مجلة جامعة صبراتة العلمية
Sabratha University Scientific Journal

مجلة علمية نصف سنوية محكمة متخصصة في العلوم الإنسانية
تصدرعن جامعة صبراتة بشكل الكتروني

دور القاضي في الشركات التجارية

وفقاً للقانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري

The Role of Judge in Commercial Companiesin accordance with Law No. 23 of 2010 on Commercial Activity

د.علي محمد شلندي

محاضر، كلية القانون، جامعة صبراتة

العدد الخامس
يونيو 2019

رقم الايداع القانوني بدار الكتب الوطنية : 2017-139

دور القاضي في الشركات التجارية
وفقاً للقانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري
The Role of Judge in Commercial Companiesin accordance with Law No. 23 of 2010 on Commercial Activity

علي محمد شلندي
محاضر، كلية القانون، جامعة صبراتة
shlndi@yahoo.com

ملخص البحث:

يتناول البحث الخيارات التشريعية للرجوع إلى القضاء في ميدان الشركات التجارية الواردة بالقانون23لسنة2010م، وتكمن أهمية دراسة هذه الخيارات، في ما تثيره من أهمية نظرية تتعلق بمعرفة قدرتها على خلق انفتاح للقضاء في خدمة التنمية والمجتمع، وأهمية تطبيقية تتعلق بمعرفة المهام الموكلة للقضاء، وقد تركز الاهتمام في البحث على مسار تدخل القاضي في الشركة الذي سعى المشرع لتكريسه، من حيث المهام الموكلة للقضاء ودواعي التدخل، ومن حيث فاعلية هذا النظام وقدرته على الاستجابة لاحتياجات الشركات ونجاعته في الحفاظ على التوازن بين قواعد ومبادئ الوظيفة القضائية وقانون الشركات، لأن المشرع في القانون المذكور حرص على اللجوء إلى القضاء كخيار ضروري لحل العديد من المسائل المطروحة في مادة الشركات، وأن لايضطلع القاضي بدور واحد بل بعدة أدوار تختلف من حيث أهميتها، وبمقتضيات قانونية مشتتة بين نصوص مختلفة تنظم أوضاع الشركات التجارية وتدخل القضاء في شؤونها.

Abstract:

The study investigates the legislative options to refer to the judiciary in the field of commercial companies mentioned in the Law 23 of 2010. The importance of studying these options is due to the theoretical importance they raise regarding their ability for paving the way to the judiciary to take part in the development and society welfare and their practical importance of identifying the tasks entrusted to the judiciary. This research focused on the path of intervention of the judge in the company in terms of the tasks assigned to the judiciary and the reasons for intervention and in terms of the effectiveness of this system and its ability to respond to the needs of companies and its success in maintaining a balance between the rules and principles of the judicial function and law. Because the law is keen to resort to the judiciary as a necessary option to resolve many of the issues raised in the article of companies. According to the law, the judge plays several legal roles through legal different texts which organize the status of commercial companies and the intervention of the judiciary in their affairs.

مقدمة:

سنوات ثماني مرت على إصدار القانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري، الذي ورغم التواصل مع الموقف السلبي من التدوين المستقل لقانون الشركات التجارية، والتكريس لنفس بنية النظام الذي تقوم عليه الشركات وإبقائه على نفس تركيبة الهياكل المكونة لها، يكشف عن اختيار قانون يمنح القضاء وظائف هامة في مادة الشركات، ويظهر هذا بوضوح لما نجد كلمة رئيس المحكمة والمحكمة تتردد أكثر من ثلاثين مرة في القانون المذكور، وتعزيز إمكانية اللجوء إلى القضاء وبلفظة مطلقة للمحكمة أحياناً، كخيار ضروري لحل الصعوبات التي تعيشها الشركات التجارية وحفظ سيرها العادي والطبيعي، وهو الهدف المعلن إلى جانب إنقاذ مواطن العمل وخلاص الدائنين، ليبدو أن المشرع قد اقتنع على ضوء ما أفرزه واقع هذه الشركات والممارسات الحاصلة داخلها، أن الإشكال المطروح داخلها هو بالأساس إشكال وظيفي وليس إشكالاً هيكلياً وأن إصلاح الخلل والخروقات الحاصلة داخل الشركات وخاصة المتأتية من هيكلها التنفيذي (أي المديرين)، يتطلب إعادة النظر في توزيع الأدوار داخلها واللجوء إلى القضاء لحل عديد الإشكالات المتعلقة بها حتى يتحقق التوازن المطلوب لنجاحها.

ويظهر أن هذا التوجه التشريعي، اتخذ له من القاضي مركزا لاهتمامه، حتى أصبحت مسألة تدخل القضاء في الشركات التجارية، أمراً يطرح إشكالاً يتعلق بخطر تأسيس حكومة قضائية داخل الشركة[1]، ويبرر التساؤل عن الدور الذي أسنده للقضاء في هذا الميدان ونجاعته في التوفيق بين تماشي هذا التدخل القضائي مع الفلسفة العامة التي يقوم عليها قانون الشركات التي تقتضي أن الهياكل التشريعية في الشركة هي التي تتولى سلطة إدارة وتسيير الشركة وأنه في حالة الصعوبة لا بد من رفع الأمر إلى الجمعية العمومية لتقرير ما يجب فعله بوصفها سلطة عليا؟، ويكشف بالتالي عن أهمية البحث المنقسمة إلى أهمية نظرية وتطبيقية.

بالنسبة للأهمية النظرية فهي تمثل أساساً في البحث على انفتاح القضاء على محيطه وقدرته على أن يكون أداة فعالة في خدمة التنمية والمجتمع، في ظل قوانين صدرت بعد مخاض فترة التردد بين النظامين الليبرالي والاشتراكي وضبابية الرؤية الاقتصادية التي صاحب صدور القانون رقم23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري. وأما الأهمية التطبيقية فتتمثل في معرفة المهام الموكلة للقضاء ومدى الحفاظ على التوازن بين قواعد ومبادئ الوظيفة القضائية وقانون الشركات. بحسبان أن تحقيق الموازنة هي من الأشياء العسيرة التي يصعب تحقيقها، وأن البحث عن تحقيق المعادلة أو الموازنة بين المفاهيم أو النظريات أو حتى بين المصالح –إذا كان مثلا المجال عالم المال والأعمال– كان دائما الغاية الأساسية لكل باحث في مجاله[2]. الواقع أن الإجابة على التساؤل المطروح تستلزم بيان دور القضاء والانعكاسات المترتبة على قواعد الوظيفة القضائية ومادة الشركات. وباستقراء النصوص المنظمة للمادة في القانون23لسنة2010، نجد أن هذا الدور

للقضاء يخضع لمقتضيات قانونية مشتتة بين مختلف النصوص، وأن المشرع ارتأى إعطاء دور للقاضي، قد يتعلق بوجود الشركة ذاتها(المطلب الأول)، وقد لا يكون متصلا بوجود الشركة ويكون خلال الحياة العادية للشركة وهو الأكثر صورا والأبعد أثرا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التدخل المتعلق بوجود الشركة ذاتها

تعرض القانون23لسنة2010م بعدة نصوص لدور القاضي في وجود الشركة، ويبدو من مختلف تلك النصوص أن تدخل القضاء قد يتعلق إما بإبطال الشركة (فقرة أولى) وإما بتقدير الحصص العينية (فقرة ثانية) وإما بقرارات الاندماج (فقرة ثالثة) وإما بحل وتصفية الشركة (فقرة رابعة).

الفقرة الأولى- تدخل يتناول وجود الشركة بالإبطال

تأمل أحكام الفقرة الأخيرة من المادة29 التي تنص على أنه" ولا يجوز الحكم بالبطلان إذا زال سببه بإجراء تم قيده في السجل التجاري". يفرز استنتاجاً وهو أن المشرع أورد إمكانية الإبطال بكل ما تتضمنه من تحريك الدعوى لدى القضاء وتدخل للقضاء في تقرير البطلان، بوصف الدعوى تمثل المسلك الإجرائي الذي عبره يتم الحكم بالبطلان، وهي مهمة أسندها المشرع لقاضي الموضوع وفقا للقواعد العامة للاختصاص، فقد استعمل المشرع عبارة ".. الحكم بالبطلان..."، بما يدل على اختصاص قاضي الموضوع وفقا للقواعد العامة، وحال أن تقرير البطلان مسألة جوهرية تخرج بطبيعتها عن أنظار قضاء الأمور الوقتية وتكون من أنظار قضاء الأصل دون غيره. وفي اطار الإجتهاد يمكن القول: إن الصياغة التي توخاها المشرع في هذا النص، تكرس توجه تشريعي يحتفظ للقاضي بمهمته التقليدية والمتمثلة في قول كلمة القانون في النزاعات التي تطرح عليه، في إطار القواعد العامة على المستوى الإجرائي لتدخل القضاء، إذ لم يضع المشرع في القانون23لسنة2010 نظاما خاصا بدعوى البطلان، وإنما اكتفى بتقرير مبدأ عام للبطلان في الفقرة الأخيرة من المادة29، بما يؤكد على أنه لا يحول الدور الذي يلعبه القاضي في قضايا البطلان دون دور الأطراف أنفسهم[3]، وفي الحقيقة فإن هذا التصور ليس بغريب عن القانون الليبي، إذ تجعل القواعد العامة في القانون المدني بطلان العقد في العادة عن طريق القضاء بطلب من أحد المتعاقدين، إما في صورة دعوى أو في صورة دفع[4].

على أن ما يلفت النظر في أحكام الفقرة الأخيرة من المادة29من القانون23لسنة2010، أنها في تطبيق هذا الدور للقاضي، وعلى خلاف ما ذهبت إليه بعض التشريعات، لم تسند للقضاء مهمة المساعدة على التصحيح[5]، وتقيد السلطة التقديرية للمحكمة في الاستجابة لطلب الإبطال حتى في حال توفر الشروط القانونية، إذا تم التصحيح قبل الحكم بالبطلان بإجراء تم قيده في السجل التجاري، بالنص على أنه لا يجوز للقاضي الحكم بالبطلان إذا زال سببه بإجراء تم قيده في السجل التجاري، بما يجعل المشرع في القانون

المذكور يبتعد عن البطلان الاختياري[6]، وتوخى منهجاً يثير الجدل حول استقلالية القانون 23 لسنة 2010 عن الإطار العام للبطلان في تعامل المحكمة مع البطلان.

الفقرة الثانية- تدخل يتعلق بتقدير الحصص العينية

تعرض المشرع لتدخل القضاء بتقدير القيمة للحصة العينية، في تطبيقه لمبدأ خضوع المساهمات العينية للتقويم بالمواد104و148و277من القانون23لسنة2010، وتتركز هذه التدخلات في تعيين الخبير الذي توكل إلية مهمة تحديد القيمة المسندة للمساهمة العينية وإعادة النظر في التقدير، وهي مهمة يوزع المشرع الاختصاص فيها بين قاضي الأمور الوقتية وقاضي الموضوع، فقد أسند مهمة تعيين الخبير إلى رئيس المحكمة الإبتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها المال المراد تقديره، وأسند مهمة إعادة النظر في التقدير الى المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة في الاختصاص. إذ تقضي المواد104و148و277من القانون23لسنة2010، بالنص أو بالإحالة بإلزام من يساهم في شركة بمساهمة عينية أن يقدم تقريرا من خبير حالف لليمين يعينه رئيس المحكمة الإبتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها المال المراد تقديره، وأجازت لمجلس أو هيئة المراقبة أن يطلبا من المحكمة المختصة إعادة النظر في التقدير إذا تبين أن هناك اسباب وجيهة لذلك.

واستناداً إلى أحكام المادة 104من القانون23لسنة2010م وتأويلها اللفظي، فإن دور القضاء في هذه الحالة لا يخرج عن القواعد العامة الإجرائية في طلبه، ويتميز في التدخل بالتدرج التصاعدي ويمر عبر مرحلتين ويمكن وصف الأولى بمرحلة المساعدة، ذلك أنه لا يشترط وجود نزاع حتى يطلب من القضاء تعيين خبير للتقويم، بل إن تعيينه واجب نص عليه القانون كشرط أساسي للتأسيس أو زيادة رأس المال، وبمجرد تعيينه يباشر مهمته بشكل مستقل عن الجهة التي عينته، ولا يحتاج إلى اعتماده من قبل المحكمة، رغم أن رأيه في تقدير المساهمة العينية لا يتمتع بالإلزامية، وعند النزاع في تقدير الحصة العينية فإن المشرع رخص لمجلس الإدارة أو هيئة المراقبة إمكانية الطلب من المحكمة المختصة إعادة النظر في التقدير[7]، ويمكن تسمية هذه المرحلة بمرحلة فض المنازعة؛ لأن المحكمة سوف تتولى النظر في تقدير قيمة الحصة العينية، ويلاحظ من عبارات الفقرة الثالثة من المادة104، استعمال المشرع لفظ (إعادة النظر في التقدير) على إطلاقها، وفي غياب معيار دقيق وواضح من المشرع في القانون23لسنة2010، يكون القصد منه توكيل القاضي بهذه المهمة في نطاق اجتهاده وسلطته المطلقة، فالمحكمة المختصة بالنظر في التقدير عند اقتناعها بجدية الطلب تملك سلطة القرار وتتمتع بسلطة واسعة في تقدير القيمة للمساهمة، والقاضي بإمكانه الاستعانة بأصحاب الخبرة، وفي الحقيقة فإن هذا الدور للقاضي ليس بغريب عن القانون الليبي، إذ يخول قانون المرافعات للقاضي تعيين الخبراء، وكما هو معلوم أن الاستعانة بالخبراء من الرخص المخولة لقاضي الموضوع[8]، وهذه السلطة تبقى له ولو قرر الاستعانة بأحد الخبراء وقام هذا الخبير بتقديم

تقرير بنتائج مهمته، فله أن يأخذ به إذا اطمأن إلى ما ورد فيه، وللقاضي أن يأخذ ببعض ما جاء في تقرير الخبير دون البعض الآخر، ويملك أن يطرحه كليا، وعليه في هذه الحالة أن يسبب الوجهة التي تبناها، وإلا كان قضاؤه في ذلك قاصر البيان متخاذل الأساس وغير مطابق لصحيح القانون[9]، وإذا كان القاضي هو خبير الخبراء من الناحية النظرية، فإنه في الغالب– في العمل– يركن إلى الآراء الفنية التي تقدم له من أهل الخبرة في المجالات غير القانونية[10]. وتجدر الإشارة هنا إلى أن البعض يرى أن فلسفة التعيين القضائي لمقوم الحصص تقوم على مبدأ حماية الغير، وأنه لا يمكن فهم منطق تدخل القاضي في مسألة تخص مصلحة الخواص إلا على ذلك الأساس[11]. وفي هذا الإطار عموماً يمكن لنا القول إن إسناد مسألة التعيين والنظر إلى جهة قضائية مستقلة، يرتبط بتمسك المشرع بمفهوم الضمان ولا يتغاضى عن رأس المال بوصفه وسيلة لتمويل الشخص المعنوي، وخص الشركة بهذا التدخل القضائي وهي في طور التأسيس وبصدد زيادة رأس مالها، وهما لحظتان حرجتان بالنسبة للشركة، لكنها مسألة تغاضى عنها في شركات الأشخاص وتتعلق بشركة المساهمة ذات الاكتتاب الخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

الفقرة الثالثة– تدخل عند تغيير الوضع القانوني للشركة

يمكن أن يتغير الوضع القانوني للشركة أثناء حياتها، وقد يكون ذلك نتيجة تغيير في شكلها وهو لا تأثير له على وجودها وقد يكون نتيجة اندماجها في غيرها أو انقسامها، وفي هذه الحالة الأخيرة نص القانون23لسنة2010، على تدخل القضاء في إتمام عملية الاندماج، باعتماده لآلية الإبطال ضمن الفقرة الأولى من المادة304، التي تعكس اتجاهاً تشريعياً نحو تكريس جزاء موقوف وهو البطلان ولكن بشرط أن يتم السعي له عن طرق الدعوى، بكل ما تتضمنه من تحريك الدعوى لدى القضاء وتدخل للقضاء في تقرير البطلان، بوصف الدعوى تمثل المسلك الإجرائي الذي عبره يتم الحكم بالبطلان. فقد نصت المادة 304 من القانون المذكور، على أنه" لا يوقف الطعن في الاندماج استمرار العمل به إلى أن يصدر حكم نهائي من المحكمة بالبطلان، ويجوز عند النظر في دعوى البطلان أن تحدد من تلقاء ذاتها مهلة لتصحيح الأسباب التي أدت إلى الطعن بالبطلان، ولها رد الدعوى بطلب البطلان إذا قامت الجهة المعنية بتصحيح الأوضاع قبل النطق بالحكم".

وبنظرة شاملة لهذا التأطير للتدخل القضائي في عملية الاندماج، يظهر إسناد هذا الدور للقضاء لقاضي الموضوع وفقا للقواعد العامة للاختصاص، فقد استعمل المشرع عبارة "لا يوقف الطعن في الاندماج استمرار العمل به إلى أن يصدر حكم نهائي من المحكمة بالبطلان.."، للدلالة على اختصاص قاضي الموضوع المختص وفقا للقواعد العامة. كما تعكس أحكام المادة(304) نتيجة أخرى مفادها أن المشرع أسند للقضاء في هذا الشأن دورين: الأول يتعلق بفض منازعات إتمام عملية الاندماج بما يحفظ حقوق الشركاء والغير[12]، من خلال اختصاصه بمراقبة مدى قانونية عملية الاندماج، بكل ما تتضمنه من تطبيق القانون بتجرد وحياد، وتمكين القضاء من سلطة في تقرير الاستجابة للدعوى، والتأكد من أسباب بطلان الاندماج

الناجمة عن مخالفة أحكام القانون23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري. وفي الحقيقة فإن هذا الدور للقاضي ليس بغريب عن القانون الليبي، فبمحاولة تفعيل أحكام الفقرة الأولى من المادة304، ضمن الإطار العام لتقرير البطلان، يمكن بيان تواصل القانون23لسنة2010 مع المبادىء العامة التي تنظم النظر في دعاوى البطلان، وذلك من خلال بيان دور المحكمة أثناء الدعوى. أما الدور الثاني فيتعلق بمساعدة الشركة على تدارك العيوب لتجنب البطلان، ذلك أنه إذا تقاعس الشركاء عن التصحيح، فإن المشرع في الفقرة الثانية من المادة304، مكن المحكمة من إمكانية منحهم أجل إضافي للقيام بذلك في أجل معين، بالنص على أنه" ويجوز للمحكمة عند النظر في دعوى البطلان أن تحدد من تلقاء ذاتها مهلة لتصحيح الأسباب التي أدت للطعن بالبطلان..."، ويستخلص من أحكام هذا النص أن هذا الأجل القضائي هو أجل اختياري بالأساس بالنسبة للمحكمة، ونستنتج ذلك من عبارة" ويجوز للمحكمة"، وهو يندرج في إطار سعي المحكمة من جهتها إلى تلافي الإخلالات اللاحقة بالشركة، وأن المحكمة في الفقرة الثانية من المادة304، لا تلجأ الى تعيين هذا الأجل إلا إذا ثبت لديها أن الشركة باطلة، وأن دعوى البطلان المرفوعة ضدها في طريقها، ومدة ذلك الأجل في كل الحالات خاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة، إذ يفهم من أحكام الفقرة الثانية من المادة304 إطلاق يد المحكمة فلها أن تمنح الأجل أو لا تمنحه وأن تحدد الأجل كما تشاء دون حد أدنى أو أقصى ولا فرق بين محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الدرجة الثانية.

إلا أن هذا الدور الأخير للقاضي، ورغم ما يبرزه من نزعة واضحة للمشرع نحو المحافظة بقدر الامكان على كيان الشركة، فإن المشرع فيه لا يحتفظ للقاضي بدوره التقليدي المتمثل في فض المنازعات، ويبدو معه أن المبادىء العامة الخاصة بسير الدعوى تفقد البعض من صرامتها عندما يتعلق الأمر بدعوى البطلان في إطار الشركات التجارية، وذلك من أجل بلوغ غاية اقتصادية ومالية في نهاية الأمر، مما يفسح المجال للحديث عن تطويع المبادىء القانونية كلما تعلق الأمر بالمنظومة الاقتصادية ككل، ويثير التساؤل حول حياد القاضي باعتبار أن الأصل هو أن ينظر في النزاعات التي تعرض عليه بحياد، أي من دون أن يتدخل في سير النزاع أو يوجه الأطراف، وأن القانون23لسنة2010 عند منحه للقضاء إمكانية منح فرصة لتلافي البطلان، يبدو قد حاد عن هذا المبدأ خصوصا وأن المسألة موكولة لتقدير القضاء بما يعطي الانطباع بأنه للقضاء التخلي عن الحياد ومنح أحد الأطراف فرصة لتلافي البطلان أو حتى التدخل في توجيه النزاع وذلك من خلال منح أجل لتلافي البطلان ولو من تلقاء ذاتها من دون وضع شروط واضحة، ما يدفع مرة أخرى للتساؤل حول مدى تقيد المحكمة بالمعايير القانونية في اتخاذ مثل هذه القرارات والتساؤل عن المعايير التي ترتكز عليها لبناء قراراتها، وبالرجوع الى المادة304 وبالنظر إلى الإطار العام الذي وردت فيه، نستنتج أن ميدان انطباق هذه المادة يشمل كل الشركات التجارية، وهو قول يدعمه أن المادة 304 وردت في الفرع الرابع الذي اعتبر أن أحكامه تنطبق على جميع الشركات التجارية.

الفقرة الرابعة- تدخل يتعلق بحل وتصفية الشركة

تمر الشركات بمرحلة انتقالية من العدم الى الوجود وقد ينتهي بها الأمر الى العكس، وكما في المرحلة الأولى عبر القانون23لسنة2010، على اهتمام المشرع بها في المرحلة الثانية لتمكينها من مغادرة الحياة الاقتصادية بأقل ضرر ممكن، بالنص على صور من تدخل القضاء للمساعدة في مرور الشركة بمرحلة الحل(أ) والتصفية(ب).

أ- تدخل يتعلق بحل الشركة: في إطار تنظيم المشرع للأسباب العامة لحل الشركات التجارية، أدرج بالمادة 30 من القانون23 لسنة2010بشأن النشاط التجاري الحل القضائي، وأوكل للقاضي إمكانية تقدير الإنحلال الذي نص عليه في المادة المذكورة، ومقتضى ذلك أنه أصبح للقاضي دوراً فاعلاً في تكييف الوضعيات والمسائل المطروحة أمامه، وذلك من خلال دوره الفاعل في تقدير مدى وجاهة الانحلال، وبعيدا عما تثيره صياغة هذا النص من تساؤل حول المقصود بالإشارة إلى (حل المحكمة للشركة في الأحول الأخرى التي لا ترجع لإرادة الشركاء) و(طلب الشريك من المحكمة حل الشركة لأسباب جدية لا يد للشركاء فيها)، نجد أنه يبرز تدخل القاضي في حالتين خول فيهما المشرع حق الرجوع إلى القضاء وهما: الحالة الأولى وردت بالفقرة الثانية من المادة30 وهي تتعلق بالأحوال التي لا ترجع لإرادة الشركاء، والحالة الثانية وردت بالفقرة الأخيرة من المادة30 وهي تتعلق بحالات إذا أخلَّ الشركاء الآخرون بواجباتهم أو بسبب التنازع المستمر بينهم أو لأسباب جدية لا يد للشركاء فيها. ليختلف بذلك دور القضاء في هذا الشأن، ففي الحالة الأولى لا يتمتع القاضي فيها بسلطة تقديرية واسعة لحل الشركة، ذلك أن المشرع حدد الأسباب غير الإرادية لهذا الحل بنص القانون. أما الحالة الثانية فيتمتع فيها القاضي بسلطة واسعة في تقدير إخلال الشركاء الاخرون بواجباتهم، والتنازع المستمر بينهم، والأسباب الجدية التي لا يد للشركاء فيها وتؤدي لعرقلة سير الشركة. وعلى أية حال فإن دور القاضي في حلَّ الشركة يتجلى في معاينة الشروط الإجرائية للدعوى، فهو الذي يعاين الشروط الشكلية من أجل اتخاذ القرار المناسب إما بالرفض أو بالقبول، كما تتمظهر السلطة التقديرية للقاضي في التأكد من صحة ادعاءات الشريك المتقدم بطلب الحل، وللقاضي مطلق الحرية في تقدير الأسباب التي توجب حلَّ الشركة طالما هناك سند من الأوراق يبرر ذلك وقد أستقر القضاء الفرنسي والمصري على ذلك[13]. وما يمكن ملاحظته من صياغة المادة30، هو أن المشرع أناط هذا الدور للقضاء بقاضي الموضوع وفقا للقواعد العامة للاختصاص، فقد استعمل المشرع عبارة "وتنحل الشركة قضائيا بحكم صادر عن المحكمة المختصة" و ". لكل شريك أن يلجأ إلى المحكمة المختصة"، للدلالة على اختصاص قاضي الموضوع المختص وفقا للقواعد العامة.

ب- تدخل يتعلق بتصفية الشركات التجارية: ويظهر تدخل القضاء في تصفية الشركات التجارية من خلال قراراته المتعلقة بالفصل في التصفية الإجبارية (المادة248)، وقراراته المتعلقة بشخص المصفي

كتسميته وعزله (المواد73و38ف2و240) أو بتصرفاته كالمصادقة على ما يبرمه من صلح وعلى حساباته النهائية أو توزيعه للمتحصل من تصفية الشركة والتظلم من أعماله(المواد41و42و49و242و244). ومن التراكيب اللغوية لهذه النصوص، يلاحظ أنها مجتمعة تعكس نتيجة مفادها: أن التصفية أصبحت مجالاً فسيحا يبرز من خلاله دور القاضي في مجال الشركات التجارية، بأحكام تبرز توجه تشريعي يكرس دور للقاضي يتعلق بمسألتين: الأولى وتتمثل في فض المنازعات وقد وردت بالمادتين (242و248)، والثانية وتتمثل في مساعدة الشركات على تخطي الأزمات وقد وردت بالمواد (38ف2 و42 و49و73و240و242و244). وبأحكام في الصورتين تبرز توجه تشريعي يكرس القواعد العامة على المستوى الإجرائي لتفعيل دور القاضي في عملية التصفية، بكل ما تتضمنه من تطبيق القانون بتجرد وحياد، وتمكين القضاء من سلطة في تقرير الاستجابة للدعوى أو طلب التدخل، وباختيار يعتمد التفرقة في اسناد هذه المهمة للقضاء وتوزيعها بين قاضي الموضوع وقاضي الأمور الوقتية، فقد استعمل المشرع في المواد (38ف2 و41 و242 و244 و248)، عبارة " تتولى المحكمة وموافقة الشركاء أو المحكمة ويطلب من المحكمة وأمام المحكمة الإبتدائية ويجوز للمحكمة"، للدلالة على اختصاص قاضي الموضوع المختص وفقا للقواعد العامة، كما استعمل في المواد (38ف1 و42 و49 و240)، عبارة " رئيس المحكمة" للدلالة على اختصاص قاضي الأمور الوقتية. ويبدو من أحكام المواد (38ف2و42و49و73و240و242و244)، أن دور القاضي المتعلق بمساعدة القاضي للشركات على تخطي الأزمات، يعتمد المرحلية أو التدرج في طلب تدخل القضاء في الشركات التجارية، فالوصول إلى هذا التدخل القضائي يحتم بالضرورة المرور عبر مرحلة أولية وأساسية، وهي عدم تمكن الشركاء من تعيين المصفي (المادة38)، وتخلف المصفي عن دعوة الشركاء للاجتماع خلال الثلاثة الأشهر التالية لمباشرة مهامه (المادة42)، وتعذر اجتماع الشركاء للموافقة على انتهاء التصفية أو إذا تطلبت مصلحة الشركة الاستغناء عن هذا الاجتماع (المادة49)، وعدم اتفاق الشركاء على تعيين مصفي (المادة73)، وعدم حصول الأغلبية لتعيين المصفي (المادة240).

ورغم أهمية هذه المقتضيات القانونية، فهي لا تخلو من قصور وضيق في مجال تطبيق دور القاضي في هذا الشأن، فمن حيث القصور فيرجع أساساً إلى أن المشرع فيما يتعلق بطبيعة دور القاضي الوارد في أحكام المواد (38و42و49و73و240)، يكرس اختيار تشريعي قائم على اتخاذ المحكمة قرارات ترجع بالنظر أصالة إلى هيئات الشركة، الأمر الذي يعني تبني نظرية الحكم القائم مقام العمل القانوني، التي ذهب إليها جانب من القضاء الفرنسي ويعارضها الفقه بحجة أنه لا يجوز للقاضي أن يتحول إلى هيئة من هيئات الشركة، ولا يعقل أن تتحول المحاكم إلى بديل عن هيئات الشركات[14]. علاوة على أن الرجوع إلى القضاء للموافقة على حسابات التصفية وإقرار إنهائها الوارد بالمادة (49)، يطرح التساؤل حول فاعلية هذا الدور للقاضي وقدرته على الاستجابة لاحتياجاته، ذلك أن تكوين القضاة الذي هو أساساً تكوين قانوني

يمنعهم من التعرف بعمق على أعمال التصفية وتقنياتها المحاسبية والمالية وحتى تقنياتها الإدارية. أما من حيث ضيق مجال التطبيق، فإنه يلاحظ في سكوت المشرع في القانون23لسنة2010م عن إسناد مهمة تعويض المصفي وتحديد أجرته للقضاء. كما أن للقانون23لسنة2010م في هذا الإطار، لم يهمل التحكيم لفظ منازعات التصفية، فقد تعرض في الفقرة الأولى من المادة (41) الى التحكيم بصيغة الإجازة للمصفي، ويبدو أنه لا يضيق على التحكيم أكثر من تضييقه على الصلح[15] وهو بذلك يستبعد بدرجة ما دور القاضي ولو أنه لا يخالف توجها في القانون المقارن وتخلى عن التحكيم الوجوبي[16].

ومن ناحية أخرى، فإن القانون23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري، يترجم إرادة تشريعية تعلن عن إمكانية أخرى لتدخل القاضي في الشركات التجارية من خلال قراراته المتعلقة بالمسؤولية المدنية والجزائية للمصفي لمخالفة أحكام إدارة التصفية والاستيلاءات على أموال الشركة والإضرار بمصلحة الشركاء والغير الواردة بالمواد (397و398و400و401و402و403و404)، وبنظرة شاملة لأحكام هذه النصوص، يمكن القول أن أبرز ما يمكن استنتاجه بخصوص دور القاضي، هو أن المشرع يحتفظ للقاضي بدوره المتمثل في فض المنازعات، ويكرس القواعد العامة على المستوى الإجرائي لتفعيل هذا الدور للقاضي، ويبقي مسألة تقدير مدى توافر أركان المسؤولية المدنية خاضعة لاجتهاد القاضي المطلق متمتعا بذلك بسلطات واسعة وبالحرية الكافية لتقدير عناصرها على ضوء ما يتوفر له من معطيات بشرط التعليل المستساغ، كما ترسي هذه الأحكام آلية مهمة كرس من خلالها المشرع حماية جزائية موسعة، وهي حماية تعكس في حقيقة الأمر تدخل القاضي الجزائي في مادة الشركات لتبين بذلك أن القاضي مهما كان موقعه في السلك القضائي فإن له علاقة بالشركات، وأن القاضي الجزائي يتدخل في حالات عديدة متمتعا بسلطات هامة في تكييف الأفعال وأيضا في تقدير العقوبة المستوجبة، فقد أعطى المشرع دورا للقاضي في تقدير العقوبة وذلك بضبطه للحد الأقصى والحد الأدنى، وترك المجال للقاضي بأن يصدر عقابا يتراوح بين هذين الحدين، لكن لا يمكنه أن يحكم بأقل أو بأكثر، على إن الاقرار بدور للقضاء في مادة الشركات التجارية لا يقتصر فقط على ما ورد ذكره بل أكثر من ذلك نجد أن المشرع منح القاضي دوراً في حياتها.

المطلب الثاني: التدخل المتعلق بحياة الشركة

نص القانون23لسنة2010بشأن النشاط التجاري على صور متعددة من تدخل القضاء في حياة الشركة يمكن إدراجها في نوعين: تدخل يتصل بأموال الشركة وقد يفضي إلى تخفيض رأس مالها(فقرة أولى)، وتدخل يتناول هيئات الشركة دون المساس بوجود الشركة ذاتها(فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: تدخل في خصوص أموال الشركة

يظهر تدخل القضاء في أموال الشركة من خلال قراراته المتعلقة بتعيين خبير لتثمين الأسهم (المادة138) والاعتراض على تخفيض رأس المال وتخفيض رأس المال بسبب الخسائر والتظلم من القرار

القضائي بالتخفيض (المادتين151و152) والاعتراض على تخفيض رأس المال (المادة68) والتظلم من إصدار سندات القرض (المادة213) وتعين خبير اذا تنازل أحد الشركاء على حصته (المادة280).

وما تجدر ملاحظته في هذا السياق، هو أن القانون23لسنة2010بشأن النشاط التجاري، يكرس دوراً للقضاء في الشركات التجارية له طابع مزدوج، ذلك أنه قد يكون متعلقا إما بمجرد الفصل في المنازعات المتعلقة برأس المال، بأن أوكل للقضاء مهمة تعيين خبير يتولى تقدير ثمن أسهم الشركة إذا لم يتفق الشركاء على الثمن(المادة138ف3)، وتعيين خبير لتقدير حصة الشريك التي يرغب أحد الشركاء في استردادها في حالة عدم الاتفاق على الثمن(المادة280)، علاوة على الاختصاص بالنظر في الاعتراض على تخفيض رأس المال(68) والاعتراض من الدائنين على تخفيض رأس المال(المادة151ف3)، والتظلم من قرار تخفيض رأس المال المنصوص عليه بالفقرة الرابعة من المادة152(المادة152ف5)، والتظلم من إصدار سندات القرض(المادة213ف2).

وإلى جانب هذا الدور أوكل للقضاء في المادة(152ف5) مهمة تتمثل في مساعدة الشركات لعلاج شلل هيئة المداولة ورفع حاجز يعوق النهوض بالشركة، وذلك بفسح المجال لتدخل القاضي للأمر بتخفيض رأس المال المطلوب بناء على قرار تصدره المحكمة بعد أخذ رأي النيابة العامة، ليتجاوز دور القضاء بذلك مجرد فصل النزاعات، ويشكل في ذات الوقت استثناء للقاعدة التي تمنح بمقتضاها إدارة الشركة لهياكلها الإدارية وأصحابها. فقد أرسى المشرع في المادة(152) دوراً للقضاء يتعلق بصعوبات اقتصادية تستوجب حلولاً تتجاوز الاعتبارات القانونية، ونستنتج ذلك من خلال الفقرة الرابعة من المادة(152) التي تنص على أنه" إذا تبين من خلال السنة المالية أن الخسائر لم تنزل.."، ومن خلال الفقرة الخامسة من المادة(152) التي تنص على أنه" للمحكمة أن تأمر بتخفيض رأس المال المطلوب...". على أنه أياً كانت القراءة للمادة(152) فيما يتعلق بدور القضاء والتوجه التشريعي، يلاحظ أنها تثير التساؤل حول إمكانية أن يستند القاضي في حكمه الى مداولات الجمعية العمومية ذاتها (التي تنظر ميزانية تلك السنة)، وتؤكد أن نص الفقرة الخامسة من المادة(152) ورد في صيغة لا تنزع عن القاضي سلطته التقديرية، وأن الفقرة الرابعة من المادة(152) تحمل في طياتها التدرج والمرحلية لتفعيل دور القضاء في هذا السياق، وما يدل على ذلك هو استعمال المشرع في الفقرة الخامسة من المادة(152) لعبارة " للمحكمة "، وفي الفقرة الرابعة من المادة(152) لعبارة" فعلى الجمعية... وإلا كان على مجلس.... أن يستصدر أمرا من المحكمة..."، وهو ما لا يقصي سلطة القاضي في تقرير الاستجابة لطلب الأمر بالتخفيض ويؤكد أن الوصول إلى طلب تدخل القضاء مرتبط بمرحلة أولية وأساسية تتمثل في عدم إقرار الجمعية العمومية التي تنظر ميزانية تلك السنة تخفيض رأس المال بنسبة الخسائر التي ثبت حصولها.

على أنه في الحالتين تبرز أحكام المواد (138و151و152و213و280)، توجه تشريعي يكرس أنه ليس للقاضي أحيانا أن يجتهد في تحديد صفة طالب التدخل القضائي، ويعتمد التفرقة في إسناد هذه المهمة للقضاء وتوزيعها بين قاضي الموضوع وقاضي الأمور الوقتية. إذ اشترط المشرع في المادة (68) أن يكون دائن الشركة، وفي المادة (152) أن يكون مجلس الإدارة وهيئة المراقبة، وفي المادة (213) أن يكون الدائنين السابقين. ويستعمل في المواد (151و152و213)، عبارات " المحكمة المختصة وللمحكمة ومحكمة الاستئناف وأمام المحكمة المختصة"، للدلالة على اختصاص قاضي الموضوع المختص وفقا للقواعد العامة، ويستعمل في المادة (138) عبارات " رئيس المحكمة"، للدلالة على اختصاص قاضي الأمور الوقتية. بينما لم يبين في المادتين (138و280) من له طلب تعيين خبير من رئيس المحكمة الإبتدائية المختصة وطلب تعيين خبير من المحكمة الإبتدائية المختصة، ما يستدعي السؤال عن قصد المشرع هل هو الشركة أم الشركاء؟ أم ترك الأمر للقواعد العامة؟ نترك الجواب لفقه القضاء. والملاحظ أن هذه الأحكام مجتمعه لا تؤدي لتعميم هذا الدور للقضاء في كل الشركات فقد قصره المشرع على شركة التضامن وشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

الفقرة الثانية: تدخل في هيئات الشركة.

ويتعلق هذا الدور للقضاء في هيئات الشركة، إما بمجرد المراقبة وأما بإتخاذ قرارات بتحريك هيئات الشركة لتسوية مشاكله أو بتعطيل قراراتها وقد يكون بتسمية أو عزل المديرين وأحيانا بالمساعدة على تسوية خلافاتها مع الشركاء أو بتحديد مسؤولية المديرين.

أ- مراقبة تصرفات هيئات الشركة: المادة206 نصت على حالة من تدخل القضاء ترمي لمراقبة تصرف مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة، فالمادة 206 توكل للمحكمة الإبتدائية المختصة أن تأمر بالتفتيش على إدارة الشركة بعد سماع أقوال أعضاء مجلس الإدارة وهيئة المراقبة في غرفة مشورة. ومن أول القواعد التي تستمد من هذه المادة أن القانون23 لسنة2010م، أقر دوراً للقضاء يتمثل في مساعدة شركة المساهمة لفحص عملية أو جملة من العمليات المحددة التي يعتقد الطالبون أنها غير مطابقة لمصلحة الشركة، كما أنه وإلى جانب هذا الدور أوكل للقضاء مهمة أخرى تتمثل في اتخاذ الإجراءات التحفظية الملائمة ودعوة الجمعية العمومية الى الانعقاد اذا ثبت للمحكمة سوء التصرف فعلاً. ونستنتج ذلك من خلال الفقرة الأولى والثانية من المادة(206) التي تنص على أنه" للمحكمة أن تأمر بإجراء التفتيش على إدارة الشركة..... وإذا ثبت للمحكمة سوء التصرف فعلا جاز لها أن تأمر باتخاذ ما تراه ملائما من إجراءات تحفظية، وأن تدعو الجمعية العمومية إلى الانعقاد لاتخاذ القرارات المناسبة". ليتجاوز دور القضاء بذلك مجرد فصل النزاعات، ويشكل في ذات الوقت استثناء للقاعدة التي تمنح بمقتضاها لإدارة الشركة دعوة الجمعية العمومية،

ونستنتج ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة (206) التي تنص على أنه".... وأن تدعو الجمعية العمومية إلى الانعقاد لا تخاذ ما تراه مناسبا".

على أنه أياً كانت القراءة للمادة (206) فيما يتعلق بدور القضاء والتوجه التشريعي في ذلك، يلاحظ أنها من جهة لا تخلو من غموض في بيان من يتولى التفتيش على عكس مصدره التاريخي القانون الفرنسي الذي أقر حق أقلية المساهمين في الشركة خفية الاسم في اللجوء إلى القضاء لطلب تعيين خبير في التصرف لفحص عملية أو جملة من العمليات المحددة التي يعتقد الطالب أو الطالبون أنها غير مطابقة لمصلحة الشركة[17]. ومن جهة أخرى تبين أنها تتبنى موقف القضاء الفرنسي الذي أوضح أن العمليات التي يمكن طلب التفتيش في شأنها هي تصرفات مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة ولا يمكن تطبيقه بالنسبة للقرارات التي تتخذها الجمعية العمومية، التي هي هيكل مداولة وليست إدارة وتصرف[18]. فقد جاءت المادة(206) تنص على أنه" للمحكمة أن تأمر بالتفتيش على إدارة الشركة وعلى نفقة..". علاوة على أنها وردت في صيغة لا تنزع عن القاضي سلطته التقديرية، فقد تضمنت المادة206 في صياغة فقرتها الثانية استعمال المشرع لعبارة " للمحكمة أن تأمر بإجراء التفتيش "، كما أن المادة (206) تحمل في طياتها ربط مجال تدخل القضاء بوجود الريبة في تصرف مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة والتقصير في القيام بواجباتهما، وعندما يتعلق الأمر بالبحث في ما إذا كان مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة قد قاما بتصرف فيه ريبه والتقصير في القيام بالواجبات، فإنه لصيغة المادة (206) مدلول يظهر ليونة في تنظيم حدود التفتيش، فقد تضمنت المادة206 في صياغة فقرتها الأولى عبارة" إذا تبين من تصرف مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة في شؤون الشركة ما يدعو إلى الريبة، وأنهما مقصران في القيام بواجباتهما، جاز للشركاء....". بما يدل على أن القاضي لا يقف عند واقعة معينه أو عملا محددا من أعمال مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة، بل إنه يلجأ إلى تقدير تلك الوضعية انطلاقا من سائر تصرفات المجلس وهيئة المراقبة ومطالب بالبحث في الأسباب الحقيقية لتصرف مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة لبيان ما إذا كانت فيها ريبة والتقصير في القيام بواجباتهما بحسب وضعية كل شركة[19].

على أنه ليس للقاضي أن يجتهد في تحديد صفة طالب التفتيش على إدارة الشركة، إذ اشترط المشرع أن يكون مالكا لعشر رأس مال الشركة، بالنص في الفقرة الأولى من المادة(206) على أنه".... جاز للشركاء الذين يمثلون عشر رأس مال الشركة أن يرفعوا شكواهم إلى المحكمة..."، ويبدو أن المشرع أسند هذه المهمة لقاضي الموضوع المختص وفقا للقواعد العامة، وما يدل على ذلك هو استعمال المشرع في المادة(206)، لعبارة " المحكمة الإبتدائية المختصة وللمحكمة"، للدلالة على اختصاص القاضي، علاوة على أن المادة206 تضمنت في صياغة فقرتها الأخيرة أنه للنيابة العامة اتباع نفس الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى، وفي هذا السياق يقضي القانون23لسنة2010 بتطبيق تدخل القضاء للأمر بالتفتيش

على إدارة الشركة على شركة المساهمة وفقا للمادة(206) والشركة ذات المسؤولية المحدودة من خلال الإحالة إلى تطبيق الأحكام المنصوص عليها في الشركات المساهمة في شأن الشكوى من تصرف المديرين أو هيئة المراقبة الواردة بالمادة(287)، بينما لم ينص القانون المذكور على هذا الإجراء في الشركات التجارية الأخرى.

ب- تدخل في هيئات الشركة بتحريها أو بتعطيل تحركها: وفقا للمواد(155و160و161و168)، فإن القانون 23لسنة2010 يخول للقضاء إمكانية أن يتدخل في هيئات الشركة إما بدعوة الجمعية العمومية للانعقاد أو بإبطال مقررات الجمعية العمومية أو توفير كفالة لحماية الأقلية من قرارات اتخذتها الأغلبية، وبنظرة شاملة لهذا التأطير للتدخل القضائي، يلاحظ أنها تترجم إرادة تشريعية أو توجها تشريعيا واضحا يكرس على المستوى الوظيفي لدور القضاء في الشركات التجارية، تنظيم أوكل للقضاء مهمة فض المنازعات المتعلقة بقرارات الجمعية العمومية(160و161)[20]. كما أنه وإلى جانب هذه الوظيفة أوكل للقضاء في المادة(155)، مهمة تتجاوز قضاء المنازعات بالمفهوم التقليدي تتمثل في مساعدة الشركات لعلاج شلل أجهزة التسيير والمراقبة، ليجنب الشركة تعطل السير ويجنبها بالتالي نتائج ذلك التعطل كما يحصل أحيانا، وذلك بدعوة الجمعية العمومية للانعقاد إذا تأخر مجلس الإدارة في دعوتها ولم تقم بذلك هيئة المراقبة. وعلى هذا الصعيد نلاحظ أن القانون(23لسنة2010) يبلور دور للقاضي في تسيير الشركة يشكل في ذات الوقت استثناء آخر للقاعدة التي تمنح بمقتضاها إدارة الشركة لهياكلها الإدارية وأصحابها، بأن كرس بمقتضى المادة(155) اتخاذ المحكمة لقرارات ترجع بالنظر أصالة إلى هيئات الشركة[21]، لكن بمقتضيات لتنظيم هذا المسعى في المادة(155) يتسم بالتدرج التصاعدي، فالوصول إلى هذا الدور للقضاء مرتبط بمرحلة أولية وأساسية تتمثل في تخلف مجلس الإدارة وهيئة المراقبة عن دعوة الجمعية العمومية للانعقاد إذا طلب ذلك عدد من المساهمين يمثل عشر رأس مال الشركة على الأقل، وليس أدل على ذلك من أن المادة(155) تنص على أنه" على مجلس الإدارة دعوة الجمعية....، فإذا لم يقم مجلس الإدارة بذلك أو هيئة المراقبة بدلا منه، دعا رئيس المحكمة الإبتدائية بناء على طلب....".

ويلاحظ في أحكام المواد(155و160و160و168)، أن المشرع يوزع إسناد الاختصاص بهذا الدور لقاضي الموضوع وقضاء الأمور الوقتية، ذلك أنه بالنسبة لدعوة الجمعية العمومية وفرض الضمان على الطاعن في قرارات الجمعية العمومية يختص رئيس المحكمة الإبتدائية(المادتين155و160)، وبالنسبة لإبطال قرارات الجمعية العمومية تختص المحكمة الإبتدائية التي يقع مركز الشركة الرئيسي في دائرتها (المادة161). ويبدو أن المشرع في المادتين(160و161) لا ينزع عن القاضي سلطته التقديرية ويمنحه النظر في كل المسائل المتعلقة بأسباب مخالفة القرار للقانون ولعقد التأسيس والنظام الأساسي[22]، بينما في المادة(155) لم يوضح إن كان رئيس المحكمة ينظر في كل المسائل المتعلقة بالدعوة للاجتماع حتى الأصلية منها أم يبقى محصورا في الدعوة لاجتماع الجمعية العمومية ويسند لرئيس المحكمة الإبتدائية دورا في تعويض

مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة ينتهي به إلى الدعوة للاجتماع بأمر يصدره ويبين فيه الشخص الذي يرأس الاجتماع. على أن المشرع في هذه النصوص كذلك لا يترك للقاضي أن يجتهد في تحديد صفة طالب التفتيش على إدارة الشركة، إذ يشترط في المادة(160) أن من يطلب تدخل القضاء بالطعن في قرارات الجمعية العمومية هم مجلس الإدارة وهيئة المراقبة والمساهمين الغائبين والمعارضين، وفي المادة(155) من يطلب عقد الجمعية العمومية عن طريق القضاء هم المساهمين الذين يمثلون عشر رأس مال الشركة على الأقل، كما أنه في هذه النصوص قصر تدخل القضاء لدعوة الجمعية العمومية وإبطال قراراتها والموافقة على إقالة هيئة المراقبة على شركة المساهمة[23].

ج- تدخل في هيئات الشركة بالتسمية والعزل: المواد (58 و198 و203 و207 من القانون 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري)، جاءت بحالات لتدخل القضاء في هيئات الشركة بتسمية أو عزل مديريها، ويبدو أن هذا المسعى للمشرع يترجم ارادة تشريعية تكرس على المستوى الوظيفي لدور القضاء في الشركات التجارية، تنظيم أوكل للقضاء مهمة مساعدة الشركات لعلاج شلل أجهزة التسيير والمراقبة، وهي وظيفة من مجمل تلك النصوص تجنب الشركة تعطل السير وتجنبها بالتالي نتائج ذلك التعطل كما يحصل أحيانا، وتتسم باختيار تشريعي لا يغيب منطق الجبر لتدخل القضاء ويبلور دوراً للقاضي في تسيير الشركة يشكل في ذات الوقت استثناء آخر للقاعدة التي تمنح بمقتضاها إدارة الشركة لهياكلها الإدارية وأصحابها. ودليل ذلك أن هذه النصوص لم تجعل من طلب تدخل القضاء مجرد إمكانية بل ضرورة تصل إلى حد الأمر والجبر لمباشرتها باستعمال عبارات الإلزام" فلا يجوز.. إلا بموافقة...أو بقرار من القضاء(المادة58)، ويتطلب لصحة... موافقة المحكمة(المادة203)، إذا تبين... أن يرفعوا شكواهم إلى المحكمة(المادة207)[24]. كما أن هذه النصوص تكرس اتخاذ المحكمة لقرارات ترجع بالنظر أصالة إلى هيئات الشركة، ذلك أن المادة(58) توكل للمحكمة اتخاذ قرار بعزل المدير الشريك في شركة التضامن المعين في عقد التأسيس، والمادة(198) توكل للمحكمة الإبتدائية المختصة الموافقة على قرار إقالة رئيس وأعضاء هيئة المراقبة في شركة المساهمة، والمادتين(203و207) توكل للمحكمة تعيين مدير قضائي(المادة203)، والأمر بالتفتيش على الشركة(المادة207)، وهي مهام تتعلق أساساً باختصاص مجلس الإدارة والجمعية العمومية وفقا للمواد(154و155و198من القانون23لسنة2010)[25].

على أن الملاحظ في هذا الدور للقاضي أن المشرع لم يترك للقاضي أن يجتهد في تحديد صفة طالب التدخل القضائي، فقد اشترط أن من يطلب تدخل القضاء لتعيين مدير قضائي هي هيئة المراقبة(المادة103)، ومن يطلب تدخل القضاء للأمر بالتفتيش على إدارة الشركة هم الشركاء الذين يمثلون عشر رأس المال(المادة207)، أم فيما يتعلق في من له طلب عزل المدير الشريك فإن المادة(58) لم تبين الذي له طلب هذا التدخل من القضاء، ما يستدعي السؤال عن قصد المشرع هل هو الشركة أم الشركاء؟ أم ترك

الأمر للقواعد العامة؟ نترك الجواب لفقه القضاء. وكذلك فيما يتعلق بالأشخاص الذين لهم الحق في طلب هذا التدخل القضائي الوارد بالمادة(198)، يثير التساؤل عن من له الحق في طلب التدخل القضائي هل هو الشركة أم الشركاء؟. فقد تضمنت صياغة المادة(198)، ضرورة طلب موافقة القضاء على صحة القرار القاضي بإقالة هيئة المراقبة ولم تحدد من يطلب هذه الموافقة بما يترك المجال واسعا للاجتهاد وقابلاً للتأويل بقراءات مختلفة[26]. كما يلاحظ إسناد هذه المهمة لقاضي الموضوع المختص وفقا للقواعد العامة، فقد استعمل المشرع في المواد(58و198و203و207)، عبارات" المحكمة والمحكمة الإبتدائية والمحكمة المختصة وللمحكمة"، للدلالة على هذا الاختصاص، وقصر تدخل القضاء لعزل المدير في شركة التضامن ومجلس الإدارة وهيئة المراقبة في شركة المساهمة، وتعيين مدير لشركة المساهمة دون غيرهما من الشركات الأخرى. ويبدو أن المشرع في المواد(58و198و203و207) لا ينزع عن القاضي سلطته التقديرية، وعندما نقول: إن القاضي الجالس للقضاء في أياً من الطلبات الواردة بهذه المواد يمارس سلطته التقديرية، فإننا نقصد بذلك بحثه في كل المسائل المتعلقة بأسباب عزل المدير الشريك وإقالة رئيس وأعضاء هيئة المراقبة وإقالة مجلس الإدارة وهيئة المراقبة لتعيين مدير قضائي حتى الأصلية منها، ولا يقتصر على مجرد دور في تعويض مجلس الإدارة أو هيئة المراقبة ينتهي به إلى القرار بالعزل والموافقة على الإقالة والتعيين.

على أن أهم ما يلفت الانتباه في مجمل هذه الأحكام المتعلقة بتدخل القضاء في هيئات الشركة بتحريها أو بتعطيل تحركها، وفي هيئات الشركة بالتسمية والعزل، أن هذا المسلك يكرس وفيما يتعلق بطبيعة دور القاضي في هذا السياق، من ناحية توجه تشريعي بخلاف الأصل أن القضاة لا دور لهم في إدارة الشركات التجارية، وليس من حقهم التدخل في ذلك، لأن إدارة هذه الشركات تعود أولا وبالذات لهيئاتها الادارية وأصحابها أما دور القضاء فيقتصر على فض النزاعات التي تنشأ بينهم[27]. ومن ناحية أخرى، يكرس اختيار تشريعي يعبر من خلال اتخاذ المحكمة قرارات ترجع بالنظر أصالة الى هيئات الشركة، على أنه لا يتبع المنطق المعمول به في المادة المدنية[28]، ويتبني نظرية الحكم القائم مقام العمل القانوني[29] التي ذهب إليها جانب من القضاء الفرنسي ويعارضها الفقه وجانب من القضاء الفرنسي[30]، بحجة أنه لا يجوز للقاضي أن يتحول إلى هيئة من هيئات الشركة، ولا يعقل أن تتحول المحاكم إلى بديل عن هيئات الشركات؛ لأن الشركة التي يسيرها القاضي هي شركة معتلة ولا ينتظرها سوى مزيد الاعتلال[31].

د- تدخل لتحديد مسؤولية المديرين: تعرض القانون23لسنة2010 لتدخل القضاء بتحميل المديرين مسؤولية مصير الشركة في المواد (20 و182 و185 و186 و207 و287 و397 و398 و399 و400 و402 و403 و404 و406 و407)، وتتركز هذه التدخلات للقضاء على تحميل بديون الشركة وفرض تعويضات وتسليط غرامات، وما يلفت الانتباه فيها هو: أنها مجتمعة تكرس على المستوى التطبيقي لدور القضاء في الشركات التجارية، اختيار تشريعي يكرس القواعد العامة لتفعيل دور القاضي ويظهر أن القضاء يستطيع أن يقوم بدور فعال في مساعدة هذه المؤسسة وحمايتها وذلك من أجل مواصلة نشاطها.

فقد استعمل المشرع في صياغة هذه النصوص أحكاماً وتراكيب لغوية تدل من ناحية على أن المشرع لا ينزع عن القاضي سلطته التقديرية في البحث عن أخطا المديرين بإطار تشريعي لا يدل على مخالفة القواعد العامة لتفعيل دور القضاء على المستوى الإجرائي في تحديد مسؤولية المديرين، بكل ما تتضمنه من تحديد الاختصاص، والطلب كحالة واقعية لتدخل القضاء، وتطبيق القانون بتجرد وحياد، وتمكين القضاء من سلطة في تقرير الاستجابة للدعوى. ومن ناحية أخرى تدل على أن الغاية من تدخل القضاء ليس نظر القاضي إلى الماضي(البحث عن الأخطاء) بقدر ما يتجه إلى مستقبل الشركة بتأهيلها وتحسين أسباب التصرف المالي والاقتصادي فيها[32]. إلا انه قد يعاب على إرادة المشرع وجود غموض في صفة القائم بطلب تدخل القضاء أو الدعوى، على انه لا يفوتنا ضمن هذا السياق أن نذكر أن دور القضاء لا ينحصر في تسليط العقاب الجزائي، مهما كان صنفه، فالتعويل يكون أكثر على القضاء المدني، وأنه لمسؤولية المديرين قواعدها الخاصة ولا يكون دور القضاء مقصودا لذاته إنما هو أثر تبعي يطرأ على دور هيئات الشركات وسير عملها داخل الشركات التجارية، ويبدو أن خيار دور القضاء في تحديد مسؤولية المديرين هذا محل اجماع عديد القوانين، ولكن علينا أن نشير في الأخير أن الوجهة التشريعية الجزائية في مجال الشركات التجارية، تفيد أن التشريع الليبي بقى متذبذبا بين الحنين إلى المبادىء التقليدية للقانون الجنائي سواء من حيث المنظومة التجريمية أو المنظومة العقابية وبين التطلع إلى التحديث في التجريم والعقاب في مجال جرائم الأعمال[33]، على أن ذلك لا ينفي أن هذا التشريع جعل من منظومة العقوبات التقليدية مرتبطة بتبني العقوبات المالية وتأمين المسؤولية المدنية لضمان جبر الضرر لمن لحقه ضرر، ويؤسس لتبني عقوبات تتلاءم وهذا المجال وأسسه فالمال أساس الأعمال والقوانين التقليدية لا تحقق هذا الغرض، رغم أن مزاحمة القواعد المشددة في المادة397لأحكام القانون الخاص للأعمال يغيب تطبيق هذا الأخير وما يؤسس لتبنية من عقوبات[34].

الخاتمـة:

من خلال دراسة دور القضاء في القانون23لسنة2010م، نستخلص أن التوجه العام هو تنظيم دور القضاء في الشركات التجارية، بأحكام تعلن بأن القضاء لم يعد ذلك المجهول المنغلق على نفسه، بل أصبح منفتحاً على محيطه في ظل قوانين سمحت له بأن يكون أداة فعالة في خدمة التنمية والمجتمع. وتقضي بأن هذا الدور القضائي يقتصر على الحالات المعنية بالنص الخاص، ولا يجوز امتداده إلى حالات أخرى بطريق القياس، لأن القانون حين ينص في حالة معينة على الالتجاء إلى القضاء يكون قد افترض في هذه الحالة ضرورة توفر شروطها، مالم يصرح أو يفهم منه خلاف ذلك. كما تقضي بأن تدخل القضاء يتناول وجود الشركة نفسها وإدارة أعمالها ويختلف بحسب طبيعة النازلة المعروضة، والحق المراد حمايته، والخطر

المشتكى منه، وبتقنيات قانونية تحول قواعده من مجرد قواعد قانونية تهدف إلى تنظيم أوضاع الشركات التجارية إلى قواعد تنظم تدخل القضاء في شؤونها، بشكلية تتفاعل مع مقتضيات التنظيم القانوني للعمل القضائي، ومقتضيات الأوضاع القانونية والاقتصادية التي تعيشها الشركة، وتتمحور أحكامها حول إتجاهين أساسيين: الأول تمثل في تطبيق قاعدة عامة سابقة الوجود تسمى القاعدة القانونية أو قول كلمة القانون في النزاعات التي تطرح عليه. والثاني يتمثل في البحث عن حلول ظرفية لبعض الوضعيات لمساعدة هذه الكائنات القانونية وحمايتها عند مرورها ببعض الأزمات، وبتقنيات قانونية في هذا الاطار تكرس تمكين الشركات من إصلاح أوضاعها بواسطة هيئاتها كلما أمكن ذلك، ويبدو أن هذا الدور هو الذي تولدت عنه مقولة "دور القاضي في الشركات التجارية"، بالإضافة إلى أنه يبرز أن مهمة القاضي في إطار هذا القانون مختلفة عن مهمته التقليدية من حيث الغاية وأصبح يميل الى اقرار ما أصطلح على تسميته "بالقضاء الاقتصادي" فهو لا يصدر أحكاما لحسم نزاعات تقليدية وإنما يضع حلولا لمشكلات اقتصادية تستمد قيمتها من نجاعة الحل وقابليته للتطبيق.

على أن كل ذلك لا ينفي أن كثرة الرجوع إلى القضاء كخيار ضروري لحل العديد من المسائل المطروحة في ميدان الشركات وخصوصا لحمايتها من الصعوبات أثناء السير، تعبر عن خيار غير حذر فيما يتعلق بفاعلية هذا النظام وقدرته على الاستجابة لاحتياجات الاقتصاد الليبي، ولا ينسجم بدرجة ما مع المقتضيات التشريعية المتعلقة بالوظيفة القضائية، فعلاوة على ما في التدخل بهذه الصيغة وهذه الغاية من مساوي مردها أن القاضي لا يمكن أن تكون له المؤهلات اللازمة لهذه المهام، فإن القاضي يظل مهما تغير الزمن وتغيرت النظرة إلى دوره داخل المجتمع مكلفا بقول كلمة القانون في النزاعات التي تطرح عليه، وتكليفه بالبحث في حلول لصعوبات اقتصادية أو "غير قانونية"، فهو أمر لا نتصور أنه سيصمد لزمن طويل، فكم من مرحلة تاريخية كلف فيها القاضي بأمور تتجاوز حقيقة دوره، لكن لم تلبث الأمور أن عادت إلى أصلها، اقتصار القاضي على تطبيق قاعدة عامة سابقة الوجود تسمى القاعدة القانونية دون البحث عن حلول "ظرفية" فردية لبعض الوضعيات مهما كانت درجة تعقيدها وحاجة المجتمع الى حلها. ولا يفوتنا كذلك التنبيه إلى أن النصوص لا تتسم بوحدة التصور ولا تخلو من الغموض وهو ما قد يعقد مهمة القاضي ويحد من الفاعلية، والقضاء مدعو لبذل جهد ليتدارك بالتأويل الموسع ما غفل عنه النص أو لم يوفق في تنظيمه أو في صياغته. ولربما كان من الأجدى فيما يتعلق بحماية الشركات التجارية من الصعوبات أثناء السير، إقرار التحكيم كوسيلة لرفع حاجز أو عرقلة تعوق أحد هياكل الشركة ولرفع الحواجز والعراقيل التي تواجه مصفي الشركة، وهي وسيلة فضلى لفض المنازعات التجارية بوجه عام.

هوامش ومراجع البحث:

1- فقد نعى المنادون بإقصاء القضاء من المجال الاقتصادي مثل هذا التدخل معتبرين أنه يحمل خطر تأسيس حكومة قضائية داخل الشركات. راجع، هاجر الفطناسي، مسيرو الشركة خفية الإسم ومساهموها على ضوء تعديل 16مارس 2009. جمعية الحقوقيين بصفاقس، دراسات في القانون التجاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص2015، ص99.

2 – هذه المسألة لم تطرح فقط في العلوم الإنسانية وتحديدا في العلوم القانونية بل تطرح حتى في العلوم الصحيحة مثال الرياضيات والكيمياء. يراجع في هذا الصدد، هاجر الفطناسي، مسيرو الشركة خفية الإسم ومساهموها على ضوء تعديل 16مارس 2009. المرجع السابق ذكره، ص20.

3 – إذ يتعين على الطرف المتمسك ببطلان تصرف قانوني ما، إثبات ذلك من خلال طريقتين مختلفتين. فيمكن لمدعي البطلان أن يبادر أمام القاضي بهدف بيان العيب المزعوم يكون مآلها الحكم ببطلان التصرف، كما يمكن لزاعم البطلان أن يكتفي بالدفع به في شكل استثناء يرفعه في وجه الطرف الآخر الذي يكون قد قام بقضية يطلب فيها تنفيذ التصرف المذكور، ويتعين على الطرف المتمسك بالدفع بالبطلان، رغم صفته كمطلوب صلب القضية أن يقدم الدليل على ما يزعم. يراجع في هذا الصدد، محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام التصرف القانوني، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009، ص237.

4 – راجع في هذا الموقف للقانون الليبي، ثروت حبيب، المصادر الارادية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة الليبية كلية الحقوق، 1972، ص310.

5 – يراجع في هذا الشأن مثلا الفصلين 107و179من مجلة الشركات التجارية التونسية. فقد نصت الفقرة الثالثة من الفصل107 على أنه" وإذا استوجب تلافي البطلان دعوة الجلسة العامة للانعقاد أو استشارة الشركاء في ذلك وثبت أن دعوة انعقاد الجلسة قانونية، فإن المحكمة تمنح الأجل الكافي للتسوية"، وجاء في الفقرة الرابعة من الفصل107 النص على أنه" ويجوز للمحكمة المتعهدة بالنظر في دعوى البطلان ولو من تلقاء نفسها تعيين أجل لتلافي هذا البطلان ولا يمكن التصريح به قبل..."، كما ورد بالفقرة الخامسة من الفصل179 النص على أنه" ويجوز للمحكمة المتعهدة بالنظر في البطلان أن تعين، ولو من تلقاء نفسها أجلا لا يتجاوز الثلاثة أشهر لتلافي البطلان".

6 – اذ تقدم التشريعات التنصيص على امكانية الابطال بكل ما تتضمنه من منح سلطة تقديرية في تقرير الاستجابة لطلب البطلان أو رفضه وهو ما ظهر في القوانين المقارنة وما يعرف بالبطلان الإختياري. حول البطلان الإختياري يراجع: محمد رمضان، البطلان في مجلة الشركات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والاستثمارات، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2008، ص113وما بعدها.

7 – الفقرة الثالثة من المادة 104من القانون23لسنة2010.

8 – وعلى ذلك أحكام المحكمة العليا، جلسة 1961/6/17، قضاء المحكمة العليا الاتحادية، المدني 2، ص275، طعن مدني 25/21 مجلة س 16 عدد 4 ص 99 و طعن مدني 31/13ق، مجلة س 22 عدد 2، ص41. وللمحكمة أن تضرب صفحا عن الخبراء الذيم رشحهم المدعي والمدعى عليه، وأن تنتدب من تراه أهلا للمهمة التي تحددها له: طعن اداري 18/11 في 1971/5/2، مفهرسة،1، بند 242 ص318.

9 – طعن مدني4/18، جلسة 1960/12/31، قضاء المحكمة العليا الاتحادية،مدني، 2، ص190.

10 – ويذهب فقه القانون الى أن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة حتى في مطاق القانون عندما تختفي قرينة العلم بالقانون كما هو الشأن بالنسبة للقانون الأجنبي.، يراجع في هذا الصدد، الكوني أعبوده، قانون علم القضاء النظام القضائي الليبي، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ص286.

11 – يراجع في هذا الصدد، محمد فال الحسن ولد أمين، المساهمات العينية في الشركات التجارية دراسة مقارنه، منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2009م، ص48.

12– وهو اتجاه كرسته على سبيل الذكر أيضا مجلة الشركات التجارية التونسية، فقد نصت في الفصول425و432و419و420و431، على تدخل القضاء للمساعدة في إتمام عمليات الاندماج والانقسام بما يحفظ حقوق الشركاء والغير، ويتعلق الفصلان425و432 بتدخل قد يؤدي لمنع عملية الاندماج أو الانقسام بينما تتعلق الفصول الباقية بتوفير حماية للدائنين. يراجع، عبدالله هلالي، دور القاضي في الشركات التجارية، ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية يومي5و6 أبريل2001، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس2002، ص79.

13 – يراجع، سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط5، 2011، منشورات دار النهضة، ص160. وقد جاء بالهامش2في هذه الصفحة أنه" قد قضت محكمة باريس في 17نوفمبر، دالوز،1966–52. وقد رفضت المحكمة في هذه القضية حل الشركة لما تبين لها أن التهديد الموجه من أحد الشركاء يعطلل أعمال الشركة– وهو سبب طلب الحل– يمكن اتخاذ عدة قرارات هامة لمنعه. أيضا تعليق رودبير على حكم محكمة باريس الدائرة الثالثة، جلسة11/20/ 1994، المجلة التفصيلية 1965، ص118 الى121.

14 – راجع، أحمد الورفلي، إلغاء حصص التأسيس وتصفيتها، ملتقى مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005، يومي3و4فيفري2006، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس2006، ص99–100.

15 – ذلك أن المادة 41 نصت على أنه" يجوز للمصفي اللجوء الى التحكيم إلا إذا منع صراحة من ذلك، ولا يجوز للمصفي إعطاء ضمانات، أو اجراء الصلح الا بعد موافقة الشركاء أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال".

16 – فقد نصت الفقرة الاولى من المادة41 على أنه" يجوز للمصفي.

17 – يراجع في موقف القانون الفرنسي، الوجيز في قانون الشركات التجارية، أحمد الورفلي، طبعة ثانية مزيدة ومنقحة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس،2010، ص466.

18 – يراجع في موقف القانون الفرنسي، أحمد الورفلي، الوجيز في قانون الشركات التجارية، المرجع السابق ذكره، ص468.

19 – وهنا تجدر الإشارة الى أن هذه الليونة في موقف القانون الليبي تساير التطبيق القضائي التونسي، فقد قرر الحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية بأريانة بتاريخ 22مارس2003: " أوجب الفصل 20 من القانون الأساسي للشركة على الوكيل ابلاغ الشركاء بالموازنات والوضعية المالية للشركة الأمر الذي لم يفعله الوكيل ولم يثبت أنه تولى القيام بذلك به. و.. فضلا عن ذلك فإن الفصل139 من مجلة الشركات التجارية خول لكل شريك يمثل عشر رأس مال الشركة على الأقل أن يطلب من القاضي الإستعجالي تعيين خبير يعهد له بتقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تصرف، و... إن الشرط الوحيد الوارد بهذا الفصل وهو تمثيل عشر رأس مال الشركة متوفر في المدعي... ولهذه الأسباب، قضت المحكمة

ابتدائيا استعجاليا بتعيين الخبيرة... للاطلاع على دفاتر الشركة التجارية... وتحديد أرباحها إنطلاقا من سنة 1991 وتقدير مناب المدعي فيها". قرار صادر تحت عدد19745 في 22مارس2003، غير منشور، مذكور بكتاب" مجلة الشركات التجارية معلق عليها" لأحمد الورفلي وكمال العياري، تونس2006، ص431. وقد ذهب فقه القانون التونسي الى القول بأن هذا الحكم يؤكد التوجه الغالب في التطبيق القضائي التونسي الذي لا يقصر الإختيار على عملية أو عمليات محددة بل يأذن به بشأن مدة تمتد غالبا على عدة أعوام. راجع، أحمد الورفلي، الوجيز في قانون الشركات التجاري، مرجع سبق ذكره، ص470.

20 – وتخضع دعوى البطلان ضد القرارات الصادر عن هيئات الشركة لنفس الإجراءات المطبقة في القواعد العامة، يراجع في هذا الصدد، محمد عمار تيبار، نظرية الحقوق الأساسية للمساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة في القانون الليبي – المصري – الفرنسي، 1998، بدون دار نشر، ص877.

21 – فقد نصت المادتين154و155 على اختصاص مجلس الادارة بدعوة الجمعية العمومية، وتعطي المادة198 للجمعية العمومية العادية الاختصاص بتعيين واقالة هيئة المراقبة.

22 – وهي إمكانية تستفاد من عبارات نص المادة198 التي نصت على أنه".....ولا تجوز اقالتها الا لسبب مبرر. ويتطلب لصحة القرار القاضي با قالتهم موافقة المحكمة الابتدائية المختصة..".

23 – فقد وردت أحكام المواد155و160و161و198 في التنظيم القانوني لشركة المساهمة.

24 – فقد نصت المادة 58 على أنه" فلا يجوز عزله من ادارتها الا بموافقة جميع الشركاء أو بقرار من المحكمة....". ونصت المادة198 على أنه".... ويتطلب لصحة القرار القاضي بإقالتهم موافقة المحكمة الابتدائية المختصة.....".، ونصت المادة203 على أنه".. ولها في حالة الضرورة أن تطلب من المحكمة المختصة.."، ونصت المادة207 على أنه" اذا تبين من تصرف مجلس الادارة... جاز للشركاء... أن يرفعوا شكواهم الى المحكمة الابتدائية المختصة".

25 – فقد نصت المادتين154و155 على اختصاص مجلس الادارة بدعوة الجمعية العمومية، وتعطي المادة198 للجمعية العمومية العادية الاختصاص بتعيين واقالة هيئة المراقبة.

26 فإذا قبل القضاء مثل هذا الطلب، فمن الطرف صاحب الصفة والمصلحة في تقديم الطلب؟ أهو الشركة أم الشركاء؟ واذا جاز ذلك للمساهمين أهم المساهمون من ذوو الاقلية، أم يجوز لكل مساهم؟.

27 – راجع، رشيد الصباغ، دور القاضي في الشركات التجارية، دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية يومي11و12 أفريل2003، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس،2004، ص227.

28 – فالقاضي عندما يصدر حكما مساويا للقرار فإنه لا يتبع المنطق المعمول به في المادة المدنية والذي يردع المخل بالالتزامات العقدية.

29 – ذلك أن محكمة التعقيب الفرنسية في قرار "Vitama " اعتبرت أنه وفي صورة ملاحظة تعسف الأقلية فإنه وإضافة الى تعويض الأضرار الناتجة عن هذه التصرفات فإن هناك عقوبات أخرى يمكن تسليطها والتي تأخذ بعين الأعتبار مدى التعدي على المصلحة الاجتماعية للشركة. فقد كرس القضاء التونسي نظرية الحكم القائم مقام العمل القانوني في مجال العقود العقارية (البيوع) على وجه الخصوص رغم غياب نص قانوني كافي الوضوح لتأسيس ذلك. يراجع، أحمد الورفلي،

إلغاء حصص التأسيس وتصفيتها، ملتقى مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005، يومي3و4فيفري2006، مرجع سبق ذكره، ص99-100.

30 – تبت محكمة التعقيب الفرنسية بدورها الموقف الرافض لإصدار حكم يقوم مقام قرار الجلسة العامة أو غيرها من هياكل الشركة. يراجع، أحمد الورفلي، إلغاء حصص التأسيس وتصفيتها، ملتقى مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005، يومي3و4فيفري2006، المرجع السابق ذكره، ص99-100.

31 – يراجع، أحمد الورفلي، إلغاء حصص التأسيس وتصفيتها، ملتقى مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005، يومي3و4فيفري2006، المرجع السابق ذكره، ص99-100.

32 – فقد نص المشرع صراحة على أن تدخل القضاء في تحديد مسؤولية المديرين في المواد397و398و399و400و401و403 قد يكون متعلقا بتضمين تقارير المديرين في الميزانية أو في بياناتهم الأخرى المتعلقة بالشركة وقائع غير مطابقة للحقيقة في شأن تأسيس الشركة أو حالتها الاقتصادية أو دفع وتوزيع أرباح غير قابلة للتوزيع بدون وجود ميزانية مصادق عليها أو على أساس ميزانية غير.

33 – ونلاحظ هذا التذبذب في تعدد التوجهات التشريعية فيما يتعلق بالمديرين من خلال الإحالة الوارد بالمادة 387 الى تطبيق القوانين الأخرى التي تعتمد عقوبات مشددة، وطغيان العقوبات السالبة للحرية على العقوبات المالية بالمواد398و399و400و401من القانون23لسنة2010. وهي وضعية لا يعاني منها المشرع الليبي وحده، بل إن المتأمل على سبيل المثال في العقوبات المنصوص عليها بمجلة الشركات التجارية التونسية، يلاحظ أنها تتميز بنوع من التذبذب وعدم التناغم مع خطورة الأفعال المرتبكة من المسيرين، ويذهب البعض إلى أن مسألة تحديد العقوبات في المجلة بحاجة للمراجعة لأنها تفتقر للنجاعة الكافية. يراجع في هذا الصدد، نبيهة العياري، المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات التجارية، جمعية الحقوقيين بصفاقس، دراسات في القانون التجاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص2015، ص177.

34 – فقد جاء النص بالمادة397 على أنه" ما لم يقض قانون أخر بعقوبة أشد،....".