de sociétés. Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian. L i tec 1974.p105.

⁷⁸ - Abbas (A) : op. cit. p 31.

⁷⁹ - Coziau (M) et Viandier : « ne gère pas, il regarde et écoute son rôle est quelque sorte celui d'un casque bleu » Droit des sociétés. Litec 17^{ème} édition 2004 n°381 p182.

-Guyon: «il n'a aucun pouvoir de gestion » art.cit. p 105.

- Lefevre (C) : « Un mandataire à fonction non directoriale ». Le référé en Droit des sociétés p 193.

-Cavallini (J) : le juge des référés et les mandataires de justice. Revue des sociétés 1998 p 273.

⁸⁰ كمال العياري وأحمد الورفلي:تعليق على مجلة الشركات التجارية. ص 901.

- انظر الفصل 277 م.ش.ت.

⁸¹ -Papantoni (M) : L'immixtion dans le droit des sociétés. Edition sakkoulas/bruyant, Athènes.p210.

إنّ هذا الفصل يتعلق فقط بتعيين وكيل في صورة عدم تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة خرقاً لقواعد الإشهار، ولا نجد نصاً آخر يحدد فيه المشرع إمكانية تلافي خرق قواعد الإشهار غير تلك المتعلقة بتأسيس الشركة⁸². بينما في التشريع الفرنسي تعتبر مهمة الوكيل القضائي الذي يعهد إليه بإتمام إجراءات الإشهار إجمالية⁸³، فهي تهم الإشهار بالرائد الرسمي، بالسجل التجاري للشركة وحتى الإجراءات المتعلقة بالتسجيل الجبائي. وهذا يعتبر ضرورياً لكي لا يتسلط على الشركة غرامات تأخير.

وبالتالي فإن مهمة الوكيل القضائي لا تتعلق بجميع الأعمال الأساسية والثانوية لكن الضرورية منها كإجراءات الإشهار ليتمكن معارضة الغير بها.

كما تكون تسمية شخص في إطار هيكل من هياكل الشركة لم يقع تعيينه من الشركاء أصحاب القرار في التعيين يتطلب تعيين متصرف قضائي لإدارة الشركة، مثال الحكم الاستعجالي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس حيث صدر حكم ابتدائي عدد 64580 الصادر في 29 أبريل 2008 عن المحكمة الابتدائية بتونس والقاضي ابتدائياً استعجالاً بتسمية متصرف قضائي على الشركة باعتبار أن وكيل الشركة المستأنف الآن قام بتوكيل زوجته لتقوم مقامه في تسيير الشركة لأنه كان بصدد قضاء عقوبة سالبة للحرية. فأجابت محكمة الاستئناف: « وحيث لا جدال وأن المستأنف الآن عاجز عن القيام بمهامه في تسيير الشركة وإن قوله بسعيه في تلافي ذلك بتعيين زوجته يبقى مردوداً عليه لعدم صدور ذلك عن الجلسة العامة للشركاء ومخالفته لأحكام م.ش.ت. » .

وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بتونس في قضية هيلديار عندما أكدت على أنه « لا يجوز تسمية متصرف قضائي على شركة خفية الاسم إلا إذا ثبت أنه يوجد خطر محقق بالشركة من شأنه أن يجرها إلى الإفلاس والانحلال »⁸⁴.

⁸² - مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي خصص فصلاً لا يتعلق فقط بتعيين وكيل قضائي في صور خرق قواعد التأسيس بل أيضاً في صورة تحويل عقود الشركة: L'article R210-18 c com F qui dispose : « ... Lorsqu'une formalité de publicité ne portant ni sur la constitution de la société ni sur la modification de ses statuts a été omise ou irrégulièrement accomplie... »

⁸³ - Cass Com 6/12/2005. Revue des sociétés n°2, 2006.p323 note Pasqualin (F).

- contrairement à cette position le tribunal de première instance de Strasbourg indique qu'un associé ne peut pas demander cette modification de l'ordre du jour.28/10/1968 RTD Com p1084 note Houin.

⁸⁴ - حكم استئناف عدد 80764 بتاريخ 26 أكتوبر 1988. المجلة القانونية والتونسية 1990 ص 421.

وقد قضت محكمة الاستئناف بتونس وفي نفس التوجه السابق أنه « وحيث أصبحت وضعية الشركة في ظل إدارتها الحالية معرضة للخطر لقيامها بإقراض ثلثي رأس المال وعدم إجرائها للجلسات العامة الضرورية منذ سنة 1999 إلى سنة 2008 الأمر الذي أصبح يهدد وجودها ومصالح شركائها مما يتجه معه التدخل لوضع حد لذلك بوضع متصرف قضائي عليها لإدارتها وتسييرها وبيان حالتها الحقيقية طيلة سنوات نشاطها كالإشراف على عقد الجلسات اللاحقة والتي لم تتعقد بعد »⁸⁵.

و قد توسعت في هذا الإطار محكمة التعقيب في ما يخص الأسباب الداعية لغرض الحراسة القضائية بأن تحررت من مفهوم الإستبداد بالتصرف و رأت أنه يكفي أن يكون النزاع جديا و أن يكون الضرر حالا و أن يكون بقاء الشيء بيد المطلوب مضرا بحقوق المدعية⁸⁶ وعموما الأحكام التي تعين المتصرف القضائي تحدد الأعضاء المعزولين، فقد قررت محكمة الاستئناف بسوسة لطلب تسمية متصرف قضائي على شركة « هيل ديار » مع منحه الصلاحيات الضرورية لأحكام التصرف والمراقبة المستمرة في كل ما له مساس بالشؤون المالية وبقصر مهمة الرئيس المدير العام على التسيير الإداري فقط⁸⁷.

إذ يشمل التسيير الإداري استدعاء الجلسة العامة للشركة والقيام بأعمال التصرف الذي يعتبر إجراء أساسيا يضمن للمساهم حماية حقوقه ويمنحه سلطة في تسيير الشركة ورقابة أموالها. وكذلك اتخاذ التدابير الضرورية لتسيير دواليب الشركة، من تشغيل لحساباتها البنكية ومسك وثائقها المحاسبية ومراقبة نشاطها اليومي ودفع ديونها الحالة والواجبة فضلا عن تنفيذ العقود التي التزمت بها⁸⁸ و كذلك عند التصفية أو الإنحلال من جهة ثانية.

⁸⁵ - حكم استئنائي استعجالي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس قضية عدد 85345 بتاريخ 26 فيفري 2009.

⁸⁶ عدد 1115 صادر في 19 جوان 1975 مجلة م م ت تعليق السيد بلقاسم القروي الشابي ص 171.

⁸⁷ - حكم استئناف عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 14 جانفي 1987. المجلة القانونية التونسية 1990 ص 272.

⁸⁸ - Lefeuve (C) : op. cit. p157.

فقد أورد الفصل 43 صلب الفرع الثاني من العنوان الثالث تحت عنوان "أثار الانحلال" وينصّ الفصل المذكور على ما يلي: "و عند عدم دعوة الجلسة العامة للإنعقاد ، يمكن لكلّ من له مصلحة أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي قصد تعيين وكيل مكلف بدعوة الجلسة العامة للغرض"⁸⁹.

فتعيين المصفي و كذلك تجديد وكالته تتم باحدى الطرق الثلاثة التالية: أما أن ينص العقد التأسيسي على طريقة معينة أو اجراء معين فيقع التعيين أو التحديد على مقتضاه وعند تعذر التنصيص صلب العقد التأسيسي للشركة فإن الجلسة العامة للشركاء تكون مطالبة بالتعيين أو بالتجديد وعند التعذر يبقى الحلّ الاخير هو الالتجاء إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها المقر الاجتماعي للشركة و ذلك عن طريق دعوى استعجالية نظرا لصبغة التأكد والخطر الذي قد يهدد الشركة في غياب وجود مصفي خاصة و ان مجلة الشركات دعمت دور المصفي بأن ارسى مصفي للشركات التجارية و هو من ضمن التجديدات التي جاءت بها المجلة و القواعد القانونية التي خصّتها المجلة للمصفي أعطت مجالا واسعا للقضاء لتكون بذلك وطدت علاقة القاضي بالشركات و تعدّ هذه الحالة والطريقة في تحديد وكالة المصفي خير دليل لثقة المشرع في القضاء و تمكينه من التدخل كلما اقتضى الأمر ذلك.

و في حالة عدم توفر هذه الشروط، يحقّ للمصفي و لكل ذي مصلحة أن يرفع الأمر إلى القاضي الاستعجالي الذي يقرر ما يراه صالحا.

إن تقنية الإحالة لم تغب عن الفصل 44 الذي أحالنا على القرارات الواردة بالفصل 43 من المجلة و هو أسلوب استعمله المشرع بكثافة إذ احالنا في مواقع متعددة إلى فصول مختلفة سواء متواجدة صلب مجلة الشركات التجارية ذاتها أو ضمن غيرها من القوانين.

ما نلاحظه بالنسبة للفصل 44 هو أن الطرف الذي يحق له القيام لدى القضاء الاستعجالي أمّا أن يكون المصفي أو أن يكون شخص له مصلحة و العبارة وردت مطلقة لكل ذي مصلحة " المشرع بذلك يكرّس شرط واجب توافره في القائم بالدعوى و هو بذلك يكرّس المبدأ المتعارف عليه" لا دعوى بغير مصلحة". و القاضي الاستعجالي

⁸⁹ يقع تعيين المصفي مبدئيا من طرف الجلسة العامة للشركاء إذا لم يقع التنصيص على تسمية المصفي بالعقد التأسيسي للشركة التجارية و يتم التعيين بحسب اجراءات و شكيلات تختلف باختلاف الشكل القانوني للشركة. و تمديد وكالة المصفي مدة عام ثان لإتمام التصفية يتم بنفس الشروط و الإجراءات أي أن يتم التمديد بقرار من الجلسة العامة ، فإذا تعذر ذلك فإن التمديد يتم بموجب قرار صادر عن القاضي الاستعجالي استجابة لطلب كل من يهمه الأمر.

يتدخل في هذه الحالة و مثل سائر الحالات الأخرى دون أن يمس بالأصل بل يكتفي باتخاذ قرارات فورية إذا ما تبينت له حالة التأكد .

و في حالة عدم توفر هذه الشروط، يحقّ للمصفي و لكل ذي مصلحة أن يرفع الأمر إلى القاضي الاستعجالي الذي يقرر ما يراه صالحا.

الجزء 2: القاضي الإستعجالي و المحافظة على مصالح المتدخلين:

لئن كانت مهمة القاضي الإستعجالي توجب عليه عدم التعرض لأصل الحق أو صميم النزاع كما تحتج عليه ان يتحرز عن القطع في ترجيح جانب على جانب حتي لا يسبق محكمة الموضوع فإن ذلك لا يمنعه من إتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لحماية الأطراف من شركاء (فرع أول) أو الغير (فرع ثاني) ووضع الحلول التي تستقر معها العلاقة القانونية مؤقتا إلى أن يقول القضاء الموضوعي كلمته و هو يملك في سبيل ذلك تناول موضوع الحق و البحث في ظاهر الأوراق و المستندات بحثا موضوعيا عاجلا لمعرفة أي من الطرفين أجدر بالحماية الوقتية فإذا إستبان له من ظاهر الأوراق و من الدعوى و ملاساتها عدم الجدية فإن عليه أن يترك الأمر لقاضي الموضوع⁹⁰.

فرع أول : القاضي الإستعجالي و مصالح الشركاء:

يعرف الأستاذ أحمد عمران الحق بكونه "السلطة على السلوك بطريقة معينة يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها" والحق لا يعلى وإنما يعلى عليه من طرف القانون فلا وجود لأي حق ما لم يقره القانون⁹¹، ومن هذا المنطلق جاءت مجلة الشركات التجارية مدعمة لجملة الحقوق التي يتمتع بها الشريك من حقوق مالية (فقرة أولى) و الغير مالية (فقرة ثانية) وهي تمثل كلها سبب إلزام الشريك ومحل إلزام الشركة كما أنها تشكل دينا في مواجهة الشركة.

⁹⁰ قرار تعقيبي عدد 5492 مورخ في 29 مارس 2001، مجلة القضاء و التشريع ماي 2002 ، ص.123.
⁹¹ الأستاذ أحمد عمران : محاضرات في القانون السنة الأولى من شهادة الأستاذية " مرقونة ".

فقرة أولى: مصالح الشركاء المالية

تعتبر الحقوق المالية سببا لالتزام الشريك والمساهم وذلك لتحقيق الربح والانتفاع بالوفر الاقتصادي. وقد كرس المشرع هذه الحقوق صلب مجلة الشركات التجارية، فبعضها يتعلق بمكاسب الشركة ليتمتع الشريك أو المساهم بالحقوق في الأرباح و الحق على الأموال الاحتياطية الواقع تكوينها في الشركة أثناء نشاطها العادي.

إن هذا القصد من نيل الأرباح يعتبر من أهم مقومات الشركة التجارية الذي يمكن من التمييز بين الشركة وبقيّة العقود والمؤسسات الأخرى الشبيهة بها⁹².

ونظرا لكونه مفهوما محاسبيا، لم يعرّفه المشرع وإنما تطرق إلى كونه يتكوّن من المساهمات النقدية والعينية دون المساهمة بالعمل وذلك صلب الفصل الخامس من مجلة الشركات التجارية الذي نص على أنّه: « تكون المساهمات في الشركة نقدا أو عينا أو عملا ويكوّن مجموع هذه المساهمات، باستثناء المساهمة بالعمل، رأس مال الشركة. وهذا الأخير يكون ضمانا لدائنيها دون سواهم.»⁹³

كما تمكن المساهمات من التمييز بين الشركاء وحاملي الرقاع، وقد عرف الفصل 327 من مجلة الشركات التجارية الرقاع بأنها "أوراق مالية قابلة للتداول" وهي تمثل "حق المديونية"، فحاملي الرقاع يعتبرون دائنين للشركة، فهم يضعون على ذمتها مبلغا ماليا ومهما كانت نتائج الشركة يسترجعون عند نهاية الإصدار قيمة الرقاع التي وقع اكتتابها، في حين أنه من خاصيات المساهمة أنها تخضع للمخاطر الإجتماعية، وحامل الرقاع يبقى دائما حتى ولو لم تستطع الشركة دفع ما تخلص بذمتها تجاهه

بداية، مكن الفصل 98 الشريك المستقبلي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة من القيام إستعجاليا للحصول على إذن بسحب مبلغ مساهمته إذا لم تتكون الشركة في أجل الستة أشهر من تاريخ إيداع أموالها، و تجدر الإشارة بالنسبة لهذه الصورة أن صياغة هذا الفصل تثير بعض الغموض من حيث مصطلح "الإذن" الذي يحيل إلى الإذن على

⁹²التعليق على قانون الشركات التجارية، الأستاذ توفيق بن نصر، مرجع سابق، ص 77

⁹³ - وهو نفس ما كان ينص عليه الفصل 20 من المجلة التجارية: « رأس مال الشركة ضمان لدائنيها خاصة وهو يتركب من الحصص المشتملة على مبالغ نقدية أو أشياء عينية أما الحصص المشتملة على المساهمة بعمل فلا تكون داخلة فيه.»

العريضة و الحال أن طبيعة الدعوى التي يقوم بها الشريك في هاته الصورة هي دعوى استعجالية تخضع لإجراءات التقاضي الإستعجالي و خاصة لمبدأ المواجهة خلافا للطبيعة الولائية لإجراءات الأذن على العرائض.

فقد نص الفصل 98 أنه " تودع الأموال المتأتية من تحرير حصص الشركاء " بمؤسسة بنكية " ولا يمكن سحبها أو التصرف فيها من وكيل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات تأسيس الشركة وترسيمها بالسجل التجاري .

يذكرنا الفصل 98 م.ش.ت بالفصل 53 من المجلة التجارية، خاصة في ما يتعلق باختصار الآجال التي أصبحت ضمن مجلة الشركات التجارية ستة أشهر بعد أن كان الأجل المنصوص عليه سابقا عاما فإذا لم تتكون الشركة في أجل ستة أشهر من تاريخ إيداع الأموال تجوز لكل مساهم القيام بدعوى أمام القاضي الاستعجالي للحصول على إذن بسحب مبلغ مساهمته وإذا قرر المساهمون لاحقا تأسيس الشركة فانه يقع إيداع الأموال من جديد بنفس الشروط⁹⁴.

في هذه الحالة أراد المشرع حماية حقوق الشركاء اللذين قدموا مساهماتهم النقدية وتمّ إيداعها بمؤسسة بنكية لكن استحال بعد ذلك لسبب أو لآخر مثل عدم التفاهم بين الشركاء إتمام تكوين الشركة .

لذلك ولمنع تجميد أموال هؤلاء الشركاء خول المشرع لكل مساهم ودون تحديد نسبة مشاركته في رأس مال الشركة أن يتقدموا بصفتهم تلك أمام القاضي الاستعجالي قصد استصدار قرار لسحب هذه المساهمة .

من جهة أخرى يعتبر قرار الزيادة في رأس مال الشركة أحد القرارات الهامة التي تعود في الغالب بالنفع على الشركة باعتباره يزيد من إمكانياتها المالية ومن عناصر أصولها وبالتالي من أموالها الذاتية، كما أنه يعود بالنفع على الدائنين باعتباره يزيد من قيمة الضمان العام لديونهم⁹⁵. وخاصة بقاء الشركة على ساحة المنافسة مع الشركات الأخرى و تجدر الإشارة إلى أنّ الجلسة العامة الخارقة للعادة تختص بإصدار مثل هذا النوع من القرارات لأنّ قرار الزيادة في رأس مال الشركة يعتبر تحويرا لعقدها التأسيسي⁹⁶.

⁹⁴ نصّت العديد من القوانين المقارنة كذلك على إمكانية لجوء المساهم إلى القاضي الاستعجالي للحصول على إذن بسحب مساهمته في صورة عدم تكون الشركة بعد أجل الذي حدده المشرع. نذكر على سبيل المثال القانون اللبناني الذي نصّ ضمن المادة 8 فقرة 3 على أنّه لا يجوز لمدير الشركة أن يسحب المبالغ المودعة قبل تسجيل الشركة في السجل التجاري. وإذا لم يتم هذا التسجيل في مهلة 6 أشهر من تاريخ أول إيداع جاز لكل من الشركاء اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب الترخيص له باسترداد ما دفعه. مصطفى كمال طه: أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة). منشورات الحلبي الحقوقية 2006. ص550.

- أحمد الورفلي وكمال العياري: تعليق على مجلة الشركات التجارية ص 414.⁹⁵

⁹⁶ - انظر الفصول 131، 133، 134 من مجلة الشركات التجارية.

لكن في صورة عدم تحقق الزيادة في الأجل الذي حدده المشرع، يحق لكل مساهم أن يطلب من القاضي الإستعجالي سحب مبلغ حصته من الترفيع. وهذا ما جاء صلب الفقرة الثانية من الفصل 134 م.ش.ت: "وإذا لم يتحقق الترفيع في أجل ستة أشهر من تاريخ انعقاد الجلسة العامة التي صدر عنها قرار الترفيع فإنه يحق لكل مساهم طلب الترخيص في سحب مبلغ حصته من الترفيع، بواسطة قرار يتخذه القاضي الاستعجالي إن لم يقبل أحد الشركاء أو بعضهم الاكتتاب و تحرير المبلغ الذي لم يقع خلاصه من الترفيع في رأس المال".

مكّن المشرع الشريك من التصرف في حصصه والخروج من الشركة، ونفس الأمر بالنسبة للمساهم في شركات الأموال. لكن قد يحصل اختلاف في ثمن إحالة الحصص أو الأسهم بين المحيل، المحال إليه والشركة، لذلك تدخل القاضي الاستعجالي من خلال تعيين طرفا ثالثا لتقدير الحصص أو الأسهم المراد إحالتها.

أما بالنسبة لشركات الأشخاص، المبدأ أن الشريك لا يستطيع إحالة حصصه بحرية للغير. لكن كي لا يبقى الشريك سجيناً لحصته مكّنه المشرع من بيعها أو رهنها والخروج من الشركة حتى لا يقتضي ذلك حلها في كل الأوقات⁹⁷.

أما بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، ورد الفصل 109 م. ش. ت ضمن الفرع الثاني من العنوان الثاني تحت عنوان «نظام حصص الشركاء» وجاء بفقرته الرابعة أنّه: «إذا أعربت الشركة عن رفضها قبول الإحالة فإن الشركاء مطالبون بشراء الحصص أو السعي لبيعها في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الرفض. وفي حالة عدم الاتفاق حول سعر الإحالة يتم تحديد هذا السعر بواسطة خبير محاسب مرسوم بقائمة الخبراء العدليين يتم تعيينه إما باتفاق جميع الأطراف وإما بمقتضى إذن على العريضة يصدره رئيس المحكمة المختصة بطلب من أحرص الطرفين».

وبالتالي يتمثل رأس المال في «القيمة المالية لجملة المساهمات النقدية والعينية التي يقدمها الشركاء أو المساهمون إلى الشركة»⁹⁸. وهذه المساهمات المكوّنة له يجب أن تكون موجودة فعلاً وذات تقييم صحيح كي يكون

⁹⁷ - انظر الفصل 65 م.ش.ت ينص على أنّه: " علاوة على أسباب الانحلال المشتركة بين جميع أصناف الشركات المنصوص عليها بهذه المجلة فإن شركات المفاوضة تخضع لأسباب الانحلال التالية:

1) إذا استحال على أحد الشركاء إحالة حصصه عندما تكون الشركة تكونت لمدة غير معيّنة بمرور لا يمس قرار إحالة الحصص بالمصالح المشروعة للشركة..."

واقعيًا، لأنّه يتعين على الشركة أن تبدأ نشاطها بمقدار رأس مال حقيقي، لكي تواصل سيرها في أمان وتكسب ثقة المتعاملين معها.

فقرة ثانية: مصالح الشركاء السياسية:

إنّ تكريس حق المساهم في الحصول على المعلومات المتعلقة بنشاط الشركة وسير أعمالها والقرارات التي تتخذها الجمعية العامة للمساهمين يضمن له دون شك حماية اكبر من إمكانية اتخاذ الأغلبية لقرار مضر بمصالح الشركة، ولكن هذه الحماية مرتبطة بمدى اهتمام المساهم بنشاط الشركة فهي لا تشمل المساهمين المتقاعسين و غير المكتثرين بما يحدث في الشركة و إنّما فقط أولئك الذين يسعون للحصول على المعلومات التي تمكنهم من الإلمام بمختلف أنشطتها و حساباتها ووثائقها ويوظفون ما حصل لهم من علم للدفاع عن المصلحة الجماعية للمساهمين أو عن مصلحتهم الشخصية .

من جهة أخرى فإن العلم بمختلف جوانب سير هياكل الشركة يمنح المساهم قدرة على مجابهة الأغلبية بما توفر لديه من معلومات و هذه المجابهة أو المواجهة قد تؤدي في صورة غياب كتل النفوذ ونزاهة المداولات وشفافية عملية التصويت إلى تغيير بعض المساهمين لآرائهم في اتجاه ضمان تحقيق المصلحة الجماعية و يحول دون إمكانية اتخاذ الجلسة العامة لقرار مضر بتلك المصلحة و يقي المساهم بذلك من إمكانية تعسف الأغلبية.

في هذا الإتجاه، كرّس المشرع هذا الحق لفائدة لكل شريك في أية شركة تجارية مهما كان شكلها و ذلك بالفقرة الرابعة من الفصل 11 من مجلة الشركات التجارية التي اقتضت أن لكل شريك في كل وقت من السنة الحق في الاطلاع بنفسه أو بواسطة وكيل على جميع الوثائق المعروضة على الجلسات العامة خلال السنوات الثلاث المنقضية و على محاضر جلساتها أو اخذ نسخ منها,

يتمثل الحق في الإعلام في تخويل المساهم كل ما من شأنه أن يجعله يطلع عن وعي وتبصر بكل ما يهم أمور الشركة وسياستها⁹⁹. وقد وقع اختصار حق المساهم في الإعلام بعبارة "العلم هو السلطة"¹⁰⁰. إذ يكتسي هذا الحق صبغة آمرة باعتباره يتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفته ولا يجوز للنظم الأساسية التضييق منه، ولا يمكن للمساهم العدول عنه إلا إذا اقتضى القانون الأساسي حدا أدنى من الأسهم لدى المساهمين وذلك خوفا من الإضرار بالشركة في الشركات التي تعد كما كبيرا من المشاركين¹⁰¹.

تكريس نجله في مختلف أنواع الشركات التجارية بكل أوجهه حيث نص الفصل 128 م.ش.ت في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أنه: "... ويمكن لكل شريك أن يطرح على الوكيل أسئلة كتابية وذلك قبل التاريخ المحدد لانعقاد الجلسة العامة بثمانية أيام على الأقل.

ويطالب الوكيل بالإجابة عن الأسئلة الكتابية أثناء انعقاد الجلسة العامة.

ويمكن لكل شريك وفي كل وقت أن يطلع على عين المكان على الوثائق المشار إليها أعلاه المتعلقة بالسنوات الثلاث الأخيرة وله الاستعانة في ذلك بخبير محاسب أو بمحاسب.

وتتعهد المحكمة بدعوى بطلان المداوولات المتخذة خلافا للأحكام المشار إليها أعلاه وتتنظر فيها طبق إجراءات القضاء الاستعجالي..."

كما نص الفصل 284 م.ش.ت بالنسبة للشركة خفية الاسم أنه: " يحق لكل مساهم يملك على الأقل خمسة بالمائة من رأس مال الشركة خفية الاسم إذا كانت شركة مساهمة خصوصية أو ثلاثة بالمائة إذا كانت ذات مساهمة عامة أن يحصل في كل وقت على نسخ من وثائق الشركة المشار إليها بالفصل 201 من هذه المجلة والمتعلقة بالسنوات المالية الثلاث الأخيرة وكذلك على نسخ من محاضر وأوراق حضور الاجتماعات التي تم عقدها خلال السنوات المالية الثلاث الأخيرة. ويجوز للمساهمين المالكين لتلك النسبة من رأس المال أن يحصلوا على الوثائق المذكورة..."

⁹⁹ - التيجاني عبيد: حقوق المساهم في الشركات خفية الاسم. مجلة القضاء والتشريع أبريل 1998 ص10.

¹⁰⁰ - Baillod (R) : L'information des administrateurs dans la société anonyme. RTD Com Janvier-Mars 1990.

¹⁰¹ - محمد يحي: حقوق الشريك في مجلة الشركات التجارية. رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص. جامعة تونس المنار. كلية الحقوق والعلوم

السياسية بتونس 2001-2002 ص85.

وإذا رفضت الشركة التسليم بعض أو كل الوثائق المشار إليها بالفقرة السابقة فإنه يمكن للمساهم المذكور أعلاه أن يرفع الأمر إلى القاضي الاستعجالي...".

وبالإطلاع على بعض الوثائق الخاصة بالشركة يسمح للمساهم أن يتثبت من أن القرارات التي تم اتخاذها صلب الجلسات العامة السابقة قد وقع تنفيذها. أما المساهمين الجدد فإن هذه الوثائق تعطيهم فكرة على القرارات السابقة التي اتخذتها الجلسات العامة لمقارنتها مع الوضعية الحالية للشركة¹⁰².

والوثائق التي يمكن للمساهم الإطلاع عليها قد تم تحديدها حصريا صلب الفصلين 128 م.ش.ت و 284 م.ش.ت ولا يمكن التوسع فيها¹⁰³. حيث نجد نوعين من الوثائق يمكن للمساهم الاطلاع عليها، الوثائق المحاسبية وتهم تصرف المحاسبة والمالية المتعلقة بالشركة¹⁰⁴ وهي قائمة الإحصاء "L'inventaire" والقوائم المالية والموازنة وكتاب الجرد¹⁰⁵. وأما الوثائق الإدارية¹⁰⁶ فتخص إدارة الشركة والتصرف فيها، وتتمثل في التقرير السنوي للتصرف، تقرير مراقب الحسابات، جدول الأعمال، محاضر مداولات الجلسة العامة، ورقة الحضور، تقرير مجلس الإدارة وقائمة المساهمين.

ما يجدره ملاحظته من الناحية التاريخية ان تنقيح 27 ديسمبر 2007 المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية¹⁰⁷، يعد تراجعا لحقوق المساهم على الشركة. فبعد أن كان كل مساهم في الشركة له حق الاطلاع أضحى بعض المساهمين الغير مالكين لنسبة 10% من رأس المال ليس بإمكانهم الاطلاع على وثائقها.

¹⁰² قرار تعقيبي عدد 56506 بتاريخ 19-04-2018 ، أنظر الملاحق.

¹⁰³ - مداولات مجلس النواب عدد 25 جلسة 12 جويلية 2005 ص983.

- Cass. Com. 17 Mai 1965 RTD Com 1965 p865 : « Le droit de communication des actionnaires est réglementé par des règles l'initiatives qui ne sauraient être élargies ».

- Lefevre (C) : le référé en droit des sociétés p 55.

¹⁰⁴ - محمد يحيى: حقوق الشريك في مجلة الشركات التجارية، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2001-2002 ص93.

¹⁰⁵ - انظر الفصل 147 م.ش.ت.

¹⁰⁶ - انظر الفصول 128 و 201 و 275 و 286 و 282 م.ش.ت.

¹⁰⁷ - القانون عدد 69 لسنة 2007 مؤرخ في 27 ديسمبر 2007 يتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية حيث نص الفصل 14 منه على:

الفصل 284 فقرة 1 جديدة: "يحق لكل مساهم يملك على الأقل 5% من رأس مال الشركة خفية الاسم إذا كانت شركة ذات مساهمة خصوصية أو 3% إذا كانت شركة ذات مساهمة عامة...".

وعند مناقشة القانون عدد المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية وخاصة الفصل 14 منه كان النواب متخوفين من إعطاء صلاحيات أكبر للمساهمين الصغار، فاقترحوا المحافظة على نسبة 10% السابقة، فكان الجواب مقنعا: " يراعي هذا الفصل المعادلة المطروحة بين حماية صغار المساهمين من ناحية والمحافظة على مرونة تسيير الشركة والتصرف فيها. وتعتبر حماية صغار المساهمين ودعم الشفافية لدى الشركة من أهم الشروط للتشجيع أكثر على الاندراج بالسوق المالية"¹⁰⁸.

و للتخفيف من وطأة هذا التحديد أبقى الفصل 280 من مجلة الشركات التجارية، للمساهمين الحريصين على حضور الجلسات العامة للشركة والمشاركة فيها و المهتمين بنشاطها و المتتبعين لسير أعمالها، الحق في الاطلاع و ذلك بأن أوجب "على مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية أن تضع قبل خمسة عشر يوما على الأقل من موعد الجلسة الوثائق اللازمة على ذمة المساهمين بمقر الشركة لتمكينهم من اتخاذ قراراتهم وهم على بينة من الأمر و إبداء رأيهم في إدارة وسير أعمال الشركة ".

هذا النص يخول لكل مساهم مهما كان مقدار الأسهم التي يملكها من رأسمال الشركة حق الاطلاع على الوثائق اللازمة ليتخذ قراره و يبدي رأيه في إدارة وسير أعمال الشركة وهو على بينة من الأمر و لكن مع تحديد من نوع آخر وهو تحديد للزمن الذي يمكن الاطلاع فيه على تلك الوثائق وهو خمسة عشر يوما السابقة لموعد انعقاد الجلسة العامة، و بذلك يكون المشرع قد كرس حق الاطلاع على الوثائق المتعلقة بنشاط الشركة لكل مساهم حريص وذلك خلال خمسة عشر يوما السابقة لموعد انعقاد الجلسة العامة و لكل مساهم و لو لم يكن حريصا شريطة أن يكون مالكا لعشرة بالمائة من رأسمال الشركة على الأقل كما اقر حماية قضائية لهذا الحق المخول لهذا الصنف الأخير من المساهمين بأن منحهم ضمن الفقرة الثانية من الفصل 284 من مجلة الشركات التجارية حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لإجبار الشركة على تسليم الوثائق التي يحق لهم الاطلاع عليها و التي رفضت تمكينهم منها.

الوثائق التي يحق لهؤلاء المساهمين الاطلاع عليها هي حسب الفصل 284 تلك المشار إليها بالفصل 201 من نفس المجلة وهي حسب الفصل المذكور القوائم المالية طبق قانون نظام المحاسبة للمؤسسات الصادر في 30 ديسمبر

¹⁰⁸ - مداوالت مجلس النواب 17 ديسمبر 2007 ص 567.

1996 والتي تشتمل حسب الفصل 18 منه على: الموازنة و قائمة النتائج و جدول التدفقات النقدية والإيضاحات حول القوائم المالية.

الملاحظ بالنسبة للشركة خفية الاسم من خلال الفصل 290 مكرر م.ش.ت أن اختبار التصرف له طابعا مستقلا وليس مرتبطا بوسائل إعلام أخرى¹⁰⁹. لكن حسب الفصل 284 مكرر م.ش.ت، والذي ينص: "يحق لكل مساهم أو المساهمين يملك أو يملكون على الأقل 5% من رأس مال الشركة خفية الاسم إذا كانت شركة مساهمة خصوصية أو 3% إذا كانت ذات مساهمة عامة أو كانت له أو لهم مساهمة في رأس المال لا تقل عن مليون دينار وليست له أو لهم صفة عضو أو أعضاء في مجلس الإدارة أن يطرحوا مرتين في السنة أسئلة كتابية على مجلس الإدارة حول كل تصرف أو واقعة من شأنها أن تعرض مصالح الشركة إلى الخطر.

وعلى مجلس الإدارة أن يجيب كتابة خلال شهر من اتصاله بالسؤال وتبلغ وجوبا نسخة من السؤال والجواب إلى مراقب الحسابات، كما توضع هذه الوثائق على ذمة المساهمين بمناسبة أول جلسة عامة موالية." ¹¹⁰.

وبعد سكوت دام 7 سنوات وانتقادات عديدة¹¹¹ حول غياب اختبار التصرف في الشركات خفية الاسم، أضاف المشرع في القانون المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية الصادر في 27 ديسمبر 2007 ضمن الفصل 15 من هذا القانون الفصل 290 مكرر الذي ينص في فقرته الأولى: "يمكن لكل مساهم أو عدة مساهمين يملكون 10% من رأس مال الشركة على الأقل فرديا أو جماعيا أن يطلبوا من القاضي الاستعجالي تعيين خبير أو مجموعة خبراء يعهد إليهم تقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تصرف".

وبالتالي يمكن القول أن المشرع قد أقر طلب إجراء اختبار التصرف بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة خفية الاسم فقط¹¹².

¹⁰⁹ (S) Frikha :- « L'expertise de gestion de la société anonyme étant exclusive de tout autre moyen d'enquête à la disposition des actionnaires, elle revêt certainement un caractère autonome ». op.cit. p30.

¹¹⁰ مع تنقيح 16 مارس 2009 أضاف الفصل الثاني منه الفصل 284 مكرر لم.ش.ت

¹¹¹ يوسف الكتاني: الجديد في حقوق الشريك. ملتقى علي حول "الجديد في قانون الشركات التجارية". يومي 26-27 جانفي 2001 بزل قصر الشرق تونس ص13.

¹¹² - أقر المشرع الفرنسي إمكانية طلب إجراء اختبار التصرف في:

1- الشركة خفية الاسم منذ 24 جويلية 1966.

2- الشركة المقارضة بالأسم، الفصل 251 من 24 جويلية 1966.

هنا يقوم القضاء المستعجل بدور متميز في تدعيم حق الشريك في المراقبة و ذلك من خلال آلية اختبار التصرف التي هي في جوهرها تخدم مصلحة الشريك ككل و من خلالها أيضا مصلحة الشركاء باعتبارها آلية ناجعة لحماية حق الأقلية و ذلك عبر كشف تعسف الأغلبية و تمكينهم من الحصول على المعلومات الكافية حول طبيعة و نتائج عمليات التصرف التي من شأنها أن تلحق الضرر بمصالحهم .

و لكن مع ذلك تظل هذه الحماية منقوصة نظرا لاقتران مجالها على الشركات ذات المسؤولية المحدودة دون غيرها طبقا لأحكام الفصل 139 من م .ش.ت. و في المقابل دعم المشرع ضمن مجلة الشركات التجارية آلية المراقبة المتمثلة في مراقب الحسابات حيث وسعت في مجال تدخله الوجوبي سعيًا لضمان النزاهة و الشفافية المطلوبة في أعمال الشركة و حساباتها.

فرع ثاني: القاضي الإستعجالي و مصالح الغير:

مكّن المشرع القاضي الاستعجالي من التدخل في صور عديدة لحماية مصالح الغير سواء عند تأسيس الشركة أو سيرها أو حتى انحلالها نظرا لارتباط حقوقه ومصالحه بالأوضاع التي تعترض الشركة والتي كفلها المشرع من حيث المبدأ¹¹³ إما مباشرة من صريح الفصول و خاصة مؤسسة الإعتراض (فقرة أولى) أو بصفة غير مباشرة من خلال الفصل 19 من م م ت (فقرة ثانية). فقد أكدت مجلة الشركات التجارية هذه الحماية في فصلها الخامس: "تكون المساهمات في الشركة نقدا أو عينا أو عملا. ويكوّن مجموع هذه المساهمات باستثناء المساهمة بالعمل رأس مال الشركة وهذا الأخير يكون ضمانا لدائنيها دون سواهم"¹¹⁴.

فقرة أولى: الحماية المباشرة:

تنوعت الصور المفتوحة لتدخل الغير عن طريق القضاء الإستعجالي في الشركات التجارية فشملت كذلك حق الإلتجاء للقاضي الإستعجالي لتعيين مراقب حسابات, خاصة وهو الهيكل الذي يؤمن متابعة و مراقبة حسابات الشركة و

3- الشركات العقارية المدنية ذات المساهمة العامة الفصل 18 فقرة 44 من قانون 31 ديسمبر 1970 الذي أصبح الفصل 4 فقرة 79-214 L من المجلة التجارية الفرنسية.

4- الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

5- شركات الأسهم المبسطة، الفصل 3 فقرة 1-227 L من المجلة التجارية.

¹¹³ - انظر الفصل 194 م.ج.ع.

¹¹⁴ - انظر الفصل 20 من المجلة التجارية نفس الأحكام الواردة بالفصل 5 م.ش.ت.

ضمان محاسبة سليمة و دقيقة و نزيهة تكفل حقوق المتعاملين معها¹¹⁵, كما تضمنت حق دائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة عند التخفيض في رأس مالها في الإعتراض على ذلك حتى لا يقع المساس بحقوقهم في الضمان العام الذي يمثله رأس مال الشركة, فبالإضافة إلى ما استوجبه المشرع ضمن الفصل 137 من م ش ت من إجراءات خاصة يفترض اتباعها عند التخفيض في رأس مال الشركة لخطورة ذلك على مصالح دائنيها فإنه دعم تلك الحماية بأن مكن الدائنين الذين تكون ديونهم سابقة النشأة عن تاريخ المداولة التي أسفرت عن التخفيض من حق الإعتراض على تلك العملية خلال شهر من تاريخ إشهار قرار التخفيض, و لهذا الإعتراض مفعول تعليق مدة أجل الإعتراض, لكن ذلك لا يمنع من تحقيق التخفيض بصورة فعلية فيما بعد إذا ما رغب الشركاء في تنفيذه¹¹⁶. و هنا يكون للدائن حق الإلتجاء إلى القاضي الإستعجالي الذي له إن رأى جدية الإعتراض أن يقضي بحلول أجل الدين أو بإلزام الشركة بتقديم ضمان كاف للوفاء بدين المعترض .

و تكون جدية الإعتراض ثابتة إذا ما رأى القاضي الإستعجالي أن التخفيض في رأس مال الشركة من شأنه أن يحد بصورة واضحة وثابتة من قدرة الشركة على الوفاء بدين الدائن المعترض و بالتالي تعريض حقوقه لعدم الوفاء . كما سبقت الإشارة أن لرأس مال الشركة أهمية قصوى بالنسبة لقانون الشركات، إذ علاوة على طبيعته المحاسبية فإنه يلعب دورا هاما باعتباره لا يمثل غاية في حد ذاته وإنما أداة في خدمة الشركة. ومن هنا تكمن الدعوة الملحة لحماية باعتباره يمثل ضمانا للدائنين و نظرا لارتباط حقوقه ومصالحه بالأوضاع التي تعترض الشركة و التي كفلها المشرع من حيث المبدأ حين اعتبر أن " مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها "¹¹⁷, ثم دقت مجلة الشركات هاته الحماية في فصلها الخامس معتبرة أن المساهمات بالشركة تكون نقدا أو عينا أو عملا, و يكون مجموعها باستثناء المساهمة بالعمل رأس مال الشركة الذي هو ضمان لدائنيها دون سواهم¹¹⁸.

¹¹⁵ الفصل 261 من م ش ت و يوازيه الفصل 83 قديم من المجلة التجارية

¹¹⁶ حماية الغير في مجلة الشركات التجارية ص 18

¹¹⁷ الفصل 192 من م.ح.ع .

¹¹⁸ هاته القاعدة كانت مكرسة ضمن الفصل 20 من المجلة التجارية .

ولتدعيم هذه الحماية خص المشرع دائني الشركة بالعديد من الآليات والوسائل والدعاوى الحمائية وذلك على غرار دعوى الاعتراض التي تتمثل في « آلية أعطاه المشرع لدائني الشركة دون سواهم من الغير عندما يقع المس بحقوقهم في الضمان»¹¹⁹.

لم يهتم المشرع بمسألة تخفيض رأس المال مع المجلة التجارية وترك أمر تنظيمه للقوانين الأساسية للشركات التجارية. إلا أنّ في ذلك أخطارا من الممكن أن تعود بالوبال على الغير الذي يتعامل مع الشركة¹²⁰. ولتلافي هذه المخاطر، أقر المشرع صلب الفصل 137 م.ش.ت أنه: « إذا قررت الجلسة العامة الخارقة للعادة التخفيض في رأس مال الشركة فإنه يمكن للدائنين الذين يكون دينهم سابقا للمداولة الاعتراض في أجل شهر يحتسب من قرار التخفيض». يمنح هذا الفصل الدائنين حق الاعتراض على تخفيض رأس المال الغير مبرر بوجود خسائر¹²¹ والذين يكون دينهم سابقا للمداولة. أمّا بقية الدائنين اللاحقين فلا يكونوا معنيين سوى بالرأس المال الجديد. لكن اعتماد تاريخ المداولة من المشرع لا يكون حاميا للحقوق بالقدر الكافي لأن التاريخ الفصيل الذي ينبغي أن يعتمد هو تاريخ علم الغير بالتخفيض أي من تاريخ الإشهار أو على الأقل الإيداع بالسجل التجاري¹²².

وأضاف الفصل 137 م ش ت بفقرته الثانية: « ويجب على المعارض في الأجل المشار إليه أعلاه رفع الدعوى أمام القاضي الإستعجالي الذي ينظر في جدية الاعتراض، وإذا قرر أن الطلب جدي يقضي بحلول أجل الدين أو بضمان كاف للوفاء به. ولا يكون التخفيض في رأس المال نافذا طالما أن أجل الاعتراض لم ينقض بعد.»

وبالتالي إذا رأى القاضي الاستعجالي أن الاعتراض جدّي والضمانات المخوّلة قانونيا وتعاقديا للدائن أو الدائنين معرضة للخطر بسبب تخفيض رأس المال فإنه يقضي إما بحلول أجل الوفاء بالدين وإما بإلزام الشركة بتقديم ضمانات

¹¹⁹ - مبروك بن موسى: المرجع السابق ص 58.

¹²⁰ - محمد الحميدي: حقوق الغير والشركة ذات المسؤولية المحدودة. م الق الت جويلية 2008 ص85.

¹²¹ - Frikha (S) et Mellouli (S) : les sociétés commerciales, édition La maison des livres, p 127.

- Mamlouk (A) : L'apport du code des sociétés commerciales à la protection des créanciers par le capital social. RJL n° 9 2001 p18.

¹²² - أحمد الورفلي وكمال العياري: تعليق على مجلة الشركات التجارية. ص423.

- محمد الحميدي: المرجع السابق ص 85

إضافية للوفاء. لكن في الواقع لا يمكن للقاضي أن يقضي بضمان فليس له إبرام كفالة أو توظيف رهن وإنما هو يقرر قبول الضمان الذي تقدمه الشركة فإن لم تقدم أو اعتبر غير كاف قرر حلول الدين¹²³.

و ينص الفصل المذكور على ما يلي " إذا قررت الجلسة العامة الخارقة للعادة الانعقاد للتخفيض في رأس مال الشركة فإنه يمكن للدائنين الذين يكون دينهم سابقا للمداولة الاعتراض في أجل شهر يحسب من تاريخ إشهار قرار التخفيض.

و يجب على المعارض في الأجل المشار إليه أعلاه رفع الدعوى أمام القاضي الاستعجالي .
الذي ينظر في جدية الاعتراض، و إذا قرر أن الطلب جدي يقضي إما بحلول أجل الدين أو بضمان كاف للوفاء به. و لا يكون التخفيض في رأس المال نافذا طالما أن أجل الاعتراض "لم ينقض بعد".
هذه الحالة تتعلق في حقيقة الأمر بحق الدائنين للشركة ذات المسؤولية المحدودة في الاعتراض على قرار الجلسة العامة الخارقة للعادة بتخفيض رأس مال الشركة في ظرف شهر من تاريخ اشهار القرار، بشرط أن تكون ديونهم أسبق من مداولة الجلسة العامة.

لم يكن الدائنون يعيرون اهتماما كبيرا لعمليات إعادة الهيكلة لأنه في كل الأحوال هناك انتقال كلي للذمة المالية للشركة المنحلة لفائدة الشركة أو الشركات الجديدة التي تحل محلها في جميع الحقوق والالتزامات¹²⁴.

فقرة ثانية: الحماية غير المباشرة:

المشرع في إحاطته بمصالح الغير في الشركة التجارية و لحماية حقوق و مصالح المتعاملين معها في إطار سليم من الشفافية و النزاهة في التعامل، و لتعزيز دور اقتصاد السوق و لوضع سياسات أكثر وضوح التكوين و التشغيل و لضمان قدر أكبر من الأمن الإقتصادي، فرض نظاما قانونيا خص فيه الغير بحماية هامة من التجاوزات و الأوضاع التي تتعرض لها الشركة التجارية و التي تؤثر بوجه أو بآخر على حقوقه و مصالحه، فمكنه من التدخل قضائيا يعرّف

¹²³ - عبد الله الهلالي: المساعدة القضائية في إدارة الشركات التجارية. الملتقى الوطني حول " الدور الاقتصادي للقضاء المختص " ص 10.

¹²⁴ - Mamlouk (A) : art. cit. p 21.

الغير بالأجنبي عن العقد¹²⁵ الذي لم يكن طرفا فيه، فلا يسري في حقه التصرف موضوع العقد ولا يلحقه منه ضرر أو نفعاً تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد¹²⁶.

و عموماً يتجه الملاحظة أن مجلة الشركات التجارية قد تبنت مفهوماً موسعاً للغير الذي وإن يتمثل أساساً في دائني الشركة، إلا أن المجلة قد جعلت المجال مفتوحاً لتدخل كل من له مصلحة، و مكنته من حق القيام إستعجالياً لضمان حقوقه و لحماية مصالحه من كل محاولة لمساس بها بوجه أو بآخر و ذلك لاتخاذ حلول سريعة تكفل تلك المصالح و لو مؤقتاً، فتعددت الفصول التي مكنت الغير من القيام استعجالياً¹²⁷ شريطة قيام مصلحته في هذا التداعي . و لعل هذا الأمر يطرح تساؤلاً حول شروط قبول دعوى الغير في الشركات التجارية و هل أنها هي نفسها الشروط العامة للقيام طبقاً لأحكام الفصل 19 من م.م.ت. ؟

إن تنصيب المشرع على حق القيام لكل من له مصلحة " و كل معني بالأمر " يجعل من عنصر المصلحة في القيام خاضعاً للقواعد العامة في وجودها و إثباتها، كأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة و قائمة وحالة .

و لكن هل معنى ذلك أن المشرع في مجلة الشركات قد اقتصر على هذا العنصر دون بقية الشروط و خاصة عنصر الصفة الذي مفاده أن يكون القيام من صاحب الحق أو ممن يمثله بصفة قانونية ؟

إن استقلالية عنصر الصفة في القيام كشرط لقبول الدعوى تجعل الدعوى الإستعجالية التي يرفعها الغير تخضع للشروط العامة للقيام طبقاً لأحكام الفصل 19 من م.م.ت. إذ ما من شك و أن مصلحة الغير ضرورية للقيام إستعجالياً قصد حماية مصالحه في الشركة التي هي بالنسبة للدائن أو الأجير أو المتعامل مع الشركة موجودة وشخصية و مباشرة و قائمة و حالة، لكن وجود هاته المصلحة وحدها لا يكفي إذ لا بد أن تتوفر في هذا الغير الصفة اللازمة للقيام¹²⁸ ، على خلاف ما ذهب إلى البعض¹²⁹ من أنه إذا التقت مصلحة الشركاء مع مصلحة الدائنين فلا يمكن لهؤلاء القيام بهذه الدعوى لانعدام الصفة لديهم¹³⁰ .

¹²⁵ - مبروك بن موسى: حماية الغير في مجلة الشركات التجارية. الملتقى الدولي حول "مجلة الشركات التجارية" يومي 5 و 6 أبريل 2001 ص 29.

¹²⁶ - انظر الفصل 240 م.أ.ع.

¹²⁷ الفصول 43, 44, 46, 108, 154, 261 من م.ش.ت .

¹²⁸ و إن يرى البعض إن عنصر المصلحة يغني عن البحث عن عنصر الصفة : يراجع محاضرات الأستاذ نور الدين الغزواني في المرافعات المدنية , سنة رابعة حقوق .

ولكن يؤخذ على هذا الموقف إجحافه بحقوق الدائن و حرمانه من القيام في صورة ما إذا كان الشركاء غير حريصون على مصالحهم أو عند غياب هياكل الشركة . وهو ما يبرر تمكين الدائنين من حق مستقل في القيام . خاصة و أن المشرع قد مكن الدائنين في إطار قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية من الصفة اللازمة للقيام قضائيا في إطار التسوية القضائية و ذلك حماية لمصالحهم .

و عموما يتضح أن المشرع و إن جعل المجال مفتوحا للقيام استعجاليا من طرف كل ذي مصلحة أو كل من يهمه الأمر إلا أن ذلك لا يعني إعفاء هؤلاء من ضرورة قيام عناصر القيام القانونية لقبول دعاويهم الإستعجالية التي كانت في إطار مجلة الشركات التجارية متسعة من حيث مجالها و مظاهرها .

لقد أعطت كما سبق بيانه مجلة الشركات التجارية للغير مفهوما متسعا يشمل كل من له مصلحة بما يشمل الدائنين بمختلف أصنافهم و المقرضين و المزودين و الأجراء و كل من له علاقة بالشركة التجارية أنتجت له حقا أو مصلحة تجاهها و ذلك في كل مراحل الشركة, من ذلك أنه إذا كان بطلان الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو بطلان المداولات اللاحقة للتأسيس مبني على خرق قواعد الإشهار, فإنه يجوز لكل ذي مصلحة في تلافي البطلان أن يطلب من القاضي الإستعجالي تعيين وكيل يعهد له بإتمام الإجراءات, و ذلك بعد إنذار الشركة بمباشرتها لإجراءات تسوية وضعيتها في أجل ثلاثين يوم¹³¹.

و يتضح هنا حرص المشرع على حماية حقوق كل من ثبتت مصلحته في تكوين الشركة و ذلك بتبني الصبغة النسبية لبطلان المداولات اللاحقة للتأسيس, و بإعطاء إمكانية للقاضي الإستعجالي للإشراف على تصحيح ذلك البطلان من خلال تعيين وكيل يعهد تسوية ذلك البطلان.

و في هذا إطار جدير بالذكر أن المشرع قرارات الشريك الوحيد و أعماله لإجراءات محددة صلب الفصل 154 من م ش ت شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة أخضع يعرضها خرقها إلى جزاء البطلان فلا يكون لها أثر . لكن نفس هذا الفصل خول " لكل معني بالأمر " أن يطلب من القاضي الإستعجالي الإذن بتوقيف ذلك العمل أو القرار .

¹²⁹ إيهاب بن رجب: التصرف القضائي في الشركات التجارية, أطروحة دكتوراه تونس II جويلية 1966 ص 308

¹³⁰ انظر في هذا الإتجاه وقف جانب من فقه القضاء الفرنسي: Trib.com. de Laseine de 04-02-1954.

¹³¹ الفصل 108 فقرة ثانية من م ش ت

و تدعو هاته الحكام إلى إبداء ملاحظتين : أولهما أن المشرع اعتبر تلك القرارات و الأعمال باطلة ولا أثر لها , وهو ما يقضي إلى اعتبارها باطلة مطلقا ولا يمكن أن ترتب أي آثار قانونية. و لكن في المقابل ما جدوى أن يطلب كل معني بالأمر من القاضي الإستعجالي الإذن بتوقيف ذلك العمل أو القرار ؟

إن العمل أو القرار المتخذ خلافا لمقتضيات الفصل 154 و إن كان مخالفا للأحكام القانونية الآمرة التي جاء بها هذا الفصل إلا أن تلك العيوب لا تقف حائلا أمام نفاذها و إنتاجها لآثارها و هنا يكون من دور القاضي الإستعجالي بوصفه يقوم دائما على فكرة الحماية العاجلة و التدخل السريع للتصدي الوقتي للحالات اللامشروعة و أن يضع حدا لها في انتظار التكريس النهائي لتلك الحماية عن طريق قضاء الأصل الذي يكون من دوره التصريح بالبطلان و إعمال آثاره .

ثم و من جهة ثانية إن تدخل القاضي الإستعجالي بتوقيف العمل أو القرار المخالف لمقتضيات الفصل 154 يقتضي بالضرورة من هذا الأخير معاينة بطلانه و مخالفته لتلك المقتضيات الشكلية . فهل أن هذا الدور هو من طبيعة عمل القاضي الإستعجالي ؟

إلا أن المشرع التونسي أبدى للمرة الأولى ضمن مجلة الشركات التجارية اهتماما ملحوظا بعمليات إعادة هيكلة الشركة بما فيها عملية الاندماج و الانقسام.

وتتمثل عملية الاندماج حسب الفصل 411م ش ت في: «إتحاد شركتين فأكثر لتكوين شركة واحدة جديدة. وينتج الاندماج سواء من استيعاب شركة أو عدة شركات لبقية الشركات الأخرى أو من تكوين شركة جديدة من تلك الشركات.» وبالتالي يقع الاندماج بأحد الأمرين إما بإحداث ذات معنوية جديدة تنصهر فيها الذوات المعنوية التي كانت قائمة بعد انحلالها وإما بابتلاع شركة ما لشركة أخرى أو أكثر.

أما في ما يخص عملية الانقسام فقد نص الفصل 428م.ش.ت: «يتم انقسام الشركة بواسطة اقتسام ذمتها المالية بين عدة شركات موجودة أو بتكوين شركات جديدة. ويكون الانقسام جزئيا أو كليا. وإذا كان كليا ينجر عنه وجوبا اضمحلال الشركة المنقسمة بدون تصفية. ويجب تحرير كامل رأس مال الشركة المجزء.»

إذن يتمثل الانقسام في تفكيك ذات معنوية واحدة إلى عدة ذوات معنوية لتحقيق إحدى الغايات المنصوص عليها

بالفصل 409 م.ش.ت فهو يبدأ بشركة واحدة وينتهي بشركتين فأكثر.¹³²

وتجدر الإشارة أن عمليتي الاندماج والانقسام تتميزان بوحدتهما الجوهرية وتخضعان إلى نفس الأحكام عدا ما

ورد به نص خاص. وأقر المشرع حماية حقوق الغير وخاصة دائني الشركة في العمليتين.

ورد صلب الفصل 431 م.ش.ت أنه: « واعتراض الدائنين مهما كانت طبيعة دينهم يقع بنفس الشروط الواجب

توفرها في حالة الاندماج وفق أحكام الفصول 419 وما بعده من هذه المجلة. »

ما نلاحظه أن الفصل 431 م.ش.ت أحال على الفصل 419 الذي مكن بدوره دائني الشركة المندمجة من

الاعتراض على الاندماج وذلك في أجل 30 يوما بداية من إشهار مشروع الاندماج المصادق عليه. ولرئيس الدائرة

التجارية أو رئيس المحكمة الابتدائية أن يقضي إما بالخلاص الفوري للدائنين أو بإعطائهم الضمانات اللازمة أو برفض

اعتراضهم إذا كان مبرر قانوناً¹³³.

كما يمكنه أن يرفض طلب الخلاص أو إضافة الضمانات إذا تبين له أن الشركة الجديدة في وضع مالي مريح

لا ينذر بأي خطر جدي وأن الضمانات الممنوحة للدائنين كافية¹³⁴.

وحسب الفصل 420 م.ش.ت لا يمكن معارضة الدائنين بالاندماج للتفصي من خلاص الديون السابقة له،

فالدائن وإن لم يكن له الحق في منع إتمام عملية الاندماج فإن له الحق في التمسك بالحالة السابقة واعتبار الاندماج

كأن لم يكن بالنسبة لحقوقه.

¹³²- الفصل 409 م.ش.ت: "يتم الاندماج أو الانقسام أو تغيير الشكل أو التجمع لتحقيق إحدى الغايات التالية:

- مساهمة التغيرات الاقتصادية على الصعيدين الداخلي والخارجي.
- توفير رأس مال يساعد على مزيد الاستثمار والتشغيل والإنتاج.
- تطوير أساليب العمل والتوزيع.
- الحصول على التقنية الجديدة وتحسين جودة الإنتاج.
- كسب قدرة أكبر على التصدير والمنافسة.
- دعم الثقة في المؤسسة لدى الأطراف المتعاملة معها.
- خلق وتدريب مواطن الشغل.

¹³³ - الفصل 419 فقرة 3: "و إذا كان هناك اعتراض، فإن رئيس الدائرة التجارية أو رئيس المحكمة الابتدائية المختصة عند الاقتضاء يقضي بالخلاص الفوري

للدائنين أو إعطائهم الضمانات اللازمة أو يرفض اعتراضهم إذا لم يكن مبرراً قانوناً."

¹³⁴ - أحمد الورفلي وكمال العياري: المرجع السابق ص 1414.

ويقدر القاضي الاستعجالي مدى وجود تهديد جدي لحقوق الدائنين من عدمه، ويقرر إلزام الشركة المعنية بأن تقدم لهم ضمانات جديدة كتقديم كفيل مليء أو ضمان عند أول طلب أو تأمين مبلغا ما أو إيداعه تحت يد الغير تحسبا لكل خطر. وإذا رأى وجود تهديدات جدية وأن الوضع المالي للشركة المتولدة عن الاندماج ستكون ضعيفة ولم يقع تقديم الضمانات، جاز له أن يأمر الشركة بخلاص جميع الديون في الحال وإسقاط الأجل.

خاتمة عامة

تشارك جميع الأشكال من الشركات التجارية فيما تتضمنه من مصالح هامة و جوهرية ساهمت أسباب نظرية و عملية في بلورة مسألة التدخل القضائي في حمايتها خاصة عن طريق القضاء الإستعجالي و ذلك بظهور مفاهيم جديدة كمفهوم المصلحة الجماعية أو المصلحة المشتركة الداعية لمثل ذلك التدخل، بالإضافة إلى بروز مفاهيم أخرى كحقوق الأقلية و تعسف الأغلبية⁽¹⁾¹³⁵، علاوة عما أفرزه الواقع التطبيقي من حالات بينت أن فشل الشركات التجارية يأتي في أحيان كثيرة من خلال أزمات و صعوبات و إخلالات يمكن أن يكون للقاضي الإستعجالي دورا متميزا في التصدي السريع لها بأحكام وقتية ملائمة و ذات جدوى كبيرة .

لقد اختصر العلامة بيرو Perrot عملية توسيع وتطور دور القاضي الإستعجالي بتشبيه هذا الأخير بأنه بدأ لقيطا في ظل المرسوم الملكي الصادر سنة 1658 الذي كان قد نظم إجراءات التقاضي الإستعجالي في دائرة قضاء

¹³⁵ L'immixtion judiciaire dans les affaires des sociétés com mémoire de D E S de droit privé , Tunis I 1973 , R I G R I . Rjeb p 1 et s .

باريس، و انتهى وجهها نبيلاً من وجوه المؤسسة القضائية أثبتت ممارستها أنه يسدي خدمات قضائية جلى لا تقل أهمية و شأناً عن دور و مهمة قضاء الأصل .

و الواقع أنّ سلطة القضاء الإستعجالي تتطوّر مع الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و تزداد حريته في التقدير مع تطور المجتمع، بحيث أنّ شرط التأكد و مبدأ عدم المساس بالحق لم يعودا قيداً ثقيلاً يمنعه من تقرير الحماية لصاحب الحق الأجدر بها، بل إنّ سلطاته تزداد اتساعاً مع تضيق فكرة المساس بأصل الحق تشريعياً و حتى قضائياً لتشمل في كثير من الأحيان أموراً تمس أو تكاد بأصل الحق و الذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي و لو قصرت مواعيده ¹³⁶ .

و هذا ما انتهى إليه التطور في عديد القوانين و منها تشريعنا الوطني و خاصة من خلال مجلة الشركات التجارية التي أتت بمفهوم جديد و متطور لدور القاضي الإستعجالي في الشركات التجارية فإنه من البديهي أنّ توسيع مجال تدخل و دور القاضي الإستعجالي في الشركات التجارية قد فرضته المصالح و الاعتبارات العديدة التي تقوم عليها الشركة كمؤسسة اقتصادية و اجتماعية فحاول القاضي الإستعجالي من خلال هذا الدور تحقيق الموازنة بين نجاعة النص القانوني من جهة و نجاعة الواقع الاقتصادي من جهة أخرى .

¹³⁶ محمد علي راتب : قضاء الأمور المستعجلة ص 28 .

قائمة المراجع

أ - المراجع باللغة العربية:

1- المراجع العامة و الخاصة والمذكرات:

- " الشركات في الفقه الإسلامي "، بحوث مقارنة، علي خفيف، طبع مطابع دار النشر للجامعات المصرية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية والعالمية، 1962.
- القانون التجاري (الأعمال التجارية .التجار. الشركات التجارية) ، د . علي البارودي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002.
- القاضي الاستعجالي في الشركات التجارية، سفيان الخويني، رسالة في ختم الدروس بالمعد الأعلى للقضاء، فوج 13، سنة قضائية 2001-2002.
- قضاء الأمور المستعجلة، محمد علي راتب، منشورات الخلي الحقوقية، 1998.
- "في المرافعات المدنية"، د.أحمد أبو الوفاء، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 13 .
- الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، سامي بن فرحات، الشركة التونسية للنشر و تنمية فنون الرسم . 1996 .
- القضاء المستعجل بين النظرية و التطبيق، دراسة مقارنة، طارق زيادة، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1994.
- التعليق على مجلة الشركات التجارية، الأستاذ توفيق بن نصر، دار ميزان للنشر الطبعة الأولى أفريل 1996.
- مناهج الاختصاص و الحكم في دعاوي المستعجلة د. أمينة النمر . ، منشأة المعارف الإسكندرية، 1995.
- الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، سامي بن فرحات، الشركة التونسية للنشر و تنمية فنون الرسم . 1996 .
- أحكام و آراء في القضاء المستعجل، مصطفى مجدي هرجة، دار المطبوعات الجامعية 1989.
- حقوق الشريك في مجلة الشركات التجارية، محمد يحيى ، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص.جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2001-2002.

2- المقالات:

- مراقبة حسابات الشركات: هاجس الشفافية والسلامة المالية، أحمد الورفلي: م.الق.الت. جوان 2007 ص 47.
- اختصاص القضاء الاستعجالي. محمد اللجمي، م.الق.الت. فيفري 1991 ص 39.
- الحراسة القضائية، الأستاذة مبروكة كحلية: م.الق. والت. فيفري 1992 ص 7.
- حقوق المساهم في الشركات خفية الاسم، التيجاني عبيد، مجلة القضاء والتشريع أبريل 1998 ص 10.
- حقوق الغير والشركة ذات المسؤولية المحدودة، محمد الحميدي، م.الق.الت. جويلية 2008 ص 85.

3- الملتقيات:

1- الملتقى الدولي حول "مجلة الشركات التجارية". يومي 5 و6 أبريل 2001.

- عبد الله الهلالي: دور القاضي في الشركات التجارية.

- مبروك بن موسى: حماية الغير في مجلة الشركات التجارية.

- أحمد الورفلي: الرقابة في الشركة خفية الاسم.

2- ملتقى علمي حول "الجديد في قانون الشركات التجارية". يومي 26-27 جانفي 2001، بنزل قصر

الشرق تونس.

- محمد العربي هاشم: التقرير التمهيدي.

- يوسف الكناني: الجديد في حقوق الشريك.

- رشيد الصباغ: دور القاضي في إدارة الشركات التجارية.

3- ملتقى جهوي بقاعة المحاضرات بديوان تنمية الجنوب بمدنين حول: "الشركات الخفية الاسم".

مدنين 20 ديسمبر 2002.

- عبد الفتاح خرشاني: هيئة التسيير في الشركات خفية الاسم.

4- ملتقى " القضاء الاستعجالي " يوم 28 نوفمبر 1992 بقابس.

- الطيب اللومي: القضاء المستعجل.

- خالد المبروك: خواطر حول القضاء المستعجل.

5- ملتقى جهوي بدائرة محكمة الاستئناف بقفصة، " تدخل القاضي في تسيير الشركات التجارية". يوم 3

فيفري 2007.

- خالد المبروك: تدخل القاضي الاستعجالي في تسيير الشركات التجارية.

7- ملتقى إشكاليات التسيير في الشركات خفية الاسم. ملتقى جهوي بدائرة محكمة الاستئناف

بصفاقس. يومي 29 فيفري و 1 مارس 1996.

- محمد الفخاخ: التقرير الافتتاحي.

8- الملتقى الوطني حول: "الدور الاقتصادي للقضاء المختص" يوم السبت 26 جوان 2004 بنزل

أفريكا بتونس.

عبد الله الهلالي: المساعدة القضائية في إدارة الشركات التجارية.

II- المراجع باللغة الفرنسية:

- FRANCE GIRAMAND et ALIN HERAUD, Droit des Sociétés, 3 ème Edition, 1995, P 109.
- G.RIPERT : « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », 1951, L.G.D.J, Paris,
- Jean Lortemer . « Du contrat à l'institution » j c p 1949 – 586
- Merle (P) : Droit commercial : sociétés commerciales. Edition Dalloz 10^{ème} édition 2005 p 582.

- Kolsi (S) : Essai sur l'intervention du juge dans la vi des sociétés. RTD 2003 p157/158.
- De Vignes : les pouvoirs du juge des référés commerciaux. RTD Com 1950 p384.
- Abbas (A) : L'intervention judiciaire dans le fonctionnement de la société anonyme. Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit des affaires. Faculté de Droit et des sciences économiques et politiques de Sousse 2001 -2002 p30.
- GUYON (Y) : les missions des administrateurs provisoires de sociétés. Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian. L i tec 1974.p105.
- Cavallini (J) : le juge des référés et les mandataires de justice. Revue des sociétés 1998 p 273.
- Papantoni (M) : L'immixtion dans le droit des sociétés. Edition sakkoulas/bruyant, Athènes.p210
- Baillod (R) : L'information des administrateurs dans la société anonyme. RTD Com Janvier-Mars 1990.
- Frikha (S) et Mellouli (S) : les sociétés commerciales, édition La maison des livres.
- Mamlouk (A) : L'apport du code des sociétés commerciales à la protection des créanciers par le capital social. RJL n° 9 2001 p18.