جـــام ــعـة سعد دحلب البليدة

كـلـيـة الـحـقـوق

قسم القانـون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص : عقود و مسؤولية

الإفلاس بين المشروعيـــــــــــــــة

و التجريـــــم

من طرف

بن مدخن يحيى

أمام اللجنة المشكلة من

محمودي مراد	أستاذ التعليم العالي ، جامعة البليدة	رئيسا
حداد العيـــــد	أستاذ التعليم العالي ، جامعة البليدة	مشرفا و مقررا
مـحي الدين جمال	أستاذ محاضر أ، جامعة البليدة	عضوا مناقشا

البليدة ، جوان 2011

شكـر

أتـوجـه بـالشكـر الـى كل الذين سـاعـدوني و وقفـوا الى جـانبي من أجـل إتمام هـذه المـذكـرة و أخـص بـالـذكـر السيـد الأستـاذ الـدكتور حـداد العـيد الـذي أشـرف عـلى هـذه المذكـرة و تحمل عصـامـيتي.

إهداء

الـــى مـن آزرنـــي
و شـــد عـــلى يـــــدي
لإتمـــام هـــذا العمـــل المتـــواضـــع

ملخص

إن الإفلاس نظام للتنفيذ الجماعي لجماعة الدائنين على أموال مدينهم المتوقف عن الدفع، و لا يشهر الإفلاس إلا بمقتضى حكم.

كما أن للحكم بشهر الافلاس حجية على الكافة خروجا عن القواعد العامة التي تقضي بأن الأحكام لا تكون لها حجية إلا عمن كان طرف فيها.

و أحكام قواعد الإفلاس كلها من النظام العام لأنها تهدف الى حماية الائتمان التجاري ،وهذه القواعد تهدف الى تصفية اموال المدين المفلس وتمكين الدائنين من الحصول على ما تبقى من هذه الأموال ، وتوزيع الثمن الناتج عنها بينهم توزيعا عادلا تطبيقا لقاعدة أساسية وهي قاعدة المساواة بين الدائنين ،ولذلك رتب المشرع التجاري على الحكم بشهر الافلاس غل يد المدين عن إدارة أمواله وتعيين إدارة لهذه الأموال يشرف عليها القضاء ومنع اتخاذ الاجرات الانفرادية على الدائنين وإبطال بعض التصرفات التي صدرت عن المدين اثناء فترة الريبة ،ونظم المشرع جميع إجراءات التفليسة من بدايتها الى حين التنفيذ الجماعي عليها وهو الجزاء المدني المترتب عن الإفلاس البسيط .

غير ان المشرع قدر عدم كفاية هذه الأحكام وارتأى التدخل بقواعد وجزاءات جنائية لتحقيق مزيد من الحماية القانونية اللازمة لحماية حقوق الدائنين.

الفهرس

ملخص
الشكر
إهداء
الفهرس
مقدمة..... 06
1.شروط الحكم بشهر الإفلاس..... 09
1.1.شروط الحكم بشهر الإفلاس..... 09
1.1.1.صفة التاجر..... 10
2.1.1.التوقف عن الدفع..... 11
3.1.1.كيفية طلب شهر الإفلاس..... 13
4.1.1.صدور الحكم بشهر الإفلاس..... 14
2.1.آثار الإفلاس بالنسبة للمدين..... 14
1.2.1.تقيد حرية المفلس و تقرير إعانة له..... 14
2.2.1.غل يد المدين..... 15
3.2.1.حكم تصرفات فترة الريبة..... 16
4.2.1.إدارة أموال التفليسة..... 18
1.4.2.1.تعيين إدارة التفليسة..... 19
2.4.2.1.القاضي المنتدب..... 19
3.4.2.1.المحكمة..... 19
4.4.2.1.النيابة العامة..... 20
2.شروط تجريم الإفلاس..... 21
1.2.التاجر الفرد و مدير الشركة..... 21
1.1.2.التاجر الفرد..... 22
2.1.2.مدير الشركة..... 24
3.1.2.شروط اكتساب صفة التاجر..... 24
1.3.1.2.احتراف الأعمال التجارية..... 25
2.3.1.2.قيام الشخص أو الشركة بالأعمال التجارية لحسابه..... 25
3.3.1.2.الأهلية..... 26
4.3.1.2.حكم القيد في السجل التجاري..... 28
5.3.1.2.حكم طائفة الحرفيين..... 29
6.3.1.2.تقدير توافر صفة التاجر من جانب المحكمة الجنائية..... 30
2.2.الشركات التجارية..... 31

1.2.2.الشريك في شركة التضامن..... 31
2.2.2.مديرو الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة 32
3.2.التوقف عن الدفع..... 34
1.3.2.مفهوم التوقف عن الدفع..... 34
2.3.2.الشروط الواجب توافرها في الدين المتوقف عن دفعه..... 35
3.3.2.إثبات التوقف عن الدفع..... 37
3.جرائم التفالس..... 38
1.3.مفهوم التفالس و أساسه..... 38
1.1.3.مفهوم التفالس..... 38
2.1.3.أسس جرائم الإفلاس..... 39
2.3.الإفلاس بالتدليس..... 42
1.2.3.الركن الشرعي للجريمة..... 42
2.2.3.الركن المادي للجريمة..... 44
3.2.3.الركن المعنوي للجريمة..... 49
3.3.الإفلاس التقصيري..... 51
1.3.3.الركن الشرعي للإفلاس التقصيري..... 53
2.3.3.الركن المادي للإفلاس التقصيري و حالاته..... 53
1.2.3.3.حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي..... 55
2.2.3.3.حالات الإفلاس التقصيري الجوازي..... 59
3.3.3.الركن المعنوي للإفلاس التقصيري..... 62
خاتمة..... 64
المراجع..... 67

مقـدمة

يتميز كل عصر بسمات تميزه عن غيره من العصور، و السمة التي تميز بها هذا العصر هي السعي الحثيث وراء طلب الرفاه الاقتصادي ، يستوي في ذلك الأفراد و الشركات و الدول و المجتمع الدولي.

و قد أدى هذا السعي إلى تداخل المعاملات التجارية فأصبح التاجر دائنا و مدينا في آن واحد، فصارت الأموال مهما كانت ضخامتها و تكدساتها لا تكفي لوحدها للمعاملات التجارية، فأصبحت الحاجة إلى ما يسمى بالائتمان ماسة.

و المقصود بالائتمان هو التعامل بآجال الذي تتم على أساسه جميع المعاملات التجارية فاصبح من مستلزماتها الأساسية. و أمام هذه الحاجة الملحة للائتمان التجاري بما أنه يحقق منفعة خاصة و عامة تدخل المشرع الجزائري لحماية الائتمان فاخضع التجار لقواعد قانونية صارمة هي قواعد القانون التجاري بصفة عامة مثل التضامن المفترض بين المدينين إذا تعددوا و قاعدة حرية الإثبات حماية للدائن حتى يشجعه على التعامل بالائتمان.

إضافة إلى هذه القواعد وضع المشرع قاعدة أساسية فيما يخص التعامل بالسفتجة تتمثل في قاعدة تطهير السفتجة من الدفوع التي قد تكون علقت بها أثناء التداول حتى لو كانت هذه الدفوع متعلقة بالنظام العام حماية لحامل السند التجاري (الدائن بمقابل الوفاء)، و تجنبا لأي لبس فقد نص المشرع صراحة على اعتبار التعامل بالسفتجة مهما كان موضوع التعامل تجاريا بالنسبة لجميع المتعاملين بها، سواء من أصدرها أو ظهرها أو قبلها أو ضمنها، فيعد عمله تجاريا بغض النظر عن صفته سواء كان تاجرا أو مدنيا.

و أمام حاجة السوق و الاقتصاد الى الائتمان تدخل المشرع بوضع قواعد أكثر قسوة تتمثل في قواعد الافلاس و ميزة هذه القواعد أنها جميعا آمرة و من النظام العام و إن كان المشرع قد جانبه الصواب في بعض المسائل التي سنأتي على ذكرها خلال بحثنا.

و تتميز قواعد الافلاس بخصائص عامة هي:

إن الإفلاس نظام للتنفيذ الجماعي لجماعة الدائنين على أموال مدينهم المتوقف عن الدفع ، و لا يشهر الإفلاس إلا بمقتضى حكم.

كما أن للحكم بشهر الافلاس حجية على الكافة خروجا عن القواعد العامة التي تقضي بأن الأحكام لا تكون لها حجية إلا عمن كان طرف فيها.

و أحكام قواعد الإفلاس كلها من النظام العام لأنها تهدف الى حماية الائتمان التجاري ،وهذه القواعد تهدف الى تصفية اموال المدين المفلس وتمكين الدائنين من الحصول على ما تبقى من هذه الأموال ، وتوزيع الثمن الناتج عنها بينهم توزيعا عادلا تطبيقا لقاعدة أساسية وهي قاعدة الم ساواة بين الدائنين ،ولذلك رتب المشرع التجاري على الحكم بشهر الافلاس غل يد المدين عن إدارة أمواله وتعيين إدارة لهذه الأموال يشرف عليها القضاء ومنع اتخاذ الاجرات الانفرادية على الدائنين وإبطال بعض التصرفات التي صدرت عن المدين اثناء فترة الريبة ،ونظم المشرع جميع إجراءات التفليسة من بد ايتها الى حين التنفيذ الجماعي عليها وهو الجزاء المدني المترتب عن الإفلاس البسيط .

غير ان المشرع قدر عدم كفاية هذه الأحكام وارتأى التدخل بقواعد وجزاءات جنائية لتحقيق مزيد من الحماية القانونية اللازمة لحماية حقوق الدائنين.

واذا أمعنا النظر فان الامر لا يتعلق بحقوق الدائنين فحسب ، بل انه يتعلق بالمصلحة العامة ايضا، فقد قدر المشرع ان هناك تلازم بين حماية مصالح الدائنين وحماية المصلحة العامة، وتتمثل المصلحة العامة في الحرص على سلامة النشاط التجاري والاقتصادي وتشجيع الاستثمار في النشاط الاقتصادي وبالتالي تكون الحماية الجنائية الى جانب الحماية المدنية اللتان اقرهما المشرع لحماية مصلحة الدائنين ضرورية لحماية المصلحة العامة .

ومرد هذه الحماية ليس فقط عدم كفاية قواعد القانون التجاري بل ايضا الى عدم كفاية القواعد العامة للتجريم في قانون العقوبات .

و يجدر بنا التمييز بين الافلاس والتفالس،كون بحثنا يهدف الى دراسة نظامين لموضوع واحد احدهما تجاري وثانيهما جنائي .

فبينما يمثل الافلاس نظاما قانونيا ينتمي الى القانون التجاري ،فان التفالس جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات .

وينتج عن الافلاس بمفهومه ال تجاري حكم بشهر الافلاس ،وينتج عن التفالس بمفهومه الجنائي جريمة تتخذ صورتين وهما الافلاس بالتدليس والصورة الثانية هي الافلاس بالتقصير ووصف المشرع هذه الجريمة بالجنحة وقرر لها عقوبة جنائية.

وبذلك يكون المشرع قد اولى عناية خاصة للعمل التجاري اكبر من تلك التي اولاها للعمل المدني ،وتتمثل هذه الحماية في تجريم صور من الأفعال في المجال التجاري لا مثيل لها في العمل المدني .

تجدر الاشارة كذلك الى أن المشرع قد سمى هذه الجرائم مرة بالتفالس و مرة أخرى بجرائم الافلاس و المعنى واحد.

وفي الاخير اشير الى أنني اتبعت في دراست ي منهجا علميا حرا وواقعيا غير مبني على فكرة مسبقة تحكم البحث وتوجهه الا انه يجب الا يخفى على احد ان التطورات التي يشهدها قطاع التجارة أدت الى اعتبار مسؤولية التاجر او مدير الشركة لم تعد ملائمة.

يضاف لما سبق احجام القضاء الجزائري بمختلف درجاته عن التفاعل مع قواعد الافلاس و التفالس بحيث لم اتمكن من الحصول على أي حكم في هذا المجال لانعدام ذلك لإثراء هذا الموضوع رغم كثرة القضايا التي تطرح على المحاكم ويكون موضعها الافلا س دون ان تقضي به المحاكم من تلقاء نفسها.

والسؤال الذي يفرض نفسه هو متى يكون الافلاس (بسيطا) مشروعا ومتى يكون مجرما؟

للإجابة على هذا الاشكال ستتم دراستنا لهذا الموضوع من خلال ثلاثة فصول، نخصص الفصل الأول لدراسة شروط الحكم بشهر الإفلاس و آثاره على المدين و نخصص الفصل الثاني لشروط تجريم الافلاس و يكون موضوع الفصل الثالث جرائم الافلاس أو التفالس.

الفصل 01
شروط الحكم بشهر الإفلاس و آثاره على المدين

يعتبر الائتمان من أهم دعائم المعاملات التجارية بحيث لا يمكن الكلام عن وجود حياة تجارية بدون الائتمان إذ لا يمكن لأي تاجر و خاصة إذا كان شركة أن يعتمد على أمواله الخاصة وحدها لمزاولة نشاطه التجاري مهما كانت، لأن الأموال تظل دائما في دورة اقتصادية و بالتالي يضطر كل تاجر إلى بيع بضائعه دون قبض الثمن فورا و بالتالي سيضطر بدوره إلى تأجيل دفع الثمن عندما يقوم بعمليات الشراء، و هكذا يدخل كل التجار في عمليات تجارية مؤجلة الوفاء فيصبح كل منهم دائن و مدين في آن و احد فتكون سلسلة المديونية غير متناهية و هذا التصرف هو الائتمان بعينه و بالتالي يمكن القول بأن الائتمان من النظام العام واجب الحماية المدنية و الجنائية و يتعين على كل تاجر أحس باهتزاز مركزه المالي أن يبادر خلال أجل معقول إلى رفع دعوى يطلب فيها الحكم بشهر إفلاسه حماية للائتمان و إلا سيكون من حق دائنيه حين إدراكهم لوضعه المالي المهتز أن يرفعوا هذه الدعوى و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .و يعرف الفقه الإفلاس بصفة عامة بأنه الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر [14] ص 45 كما يعرفه جانب آخر من الفقه [01] ص 20 بأن الإفلاس بمفهوم القانون هو طريق للتنفيذ الجماعي على المدين الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية.

و سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول منه شروط الحكم بشهر الإفلاس و نتناول في الثاني منه آثار الإفلاس بالنسبة للمدين.

1.1.شروط الحكم بشهر الإفلاس

لقد نصت المادة 215 قانون تجاري على أنه " يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص و لو لم يكن تاجرا،إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوما افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس".

و كذلك نصت المادة 216 قانون تجاري على أنه" يمكن أن يفتح كذلك التسوية القضائية أو الإفلاس بناء على تكليف المدين بالحضور كيفما كانت طبيعة دينه...".

و يستنتج من النصوص السابقة أن المشرع فرض على المدين أن يبادر إلى إعلان توقفه عن الدفع و أن يطلب شهر إفلاسه حماية لحقوق الدائنين و من خلالهم حماية للائتمان و مراعا ة لصالح المدين نفسه حتى يعتبر مفلسا مقصرا . و بالتالي يمكن القول بأن دعوى الإفلاس شرعت أصلا للمدين خروجا عن القواعد العامة التي لم يشرع فيها دعوى يرفعها المدين ضد نفسه. إذ أن المادة 215 قانون تجاري ألزمت التاجر الذي توقف عن الدفع خلال مدة خمسة عشر يوما أن يبادر إلى رفع دعوى أمام القضاء المدني (التجاري) يطلب فيها الحكم بشهر إفلاسه، و منح المشرع مهلة خمسة عشر يوما من تاريخ توقفه عن الدفع، و يكون يوم التوقف عن الدفع محسوبا ضمن الميعاد المذكور، خروجا كذلك عن القواعد العامة التي تقضي بأنه لا يدخل في حساب المواعيد القانونية اليوم المعتبر بداية لها.

و يستنتج من نص المادة 215 قانون تجاري الشروط المطلوبة لشهر الإفلاس التي يمكن تحديدها كما يلي: أن يكون تاجرا و هو موضوع المطلب الأول و نتناول في المطلب الثاني شرط التوقف عن الدفع و نتناول في المطلب الثالث كيفية طلب شهر الإفلاس و في المطلب الرابع صدور الحكم بشهر الإفلاس.

1.1.1.صفة التاجر

التاجر في مفهوم القانون هو كل من يباشر عملا من الأعمال التجارية و يتخذها حرفة معتادة له[18] ص 47 (المادة 1 من القانون التجاري التي تنص على أنه : " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك ") و يستوي في ذلك أن يكون فردا أم شركة و يشترط في التاجر الذي يشهر إفلاسه أن تكون لديه الأهلية التجارية فلا يجوز إذن شهر إفلاس القاصر ما لم يكن مأذونا له بمزاولة النشاط التجاري إذ يكتسب صفة التاجر في هذه الحالة بناءا على هذا الإذن إذا مارس الأنشطة التجارية و أما الأشخاص الممنوعون من مزاولة النشاط التجاري بمقتضى قوانين عملهم فإنهم يكتسبون صفة التاجر لأن مرد الحصر هو قوانين عملهم و ليس القانون التجاري. [12] ص 143، و لهذا يجوز الحكم بشهر إفلاسهم فضلا عن العقوبات الإدارية التي قد ترفع عليهم و يتعين على قاضي الموضوع إثبات هذه الصفة و الأدلة التي استند لها في تحديد هذه الصفة، و للمحكمة العليا الرقابة

على محكمة الموضوع في هذا الصدد . و قد اختصرت الكلام حول هذه النقطة و سأتعرض لها بالتفصيل في الفصل الثاني عند الكلام عن الشروط العامة للمتابعة بجرائم الإفلاس.

2.1.1.التوقف عن الدفع :

تحرص التشريعات بصفة عامة على حماية الدائنين و من خلالهم تحمي الائتمان سواء حماية مدنية أو حماية جزائية دعما للثقة في المعاملات التجارية بين الأفراد لأن هذه المعاملات تتميز بخصائص تميزها عن المعاملات المدنية، لعل أهمها قيام المعاملات التجارية على دعائم الثقة و السرعة مما دفع بالتشريعات إلى إقرار أنظمة خاصة بهذا المجال للتنفيذ على المدين التاجر إذا تخلف عن دفع ديونه التجارية و هو ما يعرف بنظام الإفلاس و هو نظام يختلف عن القواعد العامة التي تطبق في حال تخلف المدين عن أداء ديونه العادية نظام الإعسار المدني الذي يتفق و طبيعة المعاملات المدنية.

فنظام الإعسار مرتبط ارتباطا وثيقا مع قدر أموال المدين و ما إذا كانت كافية للوفاء بديونه مستحقة الوفاء من عدمه، هذا إلى جانب أنه اذا صدر حكم بإعسار أحد الأشخاص يظل رغم ذلك لكل دائن الحق في اتخاذ ما يراه من إجراءات قانونية بمفرده للحصول على حقوقه كما أنه لا يترتب على حكم الإعسار عن يد المعسر عن إدارة أمواله و التصرف فيها طالما ذلك في حدود ثمن المثل.

هذا من جهة و من جهة ثانية في نظام الإعسار يح ق للمدين أن يطلب من القاضي و في مواجهة ذوي الشأن من دائنيه عدم سقوط أجل الدين الذي لم يحن اجله أو تمديد هذا الأجل، بل له أيضا طلب أجل بالنسبة للديون الحالة، و يجوز للقاضي أن يحكم للمدين بهذه الطلبات إذا وجد ما يبرر ذلك . هذا على خلاف نظام الإفلاس الذ ي يسعى بالدرجة الأولى إلى احترام آجال السداد، و هذا الأجل يمثل مصلحة رئيسية لكل من الدائن و المدين على السواء، حيث يرتبط الدائن بالتزامات عليه حددها استنادا إلى تاريخ سداد مدينه ليقوم هو بدوره بسداد ما عليه.

3.1.1.كيفية طلب شهر الإفلاس :

سبقت الإشارة إلى أ ن دعوى الإفلاس شرعت أصلا للمدين الذي ألزمه القانون حتى لا يكون مفلسا بالتقصير أن يبادر خلال خمسة عشر يوما إلى رفع هذه الدعوى و هو ما قضت به

المادة 219 من القانون التجاري الجزائري" إذا توفي تاجر و هو في حالة توقف عن الدفع ترفع الدعوى للمحكمة التجاريةفي أجل عام من الوفاة بمقتضى إقرار أحد الورثة أو بإعلان من جانب أحد الدائنين.

و للمحكمة أن تفتح الإجراءات تلقائيا خلال نفس ذلك الأجل . " فالمدين خير الناس إلماما بحالته المالية و لذا ألزمه لقانون بواجب المبادرة إلى الكشف عن اضطرابها و الإقرار بعجزه عن الوفاء و طلب شهر إفلاسه و هو واجب تفرضه الأمانة التجارية و يؤدي التراخي في أدائه إلى إلحاق الضرر بالدائنين إذ لا ينجم عن تباطؤ التاجر في طلب شهر إفلاسه و محاولته إطالة حياته التجارية بوسائل مصطنعة إلا إلى تفاقم عسره و زيادة اضطرابه المالي و تناقص أمواله فتعرض حقوق دائنيه إلى الضياع.

و يجب على المدين أن يقدم إقرارا إلى المحكمة الكائن محله في دائرة اختصاصها بتوقفه عن الدفع و ذلك خلال خمسة عشر يوم من تاريخ توقفه عن الدفع و يحسب يوم التوقف عن الدفع في الخمسة عشر يوما ضمن المهلة و أن يكون الإقرار مصحوبا بميزانية تبين الأصو ل و الخصوم و حساب الأرباح و الخسائر ، و بيان المنشأة التجارية، و بيان رقمي بالحقوق و الديون مع إيضاح اسم و موطن كل من الدائنين مرفق ببيان أموال و ديون الضمان و جرد مختصر لأمواله هذا فيما يتعلق بالكيفية الأولى، و تقضي المادة 218 قانون تجاري بأنه يجوز أيضا افتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس بناءا على تكليف بالحضور صادر من دائن مهما كانت طبيعة دينه.

و يتضح من هذا النص أن المشرع خشي تقاعس المدين عن المبادرة إلى طلب شهر إفلاسه رغم توقفه عن الدفع فمنح الدائنين حق طلب شهر الإفلاس و يثبت هذا الحق لكل دائن متى كان دينه حقيقيا و صحيحا و سواء في ذلك أكان الدين صغيرا أو كبيرا بحيث لم يضع المشرع حدا أدنى لقيمة الدين الذي يشهر الإفلاس بموجبه، كما أنه يجوز شهر الإفلاس و لو لم يكن للمدين إلا دائن ظاهر واحد إذ قد يظهر دائنون آخرون بعد شهر الإفلاس استنادا إليه فقد يكون عاديا أو ممتازا، كما يستوي أن يكون الدين من طبيعة تجارية أو مدنية و بالتالي يمكن القول أنه يمكن شهر إفلاس التاجر بناءا على دعوى يرفعها أحد الدائنين.

و من جهة ثالثة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 216 قانون تجاري على أنه " يمكن أن تفتح كذلك التسوية القضائية أو الافلاس بناء على تكليف المدين بالحضور كيفما كانت طبيعة دينه، و لا سيما ذلك الدين الناتج عن فاتورة قابلة للدفع في أجل محدد.

و يمكن للمحكمة أن تتسلم القضية تلقائيا بعد الاستماع للمدائن أو استدعائه قانونا"

فالأصل أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بما لم يطلبه الخ صوم تطبيقا للقواعد العامة إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل فأجاز للمحكمة المختصة أن تحكم بشهر الإفلاس و لو لم يقدم لها طلب بذلك من المدين أو الدائنين و يبرر هذا ذلك بأن قواعد الإفلاس من النظام العام و بالتالي تطبقها المحكمة من تلقاء نفسها و من جهة أخرى مراعاة لمصلحة الدائنين الغائبين.

فقد تضطرب أحوال المدين المالية و يعجز عن مواجهة التزاماته ثم يتواطأ مع الدائنين الحاضرين على تعجيل الوفاء بديونهم مقابل أن يمتنعوا عن طلب شهر الإفلاس فيجب أن يكون للمحكمة حق الرقابة لتحول دون وقوع هذا التواطؤ.

هذا و يأخذ المشرع المصري بحالة رابعة بالإضافة للحالات الثلاث السالفة التي أخذ بها المشرع الجزائري و هي طلب الإفلاس من قبل النيابة العامة، و كان على المشرع الجزائري أن يحذو حذوه لصواب هذا المسلك.

4.1.1.صدور الحكم بشهر الإفلاس :

تقضي القواعد العامة في القانون المدني أن الحكم الذي يصدر عن المحكمة له حجية نسبية أي أنه لا تسري الأحكام على من لم يكن طرفا فيها . إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق على الحكم الصادر بشهر الإفلاس، إذ أنه يعتبر حجة على جميع الدائنين سواء كانوا أطرافا في الدعوى أو لم يكونوا أطرافا فيها و هي ميزة يتميز بها الحكم بشهر الإفلاس و حماية للدائنين الذين لم يكونوا أطرافا في الخصومة أمر المشرع بشهر هذا الحكم حتى يعلم جميع الدائنين بصدور هذا الحكم لكي يقدموا ديونهم و سنداتهم إلى المحكمة مع كشف بيان ما يطلبونه من المبالغ تمهيدا لتحقيقها كما أن شهر الحكم يحقق فائدة للجمهور بصفة عامة لكي يكونوا على حذر من التعامل مع المدين المفلس.

و لذلك أوجب المشرع ضرورة نشر هذا الحكم حتى يصل إلى علم الكافة، و يشهر الحكم بشهر الإفلاس خلال مدة خمسة عشر يوما و ذلك بتسجيلها في السجل التجاري كما أوجب إعلانها

لمدة ثلاث أشهر في قاعة جلسات المحكمة، بالإضافة إلى نشر ملخصها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية و كذلك في الأماكن التي يكون فيها للمدين محلات تجارية، و يتضمن هذا النشر بيان اسم المدين و موطنه أو مركزه الرئيسي و رقم قيده في السجل التجاري [13] ص 243 .

و يتضمن الحكم بشهر الإفلاس على بيانات معينة يمكن تلخيصها في ضرورة إثبات حالة التوقف عن الدفع مع بيان الأسباب التي تستند إليها المحكمة و كذلك تعيين تاريخ التوقف عن الدفع و لتحديد هذا التاريخ أهمية إذ تبدأ به الفترة التي يرتاب فيها القانون في تصرفات المفلس . كما يجب أن يتضمن الأمر بشهر الإفلاس و انتداب أحد قضاة المحكمة لمراقبة أعمال و إدارة التفليسة و كذلك تعيين مراقب أو اثنين لمساعدة القاضي المنتدب في مهمته و كذلك الأمر يوضع الأختام على أموال المدين و أخيرا الأمر بنشر ملخص الحكم في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة.

2.1.آثار الإفلاس بالنسبة للمدين :

يترتب على شهر الإفلاس آثار تتعلق بشخص المدين فيجوز تقييد حرية المفلس و تقرير إعانة له و سيكون ذلك موضوع المطلب الأول كما أن المدين تفر يده عن إدارة أمواله و هو موضوع المطلب الثاني كما يترتب عن الحكم بشهر الإفلاس بطلان التصرفات التي أبرمها المدين خلال فترة الريبة و هو موضوع المطلب الثالث و نتناول في المطلب الرابع المحكمة المختصة بشهر الإفلاس.

1.2.1.تقيد حرية المفلس و تقرير إعانة له :

نصت المادة 242 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي :"للمدين ان يحصل لنفسه ولأسرته على معونة من الأصول يحددها القاضي المنتدب بامر بناء على اقتراح وكيل التفليسة".

من أهم آثار الحكم بشهر الإفلاس بالنسبة للمدين هو ما يهدف نظام الإفلاس إلى تحقيقه هو التضييق على المدين و منعه من الإضرار بدائنيه الذين استأمنوه على أموالهم حين أقرضوه أو تعاملوا معه بأجل و هو ما يعرف في القانون التجاري بالائتمان و هو ما يبرر تدخل المشرع إلى أبعد الحدود لأن المعاملات الاقتصادية هي مصلحة تهم كل أفراد المجتمع إذ عن طريقها يتمكن

كل فرد من إشباع حاجاته و بالتالي فإن الائتمان المتبادل بين التجار يحقق هذه المصلحة و بالتالي هو مصلحة عامة. [09] ص 245 و حماية لهذه المصلحة سعى المشرع إلى تنظيم كل مسائل الإفلاس و رتب أثرا على الحكم بشهر الإفلاس جواز تقييد حرية المفلس و جعله تحت تصرف القضاء و ترك الأمر لتقدير القاضي . فخول المحكمة حق إلزامه طوعا و جبرا للحضور متى ارتأت المحكمة ذلك و إذا بدر منه ما يدل على تقصيره أو سوء نيته أو ما يدعو إلى الخوف من هربه أو قامت قرائن على عزمه على إخفاء أمواله إضرارا بدائنيه إضافة إلى ما سبق أجاز القانون للقضاء إمكانية إسقاط بعض الحقوق المدنية و السياسية عن المدين المفلس و هذه الحقوق لم يحددها القانون التجاري و إنما نص عليها في قوانين خاصة تقضي بحرمان المفلس من حق الانتخاب و الترشح للمجالس الشعبية البلدية و الولائية و الوطنية و الغرف التجارية و النقابات المهنية. و يقصد المشرع من وراء إسقاط هذه الحقوق المذكورة تهديد التجار و حثهم على بذل الجهود و العناية الفائقة لتفادي الوقوع في الإفلاس من الحفاظ على حقوق دائنيهم و الائتمان.

بالإضافة إلى هذا التضييق و باعتبار أن يد المدين تغل بموجب الحكم بالإفلاس فقد أعطى له بعض العناية فأقر له و لأسرته إعانة تصرف له من أموال التفليسة لمواجهة حاجيات معيشته و معيشة أسرته،كما أجاز عدم وضع الأختام على أمتعته الخاصة كالأثاث و الملبس.

2.2.1.غل يد المدين :

لقد نصت المادة 244 قانون تجاري على أنه :" يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، و من تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، و ما دام في حالة الإفلاس. و يمارس وكيل التفليسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفليسة.

على أنه يجوز للمفلس القيام بجميع الأعمال الاحتياطية لصيانة حقوقه و التدخل في الدعاوى التي يخاصم فيها وكيل التفليسة.

و يترتب على الحكم الصادر بالتسوية القضائية اعتبارا من تاريخ أداء المساعدة الجبرية للمدين من طرف وكيل التفليسة في كافة الأعمال الخاصة بالتصرف في أمواله طبقا للأوضاع المنصوص عليها في المواد من 273 الى 279 ".

يتبين من النص السالف أن المدين ترفع يده عن إدارة أمواله كما ترفع يده عن التصرف فيها أيضا حماية للدائنين من أعمال المدين التي يسعى بها إلى الإضرار بهم و انتقاص مالهم من ضمان عام على أمواله فقد تسوء نيته فيبدد أمواله أو ينقلها إلى الغير من أجل عدم تمكين الدائنين من التنفيذ عليها، كما لاحظ المشرع أن ترك المدين على رأس إدا رة أمواله و إطلاق حريته في التصرف فيها قد يمكنه من تفضيل بعض الدائنين على البعض الآخر و هذا يؤدي إلى إهدار مبدأ المساواة بين الدائنين فاقساه المشرع من هذه الإدارة لأمواله و غل يده عن التصرف فيها و إحلال وكيل التفليسة محله لإدارة أموال التفليسة و الحفاظ علي ها إلى أن يتم بيعها و توزيع ثمنها بين الدائنين بنسبة ديونهم و بذلك يكون المشرع قد حقق الأهداف المرجوة من نظام الإفلاس.

و غل يد المدين لا يعتبر نزعا للملكية إذ يظل المفلس مالكا لأمواله و لا تنتقل هذه الملكية إلى وكيل التفليسة و إذا بيعت أموال المفلس فان الملكية تنتقل منه إلى المشتري مباشرة و لا يعتبر حجرا على المدين المفلس إذ يحق له أثناء القيام بإجراءات التفليسة مباشرة الدعاوى الشخصية كما انه إذا انتهت التفليسة و كان هناك فائض بعد سداد جميع الديون يحق له مباشرة التصرفات القانونية و الرأي عندنا أن مرد غل اليد يرجع إلى كون الحكم بشهر الإفلاس يرتب حجزا عاما على جميع أموال المدين المفلس و كذلك ترتب رهنا عاما عليها، و المال المحجوز لا يجوز التصرف فيه من قبل مالكه.

و إن وقع و تصرف فيه مالكه جاز للدائن حق تتبعه تحت أي يد كانت و التنفيذ عليه و هذا طبقا للقواعد العامة.

3.2.1.حكم تصرفات فترة الريبة :

نصت المادة 247 من القانون التجاري على أنه " لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من التصرفات الصادرة من المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع.

-كافة التصرفات الناقلة للملكية المنقولة أو العقارية بغير عوض،

-كل عقد معاوضة يجاوز فيه التزام المدين بكثير التزام الطرف الآخر.

-كل وفاء مهما كانت كيفيته لديون غير حالة بتاريخ الحكم المعلن بالتوقف عن الدفع

-كل وفاء لديون حالة بغير الطريق النقدي أو الأوراق التجارية أو بطريق التحويل أو غير ذلك من وسائل الوفاء العادية،

-كل رهن عقاري اتفاقي أو قضائي و كل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين لديون سبق التعاقد عليها.

و يجوز للمحكمة علاوة على ذلك الحكم بالتمسك قبل جماعة الدائنين بالعقود بغير عوض المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة و المحررة في ظرف الستة أشهر السابقة للتوقف عن الوفاء.

تاريخ التوقف عن الوفاء تحدده المحكمة التي قضت بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس، و لا يكون هذا التاريخ سابقا لصدور الحكم بأكثر من ثمانية عشر شهرا."

سبق التطرق إلى أنه بصدور الحكم بشهر الإفلاس تترتب آثارا معينة منها غل يد المدين عن إدارة أمواله و منعه من التصرف فيها و ذلك من أجل الحفاظ على أموال التفليسة لصالح جماعة الدائنين.

و القاعدة هي صحة و نفاذ التصرفات القانونية التي يبرمها الشخص حال تمتعه بأهلية قانونية تؤهله للقيام بها و لم يوجد مانع قانوني يمنعه من إبرام مثل هذه التصرفات حتى لا تكون نافذة قانونا في حق من شرع لصالحه المنع من إجراء هذه التصرفات . لكن المشرع ارتاب في التصرفات التي يجريها المدين في الفترة الواقعة بين وقوفه عن الدفع و صدور حكم بشهر الإفلاس و أراد تيسير إسقاطها حماية للدائنين و تحقيقا للمساواة بينهم، كما لاحظ المشرع أن الإسراف في إسقاط هذه التصرفات يترتب عليه إضعاف ائتمان المدين. و الأصل أنه لا يتم الحكم بشهر الإفلاس إلا على اثر سلسلة متتابعة من اضطراب أحوال التاجر بحيث يجد نفسه في مركز مالي ميئوس منه و في هذه الظروف قد يلجأ التاجر إلى إبرام تصرفات بشروط مجحفة بالنسبة له أو بيع بضائعه بالخسارة محاولة منه لتفادي شهر إفلاسه، و لهذا قرر المشرع ضرورة اشتمال حكم الإفلاس على تاريخ التوقف عن الدفع و الفترة الممتدة بين التوقف عن الدفع والحكم بشهر الإفلاس تسمى فترة الريبة، و أجاز المشرع تمديد هذه الفترة بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية المنقولة أو العقارية بغير عوض لتشمل الستة أشهر السابقة للتوقف عن الدفع إلى الفترات السابقة

المحددة في الحكم إذا تبين لها ما يثبت ذلك على ألا ترجع بأكثر من ثمانية عشرة شهرا كأقصى حد.

1.3.2.1.حالات البطلان الوجوبي:

تشمل التبرعات فمن غير المعقول أن يسمح المشرع للمدين بإخراج تبرعات في وقت اضطربت فيه أعماله التجارية و أصبح يشرف على الإفلاس و بالتالي رتب على هذا التصرف البطلان وجوبيا و متى حكم ببطلان التصرف وجب على المتبرع له أن يرد إلى التفليسة المال الذي كان محلا للتبرع.

كما رتب المشرع البطلان وحوبيا على عقود المعاوضة التي يجاوز فيها التزام المدين بكثير التزام الطرف الآخر . كما أنه إذا وفى المدين بديون لم يحل اجل الوفاء بها فقد أسقطها المشرع و رتب عليها بدورها حكم البطلان يضاف إلى ذلك حالة الوفاء بديون حل أجلها و لكن بغير النقود أو أوراق تجارية أو تحويل كما أنه أنشأ المد ين تأمينا لاحقا لنشوء الدين فإن هذا التأمين بدوره يبطل.

2.3.2.1.حالات البطلان الجوازي:

بالإضافة إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 247 التي لم يمنح فيها المشرع أية سلطة تقديرية فقد حرص المشرع خشية أن تفلت منه حالات أخرى فقد أجاز بموجب المادة 249 قانون تجاري للمحكمة أن تقضي جوازيا ببطلان أي تصرف صادر عن المدين المفلس خلال فترة الريبة و كان ضارا بجماعة الدائنين و استثنى من البطلان بصفة عامة حالة واحدة لا يجوز فيها الحكم ببطلان التصرف و لو تم خلال فترة الريبة هي حالة الوفاء بسفتجة أو سند لأمر أو شيك.

4.2.1.إدارة أمول التفليسة :

يترتب عن الحكم بشهر الافلاس غل يد المدين و منعه من ادارة أمواله نتيجة هذا الغل و بالتالي يكون من الضرورة ايجاد البديل الذي يشرف على هذه الأموال، فتدخل المشرع و حدد هذه الهيئة التي تدير التفليسة و تتعين بموجب الحكم المشهر للافلاس و هي مس ائل يجب أن يتضمنها

هذا الحكم بالضرورة و تتشكل من وكيل التفليسة و قاضي منتدب للتفليسة و محكمة تشرف على التفليسة و النيابة العامة التي لها دور رقابي.

و نتعرض لهذه التشكيلة في أربعة فروع مفردين فرعا لكل منهم.

1.4.2.1.تعيين إدارة التفليسة :

بما أن يد المدين تغ ل عن إدارة أمواله بمجرد صدور الحكم بشهر الإفلاس فيصبح من اللازم تعيين من يحل محله في تسيير أموال المدين المفلس التجارية و كذلك شؤون التفليسة، و أهم شخص مكلف بتسيير هذا الأمر هو الوكيل المتصرف القضائي (وكيل التفليسة) الذي يعين بموجب الحكم الذي يقضي بشهر إفلاس التاجر، فهو الذي يستلم أموال التاجر المفلس بعد أن تغل يده عنها خشية أن يبددها فيقوم الوكيل المتصرف القضائي بالحفاظ عليها و يديرها حتى تنتهي التفليسة إما بالصلح و إما باتحاد الدائنين . و تتلخص وظيفة وكيل التفليسة صونا لحقوق الدائنين في طلب وضع الأختام و تحرير الميزانية إذا لم يكن قد قام بذلك المدين و نشر حكم شهر الإفلاس و إدارة أموال المفلس تمهيدا للوصول بالتفليسة إلى الحل المناسب كتحصيل الديون المستحقة و تمثيل المدين أمام القضاء و الطعن في تصرفاته و الاشتراك في إجراءات تحقيق الديون المترتبة على المفلس و بيع الأشياء المنقولة و البضائع المعرضة للتلف أو التي يكون ثمن تخزينهاباهظا و الاستمرار في استثمار محل تجارة المفلس (المواد من 253 قانون تجاري إلى 257 من نفس القانون).

2.4.2.1.القاضي المنتدب :

يعين القاضي المنتدب بداية كل سنة قضائية و تتلخص مهامه في رقاب ة أعمال وكيل التفليسة و الإشراف على حسن سير التفليسة و التسوية القضائية و الأصل أن هذا الإشراف من اختصاص المحكمة غير أن المشرع لاحظ صعوبة قيام المحكمة بكامل هذه المهمة فأوجب انتداب أحد القضاة ليباشر الرقابة و الإشراف نيابة عنها فيتولى بالإضافة لما سبق إرسا ل تقرير وكيل التفليسة عن حالة الإفلاس الظاهرة و عن ظروفها و أسبابها و أوصافها إلى وكيل الدولة مع ملاحظاته، كما يحق له تعيين مراقبا أو اثنين من بين الدائنين.

3.4.2.1.المحكمة :

لا تنتهي مهمة المحكمة بصدور حكم الإفلاس و إنما تظل لها الرقابة العليا على شؤون التفليسة فلها أن تعدل في حدود القانون تاريخ التوقف عن الدفع و لها أن تنظر في أوامر القاضي المنتدب تلقائيا فتعدلها أو تبطلها خلال عشرة أيام و لها أن تأمر بوضع الأختام عن الخزائن و الحافظات و الدفاتر و الأوراق التجارية و على كل أموال المدين المفلس كما أنها هي التي تشرف على التسوية القضائية و هي التي تقضي بتحويل هذه التسوية إلى تفليسة[01] ص .48

4.4.2.1.النيابة العامة :

الأصل أنه ليس للنيابة العامة لم يخول لها القانون أي تدخل في التفليسة و إجراءاتها إلا أن القانون خولها حق مراقبة هذه الإجراءات لتتاكد من عدم انطوائها على فعل مجرم لتتمكن من مباشرة الدعوى العمومية متى تبين لها أن في الأمر يتعلق بجريمة إفلاس بالتدليس أو إفلاس بالتقصير.

الفصل 02
شروط تجريم الإفلاس

نقصد بشروط تجريم الإفلاس أو التفالس كما يسميه جانبا من الفقه الشروط المفترضة في هذا النو ع من الجرائم التي يجب أن تتوافر لقيام هذا النوع من الجرائم بالرغم من أنها ليست من العناصر التي تكون الركن المادي أو المعنوي للجريمة ورغم ذلك لا بد أن تتوافر لوقوع الجريمة لأنها خاصة بطائفة وه و التجار أي انه صفات يجب ان يتصف بها الشخص حتى يقع تحت طائلة الاتهام، ونقصد بها هنا ضرورة توافر صفة التاجر أو الشريك في شركة التضامن أو مدير هذه الأخيرة.

فلا يمكن أن نتصور أن ينسب إلى المتهم فعل من أفعال التفالس المعاقب عليه إن لم يكن مكتسبا لصفة التاجر وقت قيامه بالنشاط المجرم (وسيكون ذلك موضوع المبحث الأول) والشرط الثاني هو ضرورة التوقف عن الدفع بحيث أنه لا يمكن أن ينسب للمتهم جرم التفالس إذا لم يعجز عن سداد ديونه وسيكون ذلك موضوع المبحث الثاني،وسنتعرض في الفصل الثاني إلى الأركان الخاصة بكل جريمة.

1.2.التاجر الفرد و مدير الشركة :

قد يتبادر إلى الذهن التساؤل حول تحديد صفة التاجر في قانون العقوبات فيما يتعلق بجرائم التفالس وهل تختلف في شروطها عن تلك التي يتطلبها القانون التجاري والجواب يكون أن هذا التساؤل لا يطرح، حيث تضمن القانون التجاري الجزائري نصوص التجريم مباشرة بعد نصوص الإفلاس كنظام يحكم العمل التجاري وبالتالي يعود لهذا التقنين الأخير تحديد هذه الصفة.

وسنتناول في هذا المبحث دراسة شروط التاجر الفرد في مطلب أول تخصيص مطلب ثانيا لمدير الشركة و نتعرض لشروط اكتساب صفة التاجر في مطلب ثالث.

1.1.2.التاجر الفرد :

نصت المادة 01 من القانون التجاري على انه " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك."

و نصت المادة 02 من القانون التجاري على أنه " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:

- كل شراء للمنقولات لاعادة بيعها أو بعينها أو تحويلها و شغلها.
- كل شراء للعقارات لاعادة بيعها.
- كل مقاولة لتأجير المنقولات أو العقارات.
- كل مقاولة للإنتاج أو التحويل أو الاصلاح.
- كل مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض.
- كل مقاولة للتوريد أو الخدمات.
- كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى.
- كل مقاولة لاستغلال النقل أو الانتقال.
- كل مقاولة لاستغلال الملاهي العمومية أو الانتاج الفكري.
- كل مقاولة للتأمينات.
- كل مقاولة لاستغلال المخازن العمومية.
- كل مقاولة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة.
- كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة.
- كل عملية توسط لشراء و بيع العقارات أو المحلات التجارية و القيم العقارية.

- كل مقاولة لصنع أو شراء أو بيع و اعادة بيع السفن للملاحة البحرية.

- كل شراء و بيع لعتاد أو مؤن للسفن.

- كا تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة.

- كل عقود التأمين و العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية .

- كل الاتفاقيات و الاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم و ايجارهم

- كل الرحلات البحرية."

و نصت المادة 03 من القانون التجاري على أنه " يعد عملا تجاريا بحسب شكله:

- التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص.

- الشركات التجارية.

- وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها.

- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية.

- كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية.

ويتبين من هذا النص أن القيام بالأعمال التجارية هو الذي يكسب الشخص صفة التاجر ويقصد بذلك الأعمال التجارية بطبيعتها أو الأصلية المنصوص عليها في المادتين 2 و3 من القانون التجاري، أما الأعمال التجارية بالتبعية لا تكسب الشخص صفة التاجر كونها أعمال مدنية أصليا تتحول إلى عمل تجاري بالتبعية متى كان القائم بها تاجر.

إلا أن القيام بالأعمال التجارية لا يكفي وحده لإكتساب صفة التاجر بل لا بد بالإضافة إلى ذلك أن يتخذ الشخص من الأعمال التجارية مهنة أو حرفة له، ويضيف الفقه التجاري شرطا ثانيا لم يذكره النص يتمثل في قيام الشخص بالأعمال التجارية لحسابه الخاص أو الشخصي [12] ص 143 ،و بالتالي تكون شروط اكتساب صفة التاجر ثلاثة شروط نتناول كل منها في فرع خاص بها.

2.1.2.مدير الشركة :

وإذا كان يجب النظر والتمحيص في نشاط الشخص الطبيعي لتحديد ما إذا كان محترفا للعمل التجاري أم أنه مجرد اعتياد لا يكتسب صفة التاجر فإن الوضع يختلف بالنسبة للشخص المعنوي كون هذا الأخير كما هو معروف له أهلية أداء محدودة بالغرض الذي أنشأ من أجله المنصوص عليه في سند إنشائه فإذا كان الشخص شركة كفى أن ننظر في عقد الشركة لمعرفة الغرض الذي أسست الشركة من أجله فإذا نص هذا العقد على غرض تجاري فالشركة تعد [08] ص 1966 تاجرة لأنه لا يمكنها إلا القيام بالتجارة تلك هي القاعدة العامة، وقد خرج المشرع التجاري الجزائري عن هذه القاعدة حين اعتبر الشركة تاجرة مهما كان غرضها إذا اتخذت شكلا من الأشكال التالية: مساهمة – ذات مسؤولية محدودة و الشخص الواحد – التضامن ... و هو ما قضت به صراحة المادة 03 الفقرة الثالثة من القانون التجاري السالفة الذكر.

3.1.2.شروط اكتساب صفة التاجر :

يتعين من أجل أن يكتسب الشخص صفة التاجر أن تتوافر فيه شروطا معينة و هي أن يحترف الشخص الأعمال التجارية الواردة في نص المادة 02 من القانون التجاري أي الأعمال التجارية الأصلية باعتبار أن هذه الأعمال هي التي تعطي هذه الصفة للقائم بها.

أما الأعمال التجارية بالتبع ية الواردة في المادة 04 من القانون التجاري الجزائري فهي أعمال مدنية أصلا و تحتاج لمن يعطيها صفة التاجر.

يضاف الى ذلك شرط آخر لم ينص عليه القانون و انما أضافه الفقه و هو اشتراط قيام الشخص بالعمل التجاري لحسابه الخاص و ليس لحساب الغير كعمال المتجر الذي يحترفون العمل التجاري لكن لحساب رب العمل، و الشرط الخير هو أن يكون الشخص كامل الأهلية أو مأذون له.

و سنتناول فيما يلي جميع هذه الشروط مخصصين فرعا لكل منها و نخصص فرعا رابعا لأحكام القيد في السجل التجاري و فرعا خامسا لأحكام طائفة الحرفيين، و نتناول في الفرع الأخير مدى تقدير صفة التاجر من جانب المحكمة الجنائية.

1.3.1.2.احتراف الأعمال التجارية :

يقصد بالاحتراف أو امتهان الأعمال التجارية قيام الشخص بالنشاط التجاري بصفة مستمرة دائمة دون تقطع ويتخذه مهنة يرتزق ويعيش منها، والاحتراف يتضمن بالضرورة معنى الاعتياد وتكرار العمل، إلا أن العكس غير صحيح، فقد يقوم الشخص بالعمل بصفة معتادة دون احترفه . فلا يكفي لاعتبار الشخص تاجرا أن يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاعتياد، بل يجب فضلا على ذلك أن يتخذ بالأعمال التجارية كحرفة وكوسيلة إلى العيش والارتزاق، فإذا اعتاد الطبيب أو المحامي شراء الأوراق المالية من سوق البورصات وبيعها بعد ذلك للاستفادة من فوارق ألأسعار فإنه لا يعتبر تاجرا لأن مهنته ليست المضاربة في البورصة، بل هي الطب أو المحاماة، على العكس من ذلك إذا جعل الشخص من المضاربة في البورصة حرفة ووسيلة للارتزاق فإنه يعد تاجرا.

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون احتراف التجارة هو النشاط الوحيد للشخص لكي يعتبر تاجرا حيث قد يحترف الشخص عدة مهن من بينها التجارة دون أن يمنع ذلك من اكتسابه صفة التاجر.

كما أن الشخص يكتسب صفة التاجر ولو اقترن احترافه الأعمال التجارية بمهنة على أصحابها الاتجار بموجب القوانين واللوائح، فالموظف والمحامي ممنوعان من مزاولة التجارة قانونا إلا أنهما يكتسبان صفة التاجر إذا مارسا الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف، أو كانا شريكين في شركة تضامن ويخضعان في ذلك لأحكام القانون التجاري وأن تعرضا للجزاء التأديبي الذي يفرضه القانون الذي يحظر عليهم النشاط التجاري،أو ممارسة التجارة متخفيا تحت اسم آخر.

2.3.1.2.قيام الشخص أو الشركة بالأعمال التجارية لحسابه :

يقصد بهذا الشرط أن يباشر الشخص العمل التجاري باسمه الشخصي ولحسابه الخاص، بحيث يكون هو من يغنم من هذا النشاط وهو الذ ي يسأل عليه أمام الغير، وهذا الشرط لا يتطلبه القانون التجاري ولكن أضاف الفقه التجاري[12] ص 156 هذا الشرط الذي لا مفر منه باعتبار الأعمال التجارية تقوم على الائتمان والائتمان شخصي بطبيعته ويقتضي تحمل التبعية والمسؤولية عن النشاط وبصفة خاصة المسؤولية الجزائية التي هي شخصية ويترتب عن هذه القاعدة العامة

أن الشخص الذي يمارس نشاطا تجاريا لحساب شخص آخر لا يكتسب صفة التاجر ولو توافر شرط الاحتراف[18] ص 42، وبهذا لا يعد تجارا العمال والمستخدمون الذين يقومون بالأعمال التجارية لكن لحساب ولفائدة رب العمل الذي يجني أرباح هذه الأعمال ويتحمل الخسائر التي قد تترتب عنها.

وكذلك لا يعد الوكيل العادي تاجرا ولو كان يتخذ الأعمال التجارية حرفة معتادة له، لأنه لا يقوم بذلك لحسابه الشخصي بل لحساب الموكل.

أما الوكيل بالعمولة والسمسار و الصرافة فيكتسبون صفة التاجر رغم أن كل منهم يبرم الصفقات لحساب الغير لأن الوكالة بالعمولة والسمسرة و الصرافة أعمالا تجارية لذاتها وهم الذين يكسبون القائم بها صفة التاجر و هو ما قضت به الفقرة 15 من المادة 02 من القانون التجاري السالفة الذكر.

كما أن الشخص قد يحترف الأعمال التجارية في الخفاء كالموظف العام الذي يخشى الجزاء التأديبي والمحامي والطبيب الممنوعون من مزاولة النشاط التجاري أو المدين الذي يخشى أن يكشف عن ثروته فيمارسون النشاط التجاري متخفين وراء شخص ظاهر، فيكتسب هذا ألأخير صفة التاجر إعمالا لمبدأ الظاهر كما يكسب المتخفي كذلك هذه الصفة باعتباره هو من يجني الربح من هذا النشاط وهو ما يتطلبه الائتمان وهذا الحكم من استنباط القضاء[19] ص .203

3.3.1.2.الأهلية :

اضافة الى الشروط السالفة الذكر وبما ان العمل التجاري من اعمال التصرف فيشترط لاكتساب صفة التاجر ان يكون القائم بهذا العمل بالغا سن الرشد، وبالتالي فالا صل فان ناقص الاهلية لا يكتسب صفة التاجر حتى ولو مارس النشاط التجاري على سبيل الاحتراف.وبالتالي يثور التساؤل حول احكام سن الرشد وهو ما سنتطرق له فيما يلي

1.3.3.1.2. سن الرشد :

لم ينص القانون التجاري على احكام خاصة بسن الرشد ما عدى الترشيد .وبالتالي فلابد من الرجوع في ذلك الى الاحكام العامة المقررة في القانون المدني .

وقد نصت المادة اربعون (40)من القانون المدني على انه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة " .

يتضح من هذا النص ان اهلية الشخص الطبيعي تكتمل ببلوغه سن التسعة عشر سنة كاملة شريطة الا يحجر عليه .

وتجدر الاشارة الى ان المشرع الجزائري قد ساوى فيما يتعلق بالاهلية بين الرجل والمراة عكس بعض التشريعات العربية الاخرى.

2.3.3.1.2. ناقص الاهلية :

كل من لم يبلغ سن 19 سنة يعتبر ناقصا للاهلية أي قاصرا،وتختلف اهلية القاصر فاما ان يكون فاقدا للاهلية ،او ناقصها تبعا للسن التي بلغها.

ويعتبر ناقص الاهلية كل من بلغ سن السابعة من عمره ولم يكتمل سن 19 منها ويسمى بالمميز.

3.3.3.1.2. المأذون له :

اذا كان الصغير الذي لم يكت مل التاسعة عشر سنة من عمره ولضرورات عملية معينة ارتأى المشرع ان يأذن له بمباشرة الأعمال التجارية بمجرد بلوغه سن الثامنة عشر سنة بموجب نص المادة 05 من القانون التجاري الجزائري التي تقضي بما يلي :" لا يجوز للقاصر المرشدن ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عش رة سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية.

اذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما اذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب و الأم.

و يجب أن يقدم هذا الاذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

و يتضح من نص المادة 05 من القانون التجاري: أن يشترط ما يلي:

-أن يكون القاصر قد بلغ سن الثامنة عشرة سنة.
-أن يحصل على إذن من
-أن يتضمن الاذن صراحة النص على مزاولة العمل التجاري.
-أن يتم التصديق على هذا الاذن من رئيس المحكمة باعتبار صاحب الولاية العامة.

و يترتب على هذا الاذن بممارسة التجارة أن يصبح القاصر المرشد في حكم الراشد و بالتالي يكتسب صفة التاج ر متى احترف هذا النشاط، و يخضع بالتبعية لذلك للالتزامات التي تترتب على التجار، و اذا توقف عن دفع ديونه، جاز لصاحب المصلحة طلب شهر افلاسه و دخلت أمواله التي أجيز له الاتجار بها في كتلة التفليسة.

4.3.3.1.2. الممنوعون من مباشرة التجارة :

قد تمنع بعض القوانين بعض الأشخاص الطبيعيين من مزاولة الأعمال التجارية درأ للشبهة عن بعض الوظائف و تفاديا لاستغلال النفوذ أو السلطة و تأثير ذلك على حرية التعاقد بسبب الوظائف الهامة التي يشغلونها مثل القضاة و الموظفون العموميون و رجال الجيش و الشرطة.

و هذا المنع لم ينص عليه القانون التجاري و انما تنص عليه قوانين هذه الوظائف و بعض المهن مثل قانون المحاماة.

فان حدث و مارس هؤلاء الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف فانهم يكتسبون صفة التاجر و يشهر افلاسهم على رأي اغلبية الفقه و ذلك حماية للائتمان.

كما قد يحدث و أن يمارس الشخص العمل الت جاري متخفيا وراء شخص آخر فالرأي الراجح أن هذا الشخص المتخفي يكتسب صفة التاجر و يشهر افلاسه تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم أي من يغنم من النشاط يسأل عليه.

و كذلك يكتسب صفة التاجر الشخص الظاهر حماية للظاهر، أي من ظهر بمظهر التاجر أمام المتعاملين معه يسأل أمام من تعامل معهم و إن توقف عن الدفع جاز شهر افلاسه.

4.3.1.2.حكم القيد في السجل التجاري :

تختلف التشريعات في أهمية الوظيفة التي نطرحها على السجل التجاري، فهناك تشريعات مثل التشريع الألماني الذي يجعل للسجل التجاري وظيفة قانونية كاملة بمعنى أن يرتب القيد في السجل التجاري أثرا قانونيا وبالتالي يكتسب الشخص صفة التاجر متى قيد نفسه في السجل ولا يعتبر القيد مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، كما أن المسائل التي قيدها فيه لا يحتج بها على الغير إلا متى تم هذا القيد، بحيث يعتبر القيد في السجل التجاري وسيلة الشهر القانوني ، وبهذا يعهد التشريع إلى جهة قضائية بمسك السجل التجاري[20] ص 88.

وهناك تشريعات أخرى- على العكس- لا تعترف للسجل التجاري إلا بقيمة إدارية محدودة ولذلك تشرف عليه جهة إدارية وهو حال القانون الفرنسي والمصري.

وبالنسبة للتشريع التجاري الجزائري فإن الشخص يكتسب صفة التاجر من الاحتراف (م 01 ق ت) وأن القيد في السجل التجاري ليس إلا قرينة بسيطة على ذلك ، يمكن دحضها بكافة طرق الإثبات كأن يثبت الشخص بأنه قيد نفسه في السجل ولكنه لم يمارس النشاط التجاري كأن عدل عن رأيه أو لم يجد المال الكافي لمزاولة هذا النشاط وهذا لا ينفي أن القيد في السجل التجاري التزام يقع على عاتق التاجر بحيث يكون في وضع مخالف للتشريعات الأخرى إن مارس نشاطه دون أي قيد في السجل التجاري أي أن القيد في السجل التجاري هو التزام يقع على عاتق التاجر بعد اكتسابه صفة التاجر و بالتالي فهو التزام ناتج عن اكتساب الصفة و هو ما يستشف من المادة 19 من القانون التجاري التي تقضي بما يلي:" يلزم بالتسجيل في السجل التجاري:

-كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري و يمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري.

-كل شخص معنوي تاجر بالشكل أو يكون موضوعه تجاريا و مقره في الجزائر أو كان له مكتب أو فرع أو أية مؤسسة كانت."

5.3.1.2.حكم طائفة الحرفيين :

على الرغم من أن الحرفيين ليسوا تجارا وفقا لأحكام القانون التجاري فقد أخضعهم المشرع الفرنسي وحذا حذوه المشرع الجزائري إلى القيد في السجل التجاري وبذلك يكون قد ألحقهم بطائفة التجار حماية للمتعاملين معهم وحتى يسهل لهم الحصول على الائتمان هذا من جهة ومن

جهة أخرى فإن الحرفي أصبح يستعمل الوسائل التجارية كالإشهار لمنتوجه واللجوء إلى القروض والتعامل مع الجمهور العريض ...الخ من الوسائل، وبالتالي فإنه يجوز شهر إفلاسهم حماية للائتمان الذي يستعملونه متى توافرت الشروط اللازمة لذلك.

أما القانون المصري فإنه لا زال يحتفظ بوجهة النظر التقليدية التي لا تقيم المساواة بين الحرفي والتاجر وبالتالي لا يخضع الحرفيون لنظام الإفلاس ولا التفالس.

6.3.1.2.تقدير توافر صفة التاجر من جانب المحكمة الجنائية :

يقوم القاضي الجنائي وفقا للقانون الجزائري بالتحقق من توافر صفة التاجر، وهو يتمتع بالاستقلال في تقديره عن القاضي المدني والتجاري تطبيقا لنظرية الإفلاس الفعلي التي اعتنقها المشرع الجزائري وتترتب على ذلك بعض النتائج أهمها:

- لا يلتزم القاضي الجنائي بإحالة النزاع المتعلق بصفة التاجر إلى المحكمة المختصة بشهر الإفلاس، بل يتعرض إلى الموضوع بنفسه دون انتظار أن ترفع دعوى أمام المحكمة المختصة بشهر الإفلاس بخصوص ذلك أو أن تنتهي دعوى قائمة بالفعل أمام ذلك القضاء.

- لا يلتزم القاضي الجنائي بما سبق أن حكم به القاضي المدني أو التجاري من توافر صفة التاجر أو عدم توافر هذه الصفة و مرد ذلك اختلاف الدعو يين بين التجارية والجنائية من حيث الأطراف والمحل والسبب. فبينما تمثل النيابة العامة طرفا في الدعوى الجنائية، فإنها ليست دائما طرفا في دعوى الإفلاس، وبينما موضوع الدعوى الجنائية الحكم بالعقوبة أو البراءة فإن موضوع دعوى الإفلاس هو الحكم بشهر الإفلاس أو رفض هذا الحكم، وأخيرا فإن سبب الدعوى الجنائية هي وقوع أفعال مجرمة بينما يعتبر التوقف عن ال دفع كافيا لنشأة دعوى الإفلاس أمام المحكمة المختصة بشهر الإفلاس.

- عدم اشتراط صفة التاجر في بعض جرا ئم الإفلاس فإذا كان الفاعل في غالبية جرائم الإفلاس ليس إلا تاجرا فإن المسؤولية الجنائية تمتد إلى غير التاجر في بعض الحالات:

- يجوز أن يسأل غير التاجر بوصفه شريكا للتاجر في جرائم الإفلاس، ويعتبر هذا تطبيقا للقواعد العامة في الاشتراك حيث لا يلزم توافر الصفة ف ي الشريك إذا استلزمها المشرع في الفاعل الأصلي.

- لا يلزم في جرائم الإفلاس التي تصدر من مديري الشركات أن تكون لهم صفة التاجر، فمديري شركات المساهمة لا يكتسبون صفة التاجر مع ذلك فإنهم يسألون عن جرائم الإفلاس التي عينها المشرع.

2.2.الشركات التجارية :

إلى جانب التاجر كشخص طبيعي كما سبق وتكلمنا الذي يكتسب صفة التاجر والشروط اللازمة لذلك فإن التجارة ليست وقفا على الشخص الطبيعي، وإنما يمارسها إلى جانبه الشخص المعنوي ، ألا وهو الشركة بوصفها شخص معنوي، وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن الشخص المعنوي يغطي مجموعة أشخاص طبيعية متحددة مع بعضها البعض من أجل تحقيق غرض الشركة، ألا وهو الربح، وهنا يجدر التمييز بين الوضع القانوني للشركاء بين أنواع الشركات إذ أن فيهم من يسأل مسؤولية تضامنية ومنهم من يسأل مسؤولية محدودة هذا فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية.

وهنا يجدر بنا أن نتساءل عن مدى مساءلتهم جنائيا أي هل يجوز إدانتهم بجرائم التفليس والتفالس؟

و سوف نتعرض في مطلب أول الى الشريك المتضامن و في المطلب الثاني الى مديري شركات المساهمة و ذات المسؤولية المحدودة.

1.2.2.الشريك في شركة التضامن :

يمكن شهر إفلاس شركة التضامن في حالة توقفها عن الدفع وبما أن جميع الشركاء في شركة التضامن تجارا أي يكتسبون صفة التاجر طبقا لمقتضيات المادة 551 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه : " للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة " أي أنهم ملتزمون شخصيا و بالتضامن عن ديون شركة التضامن و بالتالي فان افلاس الشركة يستتبع افلاس كل واحد منهم ذلك لأن الذمة المالية لكل شريك تعتبر ضامنة لديون الشركة و مكملة لها، وتوقف هذه الأخيرة عن دفع ديونها يعتبر توقفا تلقائيا لكل شريك عن الدفع كما لو كانت ديونه الخاصة[08] ص 1966.

أما فيما يتعلق بالتفالس فيجدر التمييز بين حالة تعيين مدير للشركة فتأخذ حكم المادة 378 الفقرة الأولى من القانون التجاري: " في حالة توقف شركة عن الدفع تطبق العقوبات الخاصة بالتفليس بالتقصير على القائمين بالادارة أو المديرين أو المصفين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، و بوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة، يكونون بهذه الصفة و بسوء نية".

بما أن المشرع لم يخص شركات التضامن بنص خاص. فاذا لم يتم تعيين مدير وبما أن الشريك يكتسب صفة التاجر فإن الأمر يأخذ حكم التاجر الفرد أي الشخص الطبيعي.

2.2.2.مديرو الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة :

إن شركات المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذات الرجل الواحد هي شركات تجارية بمقتضى شكلها، يمكن شهر إفلاسها، والأصل أن الإفلاس لا يلحق إلا الشخص المعنوي (الشركة) على أساس أن الشركاء أو المسيرين أو المديرين، ليست لهم صفة التاجر إلا أن هذه القاعدة لو كانت مطلقة، لضمت المسيرين و المديرين أو المصفين في بعض حالات عدم المعاقبة، وعليه وتجنبا لهذه النتيجة السيئة، أجاز المشرع الجزائري شهر إفلاس المدير أو المسير القانوني أو الواقعي، الظاهري أو الباطني، إذا كان في ظل الشخص ال معنوي و أثناء قيامه بتصرفاته ، قد قام بأفعال بطريق التقصير التي توقف الشركة عن الدفع وبالتالي فإلى جانب شهر إفلاسهم يجوز معاقبتهم بجريمة التفالس بالتقصير وهذا ما نصت عليه المادة 378 قانون تجاري بقولها: " في حالة توقف شركة عن الدفع تطبق العقوبات الخاصة بالتفليس بالتقصير على القائمين بالادارة و المديرين أو المصفين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، و بوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة، يكونون بهذه الصفة و بسوء نية:

-استهلكوا مبالغ جسيمة تخص الشركة في القيام بعمليات نصيبية محضة أو عمليات وهمية،

-أو قاموا بقصد تأخير إثبات توقف الشركة عن الدفع بمشتريات لاعادة البيع بأقل من سعر السوق، أو استعملوا بنفس القصد وسائل مؤدية للافلاس للحصول على أموال،

-أو قاموا بعد توقف الشركة عن الدفع بايفاء أحد الدائنين أو أو جعله يستو في حقه إضرارا بجماعة الدائنين،

-أو جعلوا الشركة تعقد لحساب الغير تعهدات تثبت أنها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعها عند التعاقد و ذلك بغير أن تتقاضى الشركة مقابلا،

-أو أمسكوا أو أمروا بامساك حسابات الشركة بغير انتظام"

ه ذا بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة.

أما فيما يتعلق بأعضاء ادارة شركة المساهمة أو مصفيها فيعاقبون بجريمة التفالس بالتدليس أو بالتقصير اذا توافرت شروطها و هذا طبقا لمقتضيات المادة 380 قانون تجاري التي تنص عما يلي: " تطبق عقوبة التفليس بالتقصير على القائمين بالادارة و المديرين أو المصفين في شركة مساهمة، و المسيرين أو المصفين في الشركة ذات المسؤ ولية المحدودة، و بوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة يكونون بقصد إخفاء كل أو بعض ذمتهم المالية عن متابعتهم من جانب الشركة المتوقفة عن الدفع أو من دائني الشركة يكونون عن سوء قصد اختلسوا أو أخفوا جانبا من أموالهم أو أقروا تدليسا بمديونيتهم بمبالغ ليست في ذمتهم" .

جدير بالذكر أن المشرع لم يستلزم أن تكون الشركة تجارية بحسب نشاطها وعلى هذا الأساس فإن أحكام التفالس تسري على مديري أو مسيري الشركات حتى و لو كانت شركات مدنية ولكنها اتخذت شكل إحدى هذه الشركات، فتخضع لأحكام قواعد القانون التجاري، وبالتالي تطبق عليها قواعد نظام الإفلاس، إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة 03 من القانون التجاري على أنه " يعد عملا تجاريا بحسب شكله: الشركات التجارية " ويتضح من هذا النص أن الشركة تكون تجارية إذا اتخذت شكل الشركة بغض النظر عن موضوعها ما إذا كان مدنيا أو تجاريا.

وبالتالي يمكن القول أن المشرع أحسن صنعا حين أخضع الشركات لقواعد القانون التجاري سواء كانت مدنية أو تجارية لأن الشركة مشروع سواء كان مدنيا أو تجاريا ويحتاج إلى استعمال الوسائل التجارية أي أنه بالضرورة في حاجة إلى الثقة والائتمان فالشركة التي يكون موضوعها مدنيا تحتاج إلى القروض و أن اعتبارها تجارية بحيث الشكل يمكنها من الحصول على ذلك لأن دائنيها سيطمئنون إلى ذلك ويقبلون التعامل معا بينما لو كانت خاضعة لقواعد القانون المدني لأحجموا عن التعامل معها ولما تمكنت من الحصول على الائتمان وهو ما يعيق النشاط الاقتصادي.

3.2.التوقف عن الدفع :

الشرط الثاني المفترض لتجريم الإفلاس إلى جانب توافر صفة التاجر هو شرط توقف (المتهم) المدين عن سداد ديونه.

فالتوقف عن الدفع شرط لشهر المحكمة المدنية (أو التجارية) إفلاس التاجر غير أن ذلك لا يحول دون اختصاص القاضي الجنائي بالفصل في مدى توافر التوقف عن ا لدفع أو عدم توافره بالنظر لكونه شرط مفترض لقيام جريمتي التفالس.

وسنتعرض فيما يلي في مطلب أول لتحديد مفهوم التوقف عن الدفع وفي مطلب ثاني نتعرض للطبيعة القانونية للتوقف عن الدفع وفي المطلب الثالث نتعرض للشروط الواجبة في الدين المتوقف عن دفعه.

1.3.2.مفهوم التوقف عن الدفع :

نصت المادة 215 قانون تجاري على ما يلي :" يتعيت على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص و لو لم يكن تاجرا اذا توقف عن الدفع أن يدلي باقرار في مدى خمسة عشرة يوما افتتاح اجراءات التسوية القضائية أو الافلاس ".

لم يضع القانون التجاري الجزائري تعريفا للتوقف عن الدفع شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي وكذلك القانون المصري، واكتفى بالنص في الماد ة 215 قانون تجاري السالفة الذكر بالقول (يتعين على ...).

و الذي يتبادر إلى الذهن أن اصطلاح التوقف عن الدفع هو عدم سداد المدين لما التزم به في الموعد المحدد لذلك مهما كان سبب هذا التوقف، حتى ولو كان المدين يملك من الأموال ما يزيد عن التزاماته.

وهذا المفهوم كما هو واضح يختلف عن مفهوم الإعسار المدني الذي يؤسس قانونا على استغراق أموال المدين بالديون الواجبة الأداء بحيث يكون مجموع ما يملكه أقل مما عليه من التزامات، وليس عدم سداد المدين لدين عليه في موعده المحدد.

وقد وجد هذا المفهوم اللفظي استجابة في بداية ظهور نظام الإفلاس بالنظر لسهولة إثبات عجز المدين عن الوفاء بالتزامه حالة الأداء إذ ليس على الدائن عند طلب شهر إفلاس مدينه التاجر إثبات توقف مدينه عن دفع دين له فـي ذمة هذا الأخير رغم حلول أجله دون التطرق إلى إثبات مدى قدرته و ملاءته المالية،[14] ص 50.

وكذلك الأمر إذا استمر المدين التاجر في الوفاء بالتزاماته الحالة الأداء رغم اعسساره، فلا شأن للدائن بذلك ولا يملك طلب شهر إفلاسه. ولذلك مر القضاء إلى مرحلة أخرى لمفهوم التوقف عن الدفع وتوصل إلى مفهوم حديث للإفلاس يتمثل في بحث المركز المالي الفعلي للمدين في ضوء مجموع أمواله و البحث فيما وراء توقفه عن الدفع. للوصول إلى ما إذا كان مجرد توقف مادي لفترة طارئة ولأسباب مؤقتة و مجرد امتناع عن الوفاء أو مماطلة أم أن عدم السداد يرجع إلى ارتباك المدين نتيجة مشاكل مالية مستمرة تؤثر بالضرورة على مركزه المالي وانهيار الثقة فيه مما يؤثر مباشرة على الائتمان العام اللازم للمعاملات التجارية وبعبارة أخرى يجب أن يكون عجزه عجزا حقيقيا عن الوفاء بديونه لعدم قدرته عليه ولو كان راغبا في الدفع، و مسألة قدرته على الدفع أو عدم قدرته مسألة وقائع وليست نقطة قانونية تستنتجها المحكمة من الوقائع وللمحكمة سلطة مطلقة في تقدير الظروف والمسائل التي تبنى عليها استنتاجها . فإذا وصلت من بحثها وتقديرها للظروف إلى أن المدين عاجز حقيقة عن الوفاء بديونه لسوء حالته وأنه من المستحيل عليه أن يدفعها أي أن وضعه المالي أصبح ميئوس منه وجب على المحكمة أن تعتبره متوقف عن الدفع وتشهر إفلاسه، أما إذا وجدت أن امتناعه عن الدفع ناتج عن ارتباك وقتي لا يلبث أن يزول أو عن أزمة طارئة يستطيع أن يتغلب عليها و يسدد ما عليه فليس لها أن تشهر إفلاسه.

ولا شك أن سلوك هذا المسلك الحديث لمفهوم التوقف عن الدفع يحقق حماية التاجر والمعاملات التجارية في آن واحد وعدم إصدار الحكم بشهر الإفلاس إلا بعد تأكد المحكمة من وجود مركز مالي مضطرب وليس مجرد توقف لمدين عن أداء دين حال الأداء.

2.3.2.الشروط الواجب توافرها في الدين المتوقف عن دفعه :

لقد نصت المادة 215 قانون تجاري:" يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا إذ توقف عن الدفع".

وقد اشترط هذا النص من أجل تطبيق الإفلاس والتسوية القضائ ية وجود حالة التوقف عن الدفع، دون أن يعين طبيعة الديون والشروط الواجب توافها في الديون التي توقف المدين عن دفعها إلا أنه يمكن استنتاج بعض الشروط يتطلبها الواقع العملي.

ونصت عليها بعض التشريعات الأخرى كالقانون المصري نوردها فيما يلي:

- أن يكون الدين تجاريا
- أن يكون الدين محل الوقوف عن الدفع حال الأداء
- أن يكون الدين محل التوقف عن الدفع غير متنازع فيه.

1.2.3.2. أن يكون الدين المتوقف عن دفعه تجاري:

لم تشترط المادتان 215 و 216 من القانون التجاري الجزائري أن يكون الدين الذي توقف التاجر من طبيعة تجارية أو من طبيعة مدنية إنما اشترطت فقط وجود حالة التوقف عن ال دفع، وعليه يستوي أن يكون الدين من طبيعة تجارية أو من طبيعة مدنية إلا أنه باعتبار أن الإفلاس والتسوية القضائية نظامان يطبقان أصلا على التجار ويطبقان بصورة استثنائية على غير التجار وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية شهر إفلاس التاجر المتوقف عن دفع دين مدني ويجيب عن ذلك القانون المصري الذي اشترط لشهر الإفلاس أن تكون الديون التي توقف التاجر عن دفعها ديونا تجارية فما لم تضطرب هذه الحياة فلا محل لإشهار إفلاسه، فإذا امتنع المدين عن دفع ديون مدينه فإنه لا يعتبر متوقفا عن الدفع ولا يجوز تفليسه شريطة أن يكون مستمرا وق ادرا على دفع ديونه التجارية، إنما يمكن بصفة استثنائية شهر إفلاسه من أجل دين مدني شريطة إثبات توقفه عن دفع دين تجاري.

2.2.3.2. أن يكون الدين محل الوقوف عن الدفع حال الأداء:

تقضي القواعد العامة أن الأجل شرع لمصلحة الدائن والمدين ولا يجوز إسقاط الآجال من أحد طرفي العلاقة المنشئة لهذا الدين وبالتالي يشترط أن يكون الدين واجب الأداء حالا أي مستحق الدفع ومعلوم المقدار وغير مؤجل إلى أجل لاحق ولا معلق على شرط واقف او فاسخ وامتناع التاجر عن وفاء دين عليه توافرت فيه الصفات المذكورة يعرضه للحكم بإشهار إفلاسه

كون امتناعه في هذه الحالة لا يمكن تفسيره إلا بكون المدين عاجزا عن الدفع وذلك لعدم وجود سبب يبرر توقفه، أما إذا كان الدين مؤجلا فللمطالبة به قبل حلول الأجل سابق لأوانه وحق للمدين أن يرفض الدفع ما دام الأجل قائما.

3.2.3.2. أن يكون الدين غير متنازع فيه :

يشترط لشهر الإفلاس أن يكون الدين المطلوب خال من أي نزاع فإذا طولب المدين بدين وامتنع عن أدائه مستندا إلى بطلانه أو انقضائه سواء بالسداد أو التقادم أو المقاصة أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام أو إذا نازع في أجل حلوله وجب على المحكمة أن تقضي برفض دعوى الإفلاس ولا يجوز لها أن تقضي بوقفها حتى يفصل في أمر الدين، فالتنازع نفسه موجب لتأجيل المطالبة بالدين.

3.3.2.إثبات التوقف عن الدفع :

يعتبر التوقف عن الدفع واقعة مادية يستعين القاضي المدني والجنائي في إثباتها بكافة طرق الإثبات، فيمكن أن يستخلص من تحرير احتجاج عدم الدفع دون وجود سبب مقبول لامتناع التاجر عن الدفع وصدور أحكام بالمديونية وتوقيع حجوزات عليه أو اختفاء التاجر أو إغلاق المتجر وإصداره لشيكات بدون رصيد[21] ص 124.

ويعتبر إثبات تلك الواقعة مسألة موضوع متروكة لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

وإذا كان القاضي المدني أو التجاري حرا في إثبات التوقف عن الدفع، فإن ذلك هو حال القاضي الجنائي أيضا عندما يتعرض لإثبات تلك الواقعة باعتبارها شرطا للعقاب عن الجريمة . فالقاعدة هي إذا حرية الإثبات ما دام المشرع لم يستلزم سلوك سبيل الإثبات القانوني (الرسمي).

ولا تلتزم المحكمة سواء كانت مدنية أم جنائية بمدة معينة لا تتعد اها من الناحية الزمنية للقول بتوافر التوقف عن الدفع، فإذا كان القانون قد استلزم مدة ثمانية عشرة شهرا لا يجوز قبلها أن يتمسك الدائنون ببطلان تصرف التاجر في مواجهتهم، فهذا لا يعني أن المحكمة لا تستطيع أن تحكم بإفلاس التاجر أو الشركة في تاريخ سابق على هذه المدة.

الفصل 3
جرائم التفالـــس

ينصرف التجريم في موضوعات التفالس على أنواع من السلوك لم تكن لتقع تحت طائلة التجريم وفقا للقواعد العامة في قانون العقوبات لذلك فإن القواعد العامة في قانون العقوبات غير كافية في تجريم أفعال التفالس ومن مظاهر السلوك الذي لا عقاب عليه وفقا للقواعد العامة والذي ارتأى المشرع العقاب عليه باعتباره تفالسا.

وفي مايلي سوف نتعرف في مبحث أول على مفهوم و أسس التفالس و بعدها نتعرض إ لى جرائم التفالس وسنفرد مبحثا ثانيا لدراسة جريمة التفالس بالتدليس وصورها ونفرد مبحثا ثالثا للتفالس بالتقصير وصورها.

1.3.مفهوم التفالس و أساسه :

قبل التطرق الى تحديد أنواع التفالس التي جرمها المشرع الجزائري يجدر بنا التمهيد الى ذلك و هذا ما يتطلب منا البحث في المقصود بالتفالس الذي يختلف عن لفظ الافلاس الذي محله قواعد القانون التجاري الا أن ذلك وحده لا يكفي مما يستلزم منا تبيان الأسس التي يبنى عليها التفالس و التي تختلف بدورها عن المفهوم التجاري.

لذلك سنتعرض في المطلب الأول الى تحديد مفهوم التفالس على أن نبحث في المطلب الثاني في أسس جرائم التفالس.

1.1.3.مفهوم التفالس :

تقضي القواعد العامة أن تصرف التاجر في أمواله الخاصة مشروعا ولا وجو د لأي قيد على ذلك، فالأصل أن التاجر عندما يتصرف في أم واله لا يمكن متابعته قضائيا ولو انحرف في تصرفه عن سلوك الرجل العادي ولا يمكن ملاحقته وفقا للقواعد المعمول بها في خيانة الأمانة ولا

بجريمة النصيب ولو قام بفعل من الأفعال المجرمة لو كان تاجرا فضلا عن ذلك فإن تجريم السرقة غير متصور انطباقه في هذا المجال[16] ص 25.

وإذا كان الفاعل م دير للشركة، فإنه يصبح متهم بتجريم خيانة الأمانة باعتباره وكيلا عن الشركاء، غير أن هناك من الأفعال ما لا يشكل السلوك المعاقب عليه في خيانة الأمانة أي لا يشكل اختلاسا أو تصرفا أو بالتالي يصعب أن يسري عليه وصف خيانة الأمانة والتي تختلف الفقه في تفسريها ويتجنب القضاء تطبيقها لا تشمل الأفعال التي يرمي تجريم التفالس إلى العقاب عليها[22].

ومن الأفعال التي تقع بطريق الغش من التاجر ومع ذلك لا تعاقب عليها القواعد العامة في قانون العقوبات أن يقر التاجر بديونه لشخص غير دائن إضرارا بالدائنين، حرصا من المشرع على سلامة العمل التجاري أولى عناية خاصة لهذا العمل أكبر من تلك التي أولاها للعمل المدني وتتمثل هذه العناية في وجود صور متعددة للتجريم في مجال العمل التجاري لا يوجد لها مثيل إذا تعلق الأمر يتصرف مدني، وترجع العلة في ذلك إلى أن المشرع قد أن الأم ر يتعلق بحماية الائتمان والثقة اللصيقين بالعمل التجاري وليس فقط بمصالح خاصة.

ولم يعرف المشرع الجزائري الجريمة بصفة عامة مساير التشريعات الحديثة وترك الأمر للفقه والقضاء.

ويعرفها الفقه على أنها انتهاك حرمات قانون من قوانين الدولة بفعل خارجي صادر عن إنسيان لا يبرره القيام بواجب ولا ممارسة الحق [07].

2.1.3.أسس جرائم الإفلاس :

تقوم جرائم الإفلاس على قاعدتين أساسيتين وهما:

- قاعدة تخصيص أموال المدني المفلس للوفاء بديونه التجارية ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي غل يد المد ين عن التصرف في أمواله والتضييق عليه لمنعه من الأضرار بحقوق دائنيه، وذلك لتعلق حقوق جماعة الدائنين بهذه الأموال، بحيث تصبح على هذه الحالة مرصودة لغرض معين وهو الوفاء بديون المفلس وقد أراد المشرع بهذه القاعدة الحيلولة بين المدين المفلس وبين ألأضرار بحقوق دائنيه، حيث رتب على صدور حكم الإفلاس علي يد المدين

عن التصرف بأم واله وإدارتها، فلا يستطيع العبث بأمواله أو إخفائها أو تهريبها أو إجراء تصرفات عليها من شأنها إضعاف الضمان العام الذي يقرره القانون حماية لجماعة الدائنين ولذلك فقد ترك القانون لجماعة الدائنين حرية التصرف بأموال مدينهم المفلس، فهم الذين يتولون إدارتها عن طريق وكيل يعين لهذا الغرض ولم يتوقف المشرع عند غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف بها في الفترة اللاحقة على صدور الحكم بشهر الإفلاس فحسب لسد الطريق على المدين حتى لا يضر بالدائنين متى ما شعر باختلال مركزه المالي ومتى ما أوشك على الإفلاس، أي في الفترة التي تسبق صدور حكم شهر الإفلاس والتي يطلق عليها اسم فترة الريبة، وهي الفترة الواقعة ما بين تاريخ التوقف عن الدفع وبين صدور الحكم بشهر الإفلاس [02] ص 794 فقد يعمد التاجر المدين إلى التصرف بأمواله خلال هذه الفترة تصرفا ضارا بالدائنين وقد يعمد إلى إخفاء أمواله والتنوع بها أو بيعها بيعا صوريا بقصد إبعادها عن الضمان العام المقرر لدائنيه على أمواله ولذلك رتب المشرع على جميع ما يصدر عن المفلس من تصرفات خلال هذه الفترة و ما بعدها بطلان تلك التصرفات او أوقف نفاذها في حق جماعة الدائنين وفقا لقواعد القانون التجاري المادة 247 قانون تجاري جزائري التي تنص على أنه : " لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من التصرفات الصادرة من المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع.

- كافة التصرفات الناقلة للملكية المنقولة أو العقارية بغير عوض،
- كل عقد معاوضة يجاوز فيه التزام المدين بكثير التزام الطرف الآخر.
- كل وفاء مهما كانت كيفيته لديون غير حالة بتاريخ الحكم المعلن بالتوقف عن الدفع
- كل وفاء لديون حالة بغير الطريق النقدي أو الأوراق التجارية أو بطريق التحويل أو غير ذلك من وسائل الوفاء العادية ،
- كل رهن عقاري اتفاقي أو قضائي و كل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين لديون سبق التعاقد عليها.

و يجوز للمحكمة علاوة على ذلك الحكم بالتمسك قبل جماعة الدائنين بالعقود بغير عوض المشار اليها في الفقرة الأولى من هذه المادة و المحررة في ظرف الستة أشهر السابقة للتوقف عن الوفاء.

تاريخ التوقف عن الوفاء تحدده المحكمة التي قضت بالتسوية القضائية أو بشهر الافلاس، و لا يكون هذا التاريخ سابقا لصدور الحكم بأكثر من ثمانية عشر شهرا".

و ذلك حماية للدائنين وتطبيقا لقاعدة تخصيص أموال المفلس للوفاء بديونه إضافة إلى الحماية الجزائية المقررة لكل تصرف مشوب بالتقصير والإهمال أو مقرون بالاحتيال الصادر عن المدين المفلس بقصد الإضرار بالدائنين.

- قاعدة المساواة بين الدائنين ومنعهم من التزاحم والتشاحن عند التنفيذ على أموال المدين ولذلك فقد عمل المشرع على حماية الدائنين من أنفسهم فأوجب نشر وشهر حكم الإفلاس حتى يصل إلى علم كل دائن حتى يعلم ويتنبه إلى حقوقه فيسرع إلى المساهمة مع جماعة الدائنين في المطالبة بها وتحقيقا لقاعدة المساواة بين الدائنين فقد أقام المشرع أيضا رابطة بين الدائنين فربطهم في جماعة ومنعهم من اتخاذ إجراءات فردية ضد للمدين، فرتب على صدور حكم الإفلاس قاعدة تذوب بمقتضاها شخصية الدائن في شخصية الجماعة وتتوقف الإجراءات الفردية وتطبيقا لقاعدة المساواة بين الدائنين يحصل كل دائن على نصيب من دينه مساو لنسبة دينه من مجموع أموال المدين المفلس ، وذلك في حالة عدم كفاية أموال المفلس للوفاء بجميع ديونه (المادة 245 من القانون التجاري)التي تقضي بما يلي : " يترتب على الحكم بشهر الافلاس أو التسوية القضائية وقف كل دعوى شخصية لأفراد جماعة الدائنين، و بناء على هذا توقف منذ الحكم كل طرق التنفيذ، سواء على المنقولات أو العقارات من جانب الدائنين الذين لا يضمن ديونهم امتياز خاص أو رهن حيازي أو عقاري على تلك الأموال، أما الدعاوى المنقولة أو العقارية و طرق التنفيذ التي لا يشملها الايقاف فلا يمكن متابعتها أو رفعها الا ضد وكيل التفليسة أو إن كان للمحكمة أن تقبل المفلس كخصم متدخل، و في التسوية القضائية لا يكون ذلك الا ضد المدين و وكيل التفليسة معا ".

فتقوم جرائم الإفلاس إذا متى تم اعتداء على هاتين القاعدتين السالفتين فهي : إما بإخراج لبعض أموال المدين المفلس بأي فعل كان أو تصرف قانوني من إمكانية التنفيذ المخولة لجماعة الدائنين، وأما إخلال بمبدأ قانوني يتمثل في مبدأ المساواة بين الدائنين بتمكين أحدهم أو بعضهم من الحصول على نصيب يزيد عما يستحقه من أموال المفلس [11] ص 593، والاعتداء على إحدى هاتين القاعدتين إما أن يتم نتيجة الإهمال أو التقصير أو الخطأ، وإما أن يقترن الاعتداء بأفعال الاحتيال أو التدليس هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد يتم الاعتداء على إحدى هاتين القاعدتين من

قبل المدين نفسه أو أن يتم من قبل الغير الذي تدفعه مصلحته لذلك أو الذي يقدم على الاعتداء مساعدة للمفلس أو تعمد للأضرار بالدائنين.

2.3.الإفلاس بالتدليس :

يقصد بالتفالس بالتدليس ارتكاب التاجر (أو مدير الشركة) الذي توقف عن الدفع عمدا عملا من الأعمال ا لتي حددتها المادة 374 من القانون التجاري التي تنص على مايلي :" يعد مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته أو بدد أو اختلس كل أو بعض أصوله أو يكون بطريق التدليس قد أقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته".

وهذه الأفعال يعاقب عليها نص المادة 383 من قانون العقوبات بموجب الإحالة الواردة في نص المادة 369 من القانون التجاري التي تقضي بما يلي:"تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 383 من قانون العقوبات على الأشخاص الذين تثبت ادانتهم بالتفليس بالتقصير أو بالتدليس " وللإشارة فقد ورد نص المادة 374 عاما ومطلقا وبالتالي يمكن القول بأنه ينطبق على كل شخص سواء كان تاجرا فردا أو مدير شركة أو مصفيا إذ يكفي للإحالة على المادة 383 من قانون العقوبات أن يحكم عليه بجريمة الإفلاس بالتدليس.

وبالإضافة إلى شروط المتابعة المتمثلة في شرط التوقف عن الدفع وشرط اكتساب صفة التاجر التي سبق وأن تعرضنا اليها في الفصل الثاني تحت عنوان شروط تجريم الافلاس ، فسوف نتعرض فيما يلي إلى أركان هذه الجريمة أي الركن الشرعي لها و ركنها المادي و كذا الركن المعنوي .

1.2.3.الركن الشرعي للجريمة :

نصت المادة 369 من القانون التجاري على أنه " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 383 من قانون العقوبات على الأشخاص الذين تثبت ادانتهم بالتفليس بالتقصير أو بالتدليس"

و نصت المادة 383 من قانون العقوبات التي تحيل عليها الماد ة 369 قانون تجاري على أنه " كل من قضي بارتكابه جريمة الإفلاس في الحالات المنصوص عليها في قانون التجارة يعاقب:

-عن الإفلاس البسيط بالحبس من شهرين إلى سنتين،

-عن الإفلاس بالتدليس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات.

و يجوز علاوة على ذلك أن يقضى على المفلس بالتدليس بال حرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 لمدة سنة على الأقل و خمس سنوات على الأكثر."

و نصت المادة 374 قانون تجاري على أنه " يعد مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته أو بدد أو اختلس كل أو بعض أصوله أو يكون بطريق التدليس قد أقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته. "

و استنادا إلى النصوص القانونية السالفة يتضح أن المشرع قد وضع مبدأ عاما بموجب النص الأول يتمثل هذا المبدأ في تجريم أفعالا معينة حددها على سبيل الحصر لا يجوز التوسع فيها و لا تفسيرها و لا القياس عليها.

و عاقب على الإفلاس التدليسي و اعتبره جنحة بموجب نص المادة 383 من قانون العقوبات و حدد لها عقوبة الحبس من سنة إلى خمسة سنوات كعقوبة أصلية و أضاف لها عقوبات تكميلية إذ أجاز للقاضي أن يحكم بالإضافةإلى عقوبة الحبس السالفة على من حكم عليه بالحرمان من حق أو أكثر الواردة في نص المادة 14 من قانون العقوبات.

و حددت المادة 374 قانون تجاري الأفعال المجرمة التي تكون الركن المادي للجريمة و هذه الأفعال هي:

- اخفاء دفاتره المحاسبية

- تبديد اواختلاس قسم من المال

- الاقرار بديون غير واجبة

و تجدر الإشارة إلى أن هذه الأفعال وردت على سبيل الحصر فلا يجوز للقضاء القياس عليها كما يجوز التوسع في تفسيرها تطبيقا للقواعد العامة في المواد الجنائية.

2.2.3.الركن المادي للجريمة :

الركن المادي هو نشاط الفاعل الإجرامي الذي يكون جسم الجريمة[07] ص 203 بحيث لا يتصور قيامها بدونه، وبما أن المشرع الجزائري بتقريره العقاب على جرائم الإفلاس، قد أراد الحيلولة دون قيام التاجر المفلس إلحاق الضرر بدائنيه، فإن الركن المادي لهذه الجريمة يقوم على فكرة أساسية هي- الإضرار بالدائنين عن طريق العبث بالذم ة المالية ومحاولة إخفاء ذلك العبث، وكذلك فإن كل فعل يقدم عليه التاجر المفلس ويحدث إنقاصا لعناصر ذمته المالية الايجابية أو إنقاصا لعناصرها السلبية، أو إخفاء الأدلة على العبث بشكل الركن المادي لهذه الجريمة [11] ص 624.

وإذا كان المبدأ العام في التجريم والعقاب يقرر أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح في القانون " فتكون النتيجة أن ليس كل فعل يرتكبه المفلس بقصد الغش والإضرار بالدائنين يصح لأن يكون أساسا للركن المادي للإفلاس التدليسي بل يجب أن يكون هذا الفعل قد نص عليه القانون وأورده على سبيل الحصر في صلب نصوصه وبهذا لا يتحقق الركن المادي للجريمة.

وقد حدد المشرع الجزائري شأنه شأن التشريع اللبناني والفرنسي عناصر الركن المادي للجريمة بموجب نص المادة 374 من القانون التجاري الجزائري المذكورة آنفا.

ويتضح من هذا النص أن الركن المادي لجريمة الإفلاس بالتدليس يتكون من العن اصر التالية:

- إخفاء دفاتر المحاسبية
- تبديد أو اختلاس قسم من المال
- الإقرار بديون غير واجبة

وسوف نتكلم فيما يلي كل فعل من هذه الأفعال:

1.2.2.3.إخفاء الدفاتر:

تعتبر الدفاتر التجارية وسيلة أساسية لإمكانية الإطلاع على المركز المالي الحقيقي للتجار وبالتالي فهي م رآة تعكس وضعه المالي بمجرد الإطلاع عليها نظر للقيود التي يقوم بها التاجر يوميا على هذه الدفاتر وخاصة إذا تم مسكها بطريقة منتظمة ودقيقة والدليل الأمثل لتحديد معنى فعل الإخفاء والغرض الذي يهدف إليه المشرع من تقرير العقاب على إخفاء الدفاتر يفسر بحرص المشرع على ضمان وصول تلك الدفاتر كالملة غير مشوبة بأي تلاعب أو عبث، إلى الدائن

ويعرف الدكتور فريد المشرقي الإخفاء بأنه كل فعل يأتيه التاجر المفلس ويحول به دون وصول الدائنين أو وكلائهم إلى دفاتره، بقصد إزالة الأدلة على حقيقة وضعه المالي[10] ص 34 فهذا التعريف يستلزم قيام المفلس بوضع دفاتره في مكان سري، بحيث لا يتمكن الدائنون أو وكلائهم الوصول إليها والإطلاع عليها، ويستوي في ذلك أن يكون المكان داخل محله التجاري أو خارجه، فيتحقق فعل الإخفاء إذا وضع المفلس دفاتر محله التجاري ولكن في غير المكان المعد لها أو وضعها في منزله، ما دامت في كلتا الحالتين بعيدة عن متناول أيدي الدائنين، ولا يقتصر فعل الإخفاء على تخبئة الدفاتر التجارية فحسب وإبقائها بعيدة عن إطلاع الدائنين أو وكلائهم، بل يمتد أيضا ليشمل كل فعل يأتيه التاجر المفلس وينصب عل ى دفاتره التجارية ويكون من شأنه تجهيل مركزه المالي، كإعدام الدفاتر أو محوها أو إجراء تغييرات فيها لتغيير حقيقتها ويفترض فعل الإخفاء موضوعا معينا ينصب عليه هو الدفاتر التجارية، ونشاطا يقوم به الفاعل وهو الإخفاء على الصورة المحددة سابقا، ولا يشترط أن ينصب فعل الإخفاء على الدفاتر الإلزامية ، فـتتحقق الجريمة سواء وقع فعل الإخفاء على الدفاتر الإج بارية المنصوص عليها في المادة 09 قانون تجاري أو على الدفاتر الاختيارية والأوراق والمستندات التي تثبت حالة التاجر المالية والتي تبين ما له وما عليه ولا يشترط كذلك أن ينصب فعل الإخفاء على جميع دفاتره، فتحقق الجريمة وتقوم إذا كان فعل الإخفاء جزئيا بل أن إخفاء دفتر واحد له أهمية كبيرة في كشف حقيقة مركز التاجر يجعل من فعل الإخفاء قائما[16] ص 31.

وقد اختلف الفقه حول تحديد مدلول فعل ألإخفاء فيرى الفقه المصري بصفة عامة بأن فعل الإخفاء يتحقق عندما يقوم المفلس على تخبئته دفاتره أو نقلها من مكانها بحيث لا يتمكن الدائنون أو وكلائهم من الإطلاع عليها، ويفترضون بأن هذه الدفاتر موجودة تحت يد المفلس إلا أن عدم وضعها في المكان المعد لها قد ادى إلى عدم تمكن الدائنين من الإطلاع عليها، والأكثر من ذلك

أن بعض الفقه المصري يرى أن فعل الإخفاء يتحقق لمجرد امتناع التاجر عن تقديم دفاتره متى طلبت منه للإطلاع عليها، بالرغم من وجودها في المكان المعد لها، ولذلك فإن لفعل الإخفاء مفهوما ضيقا لديهم يقتصر على إبعاد الدفاتر عن متناول أيدي الدائنين بالرغم من وجودها بحوزة المدين المفلس[06] ص 669، ويرى الفقه السوري واللبناني أن لفعل الإخفاء مدلولا واسعا، يتمثل في كل فعل يأتيه المفلس ويكون من شأنه إبعاد الدفاتر أو محتوياتها عن اطلاع الدائنين، يستوي في ذلك أن يتم هذا الفعل عن طريق تخبئة الدفاتر أو نقلها، أو عن طريق إعدامها، كتمزيقها أو إحراقها أو تجزئتها أو محوها أو شطبها، بحيث يصعب استخلاص المعلومات منها عن حقيقة وضع التاجر، ويعتبرون من قبيل الإخفاء أيض ا زوال الدفاتر نتيجة لفقدها أو لإهمال المدين، أو لأي ظرف آخر غير مقصود.

ويرى جانب من الفقه وهو ما نرجحه، بأنه ينبغي تفسير فعل الإخفاء على ضوء سبب العقاب، وهو تجهيل الدائنين وعدم تمكينهم من معرفة المركز الحقيقي لمدينهم المفلس، والذي قد يتم عن طريق إخفاء الدفاتر أيا كانت الوسيلة سواء التخبئة أو النقل أو التمزيق أو المحو والكشط أو بأي وسيلة أخرى، وهذا الوضع شبيه بسبب العقاب المقرر لإخفاء الدفاتر بقصد إخفاء أو تهريب الدخل الخاضع للضريبة.

ولا يدخل مفهوم الإخفاء عدم إمساك الدفاتر التجارية أصلا، ذلك إن الإخفاء يتطلب موضوعا ينصب عليه وهو الدفاتر، ولا يؤثر وقت حصول الإخفاء على قيام الجريمة لأن الضرر الذي يصيب الدائنين لا يختلف باختلاف وقت ارتكاب الفعل، فقد يقع قبل ال توقف عن الدفع أو بعده، فلا يؤثر ذلك في اعتبار فعل الإخفاء ركنا للإفلاس بالتدليس، ما دام أن التوقف عن الدفع لا يعد النتيجة الجرمية للإفلاس بالتدليس كما سبق وأن تطرقنا لذلك.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن جريمة التدليس التي تنجم عن فعل الإخفاء هي جريمة مستمرة ولا تنتهي حالة الاستمرار فيها إلا عند انتهاء إعمال التفلسة، وعندما يصبح الدائنون أو وكلائهم بغير حاجة إلى هذه الدفاتر، أي عندما يسقط عن المفلس واجب تقديمها بعد أن أصبح هذا التقديم غير ضروري ولا قيمة له، ففي ذلك الوقت تصبح الجريمة تامة ويبدأ حساب التقادم بالس ريان، ويختص قاضي الموضوع وحده بالفصل في توافر فعل الإخفاء باعتباره واقعة الدعوى ولا معقب عليه فيما يقضي به.

2.2.2.3.تبديد أو اختلاس قسم من المال :

ترجع العلة من التجريم إلى أن التاجر يضمن في أمواله الخاصة ديون تجارية متى كان التاجر منفردا أو شريكا متضامنا في شركة، كذلك فإن التجريم يسري بالنسبة لمدير الشركة، حتى ولو لم يكن شريكا متضامنا، وفقا لأحكام القانونية كما سبق الإشارة إليه، لهذا فإن تصرف التاجر (أو مدير الشركة) في أمواله الخاصة يضر بحقوق الدائنين لأنه يقع على الضمان العام، وقد أراد المشرع بهذا التجريم أن يعمل المدين التاجر الفرد وكذلك مدير الشركة عن التصرف في أمواله التي تشكل الضمان العام للدائنين[15] ص 130.

تشمل هذه الصورة على فعلين ولكل فعل مدلوله الذي يختلف عن الآخر، ولكنها جميعا تؤدي إلى نتيجة واحدة، وهي عدم تمكن الدائنين من التنفيذ الجماعي على أمو ال مدينهم المفلس، ذلك أن أموال المدين تعتبر الضمان العام المقرر لجماعة الدائنين لاستيفاء ديونهم منها كل بنسبة دينه وقد اعتبر القانون هذه ألأفعال صورة للركن المادي للإفلاس بالتدليس كي يضمن للدائنين طريق الوصول إلى كل أموال المفلس دون أن تمتد يده إليها بالت لاعب وللاختلاس في الإفلاس التدليسي معنى خاصا يختلف عن معناه المتعارف عليه في سائر جرائم الأموال، ويبدو لنا أن استعمال هذه العبارة غير ملائم ذلك أن المال ملك للتاجر وانه في حيازته في نفس الوقت، وبالتالي يبدوا لنا أنه لا يقصد بلفظ الاختلاس بشكل عام الاستيلاء على مال الغير كما هو الحال في السرقة والاحتيال وإساءة الائتمان ذلك لأن المال موضوع جريمة الإفلاس هو ملك خاص للمفلس وليس للغير ولذلك فالمقصود من إختلاس المال هنا التعديل من وضعه المادي أو القانوني بهدف إقصائه عن أيدي الدائنين وإضعاف الضمان العام المقرر لهم تبعا لذلك، فهذا المفهوم يفيد تحويل الأموال المملوكة للمفلس عن المصير الذي ينتظرها أو الغاية التي خصصت لها، فكل فعل يرتكبه المفلس ويريد به إبعاد أمواله عن متناول أيدي الدائنين يعتبر اختلاسا ويدخل ضمن هذا المفهوم، وبما أن الاختلاس حسب المدلول السابق يؤدي إل ى حرمان الدائنين من الوصول إلى أموال المفلس، فهو إذن ينطوي دائما على تصرف سواء كان ماديا أو قانونيا إذ في كلا الحالتين يصبح من الصعوبة على الدائنين استعمال حقهم في التنفيذ الجماعي على أموال المدين المختلس.

وتطبيقا لهذا المفهوم يعتبر اختلاسا بيع المال بمقاب ل زهيد أو هبته للغير أو إتلافه بأية صورة كانت أو التخلي عنه، فالتاجر الذي يبرئ مدينا له من دينه يعتبر مرتكبا للاختلاس وبالتالي مفلسا بالتدليس، ويتحقق الاختلاس هنا سواء خرج المال من حيازة التاجر بتمكين شخص من

حيازته ،أو ظل في حيازته ولكن بغير مكانه الطبيعي المتعارف عليه، وسواء كان التصرف بمقابل أو بغير مقابل أو بمقابل غير عادل، ولكن الدائنون لم يتمكنوا من التنفيذ عليه بسهولة [16] ص 626.

ولا عبرة لوقت وقوع فعل الاختلاس على قيام الجريمة، فقد يقع الفعل قبل صدور حكم شهر الإفلاس وقد يقع بعده، فلا أثر لذلك على قيام الجريمة[17] ص 491.

ومن الخطأ القول بأن فعل الاختلاس لا يمكن وقوعه، إلا قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس وقبل رفع يد المدين عن إدارة أمواله كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه المصري.

وتتحقق الجريمة سواء استفاد المدين المفلس من الإختلاس أم لم يستفيد منه، فالعبرة بالضرر الذي وقع على الدائنين وليس بالفائدة التي تعود على المفلس، ونتيجة لذلك تتحقق الجريمة قبل المفلس إدا وهب أمواله أضرارا بدائنيه، ولا يشترط ان تبين المحكمة عدد الأشياء المختلسة أو قيمتها في الحكم.

فإذا ثبت الحكم أن المفلس أخذ شيئا من ماله بغير علم وكيل الدائنين اعتبرت أسباب الحكم كافية ولا يجوز نقضه.

ويقصد بالتبديد استهلاك المفلس لأمواله بطرق عشوائية أو تعريضها للتلف دون أن تكون محلا لتصرف قانوني أو مادي ويعتبر التبديد صورة من صور الإختلاس. ولا تأثير لطبيعة المال على قيام فعل التبديد، فقد يكون منقولا أو عقارا وقد يكون ماديا وقد يكون مجرد حق ولكن الشرط الأساسي أن ينصب الفعل على مال من أموال التفليسة، إما إذا أنصب على مال لا ينتمي للتفليسة، فلا تقوم الجريمة كما لو أنصب على مال مملوك لزوجة المفلس، ولا تقوم الجريمة أيضا إذا تعلق الفعل بمال حصل عليه المفلس بطريق غير مشروع، كالسرقة أو الاحتيال وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنه لا عبرة لوقت وقوع الفعل على قيام الجريمة فسواء وقع قبل التوقف عن الدفع أو بعده فلا تأثير لذلك على قيام الجريمة ما دام أن التوقف عن الدفع لا يعد نتيجة إجرامية ولطالما أن الضرر الذي يصيب الدائنين في كلا الحالتين واحد.

3.2.2.3.الإقرار بديون غير واجبة :

لقد جرم المشرع الأفعال السالفة الذكر وكذلك جرم فعل الإقرار بديون غير مستوجبة واعتبرها صورة من صور الركن المادي لجريمة التفالس بالتقصير فقد شمل الحظر على التاجر أو الشركة تخفيض أصول الذمة المالية التي هي الضمان العام الذي يعول عليه الدائنون عند تعاملهم مع التاجر المفلس أو الشركة المفلسة.

فكما حظر تخفيض هذه الأصول بطريق الغش فإنه يعاقب كذلك على زيادة الخصوم بطريق الغش عن طريق الإقرار بديون وهمية أو صورية أي أن التاجر يقع تحت طائلة التجريم حين يقر عن طريق الكذب ، حيث يلجأ إلى الإقرار على غير الحقيقة بأنه مدين للغير بمبالغ حتى يقلل من الضمان المقرر للدائنين، وكان من الضروري تجريم هذا السلوك والذي من شأنه تقليل الضمان المقرر للدائنين والواقع أن الأمر لا يقتصر على مصالح الدائنين فقط بل يتعداه إلى حماية المصلحة العامة المتمثلة في حماية الائتمان العام وضمان حسن سير التجارة[10] .

ويستوي لوقوع النشاط الإثم إن يقر المدين كتابة بذلك أو يدون هذه المديونية في ميزانيته أو في دفاتره التجارية أو في غيرها من الأوراق، بل يكفي لوقوع الجريمة أن يقر التاجر شفاهة بهذه المديونية، وكما تقع الجريمة بنشاط إيجابي يتمثل في ذلك الإقرار فإنها تقع أيضا بنشاط سلبي، إذا امتنع التاجر عن تقديم أوراق أو إيضاحات مع علمه بما يترتب على ذلك الامتناع من أنه يصبح مدينا للغير على غير الحقيقة بمبالغ في ذمته لهم، ويشترط ليتم الإقرار توافر نية الغش عند وجود هذا الدين الصوري عادة، غير أنه لا يلزم هذا التلازم في كافة الأحيان، فقد يولد الدين صوريا دون توافر نية الغش أي قصد الإضرار بالدائنين كتوقيع التاجر على سندات مجاملة ولكنه يقر بصحة هذه السندات أو يمتنع عن بيان صوريتها عندما يتوقف عن الدفع

3.2.3.الركن المعنوي للجريمة :

يقصد بالركن المعنوي هو ارتكاب الشخص فعلا يجرمه القانون و يحدد له عقوبة معينة، و قد يكون الفاعل عند ارتكابه الفعل يقصد ارتكاب الفعل و تحقيق النتيجة التي تترتب عليه كما قد يرتكب الشخص الفعل دون أن تتجه إرادته إلى ارتكابه أو دون أن يقصد تحقيق النتيجة. و بالتالي تقسم الجرائم أصلا إلى جرائم عمدية أو قصدية و جرائم غير قصدية، و تكون الجريمة قصدية كما عرفها الفقه الحديث متى كان المتهم يعلم بعناصر الجريمة و اتجهت إرادته إلى تحقيق تلك النتيجة أو قبولها.

و يتضح من هذا التعريف انه يلزم عنصرين لقيام القصد الإجرامي و هما العلم و الإرادة . أي علم الفاعل بأنه يرتكب فعلا يجرمه القانون، و إن يوجه إرادته إلى ارتكاب الجريمة بكامل أركانها و ظروفها و عناصرها . و هذا هو القصد العام في ابسط صورة و هو يكفي وحده لقيام الجريمة المقصودة. و لكن القانون في بعض الجرائم المقصودة يتطلب بالإضافة إلى القصد العام قصدا خاصا بحيث يترتب على تخلفه عدم قيام القصد الجنائي و قد عرف بعض الفقه القصد الجنائي الخاص على أنه " الغرض الخاص الذي يسعى الفاعل إلى تحقيقه من وراء جريمة في بعض الجرائم"

و لذلك يمكن أن تصنف الجرائم المقصودة بحسب القصد الجنائي اللازم لها ا لى نوعين: جرائم يكفي لقيامها توافر القصد العام على عنصري العلم و الإرادة، و هذه تمثل الطائفة الكبرى من الجرائم المقصودة، و من أمثلتها جرائم الاحتيال و التدليس و الغش، فالأصل فيها عمدية، و جرائم تتطلب لقيامها توافر القصد الخاص إضافة إلى القصد العام، و هذه تمثل الفئة القليلة من الجرائم المقصودة، و يدخل في نطاقها الإفلاس التدليسي . فهي تستلزم توافر القصد الخاص و القصد العام و لا يكفي الخطأ لقيامها . أما القصد العام في هذه الجريمة، فقوامه، علم المدعى عليه بأن المال الذي إنصب عليه فعله، هو أموا ل التفليسة أو أن الدين الذي اعترف به غير متوجب عليه، و اتجاه إرادته إلى تحقيق الفعل و النتيجة، فينتفي القصد و لا تقوم الجريمة في حال اعتقاد المدعى عليه أن المال مملوكا لأحد أفراد أسرته، و إذا اعتقد أن المال الذي أقر به متوجب عليه.

و أما القصد الخاص فيقوم ع لى توافر نية الإضرار بالدائنين، أي اتجاه نية التاجر عند ارتكاب الفعل المادي إلى إلحاق الضرر بالدائنين، فيكون يبغي من وراء إخفاء دفاتره أو إعدامها أو تغييرها تضليل الدائنين و منعهم من الوقوف على حقيقة مركزه المالي و يهدف من اختلاس أمواله حرمان الدائنين من بعض عناصر الضمان العام المقرر لهم، و يهدف من الاعتراف بديون غير واجبة الأداء تقليل قدر النصيب الذي يحصل عليه كل دائن عند بيع الأموال و توزيع ثمنها.

و ينتفي هذا القصد، إذ تبين أن المدعى عليه لم يستهدف بفعله الإضرار بدائنيه، كان يثبت أن المدين قد نقل قسما من ماله إلى الخارج، لوجود فرص استثمار أفضل و يقع عبء إثبات القصد الجنائي على النيابة العامة و لمحكمة الموضوع السلطة لتقدير الأدلة التي تقدمها النيابة العامة و الظروف لملابسة للدعوى لاستخلاص القصد الجنائي و عليها أن تفصل في ذلك، فمادام

أن هذا القصد يشكل ركنا في جريمة الإفلاس ألتدليسي، فمن الواجب إثباته في جميع الأحوال و لا يجوز افتراضه.

و يجب عدم الخلط بين وقوع الضرر أو احتمال وقوعه كشرط للمتابعة الجزائية و بين قصد الإضرار بالدائنين كقصد إجرامي للإفلاس بالتدليس. فكلاهما ركن للجريمة و قيام احدهما لا يغني عن الآخر، فيجب أن يترتب عن الفعل المادي ضرر للدائنين، أو على الأقل احتمال وقوعه، و يجب أيضا أن تتجه نية التاجر إلى إحداث الضرر للدائنين . فإذا انتفى أحد الركنين فلا تقوم الجريمة.

3.3.الإفلاس التقصيري

يقصد بالتفالس بالتقصير أن ينسب إلى التاجر فعل من الأفعال التي حددتها المادة 370 من القانون التجاري والتي تكشف عن خطأ صدر من الفاعل في ادارته لتجارته .وقد رأينا فيما سبق أن القانون قد عاقب المفلس المدلس بسبب تعمده الإضرار بدائنيه . أما علة العقاب في الإفلاس التقصيري فتمكن في الإدارة السيئة للمشروع التجاري التي أدت إلى ارتباك أعمال التاجر و تعريض حقوق الدائنين للضياع .

فيفترض في التاجر بذل العناية و الحرص اللازمين في إدارة تجارته فإذا أهمل أو أقدم على تصرفات دون تبصر في حين كان بوسعه ذلك ، أو كانت تصرفاته غير ملائمة للوضع الاقتصادي لمشروعه و لم يكن يقدم عليها تاجر معتاد في مثل ظروفه،فعندئذ تقوم مسؤوليته الجزائية وتقوم بحقه جريمة الإفلاس التقصيري لتحقق سائر عناصرها . و الغرض من تجريم الإفلاس التقصيري هو حمل التجار على بذل العناية و الحرص اللازمين و حسن تقدير مدى ملائمة تصرفاتهم للأوضاع الاقتصادية لمشروعاتهم التجارية . و توجيههم بذلك إلى مراعاة حقوق دائنيهم و الاهتمام بالتزاماتهم عن طريق صيانة أموالهم.

ونستنتج مما تقدم أن جرائم الإفلاس التقصيري غير عمدية ، ومع ذلك فهي اساس مسؤولية المدين في حال توافر عناصرها ، باعتبار أن مسؤولية المدين تقوم على أساس افتراض إهماله ، و عدم حرصه وبذله العناية المطلوبة بأوضاعه المالية ، و التي يجب أن تتناسب مع الأوضاع الاقتصادية السائدة و إذا كانت جميع حالات الإفلاس االتدليسي وجوبية، فإن حالات الإفلاس التقصيري على خلاف ذلك فبعضها وجوبي و بعضها الآخر جوازي.

ويعتبر تجريم ا لتفالس بالتقصير تدخل من المشرع في ادارة المشروعات التجارية وفي ادارة المدير للشركة، ويظهر حرصه على نجاح العمل التجاري،سواء اتخذ شكل المشروع الفردي او شكل الشركة وذلك حماية للا ئتمان الذي تتطلبه المعاملات التجارية وذلك حماية للمعاملات الاقتصادية بصفة عامة القي تعتبر المعاملات التجارية المحرك الاساسي لها وهو الدافع الذي ادى بالمشرع الى مثل هذا التدخل من اجل ان يوفر للمعاملات التجارية الى جانب الحماية المدنية المتمثلة في الافلاس البسيط حماية جنائية.

و الإفلاس التقصيري كأي جريمة يقوم على ركن معنوي أساسه الخطأ أو التقصير من طرف التاجر المفلس، وعلى ركن مادي قوامه الفعل الذي يقدم عليه المفلس، هذا بالإضافة إلى ضرورة توافر الصفة التجارية و قيام حالة التوقف عن الدفع وهي الشروط التي سبق وان تطرقنا اليها ، و اللذان يعتبران من شروط الحكم و العقاب في جرائم الإفلاس بصفة عامة .

والملاحظ ان تمييز المشرع الجزائري بين الإفلاس التقصيري الوجوبي والافلاس التقصيري ألجوازي ليس له ما يبرره . ذلك أن التفرقة بين نوعي الإفلاس التقصيري و جعل بعض حالاته وجوبيه وبعضها الآخر جوازية، يتعارض مع المبادئ العامة في التجريم و العقاب . فإذا ما استجمعت الجريمة سائر عناصرها وأركانها ، وجب استحقاق العقوبة عليها . فالجريمة واقعة قانونية، والعقوبة أثرها الحتمي ولا يجوز الفصل بينهما . كما أن التفرقة السابقة تعطي للقاضي سلطة تحكمية فله أن يدين أو يبرئ دون أن يكون ملزما بتسبيب حكمه على الرغم من توافر سائر أركان الجريمة .

ويرى بعض الفقه بأن التفرقة بين نوعي الإفلاس التقصيري، تكمن في أن القانون قد قدر أن كل حالة من حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي تعد جسمية بحد ذاتها و هي تفترض الخطأ . في حين أن ثبوت إحدى حالات الإفلاس التقصيري الجوازي لا يع ني سوى توافر الركن المادي أو الخطأ ، فيعود للقاضي سلطة التحقق من توافره ، فإن تبين له أنه لم يصحب فعل المفلس خطأ قضى بالبراءة و أن اتضح له بأنه مصحوب بالخطأ حكم بالإدانة [02] ص 225 .

وسنعالج فيما سيأتي الركن المادي للافلاس التقصيري ونبن حالاته وسنستند في ذلك الى نص المادة 370 من القانون التجاري وبناء على ذلك سنبحث جرائم الإفلاس التقصيري في ثلاث مطالب على النحو التالي :

- الركن الشرعي للإفلاس التقصيري
- الركن المادي للإفلاس التقصيري و حالاته.
- الركن المعنوي للافلاس التقصيري.

1.3.3.الركن الشرعي للإفلاس التقصيري:

يقصد بالافلاس بالتقصير أن ينسب الى التاجر فعل من الأفعال التي جرمها القانون و هي الأفعال التي حددتها المادتان 370 و 371 اللتان تحيل عليها المادة 383 من قانون العقوبات.

و الأفعال التي حددتها المادتان 370 و 371 من القانون التجاري تكشفان عن خطأ صدر من الفاعل في ادارته لتجارته ، و وصف المشرع هذه الأفعال بأنها جنحة و عاقب عليها بعقوبة تتراوح بين الشهرين و السنتين. و تجدر الاشارة الى أن الافلاس بالتدليس قد يكون وجوبيا و قد يكون جوازيا مع الاشارة الى أن التشريع اللبناني و كذلك الأردني اعتبرا الافلاس جناية.

كما تجدر الاشارة الى أن هذه الجريمة لا تتطلب قصدا جنائيا بل يكفي فيها ارتكاب الأفعال السالفة الذكر.

لم يكتف المشرع بتجريم سلوك التاجر الذي يعبر عن عدم الحزم أو التقصير الفاحش بل أتبع ذلك بتحديد حالات هذا التفالس تعبيرا منه على احترام مبدأ الشرعية الجنائية.

2.3.3.الركن المادي للإفلاس التقصيري و حالاته :

قد يتبادر إلى الذهن أنه يكفي لقيام جريمة الإفلاس التقصيري مجرد تحقق الخطأ أو التقصير كما هو الشان في المسؤولية المدنية و لكن في واقع الأمرانه لابد لكل جريمة من فعل أو أفعال تقوم عليها و تبر زها إلى حيز الوجود . و جريمة الإفلاس التقصيري كسائر الجرائم تقوم

على ركن مادي قوامه إحدى الحالات التي تصدر عن المفلس و تقترن بالخطأ أو التقصير . وقد نص القانون التجاري الجزائري على هذه الحالات في المادتين (370 ، 371) .

فنص في المادة 370 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي :" يعد مرتكبا لتفليس بالتقصير كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يوجد في احدى الحالات التالية:

-اذا ثبت أن مصاريفه الشخصية أو مصاريف تجارته مفرطة،

-اذا استهلك مبالغ جسيمة في عمليات نصيبية محضة أو عمليات وهمية،

-اذا كان قد قام بمشتريات لاعاد ة البيع بأقل من سعر السوق بقصد تأخير إثبات توقفه عن الدفع أو استعمل بنفس القصد وسائل مؤدية للافلاس ليحصل على أموال،

-اذا قام التوقف عن الدفع بايفاء أحد الدائنين إضرارا بجماعة الدائنين،

-اذا كان قد أشهر افلاسه مرتين و أقفلت التفليستان بسبب عدم كفاية الأصول،

-اذا لم يكن قد أمسك أية حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته،

-اذا كان قد مارس مهنته مخالفا لحظر منصوص عليه في القانون."

ونصت المادة 371 من القانون التجاري الجزائري على مايلي :" يجوز أن يعتبر مرتكبا للتفليس بالتقصير كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يوجد في إحدى الحالات الآتية:

-اذا كان قد عقد لحساب الغير تعهدات ثبت أنها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعه عند التعاقد بغير أن يتقاضى مقابلها شيئا،

-اذا كان قد حكم بافلاسه دون أن يكون قد أوفلا بالتزاماته عن صلح سابق،

-اذا كان لم يقم بالتصريح لدى كاتب ضبط المحكمة عن حالة التوقف عن الدفع في مهلة خمسة عشر يوما، دون مانع مشروع،

-اذا كان لم يحضر بشخصه لدى وكيل التفليسة في الأحوال و المواعيد المحددة، دون مانع مشروع،

-اذا كانت حساباته ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام.

و بالنسبة للشركاء التي تشتمل على شركاء مسؤولين بالتضمن بدون تحديد ع ن ديون الشركة، يجوز أن يعتبر الممثلون القانونيون مرتكبين للتفليس بالتقصير اذا بغير عذر شرعي لم يقوموا بالتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة خلال الخمسة عشر يوما عن حالة التوقف عن الدفع دون مانع مشروع أو لم يتضمن هذا التصريح قائمة بالشركاء المتضامنين مع بي ان أسمائهم و موطنهم."

يتبين من خلال النصين السابقين أن المشرع الجزائري قد بدأ النص الأول بصي غة آمرة بقوله: " يعد مرتكبا للفليس بالتقصير ". بحيث يتوجب على القاضي أن يحكم بالعقوبة عند توافر إحدى الحالات المحددة في النص . و هذا ما يسمى " بالإفلاس التقصيري الوجوبي ".

أما النص الثاني فقد بدأه بصيغة جوازية فقال :"يجوزان يعتبر مرتكبا للتفليس بالتقصير " بحيث يكون للقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم بالعقوبة عند توافر إحدى هذه الحالات دون أن يلتزم بتسبيب حكمه و يسمى هذا النوع بالإفلاس التقصيري الجوازي . و بناء على ذلك فسنبحث في فرعين ما يلي :

- حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي .
- حالات الإفلاس التقصيري الجوازي .

1.2.3.3.حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي :

حدد المشرع الجزائري حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي على سبيل الحصر ، فلا يجوز الإضافة إليها . ولا يمكن للقاضي أن يحكم بعقوبة الإفلاس التقصيري الوجوبي ، إلا إذا كان الفعل يندرج تحت هذه الحالات . وبالتالي فإن سلطة القاضي مقيدة بالنص . و على خلاف ذلك سار المشرع المصري ، فلم يشأ أن يحدد الأفعال المكونة لهذه الجريمة على سبيل الحصر، بل وضع قاعدة عامة مؤداها أن كل فعل تترتب عليه خسارة الدائنين بسبب عدم حزم المفلس أو تقصيره تقوم به الجريمة . ثم أورد بعض الأمثلة للأفعال المكونة لهذه الجريمة (المادة 330) عقوبات مصري .

و يرى بعض الفقه ان نهج المشرع المصري أفضل من نظيره الجزائري ، لأن الأخطاء التي يرتكبها المفلس بحق دائنيه لا حصر لها و تختلف باختلاف الزمان و نوع التجارة.

و لذلك فمن الأفضل أن يترك للمحكمة حرية تقدير هذه الحالات بدلا من تقييدها بأفعال معينة و محددة على سبيل الحصر ، و على أية حال فإن الحالات التي نص عليها القانون هي :

1.2.3.3.1.اذا ثبت أن مصاريفه الشخصية أو مصاريف تجارته مفرطة:

يقصد بذلك أن تكون مصاريف و نفقات التاجر مبالغ فيها سواء مصاريفه الشخصية أو مصاريف بيته أي أن تفوق هذه المصاريف عن الحد المعتاد للرجل العادي الموجود في نفس الظروف، و تشمل هذه النفقات كل ما تقتضيه متطلبات الحياة، لكن التجريم ينصب على الانفاق في أمور الكماليات و ليس على الأمور الضرورية.

و تتحقق هذه الحالة سواء حصل الانفاق قبل التوقف عن الدفع أو بعده.

و الأصل أن المحكمة لا تتدخل في طريقة انفاق التاجر الشخصية، و لكن اذا تسبب التاجر بسبب الاسراف الشديد في شهر افلاسه جاز لها شهر افلاسه و يتمتع القاضي الجزائي في ذلك بسلطة تقديرية واسعة[10] ص 61.

بالاضافة الى المصاريف الشخصية اعتبر المشرع أن اسراف التاجر في الانفاق على تجارته كذلك من الأفعال المجرمة كالمبالغة في الاشهار لمحله التجاري و منتوجاته و تزيين محله التجاري و طريقة عرض بضائعه الا أنه بالنسبة لهذه الحالة فان جل التشريعات لا تجرمها كالمشرع الفرنسي و اللبناني و كان عليه أن يحذو حذوهم لصعوبة تحديد هذا الاسراف.

و يتمتع القاضي الجزائي بسلطة واسعة لتقدير ما اذا كانت النفقات تزيد عن الحد المعقول و يمكنه أن يستعين في ذلك بمختلف الأدلة بما في ذلك الدفاتر التجارية[16] ص 1951.

2.2.3.3.1.إذا استهلك مبالغ جسيمة في عمليات نصيبية محضة أو عمليات وهمية:

يشمل التجريم في هذه الحالة القمار و أعمال النصيب البحت و الأعمال الوهمية في المضاربة على البضائع. و الملاحظ أن أعمال القمار و أعمال النصيب التي تقوم على الحظ وحده

من السهل تحديدها و اثباتها و العقاب عليها، أما حالة المضاربات على البضائع فانه يصعب تحديد ما اذا كانت تشكل خطأ يستحق العقاب أم أنها تدخل ضمن المضاربة المشروعة التي هي من ضرورات المعاملات التجارية و لا عقاب عليها لأن التجارة ت قوم على الربح و الخسارة و بالتالي يتعين على القاضي أن يحدد ما اذا كانت نفقات التاجر على هذه الحالة مبالغ جسيمة أي أنها تقوم على الاندفاع في تيار المضاربة برعونة و عدم تبصر و حيطة[10] ص 64 .

و بالنسبة للشريك المتضامن و مدير الشركة فانه يتعين التمييز بين حالة ما اذا كانت نفقاته الشخصية باهضة هي من أموال الشركة و أدت الى التوقف عن الدفع، فيتعين عقابه في هذه الحالة أما اذا كانت نفقاته الشخصية باهضة لكنها من ماله الخاص فلا عقاب على ذلك[04] ص 643 .

3.2.3.3.1.اذا كان قد قام بمشتريات لاعادة البيع بأقل من سعر السوق بقصد تأخير إثبات توقفه عن الدفع أو استعمل بنفس القصد وسائل مؤدية للافلاس ليحصل على أموال:

قد يلجأ التاجر، عندما تضطرب أوضاعه التجارية و يشرف على الافلاس الى وسائل مصطنعة لإطالة حياته التجارية و تأخير شهر افلاسه [02] ص 228، إذ كثيرا ما تشتد به الحاجة الى النقود للوفاء بديونه الحالة، فيعمد في هذه الحالة الى شراء بضائع مؤجلة الثمن و يبيعها بأقل من أسعارها لتحصيل النقود أو الى الاقتراض أو اصدار أوراق نقدية أو استعمال أية وسيلة أخرى يكون القصد منها تحصيل مبالغ نقدية للوفاء بديون حالة الأجل لتأخير شهر افلاسه في حين أن القانون ألزمه اذا توقف عن الدفع أن يبادر خلال خمسة عشر يوما الى رفع دعوى يطلب فيها شهر افلاسه حفاظا على حقوق دائنيه[11] ص 638.

4.2.3.3.1.اذا قام التوقف عن الدفع بايفاء أحد الدائنين إضرارا بجماعة الدائنين:

بما أن القصد في شهر الافلاس في حالته البسيطة هو تصفية أموال المدين المفلس تصفية جماعية و توزيع الثمن الذي ينتج على جماعة الدائنين كل بنسبة دينه و بالتالي فان كل إخلال بهذا المبدأ أي مبدأ المساواة بين الدائنين تقوم به هذه الجريمة و بالتالي فاذا قام التاجر بوفاء أحد دائنيه بعد توقفه عن الدفع اضرارا بدا ئنيه تحقق الحالة المعاقب عليها و قد ورد في النص عبارة -

إضرارا بدائنيه - التي توحي بشرط توافر العمد لكن يكفي أن يكون هذا الوفاء مضرا بجماعة الدائنين و بالتالي تحققت بذلك الجريمة على الرغم من قابلية الوفاء للابطال[11] ص 639.

5.2.3.3.1.اذا كان قد اشهر افلاسه مرتين و أقفلت التفليستان بسبب عدم كفاية الأصول:

تفترض هذه الحالة أن يكون التاجر قد سبق أن صدر حكم شهر افلاسه و تم اقفال التفليسة المدنية بسبب عدم كفاية الأ موال لاتمام اجراءات التفليسة و كانت نفقات الاجراءات أكثر من أصول المدين المفلس و بعد هذا الاقفال قد يعود التاجر المفلس الى النشاط التجاري مرة ثانية و يتوقف عن الدفع و يشهر للمرة الثانية افلاسه و تقفل التفليسة الثانية شريطة أن تقفل لعدم كفاية الأصول للمرة الثانية فإذا تواجدت الحالتان يقع تحت طائلة التجريم و العلة في ذلك أنه كان على التاجر إن ظهرت له أموال جديدة أن يخطر المحكمة لاعادة فتح التفليسة الأولى و تمكين الدائنين من تحصيل ديونهم الا أنه لم يقم بهذا الالتزام و عاد للنشاط التجاري و ارتكب نفس الأخطاء أدت الى شهر افلاسه للمرة الثانية فإن ذلك يلحق ضررا بجماعة الدائنين الأولى و الثانية بسبب تحايله و تقصيره.

6.2.3.3.1.اذا لم يكن قد أمسك أية حسابات مطابقة لعرف المهنة لأهمية تجارته:

لقد ألزم المشرع الجزائري التاجر بمسك دفاتر تجارية و هي دفتر اليومية و هو الدفتر الذي يقيد فيه جميع عملياته التجارية يوما بيوم و دفتر الميزانية و هو الدفتر الذي تعد فيه ميزانية استثمار التاجر للسنة المقبلة و دفتر ثالث و هو دفتر الجرد و هذا الدفتر يستعمل في آخر كل سنة حين يقوم التاجر بجرد كل أمواله و يبين فيه ما عليه و تسمى الخصوم و ما له و تسمى بالأصول و هذا الالتزام يسري على الشركات كما يسري على التاجر الفرد.

و بما أن هذه الدفاتر تعتبر مرآة صادقة لتجارة التاجر متى تم امساكها بطريقة منظمة فانها تمكن دائني التاجر بمجرد الاطلاع عليها من معرفة مركزه المالي حتى اذا تبين لهم أن مركزه المالي مهتز أحجموا عن التعامل معه.

فاذا لم يقم التاجر بمسك هذه الدفاتر أصلا وقع تحت طائلة التجريم و حق عليه العقاب، اذا توقف عن الدفع أما اذا لم يكن متوقفا عن الدفع فلن يقع تحت طائلة هذه الحالة.

7.2.3.3.1.اذا كان قد مارس مهنته مخالفا لحظر منصوص عليه في القانون:

تمنع بعض القوانين طوائف معينة من المجتمع من ممارسة النشاط التجاري ابعادا للشبهة عن وظائفهم و نذكر من هم رجال الجيش و القضاة و الموظفون العموميون لأن هذه الوظائف تتنافى و العمل التجاري بسبب واجب التحفظ . و الجدير بالذكر هنا هو أن الحظر ينص عليه قانون الوظيفة و المهنة و لا ينص عليه القانون التجاري.

فاذا مارست هذه الطوائف نشاطا تجاريا رغم هذا الحظر القانوني ووصل أمر تجارتهم الى حد التوقف عن الدفع فاذا تبين للقاضي أن التاجر المتوقف عن الدفع و مارس النشاط التجاري رغم هذا الحظر قضى بادانته بالافلاس بالتقصير.

2.2.3.3.حالات الإفلاس التقصيري الجوازي :

حدد المشرع الجزائري هذه الحالات في المادة 371 من القانون التجاري الجزائري المذكورة آنفا على سبيل الحصر فلا يجوز الإضافة إليها . بحيث إذا توافرت إحداها أمكن للقاضي أن يحكم باعتبار التاجر مفلسا مقصرا و محاكمته جزائيا أو منع محاكمته وعدم توقيع العقوبة عليه دون أن يكون ملزما بتسبيب حكمه . و هذه الحالات تشكل مع الحالات الوجوبية جريمة واحدة هي جنحة الإفلاس التقصيري . و عليه فلا يجوز أن يحاكم من أجل هذه الحالات شخص سبق و أن حوكم بالإدانة أو البراءة من أجل إحدى حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي.

ويعتبر تمكين المشرع للقاضي مساءلة الفاعل جنائيا اوعدم مساءلته على الرغم من ارتكابه لكافة اركان جريمة التفالس.فالأصل في التجريم انه يستتبع المسؤولية الجنائية.

وحالات الافلاس بالتقصير الجوازي هي :

1.2.2.3.3.إذا كان قد عقد لحساب الغير تعهدات ثبت أنها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعه عند التعاقد بغير أن يتقاضى مقابلها شيئا:

يقصد بعقد تعهدات و هي العبارة الواردة في النص في هذا المجال إنشاء التاجر التزامات لمصلحة الغير بدون مقابل و هو ما يسمى بالتبرعات، و الأمثلة على ذلك لا حصر لها و يدخل

في هذا الإطار قبول التاجر سفاتج ليس لها مقابل وفاء قائم عند قبولها و كقيامه بكفالة مدين بدون مقابل يذكر أو رهن ماله من أجل هذه الكفالة فمثل هذه التعهدات جميعها تنشئ التزاما بدون مقابل و مثل هذه التصرفات تؤدي الى انقاص أموال التفليسة و تلحق الضرر بالدائنين كما أنها لا طائل منها لادارة المشروع التجاري لقيام الضرر نتيجة لها و انعدام الفائدة منها[02] ص 238.

و كما هو واضح من النص لتحقق هذه الحالة أن تكون التعهدات جسيمة و بدون مقابل، و مسألة جسامتها من عدمه تقاس بوضعية التاجر عند انشاء الالتزام و مدى انعكاسها على مركزه المالي. و هي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع[11] ص 647.

2.2.2.3.3.اذا كان قد حكم بافلاسه دون أن يكون قد أوفى بالتزامه عن صلح سابق:

و تعتبر هذه الحالة ضمن الحالات الاستثنائية التي يعاقب فيها القانون على عدم تنفيذ التزامات تعاقدية، لأن الصلح عقد يبرمه التاجر مع الدائنين، و الأصل أن قانون العقوبات لا دخل له بكفالة تنفيذ العقود، باستثناء عقد الصلح في مواد الافلاس.

و سبب تجريم هذه الحالة أنه كان على التاجر الذي عقد معه دائنوه صلحا أن يقدر الموقف الذي اتخذه دائنوه لمصلحته، و أن يعمل جادا لتنفيذ شروط الصلح الذي تم عقده معهم لألا يقع في الافلاس مرة أخرى و يتعرض للعقاب في حالة التقصير[11] ص 647.

و تشترط هذه ا لحالة أن يقع الافلاس مرة ثانية قبل اتمام شروط عقد الصلح، و عليه فلا تقوم الجريمة اذا تم تنفيذ شروط الصلح ثم أفلس التاجر من جديد، كما لا يشترط أن يكون عدم تنفيذ شروط الصلح اللاحقة بقصد الاضرار بالدائنين.

3.2.2.3.3.اذا كان لم يقم بالتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة عن حالة التوقف عن الدفع في مهلة خمسة عشر يوما، دون مانع مشروع:

لقد سعى المشرع أن يمنع المشروع التجاري من الاستمرار في العمل بعد أن توقف عن الدفع، حتى يمنع مضاعفة الأضرار التي يسببها للدائنين . فعلى القاضي الجنائي أن يتأكد من أن التاجر أو الشركة قد توقف عن الدفع و مع ذلك استمر في العمل بدل أن يصرح بتوقفه عن الدفع لدى كتابة ضبط المحكمة خلال مهلة خمسة عشر يوما من التوقف عن الدفع و المقصود من هذا

التصريح هو أن يرفع المدين المتوقف عن الدفع دعوى يطلب فيها الحكم بشهر افلاسه أمام المحكمة المختصة، فاذا لم يفعل ذلك فانه يعتبر مفلسا مقصرا.

4.2.2.3.3.اذا كان لم يحضر بشخصه لدى وكيل التفليسة في الأحوال و المواعيد المحددة، دون مانع مشروع:

لقد أوجب القانون التجاري على المدين التعاون مع وكيل التفليسة و الحضور كلما دعاه لذلك للاستفسار عن أموره التجارية و ديونه، و أوجب عليه الصدق في البيانات التي يقدمها له التاجر أو مدير الشركة فعلى التاجر أن يتوجه بشخصه الى وكيل التفليسة في حال عدم وجود موانع مقبولة، و تعاقب هذه الحالة جوازيا بالافلاس بالتقصير على عدم توجه التاجر بشخصه الا في حالة وجود عذر مقبول أو عدم تقديم البيانات المطلوبة.

و سبب التجريم هو أن المشرع اعتبر أن الخطأ الذي وقع من التاجر عندما لم يتعاون مع وكيل التفليسة يهدد مصالح الدائنين بالخطر و يكشف عن ادارة سيئة للمشروع.

5.2.2.3.3.اذا كانت حساباته ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام :

لقد ألزم المشرع التجاري الجزائري بموجب المادة 10 مكرر من القانون التجاري التي تنص على :"تهدف حسابات و حواصل التجار الى ضبط تطور عناصر الذمة المالية للمؤسسة بطريقة موضوعية و طبقا للتقنيات التنظيمية.

و بالإضافة الى ذلك، يلزم الأشخاص المعنيون التجاريون بالقيام أو بتكليف شخص آخر للقيام بالتحقيق في حساباتهم و حوا صلهم و التصديق عليها حسب الأشكال التي نص عليها القانون، و القيام بعملية النشر المنصوص عليها قانونا تحت مسؤوليته المدنية و الجزائية.

إن الإعلانات المنشورة بانتظام هي وحدها التي لديها حجية أمام المحاكم و الإدارات العمومية."

فقد ألزم المشرع التجار أن يمسكوا بأنفسهم أو بواسطة محاسبين دفاتر محاسبية من أجل القيام بالتحقيق في حساباتهم و عائداتهم فإذا حدث و كانت هذه الدفاتر المحاسبية ناقصة بحيث أن التاجر أهمل تسجيل حساباته و وجد بها نقص أو لم تكن هذه الحسابات غير منتظمة أي وجد بها

فراغات أو محو أو تشطيب بح يث تصبح غير كافية لتبيان مركزه المالي و تبعث عن الشك في التلاعب بها و لا يشترط أن يتوافر القصد الجنائي أي قصد الإضرار بالدائنين لأن القانون في مثل هذه الحالات لم يعط أهمية كبيرة للركن المعنوي.

فاذا توافرت الأفعال السالفة بالإضافة الى التوقف عن الدفع جاز للقاضي ادانته بالافلاس التقصيري[02] ص .281

3.3.3.الركن المعنوي للإفلاس التقصيري :

الإفلاس التقصيري جريمة غير مقصودة . فلا يشترط لقيامها توافر القصد الجرمي لدى المتهم .حيث يقوم الركن المعنوي فيها على فكرة الخطأ [06] ص 666. و ما يميز بين الإفلاس التقصيري و الجوازي هو أن الخطأ يفترض ولا يقبل إثبات العكس في النوع الأول ، و يفترض و يجوز إثبات عكسه في النوع الثاني[06] ص 666. ذلك أن من يمعن النظر في مختلف حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي ، يجد الصبغة الغالبة على هذه الحالات أنها تتنافى مع ما يجب أن يتصف به التاجر م ن حيطة وتبصر أثناء مباشرته لأعماله التجارية أما الحالات التي تقوم بها جريمة الإفلاس التقصيري الجوازي ، فالصبغة الغالبة فيها أنها تتضمن إخلالا بأحكام الإفلاس ، و كفالة سير إجراءات التفليسة طبقا لما رسمه القانون التجاري .

إذن فالخطأ الذي يقوم به الركن المعنو ي في الإفلاس التقصيري ، إما أن يكون نزولا عن واجبات العناية أو الحيطة التي يتعين أن يلتزم بها التاجر المعتاد في إدارة مشروعه التجاري ، أو إخلالا بأحكام الإفلاس. مع اختلاف في نطاق فكرة اخطأ بين حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي و الجوازي [17] ص 512.

ففي الإفلاس التقصيري الوجوبي تتمثل فكرة الخطأ بالإهمال وقلة الاحتراز . إلا أن توافر الخطأ في التصرف لا يكفي وحده لقيام الجريمة بل لا بد من توافر قصد معين لدى المفلس . وهذا واضح من استعراض بعض الحالات التي يقوم بها الإفلاس التقصيري الوجوبي كإقدام التاجر بعد التوقف عن ا لدفع و في سبيل تأخير الإفلاس على شراء بضائع لبيعها بأقل من ثمنه . فشراء البضاعة و بيعها بأقل من ثمنها لم يحصل إلا لتحقيق غاية معينة تبنتها إرادة واعية و هي نية تأخير الإفلاس ، و الذي يعتبر قصدا خاصا ينبغي توافره كسبب للتجريم . وعليه فلا يكفي الخطأ المتمثل بالإهمال و قلة الاحتراز لقيام الجريمة بل يجب توفر القصد الخاص المتمثل بالخطأ

القصدي لدى الفاعل . و كذلك الحال بالنسبة لمن يقوم بعد التوقف عن الدفع بالوفاء إضرار بكتلة الدائنين . فيفترض هنا أن الدائن يعرف بأنه متوقف عن الدفع و أن فعله منهي عنه و من شأنه إلحاق الضرر بالدائنين ، و مع ذلك تتجه إرادته لدفع الدين ، فالخطأ هنا يتحقق بصورة قصدية متمثلة بالإهمال و قلة الاحتراز و الخطأ الجنائي في هذه الحالات مفترض ـ فالغرض أن فعل المفلس يتضمن الخطأ و هذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس و على النيابة العامة أن تقيم الدليل على توافره[17] ص 512.

أما في الإفلاس التقصيري أو الاختياري ، فإن الأفعال التي تقوم بها لا تشكل بحد ذاتها خطأ متصفا بالصفة الجنائية . بل مرد ذلك الظروف التي اقترنت بالفعل . فإذا تبين للقاضي من خلال تلك الظروف بأن التاجر مقصر ، وجب عندئذ وصف تصرفه بالخ طأ باعتباره ركنا معنويا لجريمة الإفلاس التقصيري .و إذا اتضح له خلاف ذلك فيقضي بأن التاجر غير مقصر و أن فعله لا ينطوي على أي خطأ من جانبه و يقرر براءته . فالخطا هنا مفترض إلا أنه يقبل إثبات العكس ، و هذا ما يفسر الطابع الجوازي لهذا النوع من الإفلاس التقصيري . و ما يفسر سلطة القضاء أيضا في توقيع العقوبة أو الإعفاء منها [17] ص 514.

و لم يشترط المشرع أن يكون الخطأ جسيما لكي يتحقق الركن المعنوي للجريمة . فأي قدر من الخطأ يعتبر كافيا لقيامها عكس موقف المشرع المصري ، الذي تطلب أن يكون الخطأ فاحشا لتحقق الركن المعنوي لهذه الجريمة[11] ص 649.

مما تقدم تخلص إلى القول بأن الخطأ ركن لازم لقيام جريمة الإفلاس التقصيري .و هو يفترض فرضا غير قابل لإثبات العكس في حالات الإفلاس التقصيري الوجوبي .و يفترض فرضا قابلا لإثبات العكس في حالات الإفلاس التقصيري الاختياري . و على النيابةالعامة أن تقيم الدليل على توافره . و لمحكمة الموضوع أن تستخلصه من كل دليل ينتجه ، و للمحكمة العليا حق مراقبتها في التكييف القانوني الذي تراه .

خاتمة

من خلال الدراسة السابقة يتضح لنا أن المشرع عمد الى التضييق على المدين المفلس لمنعه من الإضرار بدائنيه كما ألزمه أن يبادر الى اعلان توقفه عن الدفع خلال أجل قصير متى كان هذا التوقف نتيجة ظروف اقتصادية حتى يتجنب الوقوع تحت طائلة قانون العقوبات و يبقى افلاسه في نطاقه التجاري المحض و يتحمل المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية، كما أن المشرع خرج عن القواعد العامة فيما يتعلق بقواعد الافلاس حين ألزم المدين أن يرفع دعوى ضد نفسه يطلب فيها شهر افلاسه.

كما أن نظام الافلاس نشأ مقترنا بفكرة الجريمة إذ كان الاعتقاد السائد قديما أن الافلاس في ذاته جريمة يجب أن يحاسب عليها المفلس و لو كان حسن النية ثم تطور هذا الوض ع حتى أصبحت الجريمة في الوقت الحاضر قاصرة على حالات التقصير و التدليس و رتب عليها عقوبة أصلية و عقوبة تكميلية تتمثل في حرمان المدين المفلس تقصيريا أو تدليسا من بعض الحقوق المهنية و المدنية.

كما يتضح أيضا أن الميزة الجوهرية بين الافلاس البسيط عن الافلاس الج زائي أن هذا الأخير يشكل اعتداء على أصول التفليسة فمتى تحقق هذا الاعتداء كان الافلاس مجرما و متى انعدم هذا الاعتداء ظل الافلاس بسيطا (مشروعا)، و بالتالي فمتى اقترن الفعل الذي يقوم به المفلس بالتدليس أو التقصير حق عليه العقاب لاعتدائه بهذه الأفعال على حقوق دائنيه و بالتبعية الاعتداء على الائتمان.

و متى خرج الفعل عن هاتين الصورتين فلا يمكن اعتبار المفلس مقصرا أو مدلسا و إن كان يمكن أن تقوم بهذا الفعل جريمة أخرى.

تجدر الاشارة كذلك أن جرائم الافلاس تتطلب لقيامها شروطا خاصة بها الى جانب الأركان التقليدية للجريمة و تتمثل هذه الشروط التي ليست جزءا من الركن المادي في صفة التاجر و

التوقف عن الدفع فمتى توافرت هذا الشروط الى جانب الأركان الأخرى قامت الجريمة إن انعدمت هذه الشروط انعدمت الجريمة حتى و لو تحققت الأركان الأخرى.

فالتوقف عن الدفع لا يمكن اعتباره ركنا ماديا للجريمة و لا يدخل في تكوين عناصر ركنها المادي و هو ما دفع بنا الى التعرض لهذه الشروط مستقلة عن أركان الجريمة باعتبارها شروطا للمتابعة الجنائية.

و فيما يتعلق بجرائم الشركات و خاصة منها شركات الأموال فقد خرج المشرع عن المسؤولية المحدودة المعروفة في القانون التجاري و أجاز تحميل المدير و الشركاء في بعض الحالات المسؤولية الجنائية.

و قد توصلت من خلال هذا البحث الى بعض النتائج المتواضعة أوردها فيما يلي:

1 -يلاحظ أن القضايا التي تعرض على المحاكم و التي يكون فيها المدين تاجرا متوقفا عن الدفع يكون موضوعها دينا و ليس طلبا لشهر الافلاس من طرف المدعي و هو نوع من التواطؤ غير المباشر من طرف الدائن مع المدين أو انفرادا بذمته المالية و اهتمام من الدائنين بمصالحهم المالية أكثر من حرصهم على سلامة العمل التجاري.

2 -يلاحظ كما سبق أن القضايا التي تعرض عن المحاكم و التي يكون فيها المدين تاجرا متوقفا عن الدفع يكون موضوعها دينا و ليس طلبا لشهر الافلاس من طرف المدعي و بالرغم من ذلك فإن المحاكم لا تقضي بالحكم بشهر الافلاس من تلقاء نفسها بالرغم من أن القانون خولها ذلك صراحة الى جانب أن قواعد الافلاس من النظام العام و يستمر الخطأ في تطبيق القانون أمام الدرجة الثانية بحيث أنه بالرغم من استئناف الأحكام أمام المجالس تفصل في الاستئنافات دون التطرق الى موضوع الحكم بشهر الافلاس و ما يزيد من الخطأ في تطبيق القانون أن مثل هذه المسائل تعرض عن المحكمة العليا و لا تنقض بالرغم من أن الخطأ في تطبيق القانون و مخالفة النظام العام المتمثل في قواعد الافلاس واضحين.

3 -يلاحظ أن النيابة العامة في هذا المجال بالذات غائبة غيابا كليا خاصة عندما تحرك بنفسها الدعوى العمومية بتهمة اصدار شيك بدون رصيد فتكون طلباتها دائما هي العقوبة المترتبة عن هذه التهمة هذا بالرغم من توافر جميع أركان احدى جرائم الافلاس (تدليسي أو تقصيري)

كما في حال ما اذا كان مصدر الشيك بدون رصيد تاجر فان انعدام الرصيد دليل قاطع عن التوقف عن الدفع الى جانب توافر صفة التاجر و ما كان عليها الى أن تبحث في الدعوى العمومية الا عن الركن المادي للجريمة الذي سيكون على الأقل تقصيريا.

4 -يستحسن لو ألغى التشريع السلطة التقديرية الممنوحة للقضاء فيما يتعلق بجريمة الافلاس الجوازي إذ قد تتوافر جميع أركان هذه الجريمة و يقضى بالبراءة نظرا للصبغة الجوازية و هو خرق للقواعد العامة للتجريم.

5 -لقد أحسن المشرع صنعا حين وصف الجريمتين (افلاس تدليسي أو تقصيري) جنحة مخالفا بذلك بعض التشريعات التي تصفها بالجناية نظرا للضغوطات التي يكون تحتها التجار في ممارسة نشاطهم التجاري.

قائمة المراجع

1 -الأستاذ عباس حلمي، الافلاس و التسوية القضائية ، الطبعة الثانية 1987، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

2 -الدكتور ادوارد عيد: أحكام الافلاس و توقف المصاريف عن الدفع، الجزء الأول، بدون طبعة، مطبعة باخوس و شرتوني، بيروت 1972.

3 -الدكتور ادوارد عيد: الأعمال التجارية و المؤسسة التجارية ، مطبعة باخوس و شرتوني ، بيروت، 1971.

4 -الدكتور الياس ناصف ، الكامل في قانون التجارة- الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات بحر المتوسط و منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1982.

5 -الدكتور حسين المصري، القانون التجاري – الافلاس، الطبعة الأولى، مطبعة حسان، القاهرة 1982.

6 -الدكتور جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني و ال ثالث، دار المؤلفات القانونية ، بيروت 1932.

7 -الدكتور عبد الوهاب حومد : الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي القسم العام، الطبعة الثالثة، 1983.

8 -الدكتور علي حسن يونس: الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.

9 -الدكتور علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، الجزء الثالث، 1972.

10 - الدكتور فريد المشرقي، جرائم الافلاس في التشريع المصري، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، 1947.

11 - الدكتور محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني، الطبعة الأولى، بيروت، 1975.

12 - الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار الفتح الاسكندرية، 1988.

13 - الدكتور راشد راشد، الأوراق التجارية- الافلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة.

14 - الدكتورة سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الافلاس ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2003.

15 - الدكتور جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الدار الجامعية للنشر، بدون طبعة

16 - الدكتور محسن شفيق، القانون التجاري المصري، الافلاس، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر للثقافة، الاسكندرية، طبعة 1951.

17 - الدكتور مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، الطبعة الأولى، مؤسسة نوفل، بيروت.

18 - الدكتور هشام فرعون، القانون التجاري البري، منشورات جامعة حلب، 1975.

19 - الدكتور سمير الشرقاوي، القانون التجاري ، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بدون طبعة.

20 - الدكتور جمال الدين عوض، القانون التجاري، دار النهضة العر بية، 1973 - 1974،بدون طبعة.

21 - الدكتور عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية و الافلاس، دار النهضة العربية، بدون طبعة.

22 - الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات الخاص، دار النهضة العربية، 1974.