الجمهـــوريـــة التونسيـــة

وزارة العدل **الحمـد لله**

محكمـــة التعقيـب

عدد القضية 74440

جلسة : 2021-02-23

تلخيص المستشارة راضية المنتصر

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الآتي :

بعـــد الاطـــلاع علـــى مطلـــب التعقيـــب المقـــدم فـــي 25-03-2019 تحـــت عـــدد 39737 مـــن طـــرف الأســـتاذين م. الـــه. الأ. و س. الـــف. المحاميـــان لدى التعقيب

نيابة عن :

1- شركة (ك) بسعي من مصفيها.
2- ف. الغ.

المعينـــان محـــل مخابرتهمـــا بمكتـــب محاميهمـــا الاســـتاذ م. الـــه. الأ الكـــائن بتونس .

ضـــدّ : التـــب(ب الـــج ســـابقا) فـــي شـــخص ممثلـــه القـــانوني الكـــائن مقره... تونس ينوبه الأستاذان م. الب. مح. ون. الح. .

طعنـــا فـــي القـــرار الاســـتئنافي عـــدد 13499 الصـــادر بتـــاريخ 19-12-2018 عـــن محكمـــة الاســـتئناف بتـــونس والقاضـــي نهائيـــا بقبـــول الاســـتئنافين الاصـــلي والعرضـــي شـــكلا وفـــي الأصـــل بـــإقرار الحكـــم الابتـــدائي المطعـــون فيـــه واجـــراء العمـــل بـــه وتخطيـــة المســـتأنفين بالمـــال المـــؤمن وحمـــل

المصـــاريف القانونيـــة عليهمـــا وتغريمهمـــا لفائـــدة المســـتأنف ضـــده باربعمائـــة دينار (400.000د) لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى مســـتندات التعقيـــب المبلغـــة للمعقـــب ضـــده بواســـطة عـــدل التنفيـــذ حســـب محضـــرها عـــدد 1099 بتـــاريخ 02-04-2019 وعلـــى نســـخة الحكـــم المطعـــون فيـــه وعلـــى جميـــع الاجـــراءات والوثـــائق المقدمـــة فـــي 08-04-2019 حســـب مقتضـــيات الفصـــل 185 م م م ت.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى مـــذكرتي الـــرد علـــى مســـتندات التعقيـــب المقـــدمتين فـــي 30-04-2019 مـــن الأســـتاذين والـــراميتين الـــى طلـــب رفـــض مطلـــب التعقيب أصلا ان استقام شكلا.

وبعـــد الاطـــلاع علـــى ملحوظـــات النيابـــة العموميـــة لـــدى هـــذه المحكمـــة والراميـــة الـــى طلـــب قبـــول مطلـــب التعقيـــب شـــكلا وفـــي الأصـــل نقـــض الحكـــم المطعون فيه مع الاحالة .

وبعـــد الاطـــلاع علـــى أوراق القضـــية والمفاوضـــة بحجـــرة الشـــورى صرح علنا بما يلي:

<u>من حيث الشكل:</u>

حيـــث كـــان مطلـــب التعقيـــب مســـتوفيا لجميـــع أوضـــاعه و صـــيغه القانونيـــة طبـــق أحكـــام الفصـــل 175 ومـــا بعـــده مـــن م م م ت ممـــا يتجـــه معـــه قبوله من هذه الناحية.

<u>من حيث الأصل:</u>

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعيين في الأصل المعقبين الان لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضين أن المدعية الاولى شركة ذات مسؤولية محدودة تكونت عند تاسيسها من مساهمين اثنين ف. و م. وانه بموجب العقد المسجل في 1987/9/19 احال م. جميع الحصص الراجعة له في الشركة للمراة دن. و ف. وقد صدر عن المحكمة الابتدائية بتونس الحكم عدد198 بتاريخ 2004/5/212 يقضي بتفليس الشركة العارضة ثم صدر حكم بتاريخ 2008/5/4 يقضي بختم الفلسة تحت عدد198 و تم ادراج ذلك بالسجل التجاري للشركة ويترتب عن الحكم بتفليس الشركة انحلالها و دخولها في مرحلة التصفية ورفع يد المدين عن التصرف في ذمته المالية وتعيين امين فلسة الذي يتولى تمثيل المدين طالبا او مطلوبا و تمثيل جماعة الدائنين الذين لا يمكنهم مباشرة دعاوى فردية لاستخلاص ديونهم وانه متى تنتهي اجراءات الفلسة باحد الحلول الطارئة عليها و هي الصلح البسيط و الصلح بتنازل المفلس عن ماله و ختم الفلسة لانعدام مصلحة جماعة الدائنين و اتحاد الدائنين و ختم الفلسة لانعدام كفاية المال طبق ما قررته المجلة التجارية تنتهي مهمة امين الفلسة و يعود الدائنون لممارسة حقوق التتبع الفردي وانه ليس لحكم ختم الفلسة لانعدام كفاية المال مثلما هو في صورة الحال اي اثر سوى وضع حد لمقتضيات الاجراءات الجماعية فتخضع جميع الاطراف الى احكام القانون العام سوى تلك المتعلقة بالشركة المدينة الذي قد يقتضي حلها مواصلة اجراءات تصفيتها او تلك التي تتعلق بالدائنين الذين لم يتم خلاصهم لمباشرة دعاوى فردية ضدها وانه يمكن القيام الفردي على الشركة المفلسة بعد صدور حكم بختم الفلسة لانعدام المال بوصفها مطلوبة ويمكنها ايضا بوصفها طالبة و لا ينجر عن ختم الفلسة لانعدام المال اي اثر لاضمحلال شخصيتها الاعتبارية التي

تستمر لاغراض التصفية و ان تكريس المشرع صلب الفقرة 2 من الفصل546 من م ت حق دائني المفلس مباشرة اعمال التتبع الفردي لاستخلاص ديونهم بعد ختم الفلسة هو احسن دليل على بقاء الشخصية الاعتبارية للشركة التي لا تنقضي الا باعمال التصفية .فالدائن الذي يباشر اعمال التتبع الفردي يوجه دعواه بالضرورة ضد المدين شخصا طبيعيا كان او معنويا الذي تمتد شخصيته الاعتبارية الى انتهاء اعمال التصفية وانه التامت جلسة عامة خارقة للعادة بين الشركاء في الشركة مؤرخة في 2016/1/20 تقرر فيها تسمية ف. مصفيا لها يباشر الدعاوى باسمها بوصفها طالبة او مطلوبة كما يقوم بجميع الاعمال القانونية التي تقتضيها التصفية تم اشهاره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية و ادراجه بالسجل التجاري محققا انه كان للشركة حساب جاري مفتوح لدى البنك المطلوب تحت عدد

تفطنت ان البنك الاخير ارتكب خلال

مسكه عديد الاخطاء القانونية تولى تشخيصها الخبير الذي اجرى تدقيقا على العمليات المدرجة بالحساب المذكور و توصل الى كشف عديد الخروقات من خلال القيام بعملات خصم وسحب من الحساب غير مبررة و ادراج عمليات مخالفة للتشريع البنكي بلغت اجمالا كما جاء بتقرير الخبير المنتدب مبلغ 238.755.826 د فضلا على وجود عمليات اخرى لم يتعرض لها الخبير بالنظر تقدر ب283.718.908 د. محققا انه ليس للبنك ان يتصرف بمفرده في الحساب و سحب مبالغ منه دون ترخيص اوتفويض منها و انه على البنك رد الوديعة طالما لم يثبت ان عمليات القيد بالجانب المدين مبررة بسبب واقعي وقانوني له اصل ثابت في اوراق القضية مضيفا ان العارضة ابرمت صفقة عمومية لتزويد وزارة الدفاع باحذية كما ابرمت مع البنك عقد رهن للصفقة و تم تعيين الحساب الجاري موضوع قضية الحال موطنا

لتنزيل المبالغ المستحقة من العارضة لتنفيذ عقد الصفقة و قد تولى المتصرف العمومي تحويل ثمن الصفقة بالكامل للحساب المذكور في حين قام البنك بتحويل المبالغ الى حساب مغاير تمام و تماطل في ارجاعها مع العلم ان الشركة كانت مطالبة بخلاص صكوك و هو ما يمثل خرقا لشروط العقد المبرم بينهما مضيفة ان البنك تعمد التلاعب بتواريخ انزال التحويلات من طرف الامانة العامة في حساب الشركة و التاخير في الدفع بالمقارنة مع تاريخ التحويل من قبل الامانة العامة للمصاريف بوزارة الدفاع بدون مبرر بالاضافة الى رفضه بصفة تعسفية خلاص الصكوك رغم ان الحساب كان دائنا و ان البنك لم يتول ارجاع المبالغ المستحوذ عليها و المقدرة ب103.680.960 د. و ان البنك وكيل في القبض و يستوجب الزامه باداءها كما انها في اطار نفس الصفقة تمتعت الشركة بتسهيلات بنكية يتم تنزيلها في شكل تمويلات للصفقة و خلاص مستحقاتها تخصم في اجل لا يقل عن ثلاثة اشهر و في هذا الاطار قام البنك بانزال مبلغ 100 الف دينار ممضاة من طرف الوكيل المفوض تم الاتفاق على سحبهم بتاريخ 31 /2000/8 و هو ما اخل به البنك و قام البنك بسحب المبلغ يوم 2000/7/5 كما قام بالاضافة الى ذلك بتنزيل 130 الف دينار في الحساب يوم 2000/5/2 و خصمه في اليوم الموالي اي يوم 2000/5/3 بتعلة انه رجع بدون رصيد و بعد التدقيق في الكشوفات تاكد ان هذه المبالغ لم تقدم للخلاص حتى تسحب غير متوفرة المؤونة والحال أن هاته المبالغ كانت مجعولة لتمويل الصفقة وزارة الدفاع و الحرص عليها لاتمامها في احسن الظروف ومثل هذا التجاوز البنكي ضررا مباشرا للشركة بالاضافة الى الوكيل الذي تكبد خسارة لحقت معاملاته باعتباره كان مطالبا بخلاص الصكوك البنكية التي قام البنك بارجاعها بصفة تعسفية مضيفا ان البنك التزم بتمويل صفقة وزارة

الـــدفاع الـــوطني فـــي حـــدود 300 الـــف دينـــار و ابرمـــت معـــه عقـــد رهـــن الصـــفقة و قـــد قـــام البنـــك فعليـــا بتنزيـــل المبلـــغ علـــى دفعتـــين بعـــد ان اكتتبـــت لفائدتـــه العارضـــة ســـندين لامـــر الا ان البنـــك ترجـــع بصـــفة احاديـــة عـــن التمويـــل و الغـــى جـــزءا منـــه بمبلـــغ 140.000.000 د و قـــد تـــم الاتفـــاق علـــى خصـــم مبلـــغ 160 الـــف دينـــار بتـــاريخ 1999/12/31و قـــد اخـــل البنـــك بهـــذا الاتفـــاق و قـــام بتنزيـــل المبلـــغ يـــوم 1999/11/3 تـــم ســـحبه يـــوم 1999/11/12 رغـــم موافقـــة الإدارة العامـــة للبنـــك و يعتبـــر هـــذا قطعـــا تعســـفيا لعقـــد فـــتح اعتمـــاد موجـــب للمســـؤولية التعاقديـــة و ان الاخطـــاء البنكيـــة الســـالف ذكرهـــا الحقـــت بالشـــركة اضـــرار ا جســـيمة و تســـببت لهـــا فـــي صـــعوبات اقتصـــادية ادت الـــى تفليســـها و استصـــدار حكـــم بـــالخروج ان لـــم تـــدفع و ادى الـــى فقـــدان الشـــركة لاصـــلها التجـــاري تـــم تقـــديره الخبيـــر

ســـنة 1995 ب965.240.000 د و هـــو مـــا يعتبـــر ضـــرر مباشـــر تنســـحب اثـــاره علـــى وكيـــل الشـــركة ف. الـــذي تـــم تتبعـــه جزائيـــا مـــن اجـــل اصـــدار شـــيكات بـــدون رصـــيد و انـــه علـــى اســـاس الخطـــا المرتكـــب مـــن قبـــل البنـــك قـــام العـــارض بقضـــية ضـــده لغـــرم الضـــرر فصـــدر الحكـــم عـــن المحكمـــة الابتدائيـــة بتـــونس تحـــت عـــدد 59359 بتـــاريخ 2006/1/2 قاضـــي بـــرفض الـــدعوى تـــم اقـــراه اســـتئنافيا بموجـــب الحكـــم عـــدد 866402 وتعقبـــه العـــارض فقضـــت محكمـــة التعقيـــب بـــالنقض و الاحالـــة .و قـــد قضـــت محكمـــة الاحالـــة بـــنقض الحكـــم الابتـــدائي و الزامالبنـــك بـــاداء جملـــة مـــن المبـــالغ الماليـــة و قـــد تـــم تعقيـــب الحكـــم المـــذكور فصـــدر الحكـــم بـــالنقض و الاحالـــة . و قـــد أصـــدرت محكمـــة الاســـتئناف بتـــونس بوصـــفها محكمـــة احالـــة قـــرارا تحـــت عـــدد 44870 بـــنقض حكـــم البدايـــة و القضـــاء بـــالزام البنـــك بـــاداء جملـــة مـــن المبـــالغ الماليـــة .و تعقبـــه البنـــك فصـــدر عـــن محكمـــة التعقيـــب قـــرار بـــنقض القـــرار المطعـــون فيـــه فـــي الفـــرع المتعلـــق بـــالتعويض عـــن الضـــرر المعنـــوي و التصـــريح بحـــذف هـــذا الجـــزء المنقـــوض مـــن منطـــوق الحكـــم

المطعون فيه بدون احالة كنقضه بخصوص الفرع المتعلق بالتعويض عن الضرر المادي و التصدي في الاصل و باقرار الحكم الابتدائي فيما قضى به عن الضرر المذكور وعللت محكمة التعقيب قضاءها بكون المدعي عندما سدد معلوم الصكوك الراجعة بدون خلاص لم يكن مكرها و كان عليه ان يناضل امام الحاكم الجزائي لتوضيح ان الصكوك الراجعة بدون خلاص لم تكن ممضية منه و بما انه كذلك فانه لا يستحق التعويض و تبين من الاختبار المحرر من طرف الخبير العدلي ان الصكوك التي تم ارجاعها بدون خلاص كانت في حقيقة الامر متوفرة المؤونة ولم يكن على البنك على اساس ذلك ارجاعها بدون خلاص و ان هذا الارجاع يمثل خطا يختلف تماما عن الخطا الذي اسس عليه العارض قيامه في القضية التي ادت الى القرار التعقيبي عدد 15282 و طلب الحكم بالزام المطلوب بان يؤدي للشركة في شخص ممثلها القانوني مبلغ 756.155.694 د منجرة عن ودائع لدى البنك و 5 مليون دينار تعويضا عن قيمة الاصل التجاري و 422.054.515 د تعويضا عن ما دفعه بعنوان خطايا قانونية و مصاريف عدول تنفيذ دون مبرر و 50 الف دينار لقاء الضرر المعنوي وفوائض التاخير الجارية على تلك المبالغ بداية من تاريخ اقتراف الخطا و 2000.000 د لقاء اتعاب تقاضي واجرة محاماة و بصفة احتياطية الاذ تكليف خبير قصد تدقيق الحسابات .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 38262 بتاريخ 04-05-2017 يقضي ابتدائيا برفض الدعوى الأصلية في حق المدعية الأولى كعدم سماعها في حق المدعي الثاني وابقاء مصاريفها القانونية محمولة على القائمين بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الأصل بتغريم المدعيان لفائدة المدعى عليه ب

500،د000 لقاء اتعاب التقاضي واشراف المحاماة على أساس القول بانه يتضح جليا من احكام الفصل 546 من المجلة التجارية و خلافا لما دفعت به المدعية ان حكم ختم الفلسة لانعدام المال على معنى الفصل 546 المذكور اعلاه لا يترتب عنه سوى تعليق لاعمال الفلسة الى حين توفر ما يكفي من المال لتسديد النفقات التي تستلزمها عمليات الفلسة او ايداع المبلغ الكافي لتسديدها بين يدي الامين و الى حين طلب الرجوع في الحكم على ضوء ذلك من احد الاطراف و لا يترتب عنه انهاء لحالة الفلسة و لاثارها القانونية و ذلك بالنظر لعدم اتمام الغرض من اجراءات الفلسة في هذه الصورة ولا تزول اثار ونتائج الفلسة ولا تنتهي اجراءاتها بصفة باتة ونهائية الا بنص صريح مثلما هو الشأن في الحالات المنصوص عليها بالفصول 521 و 531 و 532 من م ت ولم ينص الفصل 546 من المجلة التجارية الا على عودة الدائن الى حقه في القيام بدعواه الفردية دون الاشارة الى استرداد المفلس لحقوقه او زوال التحاجير و الموانع المسلطة عليه، مما يبقي هذا الاخير تحت طائلة النتائج القانونية للفلسة المقررة صلب الفصل 457 من م م م ت و ليست له اهلية و صفة القيام امام القضاء اصالة وان رفع يد المفلس عن ادارة مكاسبه يحرمه ايضا من أي حق في تسمية مصف او تفويض غيره للقيام في حقه باي عمل قانوني او قضائي، ولا يمكن حتى اعتباره في حالة تصفية باعتبار ان الاخيرة لا تتم الا في اطار اتحاد الدائنين و بقرار من المحكمة بواسطة امين الفلسة دون غيره، و ليس خارج اطار الفلسة و بمحض ارادة المفلس وان قيام المدعية الاولى بقضية الحال على النحو المذكور بعريضة الدعوى مختلا من الناحية الاجرائية لعدم توفر الاهلية والصفة في جانبها عملا بمقتضيات الفصلين 546 و 457 من المجلة التجارية .

وحيث استانف المدعيان في الأصل الحكم المذكور طالبين نقضه والقضاء من جديد لصالح الدعوى .

وحيث أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع استنادا الى القول بأنه لا معنى لتسمية مصف للمعقبة الأولى طالما انه سبق تفليسها وصدر حكم بختم فلستها باعتبار ان كل ما يطرا عليها بعد ذلك لا يمكن ان يخرج عن اطار إجراءات التفليس ولا يمكن ان يتغير حالها اذ تبقى شركة مفلسة ولا يجوز اخضاعها لإجراءات تصفية الشركات المنحلة وأضافت أن للمفلس ان يباشر الدعاوى بعد صدور الحكم بختم فلسته لعدم كفاية المال لكن لا يمكنه ذلك الا بواسطة امين الفلسة وبعد الرجوع في ذلك الحكم ضرورة ان طلب الرجوع في حكم ختم الفلسة نفسه لا يمكن القيام به الا بواسطة امين الفلسة وانتهت الى انه لا يجوز للمعقبة الأولى ان تقوم مباشرة بقضية الحال.

فتعقبه المستأنفان وورد بمستندات طعنهما بعد استعراض وقائع القضية واجراءاتها نعيهما على القرار المطعون فيه ما يلي:

<u>عن المطاعن المتعلقة بالمعقبة الأولى شركة ك.</u>

<u>عن المطعن الأول المستمد من خرق أحكام الفصول 2و3و1318 م ا ع و21 م ش ت</u>

قولا أن الشركة عقد مستمر في الزمن وقد يحدث أن تنقضي قبل نهاية مدتها بظهور سبب من أسباب الحل وهي تقسم عموما لثلاثة بموجب القانون وبموجب العقد وبموجب الحكم وقد نص الفصل 21 من مجلة الشركات التجارية على أن الشركة تنحل بنهاية نشاطها الاجتماعي وحتى وان لم يبين النص صراحة المعنى من نهاية نشاط الشركة فإنه يمكن الجزم بأن المقصود هو نهاية موضوعها الذي تكونت من أجله

أي بعبارة أخرى تحقيق الشركة للموضوع الإجتماعي الذي أنشأت من أجله الشركة و أن الفصل 21 من مجلة الشركات لا يقصي تطبيق أحكام القانون العام للشركات كما كرستها مجلة الإلتزامات والعقود التي من بينها "تعذر تحقيق النشاط" الذي تكونت من أجله الشركة وهو مناط الفقرة 2 من الفصل 1318 م.ا.ع أو "تلف الشيء المشترك فيه كله أو بعضه بحيث يتعذر الإنتفاع به" وهو مناط الفقرة 3 منفس النص و أن صدور حكم بتفليس الشركة المعقبة من جهة وصدور الحكم في ختم الفلسة لانعدام المال من جهة أخرى يحيلان بالضرورة المنطقية إلى أحكام الفقرة م 2 أو في أسوأ الحالات الفقرة 3 من الفصل 1318 م... ع فتكون المعقبة في وضعية الشركة المنحلة بموجب القانون وتدخل في مرحلة تصفية أين تكون فيها شخصيتها المعنوية مستمرة فقط لأغراض التصفية وأين تكون مدة نيابة وكيلها منتهية بما يستوجب تعيين مصفي لها يكون ممثلها القانوني ولا يهم هنا طريقة التعيين التي يمكن أن تكون من طرف الشركاء، مثل ما هو الأمر في قضية الحال أو من طرف القاضي إن لزم الأمر وعندما يصدر حكم بتفليس شركة ذات مسؤولية محدودة فإن السؤال يبقى دوما مطروحا إن كانت منحلة بموجب القانون أم لا فإن قلنا أنها منحله فإنه لا مناص من أن نستخلص من ذلك ضرورة تعيين مصفي لها حتى وإن كان المصفي خاضعا لقاعدة رفع اليد بموجب حكم التفليس وإن أجبنا أن الشركة لا تنحل وجب أن نستخلص نتيجة أن وكيلها في تاريخ صدور حكم التفليس يبقى على خطته وصفته تلك في تمثيل الشركة إلى حين نهايتها حتى وإن كان خاضعا بدوره القاعدة رفع اليد الناتجة عن حكم التفليس وقد خالفت محكمة الأصل القانون لما عللت حكمها أن لا معنى لتسمية مصف للمستأنفة .

المطعن الثاني المأخوذ من خرق الفصل 15 من القانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية

قولا انه صدر حكم ختم الفلسة في ظل القانون القديم واستمر وضع الشركة على هذا النحو بعد دخول الأحكام الجديدة للإجراءات الجماعية حيز التنفيذ بموجب القانون عدد لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 وقد باشرت المعقبة الدعوى الحالية في ظل القانون الجديد المنظم للإجراءات الجماعية و ألغي الفصل 15 من هذا القانون جميع القوانين السابقة ومنها احكام المجلة التجارية التي كانت سارية المفعول في تاريخ التصريح بالفلسة أو تاريخ التصريح بختمها لانعدام المال وأن النظر في أهلية المعقبة في التقاضي والحال انه شركة مفلسة تم التصريح بختم فلستها لانعدام المال ينظر إليها حسب القانون المنطبق في تاريخ القيام و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه نرى أنه يؤسس حكمه على احكام تم نسخها وهي الفصلان 456 و 547 قديم من المجلة التجارية التي لم تعد سارية .

المطعن الثالث المستمد من مخالفة الفصل 468 جديد من المجلة التجارية

قولا أن النص المنطبق على قضية الحال هو القانون الساري في تاريخ القيام وأن الواضح من هذا النص أن مدة رفع يد المدين عن إدارة مكاسبه تمتد فقط من تاريخ صدور حكم التفليس إلى صدور الحكم بختم الفلسة والختم يمكن أن يحصل لأسباب عديدة إما لانعدام المصلحة (الفصل 549 جديد م.ت) أو لانعدام المال (الفصل 550 م.ت) وقد انهى التدخل الجديد من المشرع في الفصل 486 من المجلة التجارية النقاش حول مسألة مدة رفع اليد فإذا كان النص القديم 457 من المجلة التجارية اقتصر على بيان نقطة انطلاق رفع اليد وسهى عن تحديد

نهايتهـا فـإن الفصـل 486 (جديـد) مـلأ الفـراغ وأنهـي الشـك حـول مـدة رفـع اليد وقد خالفت محكمة الأصل القانون واستوجب حكمها النقض.

المطعـن الرابـع المـأخوذ مـن خـرق أحكـام الفصـلين 546 و 547 قـديم من المجلة التجارية

قـولا ان القيـام بـدعوى المسـؤولية البنكيـة كـان بعـد صـدور حكـم بختـم الفلسـة ودون أن تكـون المحكمـة عينـت أمـين فلسـة جديـد أو حتـى أذنـت الأمـين السـابق بمواصـلة خطتـه بصـفته تلـك كمـا كـان القيـام بالـدعوى قبـل إعـادة فـتح الفلسـة مـن جديـد أي بعبـارة أخـرى كـان القيـام بـدعوى المسـؤولية البنكيـة فـي الفتـرة التـي كانـت الشـركة تحـت نظـام خـتم الفلسـة وبـين الفصـل 546 مـن المجلـة التجاريـة الآثـار المنجـرة عـن حكـم خـتم الفلسـة الانعـدام المـال إذ سـمح للـدائنين مباشـرة دعـاواهم الفرديـة علـى حـد سـواء المـدين ومكاسـبه ويفهـم مـن ذلـك أن الـدائنين يمارسـون الـدعوى الفرديـة ضـد المـدين لاستصـفاء المكاسـب التـي تحصـل عليهـا لاحقـا أو التـي لـم يـتفطن إلـى وجودهـا ويجـوز لهـم مباشـرة الـدعاوى ضـده لإثبـات الـدين - خاصـة بالنسـبة للـدائن الـذي لـم يسـبق لـه اختبـار دينـه - وللحصـول علـى المبـالغ المسـتحقة لفائدتـه بعـد عقلـة مكاسـب المـدين وبيعهـا وأن هـذا الحـق الـذي خولـه المشـرع للـدائنين يقابلـه حـق المـدين فـي النضـال عـن حقوقـه ومباشـرة دفاعاتـه كمطلـوب دون حضـور امـين الفلسـة الـذي لـم يـذكره الـنص و اذا كانـت للمـدين أهليـة التقاضـي كمطلـوب فـإن لـه علـى سـبيل القيـاس أهليـة التقاضـي كطالـب و أن توقيـف أعمـال التتبـع الفـردي ضـد المـدين التـي كرسـتها المجلـة التجاريـة بمجـرد التصـريح بالفلسـة مرتبطـة بمؤسسـة رفـع اليـد ومتـى انجـر عـن خـتم الفلسـة الانعـدام المـال رجـوع الـدائنين للتتبـع الفـردي يعـود بالضـرورة المـدين لإدارة مكاسـبه وتتبـع دعاويـه سـواء كـان مطلوبـا أو طالبـا ويضـع حكـم خـتم الفلسـة لانعـدام

المال حدا لخطة أمين الفلسة و يكفي الرجوع إلى نص حكم ختم الفلسة في قضية الحال حتى نتأكد من ذلك إذ ليس فيه ما يفيد مواصلة أمين الفلسة السابق أعماله كما ليس ثمة تعيين المصاريف والأجور وعلاوة على هذا الجانب العملي للمسألة فإنه من الطبيعي أن تقابل كل دعوى فردية من الدائنين ضد المدين دعوى فردية من المدين ضد دائنيه وتنقضي جماعة الدائنين بالضرورة طالما ان أمكن دينه عن طريق الدعوى الفردية للدائن تتبع استخلاص و لا يبقى من أثر لحكم التفليس بعد ختم الفلسة لانعدام المال سوى التحاجير التي كرسها الفصل 456 إلى حين استرداد الحقوق وكان النص صريحا في ذلك وتمسكت محكمة الأصل بان حكم ختم الفلسة له طابع مؤقت بموجب الفصل547 من المجلة التجارية طالما أنه يجوز طلب الرجوع في الحكم مستنتجة من ذلك أن رفع يد المدين عن إدارة مكاسبه وتتبع الدعاوى يبقى قائما وأن الطابع المؤقت لختم الفلسة لعدم كفاية المال يفيد فقط انه يمكن للمحكمة أن تقرر من جديد الرجوع إلى اجراءات التفليس بجميع قواعدها القانونية لكن هذا لا يفيد أن هذه القواعد تبقى قائمة خلال الفترة الفاصلة بين صدور الحكم بختم الفلسة لانعدام المال وصدور الحكم بالرجوع إلى اجراءات التفليس .

<u>عن المطعن المتعلق بالمعقب الثاني ف. المتعلق بخرق مقتضيات الفصل 481 م إ ع وتحريف الوقائع وضعف تعليل</u>

قولا ان المعقب الثاني ف. كان يضطلع بمهام الوكالة القانونية للشركة ولسبب قاهر قام بتعيين المدعو م. كمسؤول على القسم التجاري والمالي قصد امضاء الصكوك والسندات التجارية المتعلقة بحسابها المفتوح لدى البنك المعقب ضده وقام المعقب الثاني بإعلام البنك بصفة قانونية قبل المعاملة بالتفويض من طرف الوكيل المفوض لإصدار

الصكوك من جانبه بعد ايداع نموذج امضائه لدى البنك و أن المسؤول المذكور هو الذي أصدر الصكوك التي رجعت بدون خلاص رغم أن حساب الشركة كان دائنا إلا أن البنك حرر شهادات عدم الخلاص باسم المعقب الثاني وهو ما يمثل مساسا بمبدأ شخصية العقوبة بإعتبار أن الوكيل كان مسؤولا على أفعال لم يرتكبها وإنما نسبت اليه نظرا لبقاء مرتكب هذه الأفعال مجهولا وهو ما أقره رئيس فرع بنك لدى الإدارة الفرعية للأبحاث الإقتصادية والمالية محضر بحث عدد 1835 بتاريخ 26/09/05 20 و أن خطأ البنك انعكس بالسلب على الوكيل الذي كان عرضة لتتبعات جزائية من جراء جريمة اصدار صكوك بدون رصيد و منها الحكم عليه بعدم مسك شيكات و مثوله أمام المحاكم واستصدار أحكام بالسجن ضده وعلى أساس ذلك الخطأ المرتكب من طرف البنك والمتمثل في تحرير شهادة عدم خلاص خاطئة قام المنوب بقضية ضد بنك (بنك حاليا) قصد غرم الضرر الناتج عن الخطأ والسبب المذكور وصدر حكم عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 59359 بتاريخ 02/01/2006 قاضي برفض الدعوى واستأنفه المعقب الثاني فأصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارا تحت عدد 866402 قضى بإقرار حكم البداية ثم صدر قرار عن محكمة التعقيب تحت عدد 50205 بتاريخ 10/فيفري/2011 قضى بالنقض والإحالة و أصدرت محكمة الاستئناف بتونس دائرة السيد وكيل الرئيس الأول بوصفها محكمة احالة قرارا تحت عدد 44870 بتاريخ 12/04/2014 قضى نقض حكم البداية والقضاء من جديد بالزام البنك بأداء - 515.422.054 دينار لقاء الضرر المادي الحاصل له والمتمثل في قيمة الصكوك الراجعة بدون خلاص والتي أحيل على أساسها المعقب الثاني جزائيا و 5.000.000 تعويضا للضرر المعنوي و 300.000 لقاء أتعاب التقاضي فتعقبه البنك وصدر قرار عن محكمة

التعقيب تحت عدد 15282 بتاريخ 6/11/2014 قضى بنقض القرار المطعون فيه في الفرع المتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي والتصريح بحذف هذا الجزء المنقوض من منطوق الحكم المطعون فيه بدون احالة كنقضه بخصوص الفرع المتعلق بالتعويض عن الضرر المادي والتصدي في الأصل وذلك بإقرار الحكم الإبتدائي فيما قضى به عن الضرر المذكور وانتهى النزاع على ذلك الأساس وبعد ذلك وبمراجعة المعقب الثاني لتصرف البنك في الحساب الجاري التابع لشركة وعرض الموضوع على خبير في الشؤون البنكية تبين من الاختبار الخاص المحرر من طرف الخبير العدلي المختص في الشؤون البنكية و المحاسبية سند قضية الحال أن الصكوك التي تم إرجاعها بدون خلاص كانت في حقيقة الأمر متوفرة المؤونة و لم يكن للبنك على ذلك الأساس إرجاعها بدون خلاص و أن هذا الإرجاع يمثل خطأ يختلف تماما عن الخطأ الذي أسس عليه المعقب الثاني قيامه في القضية التي أدت إلى القرار التعقيبي عدد 15282 ويحق له على أساس السبب الجديد تعويض الضرر الحاصل له بما لا يقل عن 422.054.515 المبلغ الذي أنفقه من ماله الخاص بخصوص صكوك راجعة للشركة تم رفض خلاصها بدون موجب و يتجه التذكير في هذا النطاق أن المعقب الثاني أجبر على بيع ممتلكاته بأبخس الأثمان ومنزل سكناه المرسم باسم أبنائه القصر بإذن من السيد قاضي التقاديم لخلاص الصكوك و تفادي أحكام التنفيذ العاجل الصادرة ضده وهو يطالب بالتعويض عن الضرر الحاصل له شخصيا على ذلك الأساس و أن السبب في القضيتين مختلف طالما أنه تمثل في الأولى في إصدار شهادات عدم خلاص شيكات باسم المعقب الثاني في حين أنها ممضاة من غيره في حين أن السبب في قضية الحال هو ارجاع شيكات بدون خلاص رغم توفر الرصيد وفي قضية الحال فإن المعقب الثاني لم يغير

السند ولكنه غير السبب والفصل 481 من مجلة الإلتزامات والعقود لم يشترط وحدة السند بل اشترط وحدة السبب وهذا الشرط غير متوفر لأعمال قاعدة اتصال القضاء و طالما أن وقائع القضية الأولي التي اتصل بها القضاء تختلف عن وقائع القضية الحالية طالما أن الأولى تتمثل في إصدار البنك الشهادات في عدم خلاص شيكات باسم المعقب الثاني في حين أنه لم يمضها أمّا وقائع قضية الحال فهي تتمثل في إرجاع شيكات بدون خلاص في حين كانت مؤونتها متوقرة وبذلك فقد اختلف سبب القيام في الدّعويين وان المعقب الثاني لم يتفطن لإرجاع الشيكات بدون خلاص في حين كانت مؤونتها متوفرة إلا عند إجراء الإختبار الخاص أساس قضية الحال أن إختلاف الوقائع يؤدي حتما إلى إختلاف سبب الدعوى وبذلك تفتقر قاعدة اتصال القضاء أحد شروطها الأساسية وهو اتحاد السبب وأن في قول محكمة القرار المطعون فيه بخلاف ذلك خلط واضح بين موضوع الدعوى وسببها وعليه طلبا قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض الحكم المطعون فيه وارجاع القضية للمحكمة التي أصدرته للنظر فيه بهيئة اخرى.

وحيث جوابا على مستندات التعقيب لاحظ نائب المعقب ضده الأستاذ أنه وعلى خلاف ما تمسك به الطاعنان فإن المحكمة أوضحت جليا أن التفليس ليس من أسباب انحلال الشركات لا على معني مجلة الإلتزامات والعقود ولا على معنى مجلة الشركات التجارية بل هو إجراء قضائي مستقل أو سبب مخصوص للإنقضاء يتميز ويختلف عن أسباب الإنحلال حسب عبارة المحكمة ويهدف أساسا إلى حماية الدائنين من خلال جملة من الآثار القانونية على شخص المفلس وعلى ذمته المالية منها الحرمان من الحقوق المدنية ورفع اليد على إدارة المكاسب والتصرف فيها والتشهير وبقية التقييدات

والتحاجير وطالما أن التفليس ليس من أسباب الإنحلال التي حددها القانون بصفة حصرية ولا هو مشبه لا بانتهاء نشاطها أو تعذره ولا بانقضاء موضوعها فإن كل ما يطرأ على الشركة المفلسة لا يمكن أن يخرج عن إطار إجراءات الفلسة ونظامها الخاص وآلياتها وأجهزتها ولا يجوز بالتالي إخضاعها إلى إجراءات تصفية الشركة المنحلة ولا يمكن الحديث بناء على ذلك عن تسمية مصف لها لتباشر بواسطته دعاواها أو تمارس حقوقها مما يكون معه قيامها مباشرة عن طريق من تزعم أنه مصفيها قياما مختلا من الناحية الإجرائية لانعدام الأهلية في القيام وفق الفصل 457 من م.ت والفصل 19 من م.م.م.ت كما انه وخلافا لما تمسكت به المعقبة فإن مبدأ عدم رجعية القوانين يقتضي بقاء الوضعيات القانونية الناشئة قبل صدور القانون الجديد والمتواصلة بعده تحت طائلة القانون القديم ولا ينطبق عليها بالتالي القانون الجديد الذي لا يكون له مبدئيا أي مفعول رجعي ولا يجد بناء على ذلك الفصل 486 جديد من م.ت مجالا للتطبيق على وقائع قضية الحال نظرا لصدور حكم التفليس في إطارها قبل صدور القانون الجديد المتعلق بالإجراءات الجماعية ونظرا لبقاء مفعوله متواصلا إلى يومنا هذا باعتبار أن المفلس لا تتغير وضعيته القانونية في حالة ختم الفلسة لعدم كفاية المال التي ينظمها الفصل 546 من م.ت. بل يبقى تحت طائلة الفلسة ويبقى الحكم بختم الفلسة في هذه الحالة حكما وقتيا لا يضع حدا لإجراءات الفلسة بصورة نهائية طالما يمكن لكل من يهمه الأمر وحتى للمفلس أن يطلب في أي وقت من المحكمة الرجوع فيه إذا ما توفرت أموال لتسديد نفقات الفلسة وفق الفصل 547 من م.ت وإلى جانب ذلك وطالما أن أمين الفلسة الواقع تسميته بموجب حكم التفليس له صفة لتودع الأموال المخصصة للنفقات بين يديه قبل طلب الرجوع في حكم ختم الفلسة ، وطالما أن طلب الرجوع لا يمكن القيام به إلا بواسطته ، وطالما أن »

يـــده لا تغـــل بصـــفة نهائيـــة بصـــدور حكـــم خـــتم الفلســـة لعـــدم كفايـــة المـــال » مثلمـــا أكـــدت ذلـــك المحكمـــة ، فـــإن مفعـــول حكـــم الفلســـة يبقـــى قائمـــا ، ومـــادام هـــذا الحكـــم صـــادر قبـــل دخـــول القـــانون الجديـــد حيـــز النفـــاذ فـــإن القـــانون القـــديم هـــو الـــذي ينطبـــق علـــى آثـــاره ولا مجـــال بالتـــالي للـــدفع بتطبيـــق الفصـــل 486 الجديـــد مـــن م.ت كمـــا لا وجـــود لأي خلـــط بـــين ســـبب الـــدعوى وموضـــوعها لا صـــلب حكـــم البدايـــة ولا صـــلب القـــرار المطعـــون فيـــه حاليـــا فالمتعـــارف عليـــه هـــو أن موضـــوع الـــدعوى هـــو مـــا يريـــده المـــدعي منهـــا ومـــا يســـعى إليـــه مـــن خلالهـــا وهـــو طلـــب التعـــويض عـــن المضـــرة الحاصـــلة ، فـــي حـــين أن ســـبب الـــدعوي هـــو الـــدافع والمبـــرر الـــذي حمـــل المـــدعي علـــى القيـــام بهـــا وهـــو بالتـــالي المضـــرة المزعومـــة المطالـــب بـــالتعويض عنهـــا والمتمثلـــة فـــي كلتـــا القضـــيتين فـــي مبـــالغ الشـــيكات الراجعـــة بـــدون خـــلاص وخطاياهـــا ومصـــاريفها والتـــي ســـبق أن حكـــم بعـــدم ســـماع الـــدعوى فـــي خصوصـــها وخلافـــا لمـــا تمســـك بـــه المعقـــب مـــن اخـــتلاف ســـبب القضـــية الحاليـــة عـــن ســـبب القضـــية التـــي ســـبق أن قضـــي فيهـــا نهائيـــا باعتبـــار أن ســـبب الـــدعوى الســـابقة هـــو إصـــدار شـــهادات عـــدم خـــلاص باســـم المعقـــب رغـــم أن الشـــيكات ممضـــاة مـــن غيـــره فـــي حـــين أن ســـبب القضـــية الحاليـــة هـــو إرجـــاع شـــيكات بـــدون خـــلاص رغـــم تـــوفر الرصـــيد ، فـــإن المعقـــب يطالـــب فـــي كلتـــا الحـــالتين بـــالتعويض لـــه عـــن نفـــس المضـــرة المزعومـــة المتمثلـــة فـــي مبـــالغ الشـــيكات والخطايـــا والمصـــاريف جـــراء نفـــس عمليـــة الإرجـــاع بـــدون خـــلاص المتعلقـــة بـــنفس الشـــيكات ولســـبب غيـــر مشـــروع و حتـــى إذا اعتمـــدنا ، جـــدلا ، التعريـــف "الواســـع" للســـبب المتمثـــل حســـب المعقـــب فـــي "إخـــلال المـــدعى عليـــه بمصـــلحة مشـــروعة المســـتند إلـــى جملـــة مـــن الوقـــائع الماديـــة الواجـــب إبرازهـــا مـــن طـــرف المـــدعي فـــإن ســـبب الـــدعويين المقـــامتين مـــن المعقـــب حســـب هـــذا المقيـــاس يســـتند إلـــى نفـــس الوقـــائع الماديـــة المتمثلـــة فـــي نفـــس عمليـــة إرجـــاع الشـــيكات بـــدون خـــلاص وإصـــدار نفـــس شـــهادات عـــدم

الخـــلاص فـــي خصوصـــها وادعـــاء تعســـف وعـــدم مشـــروعية ذلـــك الإرجـــاع ، ولا علاقـــة فـــي ذلـــك للســـبب الـــذي وقـــع مـــن أجلـــه إرجـــاع الشـــيكات بـــدون خـــلاص وانتهـــى الـــى أن مســـتندات المعقبـــين لـــم تـــات بمـــا مـــن شـــانه أن يـــوهن مســـتندات الحكـــم المطعـــون فيـــه وعليـــه طلـــب رفـــض التعقيـــب أصـــلا إن كـــان مقبول شكلا.

وحيـــث جوابـــا علـــى مســـتندات التعقيـــب أضـــاف نائـــب المعقـــب ضـــده الأســـتاذ أنـــه ولغايـــة اكســـاء نفســـها الصـــفة القانونيـــة للقيـــام لجـــأت المعقبـــة مـــن تلقـــاء نفســـها الـــى اثـــارة جلســـة خارقـــة للعـــادة بتـــاريخ 20/01/2016 تولـــت بموجبهـــا تســـمية الوكيـــل المفلـــس مصـــفيا لهـــا و فوضـــت لـــه جميـــع الســـلط للقيـــام بأعمـــال التصـــفية زاعمـــة أن الحكـــم بتفليـــس الشـــركة ينجـــر عنـــه الانحـــلال و دخولهـــا مرحلـــة تصـــفية و انـــه خلافـــا لمـــا تمســـكت بـــه المعقبـــة فانـــه لا مجـــال للبحـــث عـــن اســـباب و صـــور انحـــلال الشـــركات و اثـــار ذلـــك الانحـــلال علـــى شخصـــيتها المعنويـــة ذلـــك أن موضـــوع النـــزاع لا يتعلـــق بأســـباب انحـــلال الشـــركات و اثـــاره منـــاط الفصـــلين 21 و 28 مـــن مجلـــة الشـــركات التجاريـــة و انمـــا يتعلـــق بنتـــائج الحكـــم بـــالتفليس وآثـــاره فـــي ظـــل الإجـــراءات الجماعيـــة منـــاط العنـــوان الثـــاني مـــن الكتـــاب الرابـــع مـــن المجلـــة التجاريـــة بصـــيغتها القديمـــة و قبـــل صـــدور القـــانون عـــدد 36 لســـنة 2016 المـــؤرخ فـــي 24 أفريـــل 2016 المتعلـــق بـــالاجراءات الجماعيـــة باعتبـــار أن الشـــركة الواقـــع التصـــريح بفلســـتها تـــم قبـــل صـــدور القـــانون المـــذكور وبالتـــالي تبقـــى خاضـــعة لأحكـــام القـــانون التـــي تـــم بموجبهـــا الحكـــم بـــالتفليس وان انحـــلال و تصـــفية لا يعـــدو أن يكـــون الا صـــوريا ذلـــك أن الشـــركة المـــراد تصـــفيتها لـــم تتولـــد مـــن انحـــلال بالصـــور التـــي أتـــى بهـــا القـــانون وانمـــا مـــن حالـــة خاصـــة وهـــي اختتـــام الفلســـة لعـــدم كفايـــة مـــال المفلـــس و أن انحـــلال الشـــركات ان كـــان ينجـــر عنهـــا تصـــفيتها

واستنضاض أموالها فانه يكون للمصفي مهمتان أساسيتان بصفة عامة وهما تحقيق الاصول و خلاص الديون ثم توزيع فاضل التصفية على الشركاء وهو امر يكاد أن يكون مفقودا نظرا لعدم كفاية المال الواقع تقريره قضائيا بموجب الحكم بختم الفلسة الذي عاين افراغ الذمة المالية للشركة و أن ما استخلصته محكمة القرار المطعون فيه في قرارها بقولها انه " لا معنى لتسمية مصفف للمستانفة - الطاعنة في قضية الحال - طالما أنه سبق تفليسها و صدر حكم بختم فلستها باعتبار أن كل ما يطرأ عليها بعد ذلك لا يمكن أن يخرج عن اطار اجراءات الفلسة ولا يمكن أن يتغير حالها اذ تبقى شركة مفلسة ولا يجوز اخضاعها الإجراءات تصفية الشركات المنحلة .." فانه جاء مبني على أسس سليمة يستسيغها القانون و بات القرار المطعون فيه حينئذ في مناي عن خرق الفصلين 21 من مجلة الشركات و الفصل 1318 - 2 و 3 من مجلة العقود و اللالتزامات ولاحظ في خصوص المطاعن المأخوذة من خرق الفصلين 468 جديد من المجلة التجارية و الفصل 15 من القانون عدد 36 لسنة 2016 المتعلق بالأجراءات الجماعية أن هذا المطعن لم تقع اثارته أمام محكمة الموضوع و اثير لأول مرة أمام التعقيب وهو ليس من متطلبات النظام العام خاصة و أن القيام استند منذ البداية في خصوص اثبات اهلية الطاعنة على مقتضيات القانون القديم المنظم للتفليس و اثاره مما اتجه معه رد هذا المطعن وانه من جهة أخرى و على خلاف ما ذهبت اليه الطاعنة فان الفصل 15 من القانون عدد 36 لسنة 2016 و أن تضمن الغاء جميع الأحكام السابقة المخالفة له فانه ابقى العمل متواصلا بالقانون المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعبات اقتصادية ومن بينها المؤسسات التي احيلت على التفليس قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ مما يجعل القول بان الشركة المفلسة في قضية الحال لا تسري

في شانها احكام المجلة التجارية القديمة لنسخها بالقانون الجديد في غير محله خاصة أن القانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية عدد 34 لسنة 1995 قد اقتضى في فصله 58 انه لا ينطبق نظام الانقاذ على كل مؤسسة انطلقت في شانها اجراءات التفليس قبل تاريخ صدور هذا القانون وأن مقتضيات القانون الجديد ليس لها مفعول رجعي عملا بمبدأ الأثر الفوري للقانون كما أن محكمة الموضوع لما طبقت النصوص القديمة على المؤسسات المفلسة قبل صدور القانون الجديد المتعلق بالإجراءات الجماعية فإنها احسنت تطبيق القانون ولم تخالفه و بات حكمها سليما ولا يمكن أن توهنه أسانيد الطعن كما انه خلافا لما ذهبت اليه الطاعنة و عملا بالفصل 457 قديم من المجلة التجارية فان الحكم بالتفليس يترتب عليه قانونا من تاريخ صدوره رفع يد المدين عن ادارة جميع مكاسبه و التصرف فيها حتى المكاسب التي يكتسبها باي وجه من الوجوه ما دام في حالة تفليس ويؤخذ من ذلك أن حكم التفليس يؤدي قانونا إلى رفع يد المدين عن ادارة مكاسبه ويحل محله امين الفلسة وبالتالي لا يمكن للمدين المفلس مباشرة أي دعوى أو القيام بأي عمل قضائي طالما انه تحت طائلة التحجي و أن الفصلين 546 و 547 قديم من المجلة التجارية جاءا في القسم الخامس المتعلق بختم الفلسة لعدم كفاية مال المفلس و قد نص الفصل 546 انه بمقتضى الحكم بختم الفلسة يعود الى كل دائن حقه بدعواه على انفراد كما الفصل 547 انه يمكن للمفلس او لكل من يهمه الأمر أن يطلب في اي وقت من المحكمة الرجوع في ذلك الحكم اذا أثبت وجود ما يكفي لتسديد النفقات التي تستلزمها عمليات الفلسة أو أودع بين يدي الامين المبلغ الكافي لتسديدها و ان الفصلين المذكورين لم ينصا مثلما تدعيه المعقبة على عودة المفلس لممارسة حقوقه و مباشرة الدعاوي بل اشارا فقط الى انهاء الأجراءات الجماعية وعودة الدائنين الى ممارسة دعاويهم وهو

مـــا لا يمكـــن ولا يجـــوز القيـــاس عليـــه بالنســـبة للمـــدين المفلـــس لتبريـــر عودتـــه لممارســـة مـــا لـــه مـــن حقـــوق والقيـــام قضـــائيا ومباشـــرة الـــدعاوى اذ يبقـــى تحـــت التحـــاجير القانونيـــة فـــي ادارة مكاســـبه مـــا لـــم يـــنص القـــانون صـــراحة الـــى ذلـــك وأن مـــا استخلصـــته محكـــم الحكـــم المطعـــون فيـــه كـــان ســـديدا عنـــدما اكـــدت فـــي قرارهـــا أن يـــد امـــين القلســـة لا تغـــل نهائيـــا بصـــدور الحكـــم بخـــتم الفلســـة وعللتـــه تعلـــيلا قانونيـــا بقولهـــا انـــه لـــو كانـــت تغـــل يـــد امـــين الفلســـة لمـــا كانـــت لـــه الصـــفة لتـــودع النفقـــات بـــين يديـــه قبـــل طلـــب الرجـــوع فـــي حكـــم خـــتم الفلســـة مثلمـــا نصـــت عليـــه الفقـــرة الأولـــى مـــن الفصـــل 547 مـــن المجلـــة التجاريـــة ممـــا يجعـــل المطعـــن المتعلـــق بخـــرق الفصـــلين 546 و 547 مـــن المجلـــة التجاريـــة فـــي غيـــر مكانـــه وأضـــاف فـــي خصـــوص المعقـــب الثـــاني أنـــه أســـس طعنـــه علـــى اخـــتلاف اســـباب القيـــام بالـــدعوى بـــين القضـــية الأولـــى التـــي قـــام بهـــا مـــن اجـــل الخطـــأ التقصـــيري الـــذي قـــام بـــه البنـــك عنـــد ارجـــاع الصـــكوك دون رصـــيد دون موجـــب حـــق و التـــي صـــدر فيهـــا الحكـــم النهـــائي و البـــات حســـب القـــرار التعقيبـــي الصـــادر عـــن محكمـــة التعقيـــب فـــي القضـــية عـــدد 15282 بتـــاريخ 06/11/2014 و ســـبب القيـــام بـــدعوى الحـــال مـــن أجـــل خطـــأ مختلـــف عـــن الخطـــأ الأول تمثـــل فـــي ارجـــاع صـــكوك دون رصـــيد فـــي حـــين أن حســـاب الشـــركة حســـب زعمـــه يتـــوفر فيـــه الرصـــيد ممـــا يجعـــل القيـــام الثـــاني مختلـــف ســـببا عـــن القيـــام الأول و بالتـــالي لا يســـري فيـــه مبـــدأ اتصـــال القضـــاء منـــاط الفصـــل 481 مـــن م اع و أنـــه بـــالرجوع الـــى المســـتندات الواقعيـــة للقضـــية فانـــه يتضـــح أن موضـــوع الـــدعوى فـــي قضـــية الحـــال كمـــا هـــو فـــي القضـــية الأولـــى تعلـــق بإرجـــاع صـــكوك دون رصـــيد مـــن حســـاب شـــركة ك. وقيـــام المـــدعي المعقـــب فـــي قضـــية الحـــال بـــدعوى فـــي تعـــويض الضـــرر الحاصـــل لـــه علـــى أســـاس الخطـــأ الصـــادر عـــن البنـــك وأن موضـــوع الـــدعوى مثلمـــا تمـــت الإشـــارة اليـــه صـــدر فـــي شـــانه الحكـــم النهـــائي و البـــات بموجـــب صـــدور القـــرار التعقيبـــي المشـــار اليـــه و الـــذي وضـــع حـــدا

للنـــزاع بـــين الطـــرفين وأن منازعـــة الطـــاعن فـــي تطبيـــق الفصـــل 481 م اع بنـــاء علـــى أن قاعـــدة اتصـــال القضـــاء غيـــر متـــوفرة فـــي قضـــية الحـــال لانعـــدام وحـــدة ســـبب الـــدعوى بـــين القضـــية الأولـــى المحكـــوم فيهـــا المشـــار اليهـــا أعـــلاه و قضـــية الحـــال هـــي منازعـــة غيـــر جديـــة باعتبـــار أن الموضـــوع والســـبب فـــي الـــدعوى لا يختلفـــان فـــي أســـاس القيـــام المتمثلـــة فـــي المســـؤولية المدنيـــة الناتجـــة عـــن الفعـــل الخـــاطئ فـــي القضـــيتين و انـــه مـــن جهـــة أخـــرى فـــان تعـــدد الأســـباب أو اختلافهـــا التـــي تخـــول القيـــام لا يتولـــد عنهـــا تعـــدد القيـــام و الحصـــول علـــى تعويضـــات مختلفـــة فطالمـــا أن التعـــويض واحـــد غيـــر مختلـــف و غيـــر مخصـــص قانونـــا فانـــه لا مجـــال للتمســـك بـــاختلاف الســـبب للقيـــام مـــن جديـــد للحصـــول علـــى نفـــس التعـــويض اعتمـــادا علـــى تغييـــر ذلـــك الســـبب و إلا فـــان ذلـــك ســـيؤول حتمـــا إلـــى تعويضـــات متعـــددة و متكـــررة علـــى قـــدر تغييـــر ســـبب الـــدعوى وهـــو مـــا لا يســـمح بـــه القـــانون وانتهـــى بـــدوره الـــى أن مســـتندات المعقـــب لـــم تـــات بمـــا مـــن شـــانه أن يـــوهن مســـتندات الحكـــم المطعون فيه وعليه طلب رفض التعقيب أصلا إن كان مقبول شكلا.

المحكمة

عن المطاعن المتعلقة بالمعقبة الأولى

عن المطعن الأول

حيـــث تمســـك نائبـــا المعقبـــان صـــلب هـــذا المطعـــن بـــأن المعقبـــة الأولـــى وبمجـــرد صـــدور حكـــم بخـــتم الفلســـة فـــي شـــأنها تكـــون فـــي وضـــعية الشـــركة المنحلّـــة بموجـــب القـــانون فتـــدخل فـــي مرحلـــة تصـــفية وتبقـــى شخصـــيتها المعنويـــة مســـتمرة لأغـــراض التصـــفية وتنتهـــي مـــدة نيابـــة وكيلهـــا ممـــا يســـتوجب تعيين مصفي لها يكون هو ممثلها القانوني .

وحيث تتجه الإشارة بدء الى أن الشركة التجارية بصفة عامة تنحل عند حصول سبب أو أكثر من الأسباب الواردة بالفصول من 21 إلى 27 من مجلة الشركات التجارية وتكون الشركة بداية من تاريخ حلها في حالة تصفية ويقع تعيين مصفي كممثل قانوني لها وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار التصفية المرحلة التنفيذية للانحلال باعتبار انه تقع أثناءها جملة العمليات الرامية إلى إنهاء وجود الشركة كشخص معنوي وذلك من خلال خلاص ديونها وتوزيع ما تبقى على الشركاء .

وحيث يتأكد من خلال ما تقدم أن المشرع كرس فرقا شاسعا بين مؤسستي انحلال الشركات ومن ثمة تصفيتها ومؤسسة التفليس فالإفلاس يكتسي صبغة العقوبة التي تسلط على التاجر الذي لم يف بالتزاماته فيقع الحجز على ممتلكاته لخلاص دائنيه وإقصائه من الدورة الاقتصادية أما بالنسبة للشركة المنحلة فيقع تعيين مصف عنها لحماية حقوق الدائنين والشركاء على حد سواء والوصول بأسرع ما يمكن إلى إستنضاض أموالها الأمر المخالف واقعا وقانونا لوضعية الشركة المعقبة الأولى .

وحيث وعلاوة على ما تقدم فان أمين الفلسة يختلف عن المصفي في القانون التونسي، فالمصفي هو شخص يختاره الشركاء أو تعينه المحكمة عند الاقتضاء لإجراء الأعمال اللازمة لإنهاء الوجود المادي للشركة وتمثيل الذات الإعتبارية الباقية والقيام مقامها والتصرف في أمورها وإدارة أعمالها والقيام بالأعمال الضرورية للإستنضاض وان هذا التعريف للمصفي ولئن كان يلتقي مع دور أمين الفلسة عند تصفية أموال الفلسة في حالة قيام إتّحاد الدائنين كحل من الحلول التي يمكن أن تطرأ على الفلسة، الا انّ مجالهما يبقى مختلفا تمام الاختلاف ففي حين أن مجال دور أمين الفلسة هو إفلاس المؤسسة فانّ مجال دور المصفي هو إنحلال الشركة لسبب من أسباب الإنحلال المنصوص عليها في مجلة الشركات.

وحيث وعلى فرض مجاراة نائب المعقبين فيما ذهب اليه فانه تجدر الإشارة الى ان الشركة التي بحالة تصفية ليست لها شخصية قانونية تخول لها مقاضاة الغير الا فيما هو ضروري ولا بد منه لإنجاز التصفية مثلما اقتضته صراحة أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 42 م ش ت التي نصت على أنه "يمكن للمصفي مواصلة العقود المبرمة سابقا وإبرام عقود أخرى إذا إستوجبت ظروف التصفية ذلك" فالمبدأ بالنسبة للشركة المنحلة هو عدم مواصلتها لنشاطها في فترة التصفية إذ الغاية من بقاء الشخصية القانونية للشركة في هذه الفترة هو حماية حقوق الدائنين والشركاء والوصول بأسرع ما يمكن إلى إستنضاض أموالها وعليه فإن إبرام إلتزامات جديدة سيحول مبدئيا دون الوصول إلى هذا الهدف حيث سيثقل كاهلها بتعهدات تتعارض مع قرار حلها الذي جاء تعبيرا عن رغبة الشركاء في عدم مواصلة نشاطها أو لوجود سبب موضوعي يحول دون إستمرار ذلك النشاط لكن المشرع وسعيا منه إلى الحفاظ على مصالح الدائنين المتعاملين مع الشركة قبل إنحلالها وتبسيطا لإجراءات التصفية أباح إمكانية إبرام إلتزامات جديدة بشرط أن تكون إستوجبتها ظروف التصفية.

وحيث بالرجوع إلى أحكام المجلة التجارية المتعلقة بتفليس الشركات نتبين أن المشرع التونسي قد أقر إمكانية تفليس الشركة في طور التصفية فنص بالفصل 592 على "أن الشركة وإن كانت في حالة تصفية يمكن الحكم بتفليسها". وأوجب الفصل 593 م.ت على المصفي تقديم التصريح الرامي لإستصدار حكم التفليس بإعتباره الممثل القانوني للشركة في طور التصفية ولم ينص على العكس خاصة ان طلب تفليس الشركة التي دخلت طور التصفية يظل حلا استثنائيا تقيده جملة من الشروط باعتبار ان الأصل أن تكون الشركة المنحلّة في وضعيّة مليئة قادرة على خلاص ديونها لذا مكن المشرع المصفي في صورة تيقنه من الوضعيّة المتدهورة

التي آلت إليها الشركة أن يطلب المرور لإجراءات التفليس حتى تتوقف التتبعات الفردية وتقع تسوية الديون بصورة جماعية وبذلك تتحقق حماية اكبر للدائنين ويقع ضمان مبدأ المساواة بينهم.

وحيث بالرجوع الى أوراق الملف يتبين أن المعقبة الأولى صدر بشانها قرار بتاريخ 04 جوان 2008 تحت عدد 198 قضى بختم الفلسة بعد أن ثبت للقاضي المنتدب أنها غادرت مقرها الى وجهة غير معلومة ولم يعد لها وجود به واضحت غير معروفة بالمكان واضمحل الأصل التجاري التابع لها ولم يقع العثور على أي ممتلكات عقارية او منقولة راجعة لها يمكن التنفيذ عليها .

وحيث أن جملة الأسباب المشار اليها أعلاه والتي آلت الى صدور حكم بختم اعمال الفلسة تتعارض مع الوضعية القانونية الجديدة للمعقبة والتي تدعي الآن أنها ما زالت موجودة كشخص معنوي مستقل بذاته وانه التأمت بناء على طلب صادر عنها جلسة عامة خارقة للعادة بتاريخ 20 جانفي 2016 بين المساهمين الوحيدين فيها والمالكين لكامل حصصها وهما د. ج. والمعقب الثاني ف. تقرر بمقتضاها تسمية هذا الأخير مصفيا لشركة المعقبة الأولى والذي كان يشغل خطة الوكيل القانوني لها قبل صدور الحكم بتفليسها بتاريخ 12 ماي 2004 .

وحيث يتضح مما تقدم وخلافا لما ورد بهذا المطعن فانه لا تثريب على محكمة الحكم المنتقد لما عللت قضاءها بانه لا معنى لتسمية مصف للمستانفة واتجه لذلك استبعاد تطبيق أحكام الفصول 2و3و1318 م ا ع و21 م ش ت لما في ذلك من خلط بين نظامي التصفية والتفليس ضرورة ان الأمر مثلما سلفت الإشارة اليه أعلاه يتعلق بشركة تم تفليسها وصدر قرار بختم اعمال الفلسة في شانها مما يجعلها خاضعة لأحكام التفليس ولا

الـــى الاحكـــام الخاصـــة بـــانحلال الشـــركات وتصـــفيتها علـــى غـــرار الاحكـــام المدعى خرقها .

وحيـــث أضـــحى مـــا تضـــمنه المطعـــن الـــراهن مـــن منازعـــة حريـــا بالإعراض عنه ورده .

<u>عن المطعنين الثاني والثالث لتداخلهما ووحدة قول المحكمة فيهما</u>

حيـــث نعـــى نائبـــا المعقبـــان علـــى محكمـــة القـــرار المطعـــون فيـــه تطبيقهـــا أحكـــام الفصـــلين 456 و457 قـــديم مـــن المجلـــة التجاريـــة قـــولا بانـــه يجـــب تطبيـــق القـــانون عـــدد 36 لســـنة 2016 المـــؤرخ فـــي 29 أفريـــل 2016 المتعلـــق بـــالإجراءات الجماعيـــة علـــى المســـالة المتعلقـــة باهليـــة التقاضـــي لـــدى المعقبـــة الأولى باعتباره القانون المنطبق عند رفع الدعوى الحالية .

وحيـــث اقتضـــى الفصـــل 15 مـــن قـــانون 29 أفريـــل 2016 أنـــه "تلغـــى جميـــع الاحكـــام الســـابقة المخالفـــة لهـــذا القـــانون وخاصـــة القـــانون عـــدد 34 لســـنة 1995 المـــؤرخ فـــي 17 افريـــل 1995 المتعلـــق بإنقـــاذ المؤسســـات التـــي تمـــر بصـــعوبات اقتصـــادية غيـــر انـــه يتواصـــل العمـــل بهـــذا القـــانون ... علـــى المؤسســـة التي احيلت على التفليس قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ"

وحيـــث لا جـــدال فـــي أن شـــركة ك. المعقبـــة الأولـــى صـــدر منـــذ 12 مـــاي 2004 حكـــم قضـــى بثبـــوت توقفهـــا عـــن دفـــع ديونهـــا بدايـــة مـــن 04 نـــوفمبر 2000 وعـــدم إمكانيـــة انقاذهـــا ومواصـــلتها لنشـــاطها والقضـــاء بنـــاء علـــى ذلـــك بتفليســـها وتكليـــف قاضـــيا منتـــدبا للفلســـة وأمينـــا لهـــا كمـــا صـــدر حكـــم بختـــم الفلســـة في خصوصها منذ 04 جوان 2008.

وحيـــث وعمـــلا باحكـــام الفصـــل 15 المـــذكور فـــان المعقبـــة الأولـــى تبقـــى خاضـــعة لأحكـــام القـــانون عـــدد 34 لســـنة 1995 المـــؤرخ فـــي 17 افريـــل 1995 المتعلـــق بإنقـــاذ المؤسســـات التـــي تمـــر بصـــعوبات اقتصـــادية ولا مجـــال

لتطبيق القانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية عليها الأمر الذي اهتدت اليه عن صواب محكمة الحكم المنتقد وفعلت على أساسه فصول المجلة التجارية المنطبقة على وقائع قضية الحال تفعيلا سليما يحول دون النعي عليها بخرق القانون عدد 36 لسنة 2016 والفصل 486 م ت وبالتالي رد هذين المطعنين .

عن المطعن الرابع

حيث تأسس هذا المطعن على القول بأن حكم ختم الفلسة لانعدام المال يضع حدا لخطة امين الفلسة وطالما سمح المشرع للدائنين بالفصل 546 م ت مباشرة دعاويهم الفردية ضد المدين المفلس فانه يحق لهذا الأخير أيضا الدفاع عن حقوقه ومباشرة دفوعاته كمطلوب دون حضور امين الفلسة .

وحيث يتعلق الاشكال المطروح في هذا الاطار بمعرفة ما ذا كان من حق المفلس بعد اشهار افلاسه وصدور حكم بختم الفلسة لعدم كفاية المال او بالأحرى لانعدامه أصلا أن يعود من جديد وبعد انقضاء عدة سنوات ليتمتع بشخصية معنوية مستقلة في شخص مصفي يقع تعيينه بقرار من المساهمين في راس مال الشركة المفلسة والقيام مباشرة في شخص هذا المصفي ضد الغير لمطالبته بأموال تدعي هاته الشركة استحقاقها منه .

وحيث لا جدال في أن التفليس يتقرر بحكم من المحكمة المختصة نظرا لخطورة آثاره المتعلقة سواء بشخص المدين أو بأمواله اذ تسقط على المفلس بعض الحقوق المهنية والسياسية ولا سبيل أمامه لإستعادتها إلا باتباع اجراءات رد الاعتبار كما ان يد المفلس تغل عن إدارة أمواله والتصرف فيها ويترتب عن حكم الافلاس إنتظام الدائنين في هيئة يمثلها أمين الفلسة تسمى بجماعة الدائنين فأمين الفلسة يمثل في الآن نفسه المدين

المفلس من جهة باعتباره هو من حل محله في إدارة أمواله تحت رقابة القاضي المنتدب كما يمثل جماعة الدائنين من جهة أخرى.

وحيث جاء بالفصل 457 م ت قديم أنّ "الحكم بالتفليس يترتب عليه قانونا من تاريخ صدوره رفع يد المدين عن إدارة جميع مكاسبه والتصرف فيها حتى المكاسب التي يكتسبها بأيّ وجه من الوجوه ما دام في حالة تفليس ويباشر الأمين جميع ما للمفلس من الحقوق والدعاوى المتعلقة بكسبه".

وحيث يتبين من هذا النص أنّ يد المفلس ترفع عن إدارة أمواله بقوّة القانون من تاريخ صدور حكم الإفلاس وتنتقل هذه الإدارة إلى أمين الفلسة ويشمل رفع اليد التّداعي لدى القضاء، سواء كان المفلس طالبا أو مطلوبا إلاّ إذا كان متداخلا إلى جانب أمين الفلسة سواء تعلق الأمر برفع دعوى أو الطعن في حكم صادر قبل التصريح بالإفلاس، أو تنفيذ هذا الحكم فلا تقام الدعوى إلا من أمين الفلسة أو عليه، والمدين لا يباشر الطعن أو التنفيذ إلا منه أو عليه، إلا أنه يمكن للمفلس أن يقوم ببعض الأعمال الإحتياطية مثل قطع مرور الزمن على الديون والحقوق لفائدة جماعة الدائنين، وقطع سقوط الدعوى وإجراءت العقل التحفظية والتوقيفية، والإعلام بسقوط الدعوى بالاحكام الصّادرة لفائدته كما يمكن للمدين الطعن في الحكم الصادر بالإفلاس والحكم الذي قدّم تاريخ التوقف عن الدفع والإعتراض على قائمة التوزيع ولو وافق أمين الفلسة عليها على ان تتم هذه الأعمال في مواجهة الدائنين وأمين الفلسة.

وحيث نص الفصل 546 م.ت على أنه "اذا توقفت في أي وقت عمليات الفلسة لعدم كفاية مال المفلس يمكن للمحكمة بالإستناد الى قرار من الحاكم المنتدب ولو من تلقاء نفسها التصريح بختم عمليات الفلسة وبمقتضى هذا الحكم يعود إلى كل دائن حقه في القيام بدعواه على انفراد".

وحيث يتبين من هذا النّص أنّ المشرع ارتأى أن الإجراءات اللاحقة لحكم الفلسة لا تبقى سارية الا في صورة توفر موجبها وثبت إمكانية تفعيلها اما اذا ثبت ان الأموال التي تتكون منها أصول الفلسة منعدمة او غير كافية لمواجهة النفقات التي يتطلبها السير في اجراءاتها فانه يقع ختم الفلسة لعدم كفاية المال مثلما هو الواقع بالنسبة للمعقبة الأولى التي صدر في شانها حكم بختم الفلسة منذ سنة 2008 .

وحيث وبداية من صدور الحكم بختم الفلسة لعدم كفاية الموجودات ومثلما نصت عليه صراحة أحكام الفصل 546 م.ت يستعيد دائني المفلس حق رفع الدعاوى ومباشرة الإجراءات الفردية ضده والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الاطار هو مدى وجوب ادخال امين الفلسة في الدعوى التي يرفعها الدائن ضدّ المفلس وهل يجوز لأمين الفلسة التّداخل في الدعوى للمحافظة على مصالح جماعة الدائنين ومنع الإخلال بمبدأ المساواة بينهم.

وحيث ولئن خول المشرع للدائنين الحق في القيام بدعواهم فرادى ضد المفلس بعد صدور حكم بختم الفلسة لعدم كفاية المال فانه وفي المقابل نص على إمكانية قيام المفلس بدوره امام القضاء الا ان هذا القيام لا يمكن ان ينظر اليه نظرة موسعة باعتبار ان المشرع نص على صورة وحيدة وخاصة تخول للمفلس إمكانية القيام لدى القضاء وهي صورة ثبوت انضوائه تحت طائلة الفصل 546 م ت وذلك لطلب الرجوع في حكم ختم الفلسة اذا اثبت وجود ما يكفي لتسديد النفقات التي تستلزمها عمليات الفلسة أو أودع بين يدي الأمين المبلغ الكافي لتسديدها .

وحيث يستنتج مما تقدم ان المشرع لم يخول للمفلس الذي ثبت انه تم ختم عمليات الفلسة في شانه دون خلاص دائنيه لعدم توفر المال لديه - مثلما هو الشأن بالنسبة للمعقبة الأولى - إمكانية استعادة حقوقه واهليته في القيام امام القضاء الا بشروط أولها ان يقع الرجوع في ختم الفلسة

بمقتضى حكم قضائي عملا بمبدا توازي الشكليات سيما ان التفليس وختم عملياته لا يمكن ان يرتبا أثرهما القانوني الا بعد صدور حكم في شانهما لذا فانه ومن باب أولى واحرى أن يقع وضع حد لمفعولهما أيضا بمقتضى حكم صادر من المحكمة وهو ما اقره المشرع صراحة صلب الفصل547 م ت وثانيهما ان يثبت وجود المال الكافي لدى المفلس لادارة الفلسة والانفاق على عملياتها سعيا للحصول الى خلاص الديون .

وحيث بالاطلاع على مظروفات الملف يتبين ان المعقبة الأولى وبمحاولة سحب الفلسة عليها بعد صدور حكم قضائي في الغرض وتوجه القاضي المنتدب صحبة امين الفلسة الى مقرها المنصوص عليه بمضمون سجلها التجاري اتضح انها لم تكن موجودة به وانها غادرته الى وجهة غير معلومة مما أدى الى صدور حكم بختم الفلسة سنة 2008 ثم ودون الرجوع في هذا الحكم من طرف المحكمة عادت الى الحياة سنة 2016 بنفس شكلها ومساهميها القدامى وعينت نفس وكيلها السابق الذي سبق للمحكمة سنة 2004 ان رفعت يديه عن إدارة مكاسبه كمصف عنها ومنحته الصفة القانونية للقيام بقضية الحال الأمر المخالف تماما للقانون ولمصلحة الدائنين ولنية المشرع من خلال سنه لجملة النصوص القانونية المتعلقة بالفلسة وشروطها واجراءاتها وآثارها .

وحيث ما يدعم خلاف ما ورد بمستندات التعقيب أن المشرع لم ينص على إمكانية استعادة المفلس لشخصيته القانونية المستقلة الا في الصورة الواردة بالفصل 532 م ت وذلك بعد قفل جدول الديون وخلاص جميع الدائنين وصدور حكم بختم الفلسة لانعدام مصلحة جماعة الدائنين اذ وبصدور هذا الحكم تنتهي الإجراءات بصفة باتة وتعاد الى المدين جميع حقوقه وتزاح عنه جميع التحاجير التي تكون قد تسلطت عليه وهو ما نص عليه المشرع صراحة بالفصل المذكور الأمر الذي لا يمكن ان يكون على

منوالــه الحــال عنــد خــتم الفلســة لعــدم كفايــة المــال ســيما ان الفــرق واضــح بــين مفلــس ســدد كامــل ديونــه ووفّــى بمــا عليــه ومفلــس اغلــق مخازنــه ولاذ بــالفرار دون ان يترك أي اثر ودون ان يواجه حكم الفلسة الصادر ضده .

وحيــث وبنــاء علــى مــا تقــدم وخلافــا لمــا ورد بهــذا المطعــن فــان تنصــيص المشــرع بالفصــل 546 م ت علــى أنــه "يعــود لكــل دائــن حقــه فــي القيــام بــدعواه علــى انفــراد" لا يمكــن ان تــأوّل لصــالح المفلــس وتبقــى إمكانيــة مخولــة فقــط للــدائن لاســتخلاص دينــه ولا يمكــن ان يترتــب عنهــا أي حقــوق لفائدة المفلس الذي لم يف بديونه .

وحيــث وعــلاوة علــى مــا تقــدم لا يعقــل ان يوجــب المشــرع ان يصــدر بشــان التفلــيس وخــتم اعمــال الفلســة دون خــلاص الــدائنين حكــم واوجــب اشــهاره وان لا يشــترطه عنــد زوال آثــار الفلســة فالفلســة وختمهــا همــا بمثابــة الإعــلان عــن المــوت الحكمــي للمفلــس فكيــف يمكــن لهــذا الأخيــر ان يعــود الــى الحيــاة دون صــدور حكــم فــي ذلــك ودون اشــهار عودتــه الــى الحيــاة وحتــى محضــر الجلســة الخارقــة للعــادة المــؤرخ فــي 20-01-2016 والمــدلى بــه مــن المعقبــين والــذي تــم إشــهاره تعلــق بتعيــين مصــفي عــن المفلســة ولا باســتعادتها لكيانها من جديد .

وحيــث اعتبــرت محكمــة الدرجــة الثانيــة صــلب أســانيد حكمهــا المطعــون فيــه أنــه "لا معنــى لتســمية مصــف للمعقبــة الأولــى طالمــا انــه ســبق تفليســها وصــدر حكــم بخــتم فلســتها باعتبــار ان كــل مــا يطــرا عليهــا بعــد ذلــك لا يمكــن ان يخــرج عــن اطــار إجــراءات التفلــيس ولا يمكــن ان يتغيــر حالهــا اذ تبقــى شــركة مفلســة ولا يجــوز اخضــاعها لإجــراءات تصــفية الشــركات المنحلــة " ولا جــدال فــي أنهــا ومــن خــلال تعليهــا هــذا قــد أحســنت تطبيــق القــانون وأحكمــت التعليــل وأضــافت أن " للمفلــس ان يباشــر الــدعاوى بعــد صــدور الحكــم بخــتم فلســته لعــدم كفايــة المــال لكــن لا يمكنــه ذلــك الا بواســطة

امين الفلسة وبعد الرجوع في ذلك الحكم ضرورة ان طلب الرجوع في حكم ختم الفلسة نفسه لا يمكن القيام به الا بواسطة امين الفلسة " وانتهت الى انه "لا يجوز للمعقبة الأولى ان تقوم مباشرة بقضية الحال" .

وحيث ولئن أصابت المحكمة المرمى عند تعليل قضائها بالقول بأنه لا يمكن للمفلس الذي صدر الحكم بختم فلسته لعدم كفاية المال ان يباشر الدعاوى الا بعد الرجوع في ذلك الحكم سيما أن قفل الفلسة لعدم كفاية الموجودات هو قفل مؤقت باعتبار انه بالإمكان إعادة فتحها من جديد مثلما نص عليه الفصل 547 الا انها حادت عن سوي السبيل لما قرنت رفع الدعوى بوجوب وجود امين الفلسة كممثل قانوني للمفلس ضرورة ان المشرع استعمل عبارة " يمكن للمفلس او لكل من يهمه الأمر " وهي عبارة مطلقة ويجب ان تؤخذ على اطلاقها في خصوص صفة القيام بان خول للمفلس القيام مباشرة لدى القضاء ودون ان يكون ممثلا من طرف امين الفلسة لكن في صورة وحيدة ومضبوطة حصرا وهي صورة ثبوت وجود ما يكفي لتسديد النفقات التي تستلزمها عمليات الفلسة ولا في جميع القضايا .

وحيث وطالما ثبت انعدام السند القانوني الذي يخول للمعقبة تعيين مصفي لتمثيلها امام القضاء والحال انه صدر في شانها حكم بختم الفلسة لعدم كفاية المال بعد تعذر تنفيذ إجراءات الفلسة عليها لمغادرتها لمقرها الى مقر مجهول كما ثبت عدم انضواء قضية الحال تحت طائلة الفصل 547 م ت الذي خول للمفلس القيام مباشرة لدى القضاء لطلب الرجوع في ختم الفلسة بشروط معينة فقد أضحى هذا المطعن الرامي الى إقرار صفة واهلية المعقبة الأولى للقيام بدعوى الحال مخالفا لما قصده المشرع عند

سنه لمؤسسة الإفلاس وغير متطابق مع جملة النصوص القانونية السالف الإشارة اليها أعلاه .

وحيث وبالتمعن في أسانيد القرار المخدوش فيه يتبين أن المحكمة ولئن لم تفلح حين اعتبرت انه من حق المعقبة الآن القيام في شخص امين الفلسة وبعد الرجوع في حكم ختم الفلسة لعدم كفاية المال فانه وطالما كانت النتيجة التي توصلت اليها متفقة مع النتيجة السليمة والقانونية للنزاع وان اعتماد ما تقدم من تعليل كاف لاستكمال قرارها التعليل الصحيح فانه لا موجب لنقض ما انتهت اليه بما يتعين معه تاييد منطوق قضائها في خصوص المعقبة الأولى اذ لا مصلحة ولا جدوى في نقض حكم نتيجته صائبة مما يدحض دفع نائبا الطاعنين المضمن بهذا المطعن والمؤسس على خرق مقتضيات الفصلين 546 و547 م ت ويستوجب رده والالتفات عنه.

<u>عن المطعن المتعلق بالمعقب الثاني بكافة فروعه</u>

حيث نعى الطاعن على محكمة الحكم المنتقد خرق مقتضيات الفصل 481 م إ ع فضلا عن تحريفها الوقائع وضعف تعليل حكمها لما قضت باتصال القضاء في فرع الدعوى المتعلق بطلبات المدعي الثاني في الأصل المعقب الثاني الآن ف. رغم ثبوت اختلاف سبب قضية الحال عن القضية المحتج بها والتي صدر في شانها القرار التعقيبي عدد 14897-15282 بتاريخ 06 نوفمبر 2014 .

وحيث اقتضى الفصل 481 م إ ع أم أن " ما أناطه القانون من النفوذ بأحكام المجالس التي لا رجوع فيها لا يتعلق إلا بما قضى به المجلس ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه أو ما كان نتيجة ضرورية منه ولا يكون ذلك إلا بالشروط الآتية:

1. أن يكون موضوع الطلب واحدا.
2. أن يكون سبب الدعوى واحدا.
3. أن تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة السابقة في الطالب والمطلوب.

وحيث كان غني عن البيان والتأكيد ان قرينة اتصال القضاء هي من القرائن القانونية القاطعة التي خول المشرع الاحتجاج بها متى توفرت شروطها المتمثلة في وحدة السبب والموضوع والخصوم علاوة على شروط أخرى لابد من توفرها في الحكم حتى يجوز التمسك بحجية الحكم الذي لا رجوع فيه لعل أهمها أن يكون الحكم المحتج به قد بت في الخصومة وأنهى النزاع بوجه حاسم.

وحيث يتبين من خلال الفصل 481 المذكور أن المشرع أسند للأحكام القاطعة والحاسمة للنزاع قوة نفاذ في خصوص ما تضمنته من مسائل خلافية واقعية كانت او قانونية وذلك قصد وضع حد نهائي لذات النزاع حتى لا يتكرر وحتى لا تتناقض الاحكام في الخصومة الواحدة فقرينة اتصال القضاء تقوم عندما يثبت للقاضي أنه صدر بين نفس الخصوم وفي ذات المحل ولنفس السبب حكم قضائي قطعي ففي هذه الحالة عليه ان لا يخوض في ذات النزاع مرة أخرى ويبدي رايه فيه باعتبار أن التقاضي مرة اخرى من شانه ان يؤدي الى حكم ان اتفق مع الحكم الاول فلا حاجة به وان خالفه سيؤول الى وجود تناقض بين الاحكام الصادرة الأمر الذي حجره المشرع صراحة .

وحيث يستشف من خلال ما تقدم انه للتمسك بقرينة اتصال القضاء يجب ان تتوفر شروط ثلاثة مجتمعة وهي وحدة الأطراف والموضوع والسبب وهو ما اقرته عن غير صواب محكمة الدرجة الثانية صلب حكمها المطعون فيه بمساندتها لموقف محكمة البداية وبقولها أن " سبب

القيام وموضوعه في النزاع السابق وقضية الحال هما نفسهما ويتمثلان في طلب التعويض عن الضرر اللاحق بالمستانف على أساس مسؤولية البنك بسبب ارجاع الشيكات بدون خلاص لسبب غير مشروع ولاخطاء البنك وتعسفه " .

وحيث وبالاطلاع على أوراق الملف وتحديدا مراحل النزاع السابق الناشئ بين البنك المعقب ضده الآن والمعقب الثاني والذي استهل بالقضية الابتدائية عدد 59359 الصادر فيها الحكم بتاريخ 02-01-2006 والذي انتهى فيها النزاع بصفة باتة بموجب القرار التعقيبي عدد 14897-15282 الصادر بتاريخ 06 نوفمبر 2014 أن موضوعها ولئن التقى مع موضوع قضية الحال باعتبار انه تعلق بمطالبة البنك بتعويض حريفه عن أخطاء نسبها له ورتب عنها مسؤوليته البنكية الا ان سبب الدعويين بقي مختلفا ضرورة انه ولئن تاسس القيام في اطار القضية عدد 59359 على نسبة أفعال للبنك تمثلت في تحرير شهائد عدم خلاص خاطئة باسم المعقب الثاني على أساس أنه هو من أصدرها والحال انها صادرة عن غيره وغير صادرة عنه فان قضية الحال تأسست على القول بان البنك المعقب ضده تعمد ارجاع شيكات دون خلاص رغم توفر الرصيد وثبوت دائنيته عند عرض الشيكات المذكورة للخلاص من طرف مستحقيها .

وحيث ان مجاراة محكمة القرار المنتقد فيما انتهت اليه يشترط ان تكون المحكمة في اطار القضية التعقيبية عدد 14897-15282 قد بتت في نفس النزاع الحالي وعلى أساس نفس السبب والخطا المنسوب للبنك الأمر الذي لم يكن على منواله الواقع في قضية الحال .

وحيث تكون بذلك محكمة القرار المنتقد قد قصرت في التحري في توفر شروط قرينة اتصال القضاء مما جعل حكمها منطو على ضعف في التعليل وتحريف للوقائع ضرورة انه لا يجوز التمسك باتصال القضاء الا

باتحاد الموضوع والأطراف والسبب وذلك ما لم تهتدي اليه محكمة الحكم المطعون فيه التي خلطت بين الموضوع والسبب ضرورة انه ثبت من أوراق الملف ان الفعل الضار الذي تولد منه الحق في التعويض والذي يمثل سبب الدعوى ليس واحدا في الدعويين فالدعوى التي اتصل بها القضاء سببها اصدار شهادات عدم خلاص شيكات باسم المعقب ف. اما سبب الدعوى الراهنة فهو القول بتعمد البنك ارجاع شيكات دون خلاص رغم توفر الرصيد .

وحيث وتبعا لما تقدم بات من حسن تطبيق القانون القضاء بقبول المطعن المثار من المعقب الثاني ونقض الحكم المطعون فيه من هذه الناحية فقط .

ولهاته الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه جزئيا في خصوص المعقب الثاني واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة أخرى واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع المال المؤمن اليه .

صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ **23 فيفري 2021** عن الدائرة المدنية الثانية والثلاثين المتركبة من رئيستها **السيدة لمياء الحمامي** وعضوية المستشارتين **السيدتين راضية المنتصر ونفيسة العلاني** وبحضور المدعي العام **السيد توفيق السبعي** وبمساعدة كاتبة الجلسة **السيدة عائدة الحلواني .**

وحرر في تاريخه