

الجمهورية الإسلامية الموريتانية

شرف/إخاء/عدل



المحكمة العليا

الندوة الدولية الأولى لسنة 2016

المنظمة بالتعاون مع مشروع دولة القانون الممول من طرف الإتحاد الأوروبي

يومي 27-28 ابريل 2016

تحت عنوان

الجرائم الإقتصادية و المالية في القانون الموريتاني : التكيف القانوني و الممارسة القضائية

مداخلة الدكتور/ الشيخ عبد الله ولد أحمد بابو

جريمة التفالس في القانون الموريتاني

مقدمة

الجريمة بمفهومها القانوني، هي التصرف الايجابي أو السلبي الذي يجرمه القانون و يعاقب عليه ويحدد أركانه العامة وشروطه الخاصة. وقد عرفها جل فقهاء القانون الجنائي بأنها: "عمل أو امتناع عن عمل مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه بمقتضاه" ويستند هذا المفهوم إلى مبدأ الشرعية في التجريم والعقاب والذي يتلخص في مبدأ لا جريمة و لا عقاب إلا بنص¹.

والجرائم أنواع مختلفة بحسب موضوعها وبحسب مرتكبها فهي قد تكون جرائم أخلاقية أو جرائم سياسية أو جرائم مالية واقتصادية أو جرائم تجارية ... إلى غير ذلك من أنواع الجرائم وصورها. و يعد القانون الجنائي الإطار العام الذي يحدد النشاطات والأفعال والتصرفات، التي يعتبرها جرائم، والجزاءات المترتبة على من يخالف أحكامه، غير أن التجريم والعقاب قد لا يقتصر على القانون الجنائي فقط بل يمتد إلى عدة قوانين وقواعد زجرية خاصة بمجالات معينة وأنشطة ومهن محددة، منها ما يتعلق بالمعاملات الاقتصادية والمالية والتجارية والتي تجرم وتعاقب على مخالفة الأنشطة المرتبطة بتلك المجالات، وهي قوانين تخاطب فئات محددة بنصوص خاصة تتوافق والميدان الذي تنظمه².

و لم تعد أهمية النشاط التجاري محل جدل نظرا للدور الذي يضطلع به هذا النشاط في النمو الاقتصادي و الازدهار وتقدم الشعوب و الأمم، لذلك كان لزاما علي كل الدول أن تضع الأسس و الضوابط التي من شأنها قيام الثقة و الائتمان في المعاملات التجارية، فسنت القوانين ونظمت التجارة بالوجه الذي يضمن الاستقرار في المعاملات التجارية، ومن بين ما تم التوصل إليه ردع كل تصرف من شأنه زعزعة هذه الثقة وهذا الائتمان، وتم ذلك في إطار تجريم التصرفات التي يقوم بها التاجر و التي من شأنها أن تؤدي إلى إفلاسه الإرادي أو ما يعرف بالتفالس³.

1~ يقوم تعريف الجريمة على العناصر التالية: أولا: تفترض الجريمة ارتكاب فعل يتمثل فيه الجانب المادي لها وتعني بالفعل السلوك الإجرامي أيا كانت صورته فهو يشمل النشاط الإيجابي كما يتسع الامتناع . ثانيا: تفترض الجريمة أن الفعل غير مشروع طبقا لقانون العقوبات و القوانين المكملة له فلا تقوم جريمة بفعل مشروع؛ راجع بهذا الصدد: محمود مصطفى، "شرح قانون العقوبات بالقسم الخاص"، دار النهضة العربية، 1984، ص596؛ محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات . القسم الخاص " دار النهضة العربية 1988 ص1206؛ عبد العظيم وزير، "جرائم الأموال"، دار النهضة العربية 1983، ص 557 .

2 -PAILLUSSEAU (J), Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté..., Mél. HOUIN, 1985, p. 109 ; HILAIRE (J), Introduction historique au droit commercial, PUF, 1986, p. 305 et s. ; CHAPUT (Y), Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986 ; SZRAMKIEWICZ (R), Histoire du droit des affaires, Montchrestien, Domat, 1989, n° 71, 435, 750, qui observe que dans les premiers temps, la faillite était une procédure portant sur le débiteur lui-même ; DUPOUY (C), Le droit des faillites en France avant le Code de commerce, LGDJ, Paris, 1960 ; DESURVIRE (D), Banqueroute et faillite. De l'antiquité à la France contemporaine, Les Petites Affiches 1991, n° 104 ; SOINNE (B), Traité des procédures collectives, 2ème éd. Litec, 1995, n° 1 et s. ;

3~ فريد مشرقى، "جرائم الإفلاس في التشريع المصرى"، مكتبة الانجلو المصرية، 1947، ص2؛

و التفالس من فعل أفلس، إفلاسا: أي لم يبق له مال نتيجة تصرفته و يراد بذلك أنه صار في حالة يقال فيها عنه ليس معه فلس4.

و التفالس هو قيام التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا بمجموعة من التصرفات المجرمة التي من شأنها أن تؤدي إلى اعتباره غير قادر علي الوفاء بالتزاماته المالية تجاه المتعاملين معه، وتكون تلك الأفعال الجرمية المقام بها عن قصد هي السبب في تواجده في تلك الوضعية. و بما أن المشرع قدر أن الأمر يتعلق بالثقة اللصيقة بالعمل التجاري وليس فقط بمصالح خاصة هي مصالح الدائنين، فإن الرغبة في حماية هذه الثقة هي التي بررت تجريم التفالس، لأن سوء تسيير النشاط التجاري يكتسي خطورة بالغة على استقرار المعاملات المالية والاقتصادية و الثقة و الائتمان5.

و قبل اعتماد مدونة التجارة سنة 2000، كان نظام الإفلاس هو المعتمد في التطرق للمعوقات التي تنجم عن الفشل في ممارسة التجارة، طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية و يهدف إلى تنشيط الائتمان ودعم الثقة في المعاملات التجارية وذلك بسلسلة من الإجراءات والقواعد تهدف إلى حماية مصالح الدائنين وصون حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ما تبقي من أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء لكيلا تترك له فرصة تهريب أمواله إضراراً بهم6.

وتندرج الأسباب التي تؤدي إلى إفلاس التاجر من حسن النية إلى التقصير حتى تصل إلى التندليس والغش، و إفلاس التاجر قد يرجع إلى عوامل لم تكن في الحسبان ولم يكن في استطاعته توقعها، أو تلافيتها، فيستحيل عليه الوفاء بالتزاماته ويتوقف عن الدفع وهو حسن النية، لم تصدر منه رعونة أو خفة، ولم يبتغ المكر بدائنيه أو الإساءة إليهم، فقد تملك أمواله بسبب حريق أو غرق، وقد يتأذي من انخفاض الأسعار بسبب أزمة، وقد يحجم مدينيه عن الوفاء له بحقوقه فيتعذر عليه الوفاء بالتزاماته حتى ينهار مركزه المالي.

وقد يكون إفلاس التاجر نتيجة أخطاء ارتكبها أو تقصير صدر منه، فقد يخطئ في احتساب نفقات إنتاجه، وقد يقدم على صفقة من الصفقات برعونة، وقد يسرف في المضاربات بشكل لا يتناسب مع قدرته المالية.

4 ~ Sordino (NC) le délit de banqueroute contribution a un droit pénal des procédures collectives litée 1996 p :87.

– Honorat (A) et Bernardini, redressement et liquidation judiciaires banqueroute et autres infractions jurclassseur farc 2930 –1996 N° 8.

5~ أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية التي تعترض المقاولة ومعلتها الجزء الأول و الثاني والثالث، دار المعرفة ط 2008، المنازعات التجارية بين المستجندات التشريعية والاجتهادات القضائية / أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية و المدنية / أحمد شكري السباعي؛ محمود سمير الشرقاوى "القانون التجاري"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1990، ص 148.

6~ كما تهدف قواعد تحقيق المساواة بين الدائنين دون محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر، وتنظيم توزيع أموال المدين على الدائنين توزيعاً عادلاً لا أفضلية فيه لدائن على آخر ما دام دينه غير مقترن بسبب قانوني يوجب هذا التفضيل.

ولتحقيق الأهداف التي يرمي إليها نظام الإفلاس يرتب المشرع على صدور الحكم بإشهار الإفلاس عدة آثار منها ما يتعلق بذمة المفلس المالية، ومنها ما يتعلق بشخصه، فتغل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها. و تعد التصرفات التي أبرمها المدين في الفترة الواقعة بين تاريخ وقوفه عن الدفع وتاريخ صدور الحكم بإشهار إفلاسه تكون باطلة.

وقد تسوء نية التاجر، فيعمد إلى تبيد أمواله أو تهريبها، حتى يعدها عن متناول الدائنين، أو يخفي دفاتره أو يشوهها حتى يطمس أخطائه ويسدل الستار على غشه وتدليسه.

والإفلاس في حد ذاته لا يشكل جريمة يعاقب عليها القانون إلا إذا اقترن بخطأ أو رعونة أو تدليس فإنه ينقسم تبعاً لذلك إلى قسمين، إفلاس مقترن بخطأ و يعرف بالإفلاس البسيط أو التقيصري، وإفلاس مقترن بجريمة ويعرف بالإفلاس التدليسي⁷.

وتتجاذب جريمة التفالس كلا من مساطر القضاء التجاري والقضاء الجزري مما أثار جدلاً حول علاقة كل منهما بالآخر، فقد تناول المشرع الموريتاني جريمة التفالس في أحكام كل من القانون الجنائي المواد 373 ، 374 و 375 و مدونة التجارة في المواد 1450، 1450 مكررة، 1451، 1452 و 1453، ولوقوف علي تفاصيل تناول هذه الجريمة يتعين معرفة مفهوم التفالس من منظور القانون الجنائي و التفالس من منظور القانون التجاري قبل معرفة الجرائم الملحققة به.

المبحث الأول: التفالس من منظور القانون الجنائي

يقصد بجريمة التفالس الجريمة التي يخضع لها التاجر المتوقفين عن دفع ديونهم وثبت في حقهم ركنها المادي والمعنوي، فهي آثر من آثار الحكم القاضي بإفلاس التاجر.

ويعود أصل جريمة التفالس إلى النظام الإيطالي وقد استخدم في العصور الوسطى ويعني كسر المقعد حيث كان أصحاب الأموال يمارسون نشاطهم في الأسواق من خلال طاولات التاجر التي ينصبونها و يتلقون عملائهم من خلفها للتفاوض وإبرام المعاملات، و إذا لم يعد في مقدور التاجر الوفاء بالتزاماته فإنه يعمد علنا و أمام الجميع إلى كسر هذه الطاولة و يصبح هذا الكسر بمثابة حظر له للقيام بنشاطه المعهود، وقد أصبحت العبارة منتشرة الاستعمال في الأوساط القانونية و التشريعية. ومن النظام الإيطالي أخذ النظام الفرنسي فكرة التفالس حيث كان يتم التعامل مع المدين بشدة و قسوة، فقد نص القانون التجاري الفرنسي الصادر سنة 1807 على حبس المفلس أيا كان سبب إفلاسه وعلى حرمانه من كثير من الحقوق المدنية والسياسية. و تلي هذا القانون مجموعة من التشريعات الأخرى قاسمها المشترك هو التخفيف من حدة العقوبة، وقد تناول القانون الجنائي التفالس في صورتين هما التفالس البسيط و التفالس بالتدليس و أفرد لكل منهما عقوبته الخاصة.

المطلب الأول: التفالس البسيط

يعرف التفالس البسيط بأنه الإفلاس الذي يترتب نتيجة أخطاء ارتكبها التاجر كالتقصير و اللامبالاة والإسراف⁸. فالمضاربات و الرعونة، و المبالغة في مصاريفه عن حياته الخاصة أو تسديد مصاريف تجارية باهظة، أو الإنفاق

7~ ~ أحمد شكري السباعي ، الوسيط في مساطر الوقاية التي تعترض المقاولة ومعلتها الجزء الأول و الثاني والثالث، دار المعرفة ط 2008، المنازعات التجارية بين المستندات التشريعية والاجتهادات القضائية / أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية و المدنية / أحمد شكري السباعي؛ ياسين لمساعف ، التفالس كجريمة اقتصادية شروطه وآثاره مجلة قانون الأعمال والمقاولات 2004 العدد 6 ، ص 65.

8- - الرشيد صلاح الدين، " المسؤولية الجنائية لمسيرير المقاولة حال تعرضها للصعوبة (جرائم التفالس)"، مجلة المنتدى، ع : 3 يونيو 2002، ص : 105.

على عمليات وهمية لا طائل من ورائها، أو عدم مسك الحسابات مثلما تستلزمه أعراف المهنة أو القيام بأعمال تجارية مخالفا لحظر قانوني. و لم يحدد القانون الجنائي هذه الحالات و أحال في ذلك إلى القانون التجاري حيث نصت المادة 373 من القانون الجنائي علي انه كل من قضى بارتكابه جريمة التفالس في الحالات المنصوص عليها في القانون التجاري يعاقب:

~ على التفالس البسيط بالحبس من شهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر؛

~ على التفالس بالتدليس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات.

بينما نجد في بعض القوانين المقارنة أن القانون الجنائي نص بصريح العبارة علي هذه الحالات كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري الذي نص في المادة 370 من القانون الجنائي علي أنه (يعد مرتكبا للتفليس بالتقصير كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يوجد في أحد الحالات الآتية:

1~ إذا ثبت أن مصاريفه الشخصية أو مصاريف تجارته مفرطة.

2~ إذا استهلك مبالغ جسيمة في عمليات نصب محضنة أو عمليات وهمية.

3~ إذا كان قد قام بمشتريات لإعادة البيع بأقل من سعر السوق بقصد تأخير إثبات توقفه عن الدفع أو استعمل بنفس القصد وسائل مؤدية للإفلاس ليحصل على أمواله.

4~ إذا قام بالتوقف عن الدفع بإيفاء أحد الدائنين إضرار بجماعة الدائنين.

5~ إذا كان قد أشهر إفلاسه مرتين و أقفلت التفليستان بسبب عدم كفاية الأموال.

6~ إذا لم يكن قد أمسك آلة حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته.

7~ إذا كان قد مارس مهنته مخالفا لحظر منصوص عليه في القانون).

بالإضافة إلى اعتبار هذا التاجر مفلسا بالتقصير فقد قرر القانون الجنائي العقوبة لمجرد توافر خطأ التاجر و هذه العقوبة تتراوح ما بين شهرين إلى سنتين، و نلاحظ أن التفالس البسيط يعد جريمة غير عمدية، الركن المعنوي فيها هو الخطأ و التقصير لا نحتاج فيه إلى قصد جنائي.

المطلب الثاني: التفالس بالتدليس

هو من نوع الجريمة ولا يرتكب إلا من قبل تاجر مفلس امتنع أو توقف عن دفع ديونه التجارية⁹. و ذلك عن طريق تبيد أمواله أو كتمها أو إخفائها أو عن طريق الإقرار للغير بديون وهمية بغية تهريب أمواله من وجه الدائنين والحيلولة دون الحجز والتنفيذ عليها، وكأن يخفي دفاتره التجارية وحساباته الحقيقية.

و يعتبر الإفلاس بالتدليس من ضمن الجرائم العمدية يتطلب لقيامها عنصر مادي يظهر في الحالات السالفة الذكر. ينضاف إلى ذلك العنصر المعنوي و المتمثل في اتجاه نية المفلس إلى الإضرار بدائنيه، و قد رتب قانون

9 - SAINT-ALARY-HOUIN (C), Droit des entreprises en difficulté, 6ème éd., Montchrestien, Domat, 2009, n° 9 et s. ; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, 8ème éd. LGDJ, 2009, n° 2 et s. ; JACQUEMONT (A), Droit des entreprises en difficulté, 7ème éd. Litec, 2011, n° 1 et s.

العقوبات على كل شخص ارتكب جريمة التفالس بالتدليس عقوبة تتراوح من سنة إلى خمس سنوات، و تطال العقوبة وفقا لأحكام المادة 374 من القانون الجنائي كافة الشركاء حيث نصت هذه المادة علي انه (يعاقب الأشخاص الذين يصرح طبقا للقانون التجاري بأنهم شركاء في التفالس البسيط أو بالتدليس بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة ولو لم يكونوا تجارا)¹⁰.

المبحث الثاني: التفالس من منظور القانون التجاري

وقد تخلي المشرع الموريتاني عن نظام الإفلاس التقليدي الذي يحكمه الطابع الزجري باعتبار أنه لم يعد يتماشى مع الفلسفة الجديدة للمشرع، التي تتمثل في تبني نظام صعوبات المؤسسة بدل الإفلاس¹¹، وذلك منذ صدور مدونة التجارة سنة 2000 وبناء على ذلك تقرر توسيع دور القضاء التجاري على حساب القضاء الزجري فيما يتعلق بسير المسطرة أو بتجريم الأفعال المرتبطة بالتفالس. لذلك كرس مدونة التجارة المواد 1450، 1450 مكررة، 1451، 1452، 1453، و المادة 1432 لتنظيم التفالس. ولتناول التفالس من منظور القانون التجاري ينبغي تحديد شروط قيام هذه الجريمة قبل تحديد الأشخاص الذين يمكن أن يدانوا بها.

المطلب الأول: شروط قيام جريمة التفالس

لقيام جريمة التفالس تقرر كل القوانين التي تأخذ بنظام صعوبات المؤسسة بضرورة توافر الصفة، وفتح مسطرة المعالجة، بالإضافة إلى توقف التاجر عن الدفع¹².

الفرع الأول: صفة التاجر

من البديهي أنه يفهم من جريمة التفالس أن الأشخاص من غير التجار لا يخضعون للتفالس، بل يكونون في حالة إعسار، و يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذ مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك. و حتى يعتبر الشخص تاجرا يجب أن يتخذ من الأعمال التجارية مهنة معتادة له و كل شخص يمارس العمل التجاري بصفة عارضة لا يعد تاجرا كما يجب أن يمتن الشخص التجارة لحساب نفسه بصفة رئيسية بحيث تصبح مصدرا أساسيا من مصادر رزقه¹³.

أ- التاجر شخص طبيعي

حتى يكتسب الشخص الطبيعي صفة التاجر لا بد أن تتوافر فيه شروط تتمثل في:

¹⁰ ~ علي الرام، " جريمة التفالس في ضوء أحكام مدونة التجارة الجديدة "، مجلة القانون المغربي، ع : 6 يونيو 2004 ص : 67 - 68.

¹¹ ~ عبدالفضيل محمد أحمد "القانون التجاري ، الاعمال التجارية والتجار " ، المرجع السابق، ص 91 حسنى المصرى "القانون التجارى، العقود التجارية الإفلاس" ، دار النهضة العربية، 1987 - 1988، ص 183؛ مصطفى كامل طه و مراد منير " القانون التجارى: الأوراق التجارية والإفلاس "، الدار الجامعية، غير مؤرخ،

ص 290.

¹² ~ عبد الفضيل محمد أحمد، " القانون التجارى " العقود التجارية والإفلاس "، المرجع السابق، ص 123؛ على جمال الدين، "الإفلاس"، دار النهضة العربية، 1983 ص 127 .

¹³ ~ حسنى الجندي، " القانون الجنائي للمعاملات التجارية "، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 1989، ص 337.

1~ أهلية ممارسة التجارة

يقصد بأهلية ممارسة التجارة بلوغ التاجر سن الرشد القانونية 18 سنة، لكن القانون التجاري أجاز للقاصر ممارسة التجارة، بشرط ترشيده أو حصوله على إذن بذلك. فإذا ما توافرت في القاصر المرشد كل الشروط فإنه يمكن أن يكون متفالساً، أما في الحالة التي لم يتم فيها ترشيده القاصر فإن ممارسته للتجارة لا تكسبه صفة التاجر¹⁴.

2~ ممارسة التجارة باسمه و لحسابه

و يتم ذلك إثر تقييده التاجر في السجل التجاري، حيث أن كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري، يعد مكتسباً صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها و يخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة. فكل شخص يمارس التجارة دون قيد في السجل التجاري تهرباً من المسؤولية المترتبة علي ذلك، فإنه يخضع لجميع الآثار المترتبة لاكتساب صفة التاجر.

و يدخل تحت هذا الوصف كل شخص يمارس التجارة تحت ستار شخص آخر مستعار، ففي هذه الحالة يتعرض صاحب العمل الحقيقي الذي تمنح له صفة التاجر، رغم عدم قيامه بالأعمال التجارية بشخصه، كما يخضع كل شخص يمارس التجارة باسمه و لحساب نفس الآثار¹⁵.

ب- التاجر شخص معنوي

و يتمثل هذا الشخص المعنوي في الشركات التجارية إذ تكتسب هذه الأخيرة صفة التاجر بحسب الشكل حتى و لو كان موضوعها مدنيا و تنحصر هذه الشركات في أنواع الشركات التجارية الواردة في الكتاب الثاني من مدونة التجارة باستثناء شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

الفرع الثاني: الحكم بفتح مسطرة المعالجة

جاء في المادة 1450 من مدونة التجارة الموريتانية على أنه : (يدان بالتفالس في حال افتتاح إجراء المعالجة ...) وهو نفس المقتضى الذي تنص عليه المادة 197 من القانون الفرنسي لمعالجة صعوبات المؤسسة و المادة 721 من مدونة التجارة المغربية، و أضافت المادة 1450 مكررة من مدونة التجارة شرط التوقف عن الدفع للإدانة بالتفالس، محاولة من المشرع لسد الثغرات التي كانت تتخلل المدونة في هذه المجال. و يتجلى من خلال هذه المواد أن القضاء التجاري أصبح يضطلع بدور كبير في مجال جريمة التفالس على حساب تراجع دور القضاء الزجري¹⁶.

14 ~GUYON (Y), Droit des Affaires, t. 2, op. cit., n° 1084 et s.; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz, 5ème éd., 1999 ;

15- راجع بهذا الشأن: ~ أحمد شكري السباعي ، الوسيط في مساطر الوقاية التي تعترض المقاوله ومعلتها الجزء الأول و الثاني والثالث، دار المعرفة ط 2008، المنازعات التجارية بين المستجندات التشريعية والاجتهادات القضائية / أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية و المدنية / أحمد شكري السباعي؛

16~ أحمد شكري السباعي ، الوسيط في مساطر الوقاية التي تعترض المقاوله ومعلتها الجزء الأول و الثاني والثالث، دار المعرفة ط 2008، المنازعات التجارية بين المستجندات التشريعية والاجتهادات القضائية / أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية و المدنية / أحمد شكري السباعي؛ احمد الفروجي ، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 1999 ص 57؛

و يرى بعض الباحثين أن الحكم القاضي بفتح المسطرة يدخل في عناصر جريمة التفالس وذلك لتعلقه بالموضوع لأن المشرع وضعه ضمن قواعد الموضوع دون مراعاة المسطرة معتمدا في ذلك إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه¹⁷.

ويرى البعض الآخر عكس ذلك، أن العنصر المكون للجريمة هو جزء من السلوك المعاقب عليه وذلك لأنه يخرق قيمة اجتماعية محمية جنائيا بالاعتداء عليها، أما الحكم القاضي بفتح المسطرة فلا يخرق نصا جنائيا وهو منظم بمقتضيات تجارية محضة¹⁸.

وعلي غرار القانون الفرنسي و القانون المغربي، فقد قيد المشرع الموريتاني القضاء الجنائي، بالنسبة لجريمة التفالس، بفتح مسطرة معالجة صعوبة المقاول¹⁹.

وقد اتجه القضاء المصري، في هذا الشأن، اتجاها مخالفا، بحيث أن القضاء الزجري بمصر لا يتقيد، في جريمة التفالس، بتحديد صفة الفاعل التي يحددها القضاء التجاري، بل يقوم بنفسه بالتحقق من توافر هذه الصفة، وهو يتمتع بالاستقلال التام في تقديره عن القضاء التجاري. و يترتب عن ذلك أن القاضي الجنائي لا يلتزم بإحالة النزاع المتعلق بصفة التاجر إلى المحكمة المختصة بشهر بل يتعرض للموضوع بنفسه دون انتظار أن ترفع الدعوى أمام المحكمة التجارية. كما لا يلتزم بما سبق الحكم به من طرف القضاء التجاري من توافر صفة التاجر أو عدم توافر هذه الصفة²⁰.

الفرع الثالث: التوقف عن الدفع

جاء في المادة 1450 مكررة من مدونة التجارة أنة (... يدان بالتفالس كل شخص طبيعي في حالة توقف عن الدفع....) و التوقف عن الدفع هو عجز التاجر عن أداء دين تجاري حال في ميعاد استحقاقه و بصفة عامة فهذا الدين يجب أن لا يكون محلا لنزاع. و كما منح القانون الحق للدائن الذي حل أجل سداد دينه، ان يطلب اتخاذ كافة الإجراءات في حق مدينه إذا ما أثبت أن هذا الأخير قد عجز عن دفع ديونه، و قد يتقدم بذات الطلب الدائن بدين لم يحل أجله، في حالة ما لم يعرف للتاجر موطن أو فرع أو أغلق محله.

17~ حيث أصدرت محكمة فرساي حكمها الصادر بتاريخ 10 مارس 1986 أن فتح المسطرة الجماعية هو بالضرورة مكون لجريمة التفالس. إلا أن هذا الحكم تعرض لانتقادات حادة من طرف الفقه الفرنسي حيث اعتبر بعض الفقه أن التبريرات التي قدمتها المحكمة غير مقنعة باعتبار أن فتح المسطرة ليس بالضرورة هو سبب الإدانة ولا يتعدى كونه إجراء مسطري.

18~ فقد اعتبر بعض الفقه أن العنصر المكون للجريمة هو عمل يتسبب فيه المجرم نفسه ويوضح بشكل مباشر النشاط الخارجي للمجرم غير أن الحكم القاضي بفتح المسطرة لا يعتبر تصرف إجرامي كما أنه لا يصدر عن المجرم إضافة إلى ذلك بتزامن العنصر المكون للجريمة معها دائما أما فتح المسطرة فقد يكون سابقا أو لاحقا للفعل المكون للجريمة، كما أنه ليس هو سبب الفعل الإجرامي للفاعل بناء على الاعتبارات السابقة.

19- ويتفق القانون الكويتي مع القانون الموريتاني، على مستوى جريمة التفالس، حيث يشترط لمعاقبة المتهم بالتفالس صدور حكم سابق بالإفلاس في مواجهته، ويصدر هذا الحكم من القضاء التجاري المختص. و يترتب عن ذلك أن القضاء التجاري بدولة الكويت يوقف القضاء الجنائي، وهي مسألة أولية تتعلق بالاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، بحيث يتعين على القضاء الجنائي أن يوقف البت في الدعوى الجنائية المتعلقة بالتفالس إلى حين صدور حكم من المحكمة التجارية المختصة

20~ ويرجع ذلك إلى اختلاف الدعويين التجارية والجنائية من حيث الأطراف والمحل والسبب... فموضوع الدعوى الجنائية هو الحكم بالعقوبة أو البراءة. بينما أمام القضاء المدني فإن موضوع الدعوى هو الإفلاس الإرادي أي التفالس. ثم أن السبب في الدعوى الجنائية هو حدوث ووقوع أفعال تكون جريمة التفالس بينما في دعوى التفالس المدنية يعتبر "التوقف عن الدفع" كافيا لنشأتها.

ولتحديد مفهوم التوقف عن الدفع وجدت عدة آراء فقهية تمثل البعض منها في ربط فكرة التوقف عن الدفع بفكرة الإعسار، و الإعسار هو عجز الشخص عن سداد ديونه أي أن يكون المدين في حالة عجز مالي بحيث تكون خصومه المالية أكثر من أصوله، وتمثل البعض الآخر في اعتبارها حالة تنبئ عن وضعية مالية مضطربة وغير مستقرة، وضائقة مالية مستفحلة، يتزعزع معها ائتمان التاجر، و تتعرض بها حقوق الدائنين إلى خطر محقق و أكيد.

و يستخلص من ذلك أن حالة التوقف عن الدفع مستندة إلى ظاهر الحال لأن توقف التاجر عن الدفع يدل على ارتباك حالته المالية، مما يهدد الدائنين باضطراب مصالحهم و بالتالي يكفي التوقف دون اشتراط إعسار المدين التاجر²¹.

فلا تعتبر الضائقة الوقتية أو العارض الذي يحول دون سداد الديون توقفا عن الدفع، و إنما يجب أن يكون هناك عجز حقيقي عن الدفع، و لو كان التاجر يلجأ إلى تجديد آجال الديون أو الاقتراض. و عليه أصبحت فكرة التوقف عن الدفع متوقفة على مدى فقدان المدين للائتمان التجاري من عدمه بسبب قيام المعاملة التجارية على الائتمان و يعود أمر تقدير حالة التوقف عن الدفع إلى قاضي الموضوع، فإذا ثبت لديه أن العجز سببه عارض سيزول، و المدين له إمكانية التغلب عليه و أن العجز ناشئ عن ارتباك في أعمال التاجر مع بقاءه رغم ذلك محافظا على السير الطبيعي للحياة التجارية و المالية، و كذلك غياب الخطر المهدد لمصلحة الدائنين²². كما لا يشترط أن يكون التوقف عن الدفع شاملا لكل الديون لأن العبرة ليست بعدد الديون المتوقف عن دفعها. ويقع عبئ إثبات حالة التوقف عن الدفع على عاتق الدائن المدعي و الإثبات يكون بشقي وسائل الإثبات، باعتبار أن الأصل هو حرية الإثبات في المسائل التجارية، و قد يعتمد هذا الأخير أي الدائن في إثباته على عدة قرائن منها:

- ~ توجيه احتجاج عدم الدفع إلى التاجر عند عدم دفع الأوراق التجارية كالكمبيالة، و للمحكمة المختصة استخلاص ما إذا كان الاحتجاج يشير إلى ارتباك حقيقي للحالة المالية للتاجر أم لا.
- ~ صدور عدة أحكام قضائية نهائية ضد التاجر و عجزه عن تنفيذها.
- ~ طلب تسوية ودية و اعترافه بالتوقف عن الدفع.
- ~ توقيع الحجوز التنفيذية على أموال التاجر دون جدوى.
- ~ إخفاء التاجر البضائع و الهروب، إغلاق المحل.

21 -GUYON (Y), Droit des Affaires, T. 2, Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite, 9ème éd. Economica, 2003, n° 1008: Celui qui avait failli à ses engagements était présumé être un fraudeur ("faillitus, ergo fraudator").

22~ غنام محمد غنام ، المسؤولية الجنائية للتاجر ومدير الشركة عن جرائم الإفلاس ، ص 37 .

و بالرغم من ذلك فإن مسألة إثبات التوقف عن الدفع تبقى صعبة فقد يحدث ان يكتسي هذا الأخير صفة غير واضحة. ويجب في كل الأحوال أن يكون التوقف عن الدفع محددا بتاريخ وفقا لأحكام المادة مدونة التجارة، و يتم تحديده عن طريق المحكمة المختصة.

و في حالة عدم تمكن المحكمة من تحديد هذا التاريخ فيعتبر تاريخ صدور الحكم به هو نفسه تاريخ التوقف عن الدفع²³. و يجب أن يكون الدين المتوقف عن دفعها حالة و محققة و خاليا من أي نزاع.

المطلب الثاني: الأشخاص اللذين تمكن إدانتهم بجريمة التفالس

في الغالب الأعم تنطلق شرارة المساطر الجماعية المتعلقة بصعوبات المؤسسة، بسبب سوء تسيير، وترتكب جريمة التفالس تبعا لذلك وفق طبيعة النشاط التجاري. و بما أن سوء تصرف التاجر الفرد أو المسير للمؤسسة يتوج في الغالب الأعم بالإدانة بالتفالس، فإنه كان من الطبيعي أن يكون تدخل المشرع ضمن الحيز الرديعي الذي يطال هؤلاء، لذلك توسعت التشريعات في تحديد الأشخاص اللذين هم عرضة للإدانة بالتفالس و اعتبرت أن هذه الإدانة تطال كل مسير ثبتت في حقه أفعال تتنافى مع مصلحة المؤسسة²⁴. كما تطال عقوبة التفالس، جميع الجرائم الملحقة بهذه الجريمة و التي نصت عليها كل التشريعات التي تعاقب التفالس

الفرع الأول: مسيرو المؤسسات

المسير هو الشخص الذي توكل إليه مهمة إدارة المؤسسة و العمل علي تسيير أمورها أو هو الذي يسير نشاطات المؤسسة بفاعلية ويمكنها من تنفيذ أعمالها من خلال إدارة و توجيه النشاطات الجارية بحكم السلطة الرسمية أو غير الرسمية الممنوحة له و بحكم مركزه الوظيفي. و المسير إما أن يكون قانونيا أو فعليا.

أ- المسير القانوني:

جاء في المادة 1450 من مدونة التجارة أنه (يدان بالتفالس، في حال افتتاح إجراء المعالجة، الأشخاص المشار إليهم في المادة 1432 اللذين تبين أنهم ارتكبوا أحد الأفعال التالية:

1. قاموا إما بعمليات شراء قصد البيع بثمان أقل من السعر الجاري أو لجأوا إلى وسائل مجحفة قصد الحصول على أموال بغية تجنب أو تأخير فتح مسطرة المعالجة؛
2. اختلسوا أو أخفوا كلا أو جزءا من أصول المدين؛
3. قاموا بتدليس بالزيادة في خصوم المدين؛
4. قاموا بمسك حسابات وهمية أو أخفوا وثائق حسابية للمؤسسة أو الشركة أو امتنعوا عن مسك أية حسابات رغم أن القانون يفرض ذلك).

23 ~ SAWADOGO F. M., Droit des entreprises en difficulté, Bruylant Bruxelles UNIDA 2002, p. 361

24 ~ MARTOR (B), L'harmonisation du droit en Afrique: une expérience unique, une consécration pour l'OHADA et les autres organisations régionales, Cahier de droit de l'entreprise, n° 1, janv.-févr. 2010, Dossier, p. 20.

و جاء في المادة 1432 من نفس المدونة أنه (تطبق مقتضيات هذا الفصل على المسيرين القانونيين أو الفعليين لشخص معنوي منتم إلى القانون الخاص وذي نشاط اقتصادي تفتح في مواجهته مسطرة للتسوية القضائية. وتعنى كذلك كل الأشخاص الطبيعيين الممثلين الدائمين لمسيرى الأشخاص المعنوية).
المسيرون القانونيون هم الذين يتولون بصفة نظامية مهام الإدارة والتدبير أو التسيير في الشركة أي كل الأعضاء القانونيين للشخص المعنوي المعنيين بصفة نظامية، والذين تناط بهم مهام تسيير شؤون الشركة²⁵. و عليه لا يدخل ضمن مفهوم المسير القانوني، الشخص الطبيعي الذي لا تتوفر فيه للمعايير أعلاه، سواء أكان تابعا أو لأن مهامه تخرج عن وظيفة الإدارة والتسيير²⁶.
ويستبعد بالإضافة إلي هؤلاء الشركاء، وكذا الأشخاص الذين تناط بهم مهمة المراقبة وليس الإدارة والتدبير سواء داخل الشركة أو خارجها²⁷.

ب- المسير الفعلي

لم تتطرق التشريعات إلي تعريف المسير الفعلي وعرفه بعض الفقه باللجوء إلي وضع بعض الشروط لتحديده ومن بين هذه الشروط:

أولا أن يباشر المسير الفعلي نشاطا إيجابيا، ويتجلى ذلك بالمشاركة بصفة فعلية في التسيير؛
ثانيا أن يكون التصرف أو النشاط الإيجابي الذي يقوم به المسير الفعلي متعلقا بالتدبير أو الإدارة، كاتخاذ قرارات حول الوضعية المالية للشركة، والقيام بمهام الإدارة والتسيير سواء على المستوى التجاري أو المالي.
ثالثا يشترط أن يكون النشاط الإيجابي المرتبط بالتسيير قد تم وبوشر من طرف المعني بكل حرية و استقلالية.

الفرع الثاني: مرتكبو الجرائم الملحقة بجريمة التفالس

لم يكتف التشريعات التي تأخذ بالمساطر الجماعية بمعاينة المرتكب لجريمة التفالس و المدان علي أساس ارتكابه واحد أو أكثر من الأفعال أو الوقائع المحددة في المادة 1450 من مدونة التجارة، بل طال العقاب أشخاصا آخرين قد يحدثون ذات الأضرار الفادحة التي قد تؤدي إلي تفويض الائتمان و حقوق الدائنين والمتعاملين مع المؤسسة²⁸. وقد عبر المشرع عن الأفعال الإجرامية لهؤلاء "بالجرائم الأخرى" التي قد تأتي استكمالا للفعل الأصلي الذي يقوم به المدان بالتفالس. لذلك عمدت كل التشريعات إلي تحديد الحالات و الوقائع التي يرتكبها كل صنف من هؤلاء المشاركون أو المساهمون في جريمة التفالس.

فعددت المادة 1453 من مدونة التجارة الأشخاص اللذين يمكن أن يدانوا بصفة ملحقة بجريمة التفالس و حددتهم في:

25~ محمد كبيش ، المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة

26~ فينيخ عبد القادر ، جنحة استعمال أموال الشركات التجارية في التشريع الجزائري ، مقال منشور بمجلة المؤسسة والتجارة عدد 1 (2005)

27~ عبد الكريم عباد، دور القضاء في معالجة صعوبات المقاوله " ، م. س، ص : 459

28~ بوشرة فقيهي، " جريمة التفالس و الجرائم الملحقة بها " ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط - س : 2003 - 2004 ، ص : 80.

1. الأشخاص الذين اختلسوا أو أخفوا ما اختلس غيرهم أو ستروا كلا أو جزءا من الأموال المنقولة أو العقارية لفائدة الأشخاص المشار إليهم في المادة 1432،
 2. الأشخاص الذين صرحوا تدليسيا بديون وهمية أثناء المسطرة سواء باسمهم أو بواسطة الغير .
 3. أمين تفضيلة إذا قام ب:
 - أ. الإضرار عمدا ويسوء نية بمصالح الدائنين، إما باستعماله لأغراض شخصية أموالا تلقاها بمناسبة قيامه بمهمته، وإما بإعطائه منافع للغير يعلم أنها غير مستحقة؛
 - ب. الاستعمال غير المشروع للسلطة المخولة له قانونا، في غير ما أعدت له وبشكل معاكس لمصالح المدين أو الدائنين؛
 - ج. استغلال السلط المخولة له من أجل استعمال أو اقتناء بعض أموال المدين لنفسه سواء قام بذلك شخصيا أو بواسطة الغير.
 4. الدائن الذي يقوم، بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، بإبرام عقد أو عدة عقود تخول له امتيازات خاصة على حساب الدائنين الآخرين.
- وفي نفس المنحي أوردت المادة 374 من القانون الجنائي إمكانية إنزال عقوبة التفالس بالأشخاص الذين يصرح بأنهم شركاء ولو لم يكونوا تجارا.