الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية: الحقوق و العلوم السياسية
ميدان: الحقوق و العلوم السياسية
قسم: الحقوق
فرع: الحقوق
رقم: تخصص: قانون الأعمال

نحو مراجعة الأحكام العامة للشركات التجارية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي تخصص قانون الأعمال

إعدادالطالبة: بوعمار صبرينة

لجنة المناقشة:

د- صغير بيرم عبد المجيد	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيسا
د- بوخرص عبد العزيز	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا و مقررا
د- بوخروبة حمزة	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

في البداية الشكر والحمد لله ،جل في علاه، فاليه ينسب الفضل كله إكمال-والكمال يبقى لله وحده –هذا العمل.

وبعد الحمد لله، فإنني أتوجه إلى أستاذي الفاضل الدكتور **بوخرص عبد العزيز** المشرف على هذه المذكرة- بالشكر والتقدير الذي لن تفيه أي كلمات حقه، فلولا مثابرته وحلمه ودعمه المستمر رغم كثر زلاتي ما تم هذا العمل.

والشكر موصول أيضا إلى كل أساتذتي الذين تتلمذت على أيديهم، في كل مراحل دراستي .

الإهداء

الى روح أبي الزكية الطاهر.

الى أمي التي أسال الله كل صباح استيقظ فيه أن يحفظها الله من كل مكروه

إلى زوجي العزيز على تفهمه ودعمه الدائم

الى أبنائي حفظهم الله ورعاهم – معاذ- تسنيم –مصعب- رحيق

الى أفراد أسرتي فردا فردا وأفراد أسرة زوجي

الى كل هؤلاء وهؤلاء اهدي هذا العمل .

وأسال الله أن يفيد به ولو باي شكل من الأشكال أي باحث أو طالب علم .

أمين يا رب العالمين

قائمة المختصرات

ق.م.ج..... قانون مدني جزائري.

ق.ت.ج..... قانون تجاري جزائري

ق.م.ف..... قانون مدني فرنسي

شركة ذات.م.م..... شركة ذات مسؤولية محدودة.

د.ط..... بدون طبعة.

ط..... طبعة.

ص..... صفحة.

مـــــقدمـــــة

إن فكرة الشركة ليست وليدة العصر الحديث و إنما هي قديمة قدم الحضارة الإنسانية [1]فلما كان التاجر الفرد لا يستطيع بمجهوده الفردي و بوسائله الخاصة أي برأسمال محدد في دائرة زمنية و مكانية محددة- ما يجعل النشاط الممارس يتصف بالبساطة- مواجهة التطور الصناعي و التجاري و متطلبات النمو الديمغرافي أو التكنولوجي بالإضافة إلى أن النشاط الفردي يظل مرتبطا بحياة القائم به و بإرادته المطلقة في إدارته مما يترتب عليه خسارة عملية كبيرة عند انتهاء مشروعات ناجحة لمجرد وفاة صاحبها أو نتيجة لسوء إدارته، الأمر الذي أدى إلى اتجاه الفكر الإنساني نحو التحول من العمل الفردي إلى العمل الجماعي عن طريق الاشتراك.

و من جانب أخر فان ارتفاع معدلات التطور الصناعي و التكنولوجي، و تأثير ذلك على توسيع الحياة الاقتصادية من خلال تعدد المنشآت الاقتصادية و تطورها و تعاظم المنافسة بينها تأكد و بشكل كبير عدم قدرة الفرد الواحد على تحمل أعباء المشاريع و النهوض بها لوحده ما أدى إلى انتشار الشركات التجارية كأحد أهم مظاهر العمل الجماعي عن طريق توحيد الجهود و الأموال لتحقيق المصالح الاقتصادية المشتركة، و بروز فعاليتها في حياة الدول و المجتمعات من جميع النواحي سواء اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية من أجل ذلك تدخلت الدولة في كثير من البلدان و بمساعدة الفقه لتنظيم قواعد الشركات على نحو مستقل عن التقسيمات المختلفة للقانون.

و بالرجوع إلى فرنسا باعتبارها المصدر التاريخي لمعظم مواد القانون فإننا نجد أن الفقه حرص على رصد التطور الحاصل في قانون الشركات باهتمام كبير بالدراسة و البحث و بغزارة ملحوظة

---

[1]تضمن قانون حمورابي قبل الميلاد بحوالي ألفي سنة الفرق بين عقد الشركة و عقد القرض، و في القانون الروماني عرفت الشركة و فكرة الشخص المعنوي مثل عقد الشركة بين الورثة و كان يطلق عليها(contrat d'indivision entre charities)، و عقد الشركة لتغطية الضرائب بين الملتزمين بها و التي كانت لها شخصية مستقلة عن شخصية أعضائها، و ابتداء من القرن الثاني عشر ظهرت الشركات في شمال إيطاليا نتيجة لتطور التجارة البحرية التي عرفت بالشركات العامة و هي " شركة التضامن" الحالية، كما ظهرت " شركة التوصية البسيطة" الحالية، و في فرنسا قام لويس الرابع عشر سنةمستقلة عن شخصية أعضائها، و ابتداء من القرن الثاني عشر ظهرت الشركات في شمال إيطاليا نتيجة لتطور التجارة البحرية التي عرفت بالشركات العامة و هي " شركة التضامن" الحالية، كما ظهرت " شركة التوصية البسيطة" الحالية، و في فرنسا قام لويس الرابع عشر سنة 1683 بإعادة تنظيم هاتين الشركتين في إطار التجارة البرية- سميحة القليوبي: **الشركات التجارية**,دار النهضة العربية- القاهرة 2011 ط3 ، ص (5و6)

لملاحقة التغيرات الحديثة و حسن توجيه المشرع سواء في صياغة القواعد العامة للشركة في التقنين المدني و نظام الشركات المدنية المستحدث بعد الإصلاحات الواردة في سنة **1985** و الذي أسفر عن استحداث الشركة ذات الشخص الوحيد أو بالنسبة لقانون الشركات رقم **66–537** الصادر في سنة **1966** و المنظم للأشكال القانونية الخمسة للشركات المعروفة حاليا و المتمتعة بالشخصية المعنوية [1] و الذي حل محل القانون الصادر في **1867** بعد **99** عام.

هذا الأخير الذي كان نتاج عدة تعديلات طرأت على القانون التجارة الفرنسي الصادر في سنة 1807 و الذي عالج موضوع الشركات التجارية في الباب الثالث منه، أين أطلق هذا القانون الحرية في إنشاء شركات التضامن و الشركات التوصية البسيطة و شركة توصية باسهم، و قيد إنشاء شركة المساهمة بضرورة الحصول على ترخيص حكومي.

غير أنه تم إلغاء هذا الحكم في القانون الصادر سنة 1867 الذي سمح بإنشاء شركة المساهمة بدون ترخيص و لكنه فرض في المقابل تنظيم قانوني معين من اجل إنشائها. و بعد ذلك صدرت عدة قوانين لاحقة إلى غاية صدور قانون الشركات الفرنسي في سنة 1966 و الذي يعتبر تشريع كامل للشركات التجارية يضم جميع النصوص المتعلقة بها.

و يمكن القول في النظرة العامة لحركة التشريع في فرنسا و المتعلقة بالقواعد العامة للشركات أنها عرفت تطورات هامة غيرت من المفاهيم المتعلقة بالشركة بصفة كلية و عكست التأثير المتبادل بين القوانين المنظمة للشركات لاسيما من القانون التجاري على المدني، مما أدى إلى تلاشي أوجه التفرقة بين الشركات المدنية و الشركات التجارية في الأسس و القواعد العامة، وهو تأثير تحقق من ناحية امتداد تطبيق معظم الأنظمة التجارية على الشركات المدنية كالقيد في السجل التجاري و الخضوع لنظام التصفية الجماعية للأموال و الإفلاس، كما تحقق من ناحية أخرى باقتباس قواعد الشركات التجارية في تنظيم الشركات المدنية و على نحو يكفل الوحدة في الأسس و القواعد العامة للشركة أيا كانت طبيعة نشاطها أو شكلها القانوني، و لعل أهمها هو

[1] و هي شركة التضامن- شركة التوصية البسيطة و شركة المساهمة – و شركة ذات الأسهم و شركة ذات.م.م، و تستبعد شركة المحاصة لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية و التي تخضع للمعيار الموضوعي فتكون تجارية أو مدنية بحسب موضوع نشاطها – انظر المادة **544**ق.ت

التخلي عن فكرة العقد في تعريف الشركة كنتيجة حتمية لتبني الشركة ذات الشخص الواحد، و ما أسفر عن ذلك من ثورة قانونية أدت إلى إحداث تغيرات في نظرية الالتزام ككل و التي كانت و لقرون تتسم بالثبات و الاستقرار.

كما يمكن القول أن من العوامل التي ساعدت على التطور السريع في القانون الفرنسي تأثير السوق الأوروبية المشتركة و الذي جعل فرنسا في احتكاك مباشر و مستمر و أقوى من أي وقت مضى مع اثنين من كبرى مدارس القانون- المدرسة الألمانية و المدرسة الأنجلوسكسونية و هذا فضلا عن التفاعل مع أصول المدرسة الرومانية.

و في المقابل من ذلك فان المتفحص لحركة التشريع في الجزائر خاصة بالنسبة للقواعد المنظمة للشركات سواء منها العامة الواردة في القانون المدني أو الخاصة الواردة في القانون التجاري، يلاحظ أنه و بعد الاستقلال مباشرة تم تمديد تطبيق نصوص القانونية الفرنسية بما فيها القانون التجاري، شريطة عدم تعارضها مع السيادة الوطنية بموجب القانون 62-157 إلى غاية إيقاف العمل به بالقانون رقم 73- 29 غير أن المشرع لم يتدخل لينص على قوانين تحمل محلها إلا بعد سنتين، أي بعد صدور الأمر 75- 59 المتضمن القانون التجاري[1]و الذي جاء نسخة طبق الأصل للقانون رقم **66 -537** الفرنسي الصادر سنة **1966** و الذي تميز نصوصه بخلل كبير و نقائص و صعوبات في تطبيقه خاصة انه كان لا يتماشى مع الاتجاه الاشتراكي المختار بعد الاستقلال لينتظر المشرع الجزائري **18** سنة، ليدخل عليه تعديلين على التوالي و في اقل من 4 سنوات أسفرت على تغيرات جذرية في مجال الشركات.

الأول هو في صدور المرسوم التشريعي رقم **93–08**[2]والذي استحدثت بموجبه شركة التوصية البسيطة، و شركة التوصية باسهم و شركة المحاصةو أحكام أخرى تتعلق بالتجمعات

[1] الا3ر رقم 75 – 59 المتضمن القانون التجاري الجريدة الرسمية رقم 78 الصادرة بتاريخ 30 أكتوبر 1975 المعدل و المتمم و المؤرخ بتاريخ 26 سبتمبر 1975.

[2] المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية رقم 27 الصادرة بتاريخ 25-04-1993.

الاقتصادية، و الثاني هو في صدور المرسوم التشريعي رقم **96–27**[1] الذي ادخل نوع جديد من الشركات وهو الشركات التجارية ذات الشخص الواحد أو كما سماها " بالمؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة".

فالمشرع وجد نفسه مجبرا و بشكل سريع للقيام بهذه التعديلات نتيجة التحرر الاقتصادي و التجاري و انتقال الجزائر من الاقتصاد الإداري المسير إلى الاقتصاد الحر و التحول السريع في النظام الاقتصادي و السياسي.

على أن هذا التغير لم يمس الأحكام العامة للشركات الواردة في القانون رقم **75–58** المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم[2]، فقد ظل محتفظا و في المجمل بذات القواعد الصادرة منذ سنة **1975**، رغم التعديلات العديدة التي مست هذا القانون على مدار عدة سنوات.

فالتعديل الوحيد الذي مس هذه الأحكام هو الحكم الوارد في المادة 416 من القانون المدني ،المتضمن تعريف الشركة و أركانها الموضوعية الخاصة و ذلك سنة 1988 بالقانون رقم 88 – 14[3]، و الذي عكس سوء التحرير و عدم التطابق في الصياغة في تعريف الشركة مع ما تم تبنيه من أفكار في الأحكام الخاصة للشركات.

بالإضافة إلى أن هذا الجمود للأحكام العامة للشركات الواردة في القانون المدني كشف أيضا مدى قصورها و عجزها و تناقضها في كثير من النقاط و المسائل التي تحتاج حتما للمراجعة و إعادة النظر، خاصة إذا ما قورنت مع التغيرات الحديثة و المبادئ و الأفكار التي تبنتها الأحكام الخاصة للشركات و الواردة في القانون التجاري الجزائري.

و هذا الأخير هو موضوع هذا البحث المسمى " نحو مراجعة الأحكام العامة للشركات التجارية" من خلال التطرق لأهم المواد التي تحتاج للمراجعة و إعادة النظر فيها و في صياغتها والمتعلقة

---

[1] الأمر 96-27 المؤرخ في 09-12 -1996 المعدل والمتمم للأمر رقم للأمر 75-59 المتضمنالقانونالتجاري،الجريدةالرسمية رقم 77الصادرةبتاريخ 11-12-1996

[2] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

[3] القانون رقم 88- 14، الصادرة بتاريخ 03 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 18 الصادرة بتاريخ 4 ماي 1988.

بالأحكام العامة للشركات مع مناقشة أهم النقاط و الأفكار و المبادئ القانونية المستحدثة في هذا المجال و اقتراح بدائل لهذه المواد على ضوء ما جاء في التشريعات الحديثة.

إلا أن مناقشتها على هذا النحو لم يكن بالأمر السهل و ذلك بسبب شتاتها و توزعها بين النصوص القانونية العامة و الخاصة، و انه و أن كان العنوان يخص الأحكام العامة للشركات فان معالجة هذه الأفكار يستدعي بنا التطرق لجزئيات خاصة في بعض المواد الموزعة بين القانون المدني و القانون التجاري، و هذا ليس بالأمر السهل لاسيما في ظل غياب مراجع علمية تناولت هذه الجزئيات بشكل مفصل و ملم على الأقل في حدود ما تم الاطلاع عليه.

مع ذلك فان هذا لم يحل دون بذل الجهد منا لمحاولة الإلمام بكل جزئيات هذا البحث بالنظر لأهميته المتأتية ابتداء، من أهمية الشركة و فعاليتها على اقتصاد الدول بشكل مباشر و لضمان الحفاظ عليها ككيان مستقل بذاته يملك من القدرات و الإمكانات ما يفوق قدرات و إمكانات الأفراد أو حتى الدول في جعل النمو الاقتصادي و الاجتماعي في تصاعد مستمر.

هذه الأهمية التي جاءت كحتمية فرضها نظام اقتصاد السوق المفتوح الذي سمح لرأسمال أن يعبر الحدود و يكون هو الآمر الناهي في النظام العالمي.

و منه لابد من وضع أرضية صلبة تنشا عليها هذه الشركات من خلال صياغة قوانين إنشاءها بشكل يضمن استمرارها أو حتى قوانين انتهاءها بشكل يضمن حقوق الشركاء مما يحفز إنشاء الشركات و الانضمام إليها.

على ضوء ما سبق فان الإشكالية الأساسية لهذا البحث تكمن في الإجابة عن التساؤل التالي: ما مدى مواكبة الأحكام العامة للشركات في القانون الجزائري للمتغيرات الحديثة و الأفكار القانونية المطروحة و التطور الحاصل في مجال الشركات؟ و هل نجح المشرع الجزائري في إحداث توازن بين الأسس و القواعد العامة و الخاصة المنظمة للشركات عموما؟

كما أن هذا البحث يهدف إلى:

- كشف تأثير الظروف السياسية و الاقتصادية التي تعرضت لها الجزائر على القواعد القانونية المنظمة للشركات و التي أجبرتها على إصدار تشريعات على وجه الاستعجال لمواكبة التغير

السياسي و الاقتصادي المفروض بطريقة غير مدروسة و لمجرد التعبير عن الرغبة في التغيير و اقتباس للقواعد القانونية الفرنسية بشكل عشوائي.

- إبراز أهم النقاط و المسائل التي وقع المشرع الجزائري فيها في تناقضات و اختلالات بين خصوصية القواعد المنظمة للشركات مقارنة بالقواعد العامة لها.

- التعرف على كيفية معالجة الأحكام العامة للشركات في التشريعات المقارنة تحديدا لدى المشرع الفرنسي و الاستفادة من ذلك من خلال طرح تعديلات لتتلاءم مع التطور الحاصل في قواعد الأحكام العامة للشركات.

و في سبيل الإجابة عن الإشكالية السابقة و سعيا منا لتحقيق الأهداف المذكورة و أخذا بعين الاعتبار لطبيعة موضوع البحث ،اعتمدت على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية سواء الواردة في القانون المدني أو القانون التجاري، فضلا عن ذلك كان لابد من الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال مقارنة الأحكام العامة الواردة في القانون الجزائري مع ما هو موجود في القانون الفرنسي و تسليط الضوء على ما توصل إليه كل من التشريع و القضاء الفرنسي، الذي يرجع إليهما الفضل في إيجاد الكثير من الأنظمة القانونية المتعلقة بالأحكام العامة للشركات، و هو أمر تجاوز الحال مقارنة بالوضع في الجزائر.

و قد اقتضى منا البحث في هذا الموضوع الرجوع إلى الدراسات التي اهتمت بتسليط الضوء على المطبات التي وقع فيها المشرع الجزائري، و أيضا على تلك الدراسات التي عنت بالتطورات الحديثة التي طرأت على قانون الشركات و خاصة في صياغة القواعد المتعلقة بالشركات عموما.

و هنا ما يمكن ملاحظته أن هذه الدراسات هي قليلة على ما تم الاطلاع عليه و البحث فيه، مع ذلك هناك بعض الأبحاث و الدراسات التي تستحق ذكرها و التنويه إليها.

ففي فرنسا يعتبر مقال الأستاذ " MARTY.J.P"[1] من أولى الدراسات التي تناولت المظاهر المختلفة لزوال الحدود بين الأنظمة التجارية و الأنظمة المدنية و أوجه التقارب و وحدة الأحكام و

[1] MARTY ; J ; P « **La destination du droit civil et droit commercial dans la législation contemporaine** » RTD.com, 1981. P 671-802

القواعد بينها، و أيضا مقال الأستاذ "FOYER.JEAN "[2]الذي تناول دراسة مدى تأثر الإصلاح الصادر لسنة **1978**لقواعد الشركة في التقنين المدني الفرنسي على قانون الشركات التجارية سنة **1966**.

و في الجزائر المقالين " للدكتور بوخرص عبد العزيز" الأول جاء بعنوان " نحو إعادة صياغة المادة **416** من الق.م" و الثاني جاء بعنوان " مسؤولية المؤسس لشركة المساهمة"، و هما من الدراسات القليلة التي عنت بوضع اليد على أهم المطبات القانونية التي وقع فيها المشرع في هذا المجال.[1]

بالإضافة إلى مقال الدكتور " عبد الحق قريس" الذي جاء عنوانه على شكل سؤال " شريك قاصر في شركة تضامن؟ !ضرورة تعديل المادة **562**ق.ت" ،عالج فيها المطبات القانونية التي وقع فيها المشرع في حكمه في نص هذه المادة، و التي تشير إلى إحدى أسباب انقضاء الشركة و التي كشفت عن الكثير من التناقض.[2]

و على أهمية هذه الدراسات و غيرها فانه ما يلاحظ أن كل هذه الدراسات اعتمدت على ما حققه التشريع الفرنسي في صياغة الأحكام العامة للشركات و ضبط معالمها، كما أنها تناولت جوانب معينة من النظرية العامة للشركات دون الإلمام بكل قواعدها.

و قد اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى فصلين الفصل الأول تطرق إلى نص المادة 416 من الق.ت و التي جاءت بتعريف للشركة و بالشروط الموضوعية الخاصة من اجل إنشاءها و ما طرحته من تناقضات و مفارقات استدعت مراجعتها سواء من حيث أساسها و مرجعها و تاريخ تعديلها أو من حيث التصور التعاقدي الذي تبنته في تعريف الشركة، والذي جاء متناقضا مع

---

[2]FOYER, Jean **« La réforme du titre IX du lièvre III de code civile »** RTD.com, 1978. P 1-23.

[1]بوخرص عبد العزيز: **نحو إعادة صياغة نص المادة 416 من القانون المدني** الجزائري ,مجلة العلوم السياسية و القانون – العدد 15 ماي 2019 – المركز الديمقراطي العربي – ألمانيا برلين

[2]عبد الحق قريس: **شريك قاصر في شركة التضامن؟ ضرورة تعديل نص المادة 562 ق.ت**,مجلة أبحاث قانونية و سياسية ,العدد الخامس 2017.

استحدث في أشكال الشركات فضلا على مراجعة الشروط الموضوعية الخاصة بإنشاء الشركات شكلا و موضوعا من خلال مبحث الأول،

أما المبحث الثاني فقد طرح فكرة الاتجاه إلى استحدث قانون موحد لقواعد الشركات يضم كل القواعد الواردة في القانون المدني و التجاري و بشكل مستقل عنهما ، الأمر الذي اتجهت إليه الكثير من التشريعات الحديثة و ذلك سبب من طرح من مقتضيات لهذا الاستقلال و أيضا بخصائص قانون الشركات الذي تميز بها بعيدا عن خصائص كل من القانون المدني و القانون التجاري على السواء .

أما الفصل الثاني فقد كان كنتيجة حتمية لمنهجية الأحكام العامة للشركات بداية بشروط إنشاءها إلى غاية انتهاءها سواء بالبطلان و ما طرحته نظرية البطلان من المسائل التي تتطلب المراجعة و إعادة النظر مع قواعد التصحيح. و ما تبعه من آثار للبطلان التي لم تخلو هي أيضا من الكثير النقاط التي تستوجب المراجعة و إعادة الصياغة و ذلك في المبحث الأول.

و أيضا انتهائها بالانقضاء القانوني كأحد أهم أسباب انقضاء الشركات و الذي طرحنا من خلاله مسالتين هامتين تتطلب مراجعة و إعادة النظر فيما،الامر يخص موت الشريك المتضامن في شركة التضامن و أيضا الانقضاء باجتماع الحصص في يد شريك واحد.

إضافة إلى قواعد التصفية و ما تضمنته من اختلالات في الأحكام القانونية بين القانون المدني و التجاري و ما استتبع ذلك من إهدار لحقوق بعض الشركاء إذا ما تم من أعمال القاعدة الفقهية المشهورة " الخاص يقيد العام"، و هذا كله جاء ضمن المبحث الثاني.

و في ختام هذه الدراسة جاءت خاتمة دونت فيها جملة من النتائج المتحصل عليها و كذلك التوجيهات التي طرحتها استنادا لما جاء في التشريعات الحديثة لمحاولة سد الثغرات القانونية و لمسايرة التطورات الحاصل في هذا المجال.

فإذا قصرت في تحقيق أهداف هذا البحث فحسبي أني سعيت و اجتهدت، و إذا أصبت فهو ما رميت و قصدت تحقيقه من خلال التفصيل الآتي بيانه و ما توفيقي إلا بالله عليه توكل

الفصل الأول: مراجعة المفاهيم المتعلقة بالشركة

المشرع الجزائري و على غرار المشرع الفرنسي في أحكامه القديمة تناول الشركة بالتعريف في المادة 416 ق.م و هي مادة مهمة افتتح بها المشرع أحكام الفصل المتعلق بالشركات، و قد تناولت تكييف الشركة القانوني على أنها عقد و عددت الشروط الموضوعية الخاصة لإنشاء الشركة.

و بالتفحص الدقيق لمصطلحات هذه المادة يظهر لنا أن مراجعتها و إعادة صياغتها بات أمر ضروريا خاصة ما إذا أخذنا بعين الاعتبار المتغيرات الاجتماعية و الاقتصادية و إذا ما أضفنا العيوب الشكلية و الموضوعية التي صاحبت هذه المادة.

كما أن المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية أثرت و بشكل كبير على التغير في مفهوم الشركة ككل الأمر الذي أدى بكثير من التشريعات إلى وضع قانون واحد وشامل لأحكام الشركات العامة و الخاصة بغض النظر عن طبيعة نشاطها.

وعلى اثر ذلك تم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين ،الأول بعنوان مراجعة التعريف التشريعي للشركة في القانون الجزائري ، والثاني بعنوان تأثير المفهوم الجديد للشركة على الاطار التنظيمي للقواعد القانونية المتعلقة بالشركة .

المبحث الأول : مراجعة التعريف التشريعي للشركة في القانون الجزائري

شاء المشرع الجزائري أن يدرج تعريف للشركة في القانون المدني و ذلك في نص المادة **416** منه، وهي تعد بمثابة مدخل رئيسي لباقي الأحكام المتعلقة بالشركة عامة، سواء من بداية الشركة من حيث التأسيس أو الإدارة، إلى غاية انقضائها بالتعديل أو الانتهاء، غير انه إذا ما استقرانا نص المادة بشيء من التحليل يتضح لنا ضرورة إعادة مراجعتها و صياغتها خاصة إذا ما قورنت بنظيرتها في القانون الفرنسي الذي يعتبر المرجع التاريخي لهذه المادة و كذا ما تبناه المشرع من خلال هذه المادة للتصور التعاقدي في تعريفه أو في شروطها الخاصة، هذا إذا ما أضفنا إليها العيوب الشكلية الصارخة من خلال طرح هذه الشروط .لذا تم تقسيم ها المبحث إلى مطلبين، الأول بعنوان التأصيل التاريخي لنص المادة 416 ق م وطبيعة الشركة القانونية، والثاني بعنوان التراجع عن الشروط الموضوعية الخاصة .

المطلب الأول : التأصيل التاريخي لنص المادة 416 ق، م والتمسك بالطابع العقدي للشركة

كيف المشرع الجزائري الشركة على أنها عقد، وهذا التكييف جاء كنتيجة حتمية باعتبار أنه نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي ، ذلك أن المادة 416 ق م ج مقتبسة حرفيا من المادة 1832 ق م الفرنسي، ورغم ان المشرع الفرسي عاد وعدل عن هذا الموقف الا ان المشرع الجزائري بقي متمسكا به .

لذا لابد أولا الحديث عن الخلفية التارجية للمادة 416 ق م ج في الفرع الأول ، ثم الحديث عن التراجع عن التصور التعاقدي في تعريف الشركة وذلك في الفرع الثاني .

الفرع الأول: التأصيل التاريخي لنص المادة 416 من القانون المدني:

المشرع الجزائري و وفقا لنص المادة **416** ق.م طرح تعريف للشركة جاء نصها كالتالي " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف ذي منفعة مشتركة. كما يتحملون الخسائر التي تنجر عن ذلك"[1]

[1] القانون رقم 88- 14 المرجع السابق

و نص المادة **416** هو نص معدل بالقانون رقم **88-14** المؤرخ في **4** ماي **1988** للأمر **75-59** المؤرخ في 26 سبتمبر الذي كان طرحه كالتالي " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر أن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل، على أن يقتسموا ما قد ينشا من هذا المشروع من ربح أو خسارة"

و قد جاءت هذه المادة في الفصل الثالث من الباب السابع الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية ضمن القانون المدني افتتح بها المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالشركات عامة، بينما الأحكام الخاصة بكل شركة على حدى جاءت في القانون التجاري

و هو تقسيم تنظيمي سارت عليه معظم الأقطار العربية، فقد عالجت أحكام الشركة بوجه عام ضمن إطار القانون المدني و الأحكام الخاصة بالشركات التجارية في القانون التجاري أو في قانون خاص بها.[1]

ففي مصر مثلا جاءت أحكام الشركة الرابع من الباب الأول المخصص للعقود التي الواردة على الملكية من الكتاب الثاني من العقود المسماة في القانون المدني المواد (**505-537**) وهي بمثابة أحكام عامة واجبة التطبيق على الشركات عموما في حين جاءت الأحكام الخاصة بالشركات التجارية أولا في الباب الثاني المخصص للعقود التجارية المتعلق بالأحكام العامة و ثانيا في قرارات و قوانين لاحقة.[2]

و قد عرف المشرع المصري عقد الشركة في المادة **505** ق.م و التي جاء نصها كالتالي " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينتج عن هذا المشروع من ربح أو خسارة" وهي ذاتها عبارات نص المادة **416** من القانون المدني الجزائري.

---

[1] الياس ناصيف: **موسوعة الشركات التجارية الجزء الأول** الأحكام العامة للشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2008 ص32

[2] القانون المدني المصري الصادر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 هـ الموافق ل 16 جوان 1948 و تم العمل به بتاريخ 1 أكتوبر 1949 . المعدل و المتمم للقانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية الصادر ب 28 أكتوبر سنة 1883 و القانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة و الصادر ب 28 جويلية 1875

غير أن المشرع التونسي بعدما أورد الأحكام العامة للشركة في المواد (12-49) و ما بعدها من مجلة الالتزامات و العقود لسنة 1906، عاد وفصل أحكام الشركات التجارية في المواد (14-1988) من المجلة التجارية لسنة 1959.[1]

و قد صدرت مجلة الشركات التونسية سنة 2000[2] جاء فيها أحكام الشركات التجارية بصفة كلية، بعد أن كانت منظمة في مجلة الالتزامات و المجلة التجارية و تضم المجلة 479 فصلا، و في الفصل الثاني من الكتاب الأول المتعلق بالأحكام العامة جاء تعريف الشركة كالتالي " الشركة عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على تجميع مساهماتهم قصد اقتسام الأرباح و الانتفاع بما قد يحصل من نشاط الشركة من إقتصاد أو أرباح و بالنسبة للشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة فإنها تتكون من شخص واحد".

بينما في فرنسا التي تعتبر قوانينها المصدر التاريخي لمعظم مواد القانون العربية و خاصة القانون المدني، فقد صدر قانون الشركات الفرنسي في سنة 1966 الذي يعتبر تشريعا كاملا للشركات التجارية يضم جميع النصوص المتعلقة بها سواء كانت مدنية أو جزائية أو مالية أو محاسبية،[3] في حين قبلها كانت موزعة بين القانون المدني و القانون التجاري الفرنسي غير انه أعاد إدراج أحكام الشركات ضمن القانون التجاري سنة 2000 ، لذا نجد هذا التنظيم الخاص بمواد الشركات لدى المشرع الجزائري و معظم التشريعات العربية.

و نظير المادة 416 من القانون المدني الجزائري هو المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 و التي كان نصها:

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes, conviennent de mettre en commun dans la vie de partager le bénéfice qui pour on résulter »

و ترجمتها " الشركة عبارة عن عقد يوافق بموجبه شخصان أو أكثر على المشاركة في مشروع مالي لمشاركة الفائدة التي قد تنتج"

(1) الياس ناصيف: مرجع السابق، ص 34.

(2) قانون عدد93 المتضمن مجلة الشركات التونسية المؤرخ في .03 نوفمبر 2000

[3] إلياس ناصيف: مرجع السابق ، ص 30

و قد عرفت هذه المادة التعديل في مناسبتين:

الأولى في القانون رقم **78-09** المؤرخ في **4** جانفي **1978** و جاء نصها كالتالي:

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes, conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice de l'économie qui pourra on résulter.
Les associes s'engagent à contribuer aux perte »

و ترجمتها " الشركة عقد يلتزم بموجبه شخصان أو أكثر على تقديم حصة من أجل مشاركة الأرباح أو الاستفادة من الاقتصاد الذي قد ينتج.

كما يتحمل الشركاء الخسائر التي قد تنتج"

و الثانية جاءت في القانون رقم **85-697** المؤرخ في **11** جويلية **1985** و جاء نصها كالتالي:

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes, qui conviennent par un contrat d'affecter a une entreprises le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter, elle peut être institué, dans les cas préavis par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne, les associes s'engagent à contribuer aux pertes »[(1)]

و ترجمتها " تؤسس الشركة من قبل شخصين أو أكثر يتفقون بموجب عقد على المشاركة في مشروع اقتصادي من اقتسام الربح أو الاقتصاد الذي قد ينتج عنه، و يجوز إنشاؤها في الحالات التي ينص عليها القانون بفعل إرادة الشخص الواحد. كما يحتمل الشركاء الخسائر التي قد تنتج".

و أول ما يلاحظ بخصوص التعديل الأخير لتعريف الشركة في القانون الفرنسي هو انه كشف و بدلالة واضحة عن التراجع على التصور التعاقدي للشركة الذي راج طيلة القرن التاسع عشر مطلع القرن العشرين تطبيق المبدأ سلطان الإرادة و للقاعدة الفقهية الراسخة " العقد شريعة المتعاقدين".[(2)]

---

(1) BRUNO Dodo, **Droit des sociétés (droit commun),** cours 3eme année licence, université paris école de droit de la Sorbonne :p13

(2) و هي القاعدة التي نصت عليها المادة 106 من ق.م يقولها" *العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين و للأسباب التي يقررها القانون"*

و فضلا عن ذلك فان المشرع الفرنسي حذف كلمة العقد من عنوان الباب التاسع الخاص بالشركة من الكتاب الثالث للتقنين المدني الفرنسي ليصبح الشركة (La société) بعدما كانت عقد الشركة (Le contrat de société)، من اجل إعطاء النصوص القانونية مزيدا من الانسجام و التنسيق بينهما.[1]

و اما ثاني ملاحظة فتمثل في بروز ظاهرة جديدة ، تتمثل في تأثير القانون التجاري على القانون المدني خاصة في مجال الشركات، إذ بعد الاعتراف بالشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذات الشخص الوحيد تم تعديل القانون المدني ليساير هذا التطور الحاصل.[2] فتغيرت نظرية الالتزام التي عرفت و لسنوات بثباتها و استقرارها.

و بعيدا عن كل هذا الجدير بالذكر و التنويه إليه من خلال ملاحظة التواريخ نجد أن التعديل الأخير لنص المادة **416** من القانون المدني الجزائري كان سنة **1988** و التعديل الأخير لنص نظير هذه المادة لدى المشرع الفرنسي جاء سنة **1985** أي قبل التعديل في القانون الجزائري ب **03** سنوات، على انه ما يؤخذ على المشرع الجزائري بدل الرجوع للتعديل الصادر سنة **1985**، وهو التعديل القريب للواقع الاقتصادي المعاصر ارتأى أن يرجع بنا إلى غاية سنة **1978** و يقتبس نص القانون المعدل الخاص بتعريف الشركة و يطرح نص المادة **416** ق.م المدرج حاليا. وهو ما يدعو للاستغراب و التساؤل.

هذا إذا ما أضفنا إلى ذلك العيوب الشكلية التي تضمنتها المادة و هذا ما سوف نراه من خلال طرح المطلب الثالمن هذا المبحث " مراجعة الشروط الشكلية الخاصة للشركة."

الفرع الثاني: التراجع عن التصور التعاقدي في تعريف الشركة:

المشرع الجزائري اختار أن يعرف صراحة الشركة على أساس أنها عقد وهذا الارتباط الشركة و الوقت طويل بفكرة العقد و نظرية الالتزامات بوجه عام في القانون المدني، وهو مفهوم تقليدي مأخوذ من التقنين المدني الفرنسي الذي أسسه القانون الروماني وهو رأي نشا في ظل ازدهار مبدأ

---

[1] مراد منير فهيم: **نحو قانون واحد للشركات**: توزيع منشاة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، د. ط، سنة 1991، ص 132.

[2] المرجع نفسه ، ص 133.

سلطان الإدارة الذي كان أساس التعامل في القرن التاسع عشر و الذي يقضي ان للارادة الحرة أن تنشئ ما تشاء من العقود في ظل احترام النظام العام و الآداب العامة.[1]

فالشركة عقد ينبغي أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية العامة للعقد من رضا و محل و سبب فضلا عن بعض الشروط الموضوعية الخاصة كتمييز الشركة عن العقود الأخرى التي قد تشبههما و كان من ابرز هذا التصور التعاقدي للشركة إحجام المشرع الفرنسي وقت وضع التقنين المدني عن الاعتراف لها عن الشخصية المعنوية و عندما نالت الشركة هذا الاعتراف من القضاء في نهاية القرن الماضي فان اكتسابها للشخصية المعنوية أنبنى على اعتبارات تتحصل بمصالح الشركاء و أهمها تحقق الفصل بين ذممهم المالية و ذمة الشركة.[2] و اعتبار الشركة عقد جاء خدمة لمبدأ الحرية الاقتصادية، و بالفعل تمكن أنصار هذا المبدأ وبفضله من إقرار مبدأ حرية تأسيس الشركات المساهمة التي تقرر في فرنسا بقانون 186 بعدما كان القانون التجاري يمنع ذلك.[3]

على أن الفكرة التعاقدية في نطاق الشركات لم تكتسب تأييدا مطلقا، بل أخذت تتراجع شيئا فشيئا، و ذلك نتيجة:

أولا: لتأثير عاملين أساسيان هما:

1. التدخل التشريعي المتواصل في تنظيم الشركات التجارية بشكل مستقل عن القانون المدني و بدرجات متفاوتة بالنسبة لأشكال هذه الشركات، فبتأثير هذا العامل تحولت الشركة من تنظيم " إرادي" مبني على العقد إلى تنظيم " قانوني" مصدر التشريع.

2. التأثير المتزايد في مجال القانون لفكرة المشروع كتصور جديد للشركة، و قد ظهر تأثير هذا الفكر في العديد من فروع القانون كالقانون الضريبي و قانون العمل.[4]

ثانيا: للانتقادات التي وجهت لهذا الرأي و المتمثلة أساسا في:

---

[1] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق، ص 256.

[2] مراد منير فهيم: المرجع سابق، ص 128.

[3] الياس ناصيف: مرجع السابق ، ص 64.

[4] مراد منير فهيم: المرجع سابق، ص 128-129.

- **التقاء إرادات المتعاقدين**: ذلك أن العقود تستلزم لتعديلها أو لتحديد مضمونها التقاء إرادات المتعاقدين جميعا على هذا التعديل أو ذلك التحديد. بينما يلاحظ أن تعديل الصكوك التأسيسية للشركات، لاسيما شركات المساهمة و المحدودة المسؤولية يتم بموافقة الأغلبية رغم معارضة الأقلية، حتى ولو وضع صك التأسيس باتفاق جميع الشركاء، كما انه يكتفي القانون بإرادة الغالبية فيما يتعلق بإدارة الشركة وهو المظهر العملي لحياتها.[1]

لذلك يفرق بين العقد و الشركة التي تعتبر اتحادا (union) و ليس عقد ، فإذا كان الإجماع واجبا في العقود التي تتعارض فيها مصالح المتعاقدين كالبيع و الإيجار ذلك أن لا يمكن أن يسمح القانون بان تعلو إرادة بعض المتعاقدين ولو كثرو على إرادة البعض الأخر من ذوي المصالح المتعارضة.

و الشركة ليست من العقود التي تتعارض فيها مصالح المتعاقدين ، فهي من الاتحادات التي تقوم على فكرة توافق المصالح ،إذن من المناسب أن يثبت القانون لأغلبية المتعاقدين حق التعبير عن ماهية المصلحة المشتركة التي تستهدفها جميع الإرادات لتحقيق المصلحة المشتركة.[2] ففي الشركة الجدير بالمراعاة هو مصلحة الشركة لتسيير أعمالها و ليس لمصلحة كل شريك على انفراد.

- **استقلال الشركة كشخص معنوي** : يتميز عقد الشركة عن سائر العقود بأنه لا يقتصر على حقوق عينية أو على إنشاء بعض الموجبات التي تنتهي بتنفيذها، بل يتجاوز ذلك إلى إنشاء كائن قانوني جديد هو الشركة كشخص معنوي ينفذ إلى داخل الإطار القانوني[3] فيتعامل مع الغير بمختلف صور التعامل، فيكتسب منهم الحقوق و يلتزم معهم بالالتزامات ولا يخضع لسيطرة إرادة الشركاء المنفردة وهو بذلك يخرج من القواعد التعاقدية، و يتضح ذلك خصوصا في تغليب مصلحة الشخص المعنوي على مصلحة الشركاء من اجل تحقيق

---

[1] الياس ناصيف: مرجع السابق ، ص 64.

[2] المرجع نفسه ، ص65

[3] المرجع نفسه، نفس الصفحة

أغراضه و كذا في الأشخاص الذين يتولون الإدارة لا يعتبرون مجرد وكلاء عن الشركة بل أعضاء فيها باعتبارها شخصا معنويا مستقلا عن الشركة.[1]

- **مراعاة الواقع الاقتصادي و الضرورات الاجتماعية**: فضلا عن العوامل الداخلية المستمدة من طبيعة الشركة الذاتية ضعفت الفكرة التعاقدية في الشركات بتأثير عوامل خارجية مستمدة من الواقع الاقتصادي و الضرورات الاجتماعية فاتجه المشرع إلى إحاطة الشركات بسياج متين من الأحكام الآمرة الإلزامية التي لا يجوز للشركاء تخطيها،[2] فبدأت دائرة الحرية التعاقدية تضيق شيئا فشيئا خاصة في شركات الأموال، و يظهر ذلك جليا في شركات المساهمة من خلال استقلال فكرة التمويل لدى المساهم عن فكرة ادارة الشركة. فتوجه اهتمامه الى ما يمكن أن يعود له من أرباح في مقابل المبالغ التي ساهم بها في تأسيس الشركة دونما اكتراث جدي بادرتها أو تسيير أعمالها، فزاد انفصال الشخص المعنوي عن إرادة الشركاء و خصوصا في حالة المضاربة عن طريق بيع الأسهم و شراءها و بالتالي لا يمكن اعتبار هذا المساهم شريكا متعاقدا مع الشركاء، فمصلحته تتجه فقط بما يستطيع الحصول عليه من أرباح و في هذا أضعاف لفكرة العقد.[3] هناك بعض الشركات لا مجال للحديث فيها عن العقد كما هو الحال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذات الشخص الوحيد(EURL)، أو الشركة المساهمة البسيطة ذات الشخص الوحيد في القانون الفرنسي(SASU)، التي تشكل اعترافا صريحا بإمكانية إنشاء الشركة بالإرادة المنفردة و كذا التدخل التشريعي المتواصل في تنظيم الشركات بشكل مستقل عن القانون المدني يشكل خروج واضح من دائرة الفكرة العقدية للشركة.

و لعل هذه الانتقادات هي التي أدت بالمشرع الفرنسي تعديل التعريف التشريعي للشركة الذي استمر لأكثر من نصف قرن مرتين في اقل من **10** سنوات، و قد حققت الصياغة الجديدة لتعريف الشركة في القانون الفرنسي أمرين أساسين.

---

[1] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق ، ص 257.

[2] الياس ناصيف: مرجع السابق ، ص66

[3] المرجع نفسه نفس الصفحة

الأول: هو اعتراف المشرع لأول مرة بان الشركة بوجه عام هي نظام أو تنظيم قانوني و هذا ما يستفاد بوضوح من استخدام النص القانوني لتعريف الشركة للفعل الذي يتحقق منه هذا الاصطلاح بالفرنسية وهو (Institution) حيث جرت صياغة المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بان الشركة (est instituée) أي تنشا أو تؤسس بالترجمة العربية لهذا الفعل.[1]

الثاني: هو اعتراف المشرع بان الشركة نظام أو تنظيم قانوني(للمشروع) أي أن المشروع هو موضوع الشركة وهو ما يستفاد أيضا من استخدام المصطلح الفرنسي(Enterprise)، و فكرة المشروع بمفهومها المعروف في علم الاقتصاد هي خلية اقتصادية اجتماعية و القائم على تكوينها عناصر ثلاث (رأسمال- العمال – الإدارة)[2] و بفضل هذه الفكرة فان الشركة تحولت من تنظيم إرادي لجماعة الأشخاص المكونين لها وهم الشركاء إلى تنظيم قانوني للمشروع، و في ظل التشريع الراهن للشركات فان هذا المفهوم الحديث لا يقتصر فحسب على شركات المساهمة نظرا لهيمنة القانون على تنظيمها، و لكنه يعتبر اليوم لا سيما في فرنسا، هو المفهوم السائد بالنسبة لكافة الشركات المتمتعة قانونا بالشخصية المعنوية، بغض النظر عن صفتها المدنية أو التجارية و دون اعتداد بالتفرقة المهجورة بين شركات الأموال و الأشخاص.[3]

هذا المعنى الجديد يخدم و بشكل كبير توسيع التدخلات التشريعية العديدة في تنظيم الشركات من اجل مراقبة عملها في الحياة الاقتصادية و يحقق عنصر الاستمرار المنبثق من مفهوم الشخصية المعنوية عن طريق إخضاع الحقوق و المصالح الخاصة إلى مصالح المجموعة.

فالعقد لم يعد كافيا في الوقت الحاضر ليعبر عن الشركة لأنه لا يشتمل إلا عددا محدودا من الأشخاص و لا يتمتع بالمرونة الكافية لخدمة فكرة الشركة، لذلك ابتدع المشرع و الفقه أجهزة أخرى تسمح بجمع الأموال اللازمة للمشاريع و تخضع مقدمي هذه الأموال إلى مركز قانوني

---

[1] مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص136.

[2] مراد منير فهيم: المرجع نفسه ص 129

[3] المرجع نفسه، ص150

غير تعاقدي.[1] من خلال ما سبق فإننا نقترح على المشرع الجزائري إما الابتعاد عن التعريف الصريح للشركة للخروج من دائرة المفاهيم التي كانت و مازالت محل جدل و نقاش كبير لدى الفقه الحديث. أو صياغة تعريف قانوني يجمع بين فكرة العقد و فكرة النظام في آن واحد على اعتبار أن التشريعات الحديثة تفطنت للطبيعة المزدوجة للشركة و إن فكرة العقد وحدها لم تعد كافية و يظهروأن الشركة وإن كانت عقدا فإن خلفها نظام ،والاتجاه نحو اختيار المشرع الفرنسي واعتبار أن الشركة هي تنظيم قانوني لمشروع (وهو الأقرب للواقع الاقتصادي)ويظهر ذلك في المفردات اللغوية التي استعملها في نص المادة 1832 مثل عبارة La société Est) (institute و عبارة (Enterprise) .

المطلب الثاني : التراجع عن الشروط الموضوعية الخاصة للشركة

للشركة بمفهومها التقليدي القائم على العقد بعض الشروط الخاصة تضاف إلى الشروط العامة للعقد تستخلص من تعريفها التشريعي ضمن المادة 416 ق.م و هي تعدد الشركاء، تقديم الحصص، اقتسام الأرباح و الخسائر بالإضافة إلى الشرط الخاص الذي أرساه القضاء و الفقه كضابط عام لتمييز الشركة عن بعض الأنظمة و العقود وهو نية الاشتراك.

غير أن التطور الحاصل في إرساء مفهوم الشركة على المشروع و جعلها أداة لتنظيمه القانوني كشف عن مظاهر عديدة للتراجع عن الشروط الخاصة للشركة و هذا هو محل التناقض الحاصل لدى المشرع الجزائري بين تعريف الشركة و بين الأحكام الخاصة المنظمة لها، هذا إضافة إلى العيوب الشكلية و سوء الصياغة الواردة في نص المادة مما ينعكس عدم الانسجام و التناسق بين الأحكام و القوانين الخاصة بتنظيم الشركة.

الفرع الأول: تعدد الشركاء

[1] الياس ناصيف: مرجع السابق ، ص28-29.

المشرع الجزائري من خلال المادة 416 ق.م حصر الحد الأدنى للشركة هو شخصان اثنان باستخدامه عبارة شخصان طبيعيان أو معنويان و هذا ما يمكن التعليق عليه من جانبين موضوعيا وشكليا.

1 . **الجانب الشكلي** :استخدم المشرع لفظ " شخصان طبيعيان أو معنويان" للدالة على أن الشركة يمكن أن تنشا من أشخاص طبيعية كما يمكن أن تنشا من أشخاص معنوية، وهي إضافة إلى معنى لها، فكان على المشرع أن يكتفي بعبارة " شخصان " لأنها عبارة عامة تنصرف للشخص الطبيعي و المعنوي[1] وهي العبارة التي كانت موجودة في نص المادة 416 ق.م قبل التعديل، فالشخص يقصد به نطاق القانون من يتمتع بالشخصية القانونية، أي من يكون صالحا لإكساب الحقوق و تحمل الالتزامات.[2] و الأصل أن الشخصية المعنوية تنسب للإنسان فقط ، إلا أن عجز الإنسان عن النهوض بكافة متطلبات الحياة في المجتمع لانتهاء شخصيته بالوفاة أو لحاجة المجتمع إلى دوام و استمرار مرافقه، أدى إلى ضرورة منح الأهلية القانونية لأشخاص أخرى، فظهرت نظرية الشخصية القانونية الى جانب الإنسان الذي أصبح يطلق عليه الشخص الطبيعي، إلى مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق هدف معين يكون له كيان مستقل عن الأفراد المكونين لها يسمح بتحقيق هدفها و أطلق عليها اصطلاح الشخصية المعنوية الاعتبارية[3] تتمتع بالأهلية القانونية.

2 . **الجانب الموضوعي**: من خلال هذا التحديد للحد الأدنى لعدد الشركاء في الشركة نجد المشرع ناقض نفسه و ذلك بتبنيه الشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذات الشخص الوحيد بموجب الأمر 97-26 بعد تعديل 1997 [4] في المادة 564 /2 ق.ت التي تنص " إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخصا واحدا " كشريك وحيد" تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة".

---

[1] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق ص 257

[2] نبيل إبراهيم سعد: **مدخل إلى القانون- نظرية الحق** : منشورات الحلبي الحقوقية- دمشق الطبعة-1- 2010 ص 143

[3] جمال رواب: دروس في نظرية الحق معهد العلوم القانونية و الإدارية ،المركز الجامعي بخميس مليانة ط-1-2015 ص34

[4] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق ، ص 254

و الشركة ذات الشخص الوحيد هي نمط جديد من الشركات تم استحداثه، يملكها شخص واحد و هي بهذا تعتبر استثناء من الأصل الذي يوجب وجود طرفين، بالتالي فان هذا التعريف يصبح قاصرا لكونه لا يشمل جميع أنواع الشركات، وهو ما يتحتم مراجعة هذا الشرط الخاص بالشركة من خلال إعادة صياغة المادة 416 ق.م بإضافة فقرة ثانية تسمح بتأسيس الشركة بالإرادة المنفردة حين يجيز القانون ذلك، و هي بذلك تشكل استثناء من القاعدة العامة بل هذا ما كان حلي بالمشرع الجزائري أن يفعله قبل إصدار الأمر 26-97. حفاظا على انسجام النصوص، و هو ما فعله المشرع الفرنسي بالفعل حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1832 ق.م قبل أن ينشئ الشركة ذات المسؤولية المحدودة في القانون التجاري، و من بعدها شركة المساهمة المبسطة[1] مما ينسجم مع وجود الشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذات الشخص الوحيد.

و يضع القانون مع ذلك حد أدنى أو حد أقصى لعدد الشركاء في بعض أشكال الشركات، فمثلا نجد في شركة المساهمة الحد الأدنى لعدد الشركاء هو 07 شركاء[2] و شركة المسؤولية المحدودة الذي لا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها عن 50 شريكا[3] على أن هذا التحديد ليس له علاقة بشرط التعدد المبني على وحدة الذمة المالية أو فكرة العقد، و لكنه يرجع إلى اعتبارات أخرى مختلفة تتصل إلى حد كبير بفكرة المشروع، فالحد الأدنى في شركة المساهمة تبرره الحاجة إلى رأس المال، و اعتماد هذا النوع من الشركات إلى رأسمال كبير و أيضا إلى حماية الغير أثناء فترة التأسيس و خاصة إزاء المسؤولية المحدودة للمساهم و يجعل القانون المسؤولية الشركاء تضامنية توفيرا لتلك الحماية.[4]

أما الحد الأقصى لعدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيرجع إلى الرغبة في تخصيص هذا الشكل من أشكال الشركات للمشروعات المتوسطة الحجم أو المشروعات

---

[1] ،المرجع نفسه ص 256

[2] راجع المادة 2/592 من ق.ت التي تنص **"...و لا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (7)"**

[3] راجع المادة 590 /1 من الق.ت التي تنص " لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة خمسين (50) شريكا..."

[4] راجع نص المادة 715 مكرر 21 من الق. ت التي تنص " يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة... متضامنين بالمسؤولية عن الضرر..."

العائلية،[1] و من ثم فهو حكم يتعلق بالمشروع ذاته و ليس له علاقة بفكرة التعدد في العقد، و هذا ما يظهر أيضا من خلال اشتراط المشرع انه في حالة زيادة عدد الشركاء عن الحد الأقصى في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يستتبع انقضاء الشركة بل يكون للشركة الحق في التحويل إلى شركة مساهمة في اجل أقصاه سنة واحدة.[2]

الفرع الثاني: تقديم الحصص:

عبر المشرع الجزائري عن هذا الشرط من خلال المادة 416 ق.م بالعبارة التالية " بتقديم حصة من مال أو عمل أو نقد" و نظرا لما لهذه الصياغة من عيوب طاغية ارتأينا أن نبدأ بالتعليق عليها من الجانب الشكلي ثم نتطرق إلى مدى تراجع هذا الشرط في التشريع الحديث للشركات و هذا من الجانب الموضوعي.

1. **<u>الجانب الشكلي:</u>** استخدم المشرع عبارة " بتقديم حصة من مال أو عمل أو نقد" و هذه العبارة هي محل نقد ذلك انه إذا كانت حصة النقد و العمل معروفتان فان من الواضح إن المشرع يقصد بالمال " الحصة العينية" و هي ما يقدمه الشخص من أموال غير النقد، و في تقديرنا انه كان بإمكان المشرع الاكتفاء بعبارة مال أو أموال لان المال يشتمل النقد و العين، فالإضافة إلى ترتيب الحصة الذي أدرجه المشرع غير مبرر فأهمية الحصص و أكثرها تقديما يقتضي الترتيب التالي الحصة المالية(نقد+عين) ثم الحصة من العمل.[3]

و الغريب في الأمر أن نص المادة 416 كان محررا في ظل الأمر 75-58 بشكل سليم و منطقي، إذ كان المشرع بنص صراحة على تقديم حصة من مال أو عمل مع ذلك يلاحظ أن المادة 416 (قبل

---

[1] مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص139

[2] راجع نص المادة 590-ق . ت التي تنص *"...و إذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من خمسين (50) شريكا وجب تحويلها الى شركة مساهمة من اجل سنة واحدة..."*

[3] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق ص 255

التعديل) في نصها الفرنسي تنص على تقديم حصة عينية أو نقدية (La prostration d'apports en nature ou en numéraire)

و هو ما يدل على سوء الصياغة و الترجمة لدى المشرع الجزائري[1] و ترتيب العبارة " تقديم حصة من مال أو عمل" هو الترتيب الذي جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة القديم و الحالي، و هذا يعني أن تعديل سنة 1988 بدل أن يعمل على المراجعة السليمة لنص المادة 416 أضاف إليها عيوبا جديدة لذا فان حسن الصياغة يقتضي على المشرع الجزائري التدخل، و استبدال عبارة. " تقديم حصة من عمل أو مال أو نقد " بعبارة " بتقديم حصة من مال أو عمل"[2]

2. **<u>الجانب الموضوعي</u>:** يبدوا أهمية هذا الشرط الخاص للشركة في اكتساب صفة الشريك و ما ترتبه من حقوق مادية و معنوية تتمثل أساسا في الحق في الربح و الحق في الإدارة، غير أن التشريع الحديث للشركات يظهر لنا انه يمكن الاعتراف بهذه الحقوق لبعض العاملين في الشركة برغم عدم وجود

هذا الشرط، و يستند أساسه إلى نص القانون و ليس إلى تقديم الحصص و صفة الشريك، و هذا ما يؤكد مفهوم الشركة كتنظيم قانوني للمشروع و يمثل ذلك في أمرين هما:

<u>أولا</u>: قبول الثقة و النفوذ كحصة في الشركة:

بالنسبة للثقة المالية: اختلف الفقه في موضوع الثقة المالية و التجارية فجانب يرى انه من مصلحة الشركة التجارية أن ينظم إليها شخص ذو ثراء أو شخص اكتسب شهرة كبيرة في الميدان التجاري، و بالتالي فان الثقة التي يتمتع بها الشريك تعتبر بالنسبة للشركة مال له قيمة حقيقية، و في هذا الإطار يرى الدكتور .مصطفى كمال طه. أن الشخص ذي الثقة المالية، الذي يسمح بذكر اسمه في عنوان الشركة و يتحمل المخاطر المترتبة على ذلك دون أن يتعاون ايجابيا و دون أن يقدم حصة يعبر انه قدم حصة كافية.[3]

---

[1] المرجع نفسه، ص 256

[2] المرجع نفسه، ص 257

[3] فتات فوزي: **<u>الضوابط القانونية للوفاء بالحصص و التصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري</u>**: ديوان المطبوعات الجامعية، وهران بدون طبعة 2007 ص 80

بينما يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري على العكس من ذلك إذ أن الحصة حسبه لا يجب ان تكون إلا مالا أو عملا ذلك أن الثقة آو السمعة التجارية لا يمكن تقديرها نقدا و ليست قابلة للتملك.[1]

غير أن التشريعات الحديثة لم تتردد في استنتاج إمكانية قبول هذه الحصة خاصة المشرع الفرنسي و يظهر ذلك من خلال عمومية لفظ الأموال (Le biens) الوارد في المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي.

و نجد كذلك التشريع اللبناني[2] و كذا القانون المغربي[3]، غير أن القانون الجزائري رفض ان تقتصر حصة الشريك على ماله من ثقة

غير أن الرأي الحديث يميل إلى جواز الثقة المالية كحصة في الشركة التجارية بشروط:

- أن تكون الثقة مشروعة و حقيقية و غير صورية أي أن يكون الشريك اكتسب شهرة كافية بحيث و جوده بين باقي الشركاء يسهل علاقات الشركة مع الغير.
- أن يكون صاحب هذه الحصة مسئول عن ديون الشركة مسئول مسؤولية تضامنية و غير محدودة أي شريك في شركةتضامن.[4]

أما عن النفوذ: سواء سياسية أو اجتماعية فانه لا يجوز أن تكون حصة في الشركة و ذلك تفاديا للاستغلال غير مشروع للنفوذ ما قد يشكل جريمة يعاقب عليها القانون و تفاديا لسيطرة أصحاب النفوذ على المشروعات دون أن يتحملوا فيها مخاطر حقيقية.[5]

و ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري انزل حكما مشتركا على كل الثقة المالية و النفوذ مع انه من الأفضل أن يفرق بينهما من حيث الحكم، و ذلك في نص المادة 420 ق.م و عليه يمكن أن

---

[1] فتات فوزي: المرجع السابق، ص 81.

[2] نص المادة: 850 من قانون الواجبات و العقود اللبناني على انه *«يجوز أيضا أن يكون ما يقدمه احد الشركاء الثقة التجارية التي يتمتع بها"*.

[3] نصت المادة: 989 من قانون الالتزامات و العقود المغربي *" يجوز أن يكون مناب احد الشركاء في رأسمال الشركة ماله من ائتمان تجاري"*

[4] فتات فوزي: المرجع السابق ، ص 82.

[5] المرجع نفسه ، ص 83.

نقترح على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة نص المادة 420 من القانون المدني، بحيث يسمح أن تكون حصة الشريك ممثلة في الثقة المالية و التجارية و لكن بشرط المسؤولية التضامنية غير المحدودة أي في إطار شركة تضامن بينما يجب أن يكون النص حاسما في منعه للنفوذ كحصة في الشركة

و عليه يمكن صياغة نص المادة 420 ق.م كالتالي " يمكن أن تكون حصة الشريك ممثلة في الثقة المالية و التجارية يشرط المسؤولية التضامنية غير محدودة، غير انه لا يجوز إطلاقا أن تكون حصة الشريك ما يتمتع به نفوذ."[1]

ثانيا: حصص التأسيس:

درجت التشريعات الحديثة خاصة لدى القانون الفرنسي على قبول منح حصص التأسيس و هي عبارة عن سندات قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة بغير قيمة اسمية و تمنح أصحابها نصيبا من أرباح الشركة و ذلك مقابل ما قدمه أصحابها من خدمات أثناء تأسيس الشركة.

و هي تختلف عن حصة العمل في أمرين:

- إن صاحب حصة التأسيس ليس له الحق في الإدارة على عكس صاحب حصة العمل.
- إن مقدم حصة العمل له نصيب في الأرباح و يساهم في خسائرها، بينما الأخر له نصيب في الأرباح و لا يساهم في الخسائر.

و تتميز حصص التأسيس بمجموعة من الخصائص نذكر منها:

- أنها تصدر على شكل صكوك ليس لها قيمة اسمية (بدون أن يقدم صاحبها حصة)
- بعد تصفية الشركة و حلها لا يسلم أصحاب هذه الحصص نصيب من موجودات الشركة.[2]

غير أن المشرع الجزائري رفض و بشكل قاطع إصدار هذه الحصص تحت طائلة العقوبات من خلال المادة 715 مكرر 31 من الق.ت بنصها " يحضر إصدار حصص المستفدين أو حصص المؤسسين تحت طائلة تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 811 أدناه."[1]

---

[1] المرجع نفسه، ص84.

[2] المرجع نفسه، ص 87

و تبريره في ذلك أنها لا تدخل في رأسمال الشركة و لا يمكن الحجز عليها مثلها مثل حصة العمل، مع ذلك رخص تقديم الحصة العينية المقدمة على سبيل الانتفاع مع أنها لا تدخل في تكوين رأسمال الشركات و لا يمكن الحجز عليها.[2]

و بالتالي منع حصص التأسيس غير مبرر، و في المقابل من ذلك فان منع حصة العمل في شركة المساهمة من الأمور التي تستدعي الدراسة و المراجعة، و هو ما نتركه محل دراسات أخرى.

و بعيدا عن هذا تجدر الإشارة أن الفقه اختلف في مدى إمكانية تكوين شركة دون رأسمال أصلا، فمنهم من يرى إمكانية تكوين شركة تجارية يلتزم فيها كل الشركاء بتقديم حصص بعمل فقط بشرط أن تكون في شركات التضامن بسبب توافر عنصر المسؤولية التضامنية و غير محدودة، و قد تبنى هذا الموقف المشرع اللبناني و المغربي.

بينما يرى جانب آخر من الفقه بعدم جواز تكوين شركة تجارية دون رأسمال و من هؤلاء الفقيه الفرنسي Ripert (جورج ريبر) و الفقيه(رودير) و تبرير ذلك أن هذا الاستثناء لا يمكن تطبيقه إلا على شركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية أي لا ذمة مالية لها مثل شركة المحاصة.

و المشرع الجزائري لم يسمح بتكوين شركة دون رأسمال بصرف النظر عن الشكل الذي يمكن أن تختاره الشركة،[3] على الرغم من انه أجاز في بعض الشركات مثل شركة صارل شركة ذات المسؤولية المحدودة تحديد رأسمال الشركة بكل حرية للشركاء و هذا ما نصت عليه المادة 566 ق.ت

---

[1] نصت المادة 811 من القانون التجاري على انه " يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط"رئيس شركة المساهمة و القائمون بإدارتها و مديرها العامون الذين يحاشرون عمدا توزيع أرباح صورية على المساهمين دون تقديم قائمة للجرد أو بتقديم قوائم جرد مغشوشة..."

[2] فتات فوزي: المرجع السابق، ص97.

[3] المرجع نفسه، ص 104.

على انه يحدد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحرية من طرف الشركاء في القانون الأساسي للشركة و يقسم إلى حصص اسمية متساوية و هذا ما يؤكد على أن رأس المال في الشركة هو أمر شكلي بالنسبة لهذه الشركة.

الفرع الثالث: اقتسام الربح و الخسائر:

عبر المشرع الجزائري في المادة 416 ق.م على شرط اقتسام الربح بعبارة " بهدف اقتسام الربح الذي ينتج أو تحقيق هدف اقتصادي أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة" إما اقتسام الخسائر فعبر عنها من خلال الفقرة الثانية من ذات المادة ب "... كما يتحملون الخسائر التي تنجر عن ذلك".

و تظهر الاختلالات الواردة في هذا الشرط من خلال وجهين رئيسيين أولهما هو اتساع مفهوم الربح لدى المشرع الجزائري ليشمل تحقيق الاقتصاد و كذا بلوغ هدف اقتصادي مشترك، و كذا التشدد في حالة مخالفة هذا الشرط و هو البطلان المطلق للشركة و هذا ما سوف نراه في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

لم يعرف المشرع الجزائري الربح اقتداء بالمشرع الفرنسي، و اكتفى بتحديد عناصر الأرباح الصافية و الأرباح القابلة للتوزيع في المادتين 720- 722 من الق.ت على التوالي.[1]

و قد حددت محكمة النقض الفرنسية معنى الربح بحكم لها سنة 1914 الذي كان كالتالي " أنه كل كسب إيجابي، نقدي أو مادي يضاف إلى ثروة الشركاء[2]

أما عبارة " تحقيق اقتصاد" الذي لم يبين المشرع الجزائري و الفرنسي المقصود منه فيرى الفقه، أن الاقتصاد الأكثر انتشارا هو الاقتصاد النقدي[3]، و بالتالي اتسع تعريف الشركة ليشمل المشروعات التي لا تستهدف الربح بذلك المعنى الضيق، بل مجرد تحقيق الوفر

---

[1] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق ص 260

[2] المرجع نفسه ، ص 143

[3] بالمرجع نفسه، ص 260

الاقتصادي في النفقات، و بالتالي قد يشمل الوفر الاقتصادي مشروعات بغض النظر عن طبيعتها مدنية أو تجارية، و كذا بغض النظر عن الشخص القائم بها سواء كان عاما أو خاصا.[1]

و لا شك إن اتساع تعريف الشركة مع حسن تنظيمها يمكن أن يقضي على ظاهرة سوء استخدام الجمعية في الأنشطة الاقتصادية و الذي ينبني على اعتبارات ضريبية في الغالب[2] و على أساس الطبيعة المدنية للشركة.[3]

أما عبارة " بلوغ هدف اقتصادي" فهي محل نقاش كبير، إذ يتداخل هذا المعنى مع هدف التجمع ذي المنفعة الاقتصادية الذي تبناه المشرع الجزائري اثر تعديل القانون التجاري سنة 1993 في المواد 796 إلى 796 مكرر 3.و يظهر من خلال نص المادة 776 أن هدف هذه التجمعات هو تحقيق منفعة اقتصادية عامة لأعضائه،[4] و هو بذلك يختلف على الشركة في عدة نواحي أهمها:

. لا يهدف التجمع إلى تحقيق الربح لأعضائه بل الغاية منه تحقيق اقتصاد او تقليص نفقات، أي التحكم في أعباء أعضائه و مصاريفهم.

. التجمع صيغة للتعاون المؤقت بين شركتين او مؤسستين فأكثر لا يتجاوز بضع أعوام، و لو أن القانون لم يضع لها حدا زمنيا بخلاف الشركة التي حددت بمدتها الزمنية ب 99 سنة (نص المادة 546 ق.ت).

و بالتالي يظهر جليا أن المشرع أوكل مهمة تحقيق الأهداف الاقتصادية ذي المنفعة المشتركة إلى شخص معنوي يختلف عن الشركات وهو " التجمع" اقتداء بالمشرع الفرنسي، فما الداعي للاحتفاظ بهذا الهدف للشركات في نص المادة 416 ق.م؟ ، فهذا يزيد من التداخل في معنى الشركة و التجمع.

---

(1) مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص143

(2) المرجع نفسه ، ص144

(3) المادة 02 من القانون 06 / 12 القانون المتعلق بالجمعيات الصادرة بتاريخ 2012/12/1

(4) نصت المادة 796 من القانون التجاري على مايلي " يجوز لشخصين معنويين أو أكثر ان يؤسسوا فيما بينهم كتابيا و لفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها و تطويره و تحسين نتائج هذا النشاط و تنميته"

وعليه كان على المشرع الجزائري قبل تبني التجمع ذي المنفعة الاقتصادية سنة 1993 أن يعود لنص المادة 416 ق.م و يحذف عبارة " تحقيق هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كهدف من أهداف الشركة.[1]

الفرع الرابع: نية الاشتراك:

نية الاشتراك هو شرط موضوعي خاص للشركة لم يتضمنه تعريفها التشريعي في المادة 416 ق.م و لا حتى في التشريع الفرنسي من خلال المادة 1832 ق.م الفرنسي و لكنه شرط مفترض مع ذلك في ظل التصور التعاقدي للشركة، و يستخدمه القضاء و الفقه للتمييز بينها و بين بعض العقود التي تقوم على الاشتراك و الأرباح كالشركة.[2]

و المقصود بنية الاشتراك بهذا المعنى هو انصراف جميع الشركاء إلى التعاون الايجابي فيما بينهم على قدم المساواة بغية تحقيق غرض الشركة عن طريق الإشراف على إدارة المشروع و تحمل المخاطر.[3]

و هي بذلك عبارة عن عنصر معنوي. على أن نية الاشتراك بهذا التحليل أخذت تضعف تدريجيا في التشريعات الحديثة و ذلك لسببين:

أولا : الاعتبارات الواقعية و القانونية: ففي شركات الأموال و إزاء اعتبارات الواقع و القانون التي ظهرت عدم الاكتراث المساهم العادي بغير العائد المالي من مساهمته في الشركة، كما ظهرت العديد من مظاهر عدم المساواة بين المساهمين بسبب التنوع الذي يقره القانون في الحقوق التي تخولها الأسهم، فصاحب السهم العادي لا يتساوى مع صاحب السهم الممتاز في الحقوق مثلا.[4]

---

[1] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق، ص145

[2] مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص145

[3] طباع نجاة: مطبوعة قانون الشركات: جامعة عبد الرحمان ميرة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجاية: ط1 : 2018-2019 ص17

[4] مراد منير فهيم: المرجع السابق ،ص146

و في شركات الأشخاص يظهر و بوضوح و الاعتبارات قانونية عدم المساواة بين الشريك الموصي و الشريك المتضامن في شركات التوصية البسيطة من حيث الحق في الإدارة و لا بين الشريك المدير و الشريك غير المدير من حيث التعاون الإيجابي في تحقيق غرض الشركة.[1]

ثانيا: عدم كفاية نية الاشتراك في التمييز بين الشركة و الشيوع:

إن عنصر الرغبة في الاتحاد بين الشركاء لتحمل المخاطر أو بهدف الكسب لم يعد كافيا للتمييز بين الشركة و الشيوع لان:

(1) الرغبة في الاتحاد تتوفر أيضا في الشيوع إذا كان اختياريا مصدره الاتفاق.

(2) الرغبة في الاتحاد مظهر من مظاهر الرضا و ليست خاصية للشركة و من ثم فهي تتوافر بوجه عام في مختلف الجماعات القائمة على هدف مشترك كالجمعيات التي تبرز فيها فكرة المصلحة المشتركة أو الجماعة.[2]

(3) عدم كفاية معيار الشخصية المعنوية للتمييز بين الشركة و الشيوع، ذلك أن الشيوع و مع افتقاره للشخصية المعنوية يتمتع مع ذلك بأهم مزاياه و هي صلاحية الدفاع عن المصلحة المشتركة أو الجماعية لمجموع الملاك على الشيوع.

(4) المدة فان المشرع الفرنسي أجاز تمديد مدة الشيوع ذلك بعد إصلاح 1976 و ذلك في المادة 815 ق.م الفرنسي و بالتالي لم تعد كافية كعنصر للتمييز بين الشركة و الشيوع: فكلاهما أصبح يمكن له أن ينشا ليستمر.

بعيدا عن كل هذا فان الشيوع أصبح منظما كالشركة و يعتمد في الإدارة و التصرف أحيانا على مبدأ الأغلبية مثله مثل الشركة، كما يجوز أن يهعد للشيوع بالإدارته للغير مثل الشركة.[3]

---

[1] المرجع نفسه ،ص146

[2] المرجع نفسه ، ص147

[3] تنص المادة 716 من الق.م على انه " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي الأغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، و تحسب أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، و تحسب الغالبية على أساس قيمة الانصباء، فان لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء، ان تتخذ التدابير اللازمة، و لها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع."

المعيار الصحيح للتمييز بين الشركة و الشيوع في نظرنا هو فكرة المشروع ذلك أن الشركة بمفهومها الحديث كتنظيم للمشروع، فان الشيوع و مهما بلغ حظه من التنظيم يظل تنظيما لصورة خاصة لملكية المال و هي الملكية الشائعة ، فالمشروع هو (إدارة –عمال– مال) و الشيوع (إدارة – المال).

غير أن الاستعانة بالعمال (الحارس الذي يحرص الملكية الشائعة) لا يعد عنصرا في النشاط، و على هذا نخلص إن الشركة تنصرف إرادة الشركاء إلى إنشاء مشروع في حين في الشيوع تنصرف الإرادة الشركاء على ملكية مال.[1]

المبحث الثاني : تأثير المفهوم الجديد للشركة على الإطار التنظيمي لقواعدالقانونية المتعلقة بالشركة

مع وحدة مفهوم الشركة ووضوحها على أنها تنظيم قانوني للمشروع و ما يقتضيه ذلك من وحدة الأسس و القواعد العامة المشتركة للشركات، فان ظاهرة توزيع و انقسام القوانين المتعلقة بها بين القانون المدني و التجاري، يجب أن تختفي بوضع تقنيين واحد للشركات، يكون لها بمثابة قانون بالمفهوم التقني للتقنيين القائم على وحدة النظرة و التوجهات.

فاستقلال قانون الشركات أصبحت حتمية اتجهت إليه معظم التشريعات الحديثة، و ذلك للمقتضيات التي تجلت و بشكل واضح مع المفهوم الجديد للشركة بأنها تنظيم قانون للمشروع و خروجها من فكرة العقد الأمر استدعى استقلال القواعد و ضمها ضمن قانون واحد_ قانون الشركات_ و كذا مع ما أفرزته المعطيات الجديدة و الحديثة من اكتساب قانون الشركات بسبب تطوره لخصائص تبرزه استقلاله من حيث الكيان ، لذا تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين الاول بعنوان مقتضيات استقلال قانون الشركات والثاني بعنوان خصائص قانون الشركات .

المطلب الأول:مقتضيات استقلال قانون الشركات

قانون الشركات قد اجتاز بالفعل مرحلة طور التكوين و أصبح ينموا و يتطور متوازيا مع نمو و تطور الحياة الاقتصادية.

[1] مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص148

و قد درجت التشريعات الحديثة على الجمع من حيث المصدر أو نصوص التشريع بين القواعد العامة للشركة و بين الأحكام الخاصة لكل شكل من أشكال الشركات، في إطار قانون واحد، فنجد مثلا بعض الدول العربية مثل تونس قد فصلت بالفعل أحكام الشركات التجارية في مجلة خاصة سميت بمجلة الشركات التجارية ضمت مختلف القواعد المتعلقة بها سواء العامة أو الخاصة.[1]

و أيضا في العراق فان المشرع العراقي اصدر سنة 1958 قانون الشركات التجارية رقم 31 الذي ضم أحكام الشركات عموما، و قد ظل هذا القانون نافذا إلى أن اصدر المشرع العراقي قانون للشركات جديد رقم 36 لسنة 1983 الذي ألغيت بموجبه أحكام عقد الشركة بوجه عام من القانون المدني و القانون التجاري لتصبح الشركات التجارية منه و المدنية خاضعة فقط لأحكام قانون الشركات الجديدة.[2]

و كذا الأمر في فرنسا في قانون الشركات التجارية الصادر سنة 1966، إذ يبدأ بفصل تمهيدي يتضمن أحكاما عامة لجميع الأشكال القانونية للشركات فضلا عن باب سادس للقواعد المشتركة لمختلف الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية.[3]

و أن كان المشرع الفرنسي أعاد إدراج أحكام الشركات ضمن القانون التجاري سنة 2000 ، فان التوجه نحو استقلال قانون الشركات هو نتاج طبيعي يتواءم مع المفهوم الحديث للشركة، غير أن المشرع الجزائري مازال ضمن المسار التقليدي و مازلت القوانين المتعلقة بالشركة متفرعة بين أحكام عامة مدرجة في القانون المدني ضمن باب العقود المتعلقة بالملكية كما سبق بيانه، و بين أحكام خاصة بكل شركة على حدى ضمن القانون التجاري.

و إذا أضفنا إلى الشركة بمفهومها الحديث الذي فرض نفسه و بقوة يتوجب على التشريعات التي تود إلحاق بركب التطور الاقتصادي أن تتصنع قانون واحد يضم كل القواعد والمبادئ

---

[1] الياس ناصيف: مرجع السابق ، ص34

[2] المرجع نفسه ص35

[3] مراد منير فهيم: المرجع السابق ، ص188

المتعلقة بالشركات عامة سواء مدنية أو تجارية ذلك أن تشريع الشركات يمتاز باتصاله الوثيق بمعظم فروع القانون و بالعديد من العلوم لا سيما علم الاقتصاد و علم الإدارة.

وسنعرض مبررات و مقتضيات استقلال قانون الشركات على القانون المدني والقانون التجاري من خلال الفرعين التاليين.

فالشركة هي من أهم الهياكل القانونية للمشروعات الاقتصادية و لنشاط الإنسان بوجه عام في المجتمع، وهو قانون له وسائل خاصة يستمدها من أصوله لتي تتشكل بحسب احتياجات المشروع وواقع الحياة الاقتصادية و بعيدا عن تأثير النظريات العامة التقليدية في القانون.[1]

الفرع الأول: تفريغ القانون المدني من قواعد الشركة.

من مقتضيات استقلال الشركات بمفهوم القانون الواحد و الشامل للشركات، تفريغ التقنيين المدني من أي قواعد للشركة و فعليا فان استقلال قانون الشركات قد تحقق ابتدأ من:

- التراجع عن فكرة العقد و نظرية الالتزامات التي ترتكز عليها أنظمة القانون المدني و الأخذ بدلا منها بفكرة المشروع محورا للشركة

- اتصال فكرة المشروع كمفهوم جديد و حديث للشركة بعلوم عديدة مثل علم الاقتصاد و علم الإدارة مما لا يستقيم ترك تنظيمها للتقنيين المدني و أن تظل الشركة تتعامل بوصفها من العقود التي ترد على الملكية.

- التعارض بين طابع الجمود و الثبات للتقنيين المدني و بين طابع المرونة اللازمة لقانون الشركات لتمكينه من مواجهة التغيرات السريعة في الحياة الاقتصادية.

- تراجع الشركة على مفهوم العقد مع بقاء العقد مصدر منشئ لها[2] لا يكفي مبررا لتناولها في التقنيين المدني، ليس فقط إن كثيرا من العقود الهامة لا يتناولها على التقنيين مثل عقد

---

[1] المرجع نفسه، ص188

[2] العقد لازال له السلطان في تنظيم شركات المحاصة إلا انه ليس مبررا كافيا لتناولها في القانون المدني إذ الأصل في هذه الشركات هو قلة النصوص لتوفير المرونة و تركها للعقد و وفقا للقواعد العامة

النقل[1] و إنما نرجع للقواعد العامة للالتزامات بالنسبة لذلك العقد، أما الأحكام العامة للشركات فلا محل لتناوله في التقنيين المدني.

و فيما يتعلق بالشركات المدنية فانه من الممكن الاستغناء عن وضع تنظيم خاص لهذه الشركات مع كفاية الأشكال القانونية الحالة للشركات، و استخدامها في مجال الأنشطة المدنية التقليدية كالنشاط الزراعي و النشاط العقاري و أيضا النشاط المهني، لا سيما و إن الأنظمة الخاصة للشركات في مجال هذه الأنشطة لا تختلف عن الأسس و القواعد التي تقوم عليها الشركات التجارية لا تسند في تبريرها إلا لاعتبارات ضريبية لا صلة لها أصلا بقانون الشركات.[2]

الفرع الثاني: تفريغ التقنيين التجاري من أحكام الشركات

إذا كانت الشركة من أقدم موضوعات القانون التجاري و أكثرها تماشيا مع خصائصه لاسيما خاصية المرونة لقيامه أصلا على السرعة، و التسليم بفضل هذا القانون من خلال أنظمته و قواعده في إرساء و تأصيل العديد من الأفكار في تشريع الشركات كفكرة المشروع التي يقوم عليها المفهوم الحديث للشركة، و فكرة الشكلية الخاصة بعملية التأسيس المأخوذة من الشكلية المعروفة الأوراق التجارية.

فان من مقتضيات استقلال قانون الشركات بمفهوم قانون واحد و شامل تفريغ القانون التجاري أيضا من أحكام الشركات لأنه:

- معظم موضوعات القانون التجاري بما فيها الشركة قد اتسعت إلى حد يحول من الناحية الفنية دون استيعاب القانون التجاري لموضوعاتها المختلفة.[3] و الواقع أن تفريغ التقنيين التجاري من أحكام الشركات قد تحقق بشكل كامل في التشريع الفرنسي بإصداره قانون الشركات التجارية لسنة 1966 و الذي ألقى الباب الخاص بها في هذا التقنيين.[4]

---

[1] عقد النقل مدرج ضمن القانون التجاري من المواد (39-55)

[2] مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص197

[3] المرجع نفسه ، ص199

[4] المادة 505 من قانون الشركات الفرنسي نصت على إلغاء المواد 18-46 من التقنيين التجاري و هي جميعا مواد الباب الثالث الخاص بالشركات من الكتاب الأول

- الطابع الجزائي الذي تمتاز به قواعد الشركة في التشريع الحديث على أهميته بسبب اتصال الشركة بالنظام العام الاقتصادي، يتعارض مع روح التقنيين التجاري كالتقنيين المدني من دائرة القانون الخاص.[1]

المطلب الثاني: خصائص قانون الشركات:

لقانون الشركات في النظرة العامة لتكوينه و تطوره عدة خصائص تبرر استقلاله و تتمثل في طابع المرونة و الطابع الأمر لقواعده و هذا فضلا عن الطابع الدولي المبنى على مبررات التعاون الاقتصادي في ظروف العصر الحالي.

الفرع الأول: الطابع المرن لقواعد الشركات التجارية

ترجع مرونة قانون الشركات لاتصاله بالحياة الاقتصادية على إيقاعها السريع و كثرة المتغيرات التي تفرض على هذا القانون ملاحقتها، و يشهد على هذا الطابع القدرة الفائقة لقانون الشركات على تحقيق أهداف عديدة و متباينة و ذلك في إطار ذات القاعدة القانونية، و فيما بين الأشكال المختلفة للشركات بل و على مستوى الشكل القانوني الواحد.[2]

و يتضح طابع المرونة في عدة أحكام و لعل أبرزها:

✓ تقرير البطلان مع النص على جواز تصحيحه من طرف القضاء، و كذا التوسع في تطبيق فكرة تحول الشركات لما يساير حجم المشروع أو لتفادي الانقضاء لتخلف احد الشروط الخاصة كما في حالة زيادة عدد الشركات في شركة ذات المسؤولية المحدودة عن 50 شريكا فتحول إلى شركة مساهمة خلال سنة و إلا تم حلها.

✓ القواعد التي تتيح للقاضي تطويعها و إرساء مفهومها بما يتلاءم مع الاعتبارات العملية المتصلة بحياة الشركة عن طريق استخدام بعض الأفكار الطبيعة في التغير أي غير جامدة مثل

---

[1] مراد منير فهيم: المرجع السابق ، ص198

[2] المرجع نفسه ، ص189.

فكرة " مصلحة الشركة" التي تفي مصلحة المشروع و تستخدم في العديد من قواعد الشركات، أو فكرة " المسوغ" التي تستخدم أيضا العديد من القواعد.[1]

✓ تتضح المرونة أيضا في الأشكال القانونية للشركات بالنظر لما تتيحه في تباين أحكامها من تحقيق مختلف التوجهات و الأهداف، فمن هذه الأشكال ما يلاءم المشروع الصغير أو العائلي مثل شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة بينما يستجيب شركة المساهمة لحاجات المشروع الكبير و مهاما بلغ اتساعه.

و لعل من ابرز مظاهر المرونة تتجلى أساسا في شركة المساهمة كشكل قانوني للشركة الذي اثبت قدرته على تحقيق أهداف مختلفة بل و متعارضة من الناحية النظرية إذا يعتبر هذاالشكل أداة رأسمالية من خلال فكرة أسهم و ما تتيحه من سيطرة أصحاب رأسمال على الاقتصاد، فان ذات الشكل هو الذي سهل التأميم و تحقيق سيطرة الدولة على الحياة الاقتصادية في بعض التجارب الاشتراكية، كما انه لازال هو الشكل السهل للتراجع عن التأميم عن طريق الخصخصة أو التحول للقطاع الخاص في الوقت الحالي عن طريق التنازل عن المهم.[2]

الفرع الثاني: الطابع الأمر لقواعد الشركات التجارية

يتميز قانون الشركات على مرونته بالطابع الأمر لمعظم قواعده و هو طابع يظهر مع اقتران الكثير من الأحكام ليس فحسب بصيغة الأمر، بل بالجزاء الجنائي في حالة المخالفة، و يرجع هذا الطابع الأمر أو الطابع الجزائي لقانون الشركات إلى اتصاله على نحو خاص بالحياة الاقتصادية و مقوماتها، و ما يوضع من سياسات عامة و أهداف لبلوغها، فقانون الشركات هو أكثر القوانين تفاعلا مع فكرة " النظام العام الاقتصادي" و يحتل بذلك الصدارة فيما يطلق عليه اليوم "

[1] من الأمثلة على ذلك نص المادة 580 / 2 ق.ت التي تنص "..... غير انه يسوغ أن يشترط في عقد التأسيس بان تتخذ جميع القرارات أو بعضها باستشارة مكتوبة من طرف الشركاء".و أيضا المادة 630 ق.ت التي تنص على الاتفاقيات التي تعقد بين الشركة و مؤسسة أخرى يكون فيها القائم بالإدارة في الشركة و المؤسسة معا، أن تلغى الاتفاقيات إذا اقتضت مصلحة الشركة ذلك.

[2] مراد منير فهيم: المرجع السابق ، ص192

التشريعات الاقتصادية" و لاستقرار لهذه الفكرة و لا ضمان لها بغير استقرار هذا القانون و غرض احترامه.

و قد اتسعت دائرة الجزاء الجنائي في قانون الشركات بشكل واضح في التشريع الحديث و على نحو يظهر في تجريم مخالفة الكثير من قواعده، لاسيما ما يتصل منها بحامية الغير و الشركاء لتعلها بالنظام العام الاقتصادي.

فنجد المشرع الفرنسي خصص الباب الثاني من قانون الشركات التجارية لسنة 1966 للنصوص الجزائية (433- 489) مع تقسيمه إلى 4 فصول، الأول خاص بالمخلفات المتعلقة بالشركة ذات.م.م، و الثاني للمخالفات المتعلقة بالشركات الأسهم و الثالث بالمخالفات المتعلقة بالقيم المنقولة و الأوراق المالية التي تصدرها، و الرابع و الأخير بالمخالفات المشتركة لمختلف أشكال الشركات التجارية.[1]

و من الناحية القانونية فان التوسيع في دائرة الجزاء الجنائي في قانون الشركات يقابله في التشريع الحديث التضييق في نطاق بطلان الشركات، وهو بذلك يهدف إلى ترسيخ مبدأ المسؤولية الشخصية عن الخطأ دون المساس بالاستقرار اللازم للشركات و من أهم مجالات تطبيق هذا المبدأ في التشريع الراهن مجال تأسيس الشركات و مجال إدارتها، ففي هذين المجالين تتسع دائرة التجريم لمخافة الإجراءات التي يرسمها القانون لتأسيس الشركات و للأخطاء التي تقع من المديرين للإضرار بالجمهور أو بالحياة الاقتصادية للمشروعات، و مع التوسيع في الأخذ بنظام مراقبي الحسابات بالنسبة للشركات، فان قانون الشركات يحرص على دخولهم أيضا في دائرة الجزاء الجنائي لما قد يقع منهم من مخالفات في أداء مهامهم في الرقابة على الحسابات.[2]

[1]: المرجع نفسه، ص194

[2]: المرجع نفسه ، ص195

الفرع الثالث: الطابع الدولي

يتميز قانون الشركات أخيرا بالطابع الدولي ينعكس على الكثير من أنظمته و قواعده فمجلس الإدارة نظام عالمي ليس فحسب بالنسبة للشركات، و لكن أيضا بالنسبة لكافة الأشخاص المعنوية الخاصة و العامة.

و السهم في الشرق لا يختلف عن السهم في الغرب، و لا تتباين أنظمة الشركات كثيرا في القانون المقارن بل تبدوا متقاربة و أشكالها متشابهة في معظم البلاد.

و ينبني الطابع الدولي لقانون الشركات في الوقت الراهن على ضرورات التعاون الاقتصادي و الذي لم يعد يقتصر في ظروف العصر على عمليات التبادل، أي التجارة الدولية، بل أصبح يتحقق عن طريق المشروعات المشتركة و نقل المعرفة و التقنية و غيرها.

و لذلك و استقلالا عن الأصول العامة للقانون و نظرياته السائدة في كل بلد فان أنظمة و قواعد قانون الشركات تتجه إلى الوحدة في مختلف البلاد ضمانا للتعاون و تشجيع للاستثمار الأجنبي، و هذا فضلا على اعتبارات الوحدة الاقتصادية التي تتطلب التقريب بين أنظمة الشركات، و تدعوا في سبيلها إلى وضع نظام نموذجي لشكل معين، كما تحقق في السوق الأوروبية المشتركة بوضع نموذج لشركة مساهمة أوروبية.[1]

.

[1(1)] مرجع نفسه ص195

الفصل الثاني: مراجعة قواعد البطلان و الانقضاء

اتجهت التشريعات الحديثة إلى محاولة الحفاظ قدر الإمكان على الشركة حمايتها من البطلان و انقضاء عن طريق صياغة أفكار و مبادئ قانونية للحلول دون خسارة الشركة ايمانا منها بمدى أهميتها و فعاليتها في نظام اقتصاد السوق.

غير أن المشرع الجزائري بقي متأخرا و متذبذبا في صياغته لهذه الأفكار ويظهر ذلك من خلال توسيعه انطاق البطلان رغم اتجاهه نحو تصحيحه، وكذا من خلال عدم تبنيه بشكل جدي لفكرة التحول القانوني خاصة في حالات الانقضاء القانوني.

على اثر ذلك تم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين الاول بعنوان مراجعة قواعد البطلان ، والثاني بعنوان مراجعة قواعد الانقضاء والتصفية .

المبحث الأول: مراجعة قواعد البطلان

مع وضوح تأثير المفهوم الجديد للشركة في قانون الشركات الحديث على قواعد إنشائها عموما، فان تأثير هذا المفهوم ينعكس أيضا و بصورة ملحوظة على قواعد البطلان الخاصة بالشركات، فالبطلان بالشركات لم يعد يشبه البطلان المعروف في العقود و الالتزامات و لكنه بطلان خاص في غايته و يعتمد في نطاقهو آثاره على قواعد معينة تؤكد على أن الشركة هي تنظيم قانوني للمشروع له شخصية قانونية تميزه يمكنها أن تلعب نفس الدور الذي يلعبه الشخص الطبيعي على مسرح الحياة الاقتصادية، لابد من الحفاظ عليها و حفظ المراكز القانونية الناشئة بموجبها ما أمكن. فهي تخطت أن تكون مجرد تنظيم تعاقدي لحفظ حقوق و مراكز الشركاء.

هذه القواعد التي تهدف أساسا إلى دعم الاستقرار اللازم للشركات بمراعاة دورها في الحياة الاقتصادية، على أن المشرع الجزائري ظل مترددا في صياغته لهذه الأفكار بشكل يعكس عدم التناغم و الانسجام بين نصوص قواعده بحيث اختلفت هذه القواعد من شركة إلى أخرى في تفرقة غير مفهومة و غير مبررة، وهذا ما سوف نراه من خلال المطلب الاول بعنوان مراجعة نطاق البطلان وقواعد التصحيح ، والمطلب الثاني بعنوان مراجعة اثار البطلان .

المطلب الأول: مراجعة نطاق البطلان و قواعد التصحيح

من خلال هذا المطلب يتم عرض نطاق البطلان لدى المشرع الجزائري و ما يعتريه من ضرورة مراجعة و إعادة النظر مقارنة مع التشريعات الحديثة و ذلك في الفرع الأول و في نوضح فيه أهم المطبات التي وقع فيها المشرع في صياغة قواعد البطلان و ما يمكن أن تستدعي المراجعة و ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نطاق البطلان

اعتمد المشرع الجزائري في بطلان الشركات التجارية على التقسيم الثلاثي للبطلان مطلق، نسبي، خاص، و يكون البطلان لأسباب التالية:

1. بطلان ناتج عن تخلف الأركان الموضوعية العامة: بحيث يحدث البطلان الشركة لعيب في الرضا أو نقص في الأهلية كما يحدث لعدم مشروعية المحل و السبب.[1] فإذا أصاب رضا احد الشركاء عيب من العيوب كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال، أو كان شريكا قاصرا أو ناقص لأهلية لعته أو سفه أو عقله، فان الجزاء المترتب على هذا العيب هو البطلان الذي يسري في حقه فحسب دون سائر الشركاء أي أن البطلان نسبي يقتصر على الشريك الذي شاب رضاه عيب من العيوب أو الشريك القاصر أو الناقص للأهلية.[2]

و الملاحظ هنا انه إذا قضي بالبطلان للشريك في شركة الأموال ليس نفسه الأمر بالنسبة لشركة الأشخاص و هذا ما أشارت إليه المادة 733 / 1 من الق.ت، إذ أن عيب الرضا ونقص الأهلية أو فقدها لا يحدث البطلان بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة أو شركات المساهمة إلا إذا أصاب جميع المؤسسين.

أما بالنسبة للبطلان المؤسس على عدم مشروعية المحل أو السبب، فإذا كانت الشركة قد تأسست لغرض غير مشروع كالإتجار بالمخدرات أو لتزوير النقود، أو لو تأسست شركة ذات.م.م لمزاولة أعمال التامين و البنوك، تعتبر باطلة لمخالفة النظام العام و الآداب العامة.

و البطلان هنا هو بطلان مطلق فيجوز للشركاء و الغير التمسك به و تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و لا يصحح و لا يسقط بالتقادم.[3]

أما بالنسبة للمحل فالمقصود به ما يسهم به كل شريك بحصته من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشا عن المشروع من ربح أو خسارة لذا يتعين أن يكون مشروعا، و المقصود هنا هو منع المشرع تقديم حصة التي تكون عبارة عن نفوذ الشريك و ما يتمتع به من ثقة مالية حسب المادة 420 ق.م و التي سبق التطرق لها،[4] و هنا أيضا البطلان هو بطلان مطلق.

---

[1] بلعيساوي محمد الطاهر: **الشركات التجارية، النظرية العامة و شركات الأشخاص** ج1 دار العلوم للنشر و التوزيع – الجزائر – ب ط 2014، ص 132.

[2] عباس حلمي المنزلاوي: **القانون التجاري (الشركات التجارية)** ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر ط 2 - 1988، ص19

[3] شمله عبير (الجزاءات الموقعة على الشركات التجارية في التشريع **الجزائري**) مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة – 2015 -2016

[4] راجع هذه المذكرة ص22.

2. البطلان الناتج عن تخلف الشروط الموضوعية الخاصة، فحسب المشرع الجزائري يتقرر بطلان الشركات في حالة عدم اكتمال النصاب الشركاء و في حالة تخلف ركن تقديم الحصص أو حالة عدم الاتفاق على تقسيم الأرباح و تحمل الخسائر و انتفاء نية المشاركة، و في هذا الصدد، نص المشرع الجزائري في المادة 426 ق.م، إذا وقع الاتفاق على أن احد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة و لا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا.

على انه عاد و استثنى الشركة ذات.م.م و شركة المساهمة من هذا الشرط، أي أن البطلان لا يحصل إذا اشتمل عقد الشركة عن اتفاق يقضي بان احد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة و ذلك في النص العربي للمادة 733 ق.ت.[1]

3. تبطل الشركة أيضا لدى المشرع الجزائري بسبب تخلف الشروط الشكلية للشركة على أن هذا البطلان هو بطلان من نوع خاص لا يسري بأثر رجعي و يمكن تصحيحه.

و ما يمكن ملاحظته من كل ما سبق أن المشرع الجزائري و رغم سعيه في تطوير نظرية البطلان بإبعادها عن النظرية العامة للبطلان لكنه لم ينفصل عنها تماما، إذ أن قواعدها توسعت و اختلفت من شركة إلى أخرى، و هذا بخلاف التوجهات الحديثة في تشريع قانون الشركات التي تتجه نحو تقليص أسباب بطلان الشركات و توحيدها بالنسبة لسائر الشركات بصرف النظر عن شكلها، و ذلك حماية لمصالح الشركاء و المساهمين و حفاظا على الشركة باعتبارها شخصا معنويا يساهم في تحقيق التنمية و خلق مناصب الشغل و توفير موارد مالية للدولة.

عمدت التشريعات الحديثة إلى تقليص أسباب البطلان و ذكرها على سبيل الحصر، فنجد المشرع الفرنسي و تبعه في ذلك المشرع المغربي و التونسي قد أورد أسباب البطلان على سبيل الحصر و هي:

- وجود نص صريح في القانون يقضي بالبطلان
- إذا كان غرض الشركة غير مشروع
- إذا كان مخافة للنظام العام.
- انعدام أهلية جميع المؤسسين.[2]

[1] راجع المادة 733 ق.ت التي نصت على انه "... كما أن البطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو البطلان الذي يسري على بطلان العقود "

[2] مراد منير فهيم: المرجع السابق ص 180 –

و لا يطرح الاختلاف بالنسبة لعنصر عدم مشروعية غرض الشركة أو في حالة مخالفتها للنظام العام، و لكن التناقض و المفارقات الحاصلة لدى المشرع الجزائري تمكن في مسالتين:

- وجود نص صريح يقضي بالبطلان حسب المادة 733 ق.ت

- انعدام أهلية المؤسسين و هي مسألة تثار في الفرع الثاني من هذه الدراسة من خلال التعرض للتدابير التي طرحها المشرع الخاصة بقواعد التصحيح.

<u>وجود نص صريح بالبطلان في هذا القانون:</u> و هذه القاعدة تشكل تقليص حقيقي في حالات و أسباب البطلان وبالتالي لا يترتب على خرق القواعد ولو كانت آمرة مثل قواعد التأسيس- بطلان الشركة ما لم ينص على هذا البطلان صراحة في القانون

إلا أننا نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 733 ق.ت نص على انه " لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو البطلان الذي يسري على بطلان العقود"

و هذا تأكيد آخر منه على التصور التعاقدي للشركة، على ما يخلقه من تناقضات بين ما تبناه المشرع حديثا من أفكار تتعلق بالشركة و بين ما يفرضه التصور التعاقدي في نظرته التقليدية فبطلان الشركة لعدم توافر الشروط الموضوعية الخاصة للشركة على اعتبار أنها عقد قد خلق تناقضا بين الأفكار الحديثة التي تبناها المشرع الجزائري، فركن التعدد المبطل للشركة إذا ما تخلف عنها يتعارض مع فكرة الشركة ذات الشخص الوحيد الذي تبناها المشرع ، فالأولى هو جواز تصحيح وضعها بدل من بطلانها و ذلك عن طريق آليات حديثة مثل التحويل الشركة القانوني.[1]

و نفس الشيء بالنسبة لركنا تقديم الحصص و نية المشاركة فيمكن اتخاذ تدابير للحد من البطلان عن طريق تصحيح الوضع، ذلك إنها مسائل موضوعية متعلقة بتقدير القاضي.

و بالتالي كان أولى بالمشرع الجزائري قصر البطلان على " النص الصريح في القانون" و حذف عبارة " البطلان الذي يسري على العقود" التقليص من حالات البطلان.

[1] سنأتي على هذا العنصر بالدراسة بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل

و من ناحية أخرى ،و تماشيا مع الاتجاه العام لتشريع الشركات في الحد من البطلان من حيث أسبابه، فان التشريع الحديث و خاصة في فرنسا قد اقتصر في شان الشروط و الاتفاقيات المخالفة لركن اقتسام الأرباح و الخسائر على بطلان هذه الشروط و الاتفاقيات وحدها دون بطلان الشركة و ذلك في صياغة تشريعية دقيقة و من الشائع استخدامها فيالقانون التجاري و هي اعتبار الشرط كان لم يكنRépute non écrit و ذلك في نص المادة 2،1/1844 من القانون المدني الفرنسي بعد إصلاح 1978.[1]

و تجدر الإشارة بان المشرع الفرنسي طبق حكم " الشرط يعبر كان لم يكن" على كافة أشكال الشركات القانونية ثم ردده كقاعدة عامة للشركة في التقنيين المدني بعد إصلاح 1978 مما يعد من مظاهر تأثير التجاري على المدني في التشريع الحديث.

و في المقابل نجد المشرع الجزائري مزالا يحتفظ بنص المادة 1/126 من الق.م التي تنص على انه " إذا وقع الاتفاق على أن احد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة و لا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا"، و كان حلي به أن يبطل الشرط و ليس الشركة من ا جل الحفاظ عليها و للحد من حالات البطلان كما فعل في المادة المتعلقة بشرط الفائدة في عقد القرض بين الأشخاصأينأبطل الشرط فقط.

بالإضافة إلى ذلك نجد المادة 733 ق.ت التي تنص في النص العربي منها على عدم تأثير هذا الشرط(شرط الأسد) على شركات الأموال دون الأشخاص و هو تفريق غير مبرر لان شرط الأسد فيه مساس بركن اقتسام الأرباح و الخسائر و هو ركن موجود في كافة الشركات، كما إن قراءة النص الفرنسي،[2] لذات المادة يفهم منه صراحة إن شرط الأسد لا يبطل جميع الشركات،[3] مما يعكس مره أخرى عدم ارتباط النصوص القانونية و عدم انسجامها و سوء صياغتها و ترجمتها لدى المشرع الجزائري.

---

[1] مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص 144

[2] راجع النص الفرنسي للمادة 733 ق.ت التي تنص " .. La nullité de la société..."

[3] بوخرص عبد العزيز: محاضرات الشركات التجارية لسنة 2016 -2017 موجهة لطلبة سنة أولى ماستر قانون أعمال ، كلية الحقوق الجامعية محمد بوضياف – المسيلة-

الفرع الثاني: مراجعة قواعد التصحيح

يتميز البطلان الخاص بالشركات بجواز تصحيحه و ذلك لإزالة السبب الموجب له قبل أن تقضي به المحكمة، و قد اخذ المشرع الجزائري بهذه الفكرة في بادي الأمر في نطاق محدود بالنسبة للشركات التجارية في حالة التخلف على استفاء إجراءات الشهر المقرر قانونا ثم توسع ليشتمل القواعد العامة و المقصود هنا هو استبعاد الشركات من البطلان لتخلف الأهلية و لعيوب الرضا، و كذا هو جائر في أي حالة من حالات البطلان كشرط الشكلية الخاصة بعملية التأسيس فيما عدا حالة عدم مشروعية عرض الشركة.[1]

و يحسب للمشرع الجزائري انه نص في المادة 733 ق.ت على انه لا يحصل البطلان في عيب في الرضا أو فقد في الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين و ذلك بالنسبة للشركة ذات.م.م و شركات المساهمة، و بالتالي يظهر اتجاهه واضحا نحو محاولته التقليص و الحد من أسباب البطلان، و قد فرق المشرع الجزائري بين شركات الأموال و شركات الأشخاص باعتبار الأخيرة تقوم على الاعتبار الشخصي.

و مع استبعاد الشركات المساهمة و الشركات ذات.م.م من نطاق البطلان لتخلف الأهلية و لعيوب الرضا، فان المشرع أتاح للشركات الأخرى(الأشخاص) لتفادي البطلان لهذا السبب أو ذاك عن طريق اقتراح أي تدبير من الشركة أو احد الشركاء يعرض على صاحب المصلحة في البطلان خصوصا شراء حقوقه في الشركة. و في هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تقبل بهذا الإجراء إذا وافقت عليه الشركة مسبقا ضمن الشروط المقررة لتعديل القانون الأساسي دون اعتداد في ذلك بصوت هذا الشريك و هذا الذي جاء في نص المادة 738/ (3،2) و ذلك من اجل الحفاظ على الشركة ككيان قانوني.[2]

---

[1] نص المادة 735 التي تنص " تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا، إلا إذا كان هذا البطلان مبينا على عدم قانونية موضوع الشركة."

[2] هذا النص مأخوذ من المادة 1844/ 11 من القانون المدني الفرنسي و هي منقولة حرفيا إلى المادة 362 من قانون الشركات التجارية الفرنسي لسنة 1966.

على انه ما يعاب على المشرع الجزائري انه في الفقرة الرابعة من نص المادة 738 ق.ت السالفة الذكر، أحال تقدير قيمة الحقوق في الشركة الواجب دفعها للشريك في حالة التنازع للفقرة الثالثة من المادة 578 ق.ت و هي إحالة لا تستقيم شكلا و لا موضوعا في مظهر آخر من مظاهر عدم الانسجام و التناسق بين القواعد القانونية لدى المشرع الجزائري، فهي مادة تتكلم عن مسؤولية المديرين في الشركة ذات.م.م في حين كان يتعين عليه إحالتها إلى المادة رقم 1/559 ق.ت التي تنص انه في حالة التنازع في استفاء حقوق الشريك و المقدرة حقوقها يوم العزل من طرف خبير معتمد و معين إما من قبل الأطراف و إما عند عدم اتفاقهم بأمر من المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة، و كل شرط مخالف لا يحتج به ضد المدانين.

و بالتالي لابد من إعادة صياغة نص المادة 738 ق.ت و تعديل الفقرة الرابعة منها بتصحيح الإحالة إلى نص المادة 559 بدل المادة 578 ق.ت.

المطلب الثاني: مراجعة آثار البطلان

إذا حكم على الشركة بالبطلان فانه ينتج آثار قانونية سواء بالنسبة للشركاء أو للغير المتعامل مع الشركة، و لحفظ الحقوق و المراكز القانونية أوجدت التشريعات قواعد قانونية خاصة بقانون الشركات، و بحسب هذه القواعد يجب التمييز بين حالتين:

- حالة بطلان الشركة السابق عن ممارستها للنشاط الذي قامت من اجله، أي قبل اكتسابها للشخصية القانونية، أو بمعنى آخر للبطلان الشركة في فترة التأسيس، و ما يترتب عنه من مسؤولية سواء مدنية أو جزائية بالنسبة للمؤسسين. و ما يؤخذ على المشرع في معالجته لهذه الحالة وذلك في الفرع أول .

- حالة بطلان الشركة بعد قيام الشركة و ممارسة النشاط الذي قامت من اجله، أي بعد اكتسابهاللشخصية المعنوية، و ما يترتب عنه من تجريد البطلان من الأثر الرجعي أو ما يعرف بنظرية الشركة الفعلية، و ما يؤخذ على المشرع الجزائري في معالجته لهذه الحالة وذلك في فرع ثاني.

الفرع الأول: بطلان الشركة السابق عن ممارسة نشاطها

إن تأسيس الشركة يتطلب قيام مؤسسيها بإجراء الكثير من التصرفات و الأفعال التي تؤدي بالنتيجة إلى إتمام إجراءات التأسيس، و تثير هذه التصرفات و الأفعال إشكالات قانونية في حالة الحكم على الشركة بالبطلان بالنسبة لتحديد المسئول عن هذه التصرفات (أولا) و بالنسبة لأشكال المسؤولية التي قد يتحملها المسئول عن هذه التصرفات(ثانيا).

أولا: تحديد المسئول عن هذه التصرفات:

إن تعريف المؤسس هو من أكثر المسائل التي اختلفت التشريعات و الفقه و القضاء بشأنها و تتعاظم حدة هذا الخلاف في التشريعات التي التزمت الصمت بشأنه، كالقانون الفرنسي[1] و القانون الجزائري، غير انه يظهر من استقراء موقف التشريعات و الفقه و اجتهادات القضاء إن هناك اتجاهان بصدد تعريف المؤسس: يقوم الأول بالتضييق في معنى المؤسس(الاتجاه التقليدي)، و حصره على كل من قام بالتوقيع على عقد الشركة فحسب بما يعرف بالمؤسس القانوني Le fondateur de droit .

بينما ذهب الثاني إلى التوسع في معنى المؤسس(الاتجاه الحديث): ليدخل ضمن الوصف المذكور كل من اتخذ المبادرة إلى تأسيس الشركة ولو لم يكن من الموقعين على عقدها بما يعرف بالمؤسس الفعلي Le fondateur de fait،[2] و قد اخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الأول المضيق لمعنى المؤسس و هذا ما يفهم ضمنا من المادة 549 ق.ت التي تنص "..... و قبل إتمام الإجراءات يكون الأشخاص الذي يعهدوا باسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد بأموالهم....." .

على انه يؤخذ على هذه الاتجاه انه قد يخرج من دائرته بعض الأشخاص الذين قد يقومون بأعمال التي لها شان مهم و التي تدل على المشاركة في التأسيس مما يشكل ثغرة في جدار الحماية المفترض تكريسه للغير المتعامل مع الشركة و من هذه الأعمال مثلا. التوقيع على عقد أو شراء أو استئجار العقارات لمصلحة الشركة أو الآلات و المعدات أو التعاقد مع الخبراء و الفنيين من اجل

---

[1] م. فاروق إبراهيم جاسم: تحديد مفهوم المؤسس في شركة المساهمة " دراسة مقارنة في القانون العراقي و اللبناني و الانجليزي و الفرنسي "، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسي جامعة المستنصرية العراق، العدد الثامن،سنة 2013، ص 413.

[2] المرجع نفسه ، ص 110.

مباشرة نشاطها مستقبلا أو من اجل انجاز بعض متطلبات التأسيس كالتعاقد مع مكاتب متخصصة أو كالشخص المحرض على تأسيس الشركة و يكون مختفيا وراء أشخاص آخرين لإخفاء عمل غير مشروع مثلا.

فالإتيان بهذه التصرفات بعد قرينة على توافر صفة المؤسس و هذا هو مبرر المفهوم الموسع لمعنى المؤسس القائم على من يتخذ المبادرة الفعلية لتأسيس الشركة، و هو الاتجاه الذي أخذت به التشريعات الحديثة، و منها التشريع الفرنسي الذي يستغرق فيمعناه المفهوم الضيق،[1] و إن اخذ على هذا الاتجاه انه يتعارض مع مبدأ التغيير الضيق لقانون العقوبات خاصة عند أعمال المسؤولية الجنائية للمؤسس.[2]

من خلال ما سبق يظهر لنا أن الاختلاف في تحديد معنى المؤسس يؤثر على إرساء المسؤولية و على حماية الغير المتعامل مع الشركة، لذلك كان على المشرع الجزائري تحديد معنى المؤسس ينبني في تقدير بعض الفقهاء على الجمع بين الاتجاهين (الضيق و الواسع) و ذلك بإضفاء معايير مرنة تسمح للقاضي تحديد صفة المؤسس على حسب كل حالة مع ضرورة إخضاع هذه المسالة إلى مراقبة المحكمة العليا(نظرالأهميتها) و ليس كما هو مكرس حاليا أنها من المسائل الواقعية يختص بها قاضي الموضوع، على العكس يجب اعتبارها مسالة قانونية إذ يعود للمحكمة أن تثبت ما إذا كانت الأفعال التي قام بها الأشخاص ليسوا من المؤسسين الظاهرين و لكن من شأنها أن تضفي عليهم صفة

المؤسسين الفعليين و يكون قضاؤها في ذلك خاضعا لرقابة المحكمة العليا.[3] و من جانب آخر فلا يمكن في تقديرنا الركون إلى موقف التشريعات التي تتجنب تحديد مفهوم المؤسس كالقانونين الفرنسي و الانجليزي، ذلك إن الفقه و القضاء في هذين البلدين قد بذلا جهودا في تحديد هذا المفهوم أغنت المشرع عن التدخل في تحديده.

---

[1] المرجع نفسه ، ص 431.

[2] ، المرجع نفسه، ص 423.

[3] المرجع نفسه، ص 432.

ثانيا: أشكال المسؤولية

تنقسم مسؤولية المؤسس اتجاه الغير في حالة الحكم على الشركة بالبطلان إلى مسؤولية مدنية و مسؤولية جزائية، على أن أشكال المسؤولية طرحت عدة تناقضات و مفارقات لدى المشرع الجزائري.

- **المسؤولية المدنية:** جعل المشرع الجزائري كل الأشخاص الذي تعهدوا باسم الشركة التجارية و لحسابها متضامنين اتجاه الغير بالنسبة لتصرفاتهم التي قاموا بها قبل اكتساب الشركة الشخصية المعنوية أثناء فترة التأسيس حسب ما ورد في المادة 549 ق.ت حماية للغير في حالة تقرير بطلان الشركة نظرا لما لبطلان الشركة من آثار سيئة بالنسبة للغير حسب النية المتعامل معها.

كما نص المشرع في المادة 715 مكرر 21 من الق.ت على المسؤولية التضامنية حتى بالنسبة لمؤسسي شركة المساهمة الذين تسببوا ببطلان إجراءات التأسيس خاصة إن إنشاء هذه الشركة التجارية يمر مراحل متنوعة. [1]

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال معالجته للمسؤولية المدنية لم يكن موفقا و واضحا خاصة بالنسبة للمادة 549 ق.ت. حيث جاء نصها كالتالي " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، و قبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد بأموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها."

و يظهر من خلال الشروط الموضوعية في المادة نص 549 ق.ت أن مجال الالتزامات محدد ضمنيا منطرف المشرع، حيث لا تسال الشركة إلا عن التعهدات المبرمة أي عن الالتزامات العقدية فيستثنى كل التزاما ناشئ عن أخطاء تقصيرية قام بها المؤسسون في ذلك الفترة، و أيضا أن تكون تلك التعهدات باسم الشركة و لحسابها غير أن المشرع يؤخذ عليه مايلي:

---

[1] زكري يمان (حماية الغير المتعاملين مع الشركة التجارية)رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان ، سنة 2016 -2017 ص 125

أ- أنها فتحت مجال الأشخاص الملتزمين حيث يسأل كل من تعهد باسم الشركة و لحسابها[1] دون وجود أي شرط أو قيد و مما قد يؤدي إلى عزوف الأفراد عن تأسيس الشركات، فلم يتحدث المشرع عن حالة وجود الوكالة[2] أي الشخص الذي يمتلك وكالة تلقى على عاتقه مسؤولية شخصية أما المؤسس فنلقي عليه مسؤولية تضامنية أي الشريك، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث ألزمت من خلال قرار صادر عن الغرفة التجارية في 13 ديسمبر 1976 " كل مؤسس و كل شخص ابرم تصرفات باسم الشركة و لحسابها و كل شريك فيها باعتباره موكل ولو كانت الوكالة ضمنية"[3] بمفهوم المخالفة للحكم الأشخاص الذين قاموا بهذه التصرفات و لم يكون شركاء مؤسسون و بصدد وكالة قانونية يتحملون مسؤولية قانونية شخصية.

ب- لم يبين المشرع الفترة التي يتم فيها إبرام تلك التصرفات التي تخضع لهذا الحكم حيث نجد في هذا الصدد أن محكمة النقض الفرنسية أشارت انه لا تعتبر كل التصرفات التي يقوم بها المؤسسون صحيحة بمجرد قبول الشركة، فلا تخضع لهذا الحكم إلا التصرفات المبرمة من يوم التوقيع على القانون الأساسي لغاية تسجيل الشركة في السجل التجاري و اكتسابها للشخصية المعنوية، حيث حدد القاضي الموضوع هنا المدة التي يعتد بها لإجراء هذه التسوية القانونية في فترة تأسيس الشركة التجارية.

ج _ يؤخذ على هذه المادة أيضا أنها أعطت ضمانا للغير ثم رجعت و ألغته في الشطر الثاني من هذه المادة و هنا يجب التطرق إلى نقطتين:

- لم يميز المشرع الجزائري بين التصرفات الضرورية و غير ضرورية للشركة، فالتصرفات الضرورية تلتزم بها الشركة بعد قيدها في السجل التجاري و لا تبرا ذمة المؤسسين إلا إذا حلت الشركة محلهم.

---

[1] و هو نفس الحكم الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 21 /06 L ق.ت .ف

[2] زكري يمان: المرجع السابق ، ص 126.

[3] المرجع نفسه ، ص 127.

أما إذا كانت التصرفات غير ضرورية فتكون مسئولين المؤسسين شخصية و تضامنية و ذلك للمحافظة على أموال الشركة، و بهذا الصدد أشارت محكمة النقض الفرنسية لضرورة تحقق شرط إبرام تلك التصرفات باسم و لحساب الشركة و أشارت أن هذا الالتزام يتحقق إذا كانت تلك التصرفات لحساب الشركة و ضرورية لها و يستثنى من ذلك كل تصرف لا يتم لحسابها و ليس ضروريا لها.[1]

- كما لم يفرق المشرع الجزائري عند مسالة نجاح المشروع أو فشله، ففي حالة فشل المشروع يلتزم المؤسسين بتنفيذ العقود التي أبرمت مسؤولية تضامنية و شخصية إما في حالة نجاحه، فتنفيذ العقد و أثاره قبل اكتساب الشخصية المعنوية يتحملها المؤسسين على أساس فضالة مثلما اعتبرها بعض الفقهاء الذي اعتبروا المؤسسين فضولي لحساب شركة مستقبلة[2] ، و بعد اكتساب هذه الشخصية تلتزم الشركة بآثار هذه التعهدات لأثر رجعي، نظرا لوجودها الفعلي في تلك الفترة. [3]

د - لم يبين المشرع طريقة قبول تلك التعهدات من الناحية الشكلية و في حالة رفض الغير تحويل الدين إلى الشركة.

- عمليا طريقة نقل تلك التعهدات يكون باتخاذ قرار مصادق عليه من طرف الشركاء و يتخذ هذا القرار عدة صور:

- يمكن أن يتخذ المؤسسون ذلك القرار قبل التوقيع على القانون الأساسي، بحيث يقوم المتعهدين باسم الشركة بتحضير قائمة بتلك الأعمال ترفق بالقانون الأساسي، فيوقع عليها الشركاء و تلتزم بها الشركة حينها بطريقة تلقائية بعد اكتساب الشخصية المعنوية.

- كما يمكن أن يكون هناك اتفاق يتضمن حدود التصرفات التي يقوم بها المسير في تلك الفترة و بعد اكتساب الشخصية المعنوية.

---

[1] زكري يمان: المرجع السابق، ص 133.

[2] مؤيد احمد محي الدين عبيدات: **الرقابة الحكومية على تأسيس الشركة (دراسة مقارنة)**-لا دار الحامد لنشر و التوزيع و دار الراية للنشر و التوزيع- الأردن عمان 2008 ط1 ص 352

[3]. زكري يمان: المرجع السابق ، ص 128.

- أما في حالة تحقيق الحالتين السابقتين و بعد اكتساب الشخصية المعنوية فيتم الاعتراف بتلك التصرفات عن طريق اتخاذ قرار صادر من الشركاء بالالتزام بكل ما تم إبرامه من طرف الشركة بأثر رجعي، إلا في حالة وجود شرط مخالف في القانون الأساسي.

- أما في حالة رفض الغير تغيير المدين، فالمؤسسون مسئولون بالتضامن و يمكنهم الرجوع على الشركة بدعوى الإثراء بلا سبب أو الفضالة.[1]

هـ يؤخذ أيضا على المادة 549 ق.ت أيضا أنها لم تحدد نوع الشركة التي تطبق عليها هذه الإجراءات. ففي شركة التضامن المسؤولية هي في الأساس مسؤولية تضامنية غير محدودة و لكن لا يتم توقيعها إلا بعد التجريد.[2]

و شركة المساهمة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 715 مكرر/21 " يجوز أن يغير مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم البطلان و القائمون بالإدارة الذي كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالمساهمين أو الغير من جراء حل الشركة."

و شركة التوصية باسهم فالمؤسسين مسئولون بالتضامن مع الشخص الذي يتصرف باسم الشركة و لحسابها(الشريك المتضامن) عن تسديد قيمة الأسهم، وهذا الشخص يعبر كأنه اكتتب لحسابه الخاص، إذن فهو يتصرف باسمه و لحسابه الخاص.[3]

غير أنه في شركة توصية بسيطة و الشركة ذات.م.م هناك فراغ تشريعي، فلم يحدد المشرع مسؤولية المؤسس فيها أي هناك فراغ تشريعي، و بالتالي هذه المادة هي المعنية بالتطبيق حسب الظاهر.

و أمام كل هذه المعوقات القانونية و الثغرات و النقائص التي تؤثر سلبا على الحفاظ على حقوق الغير المتعامل مع الشركة أو على أموال الشركة باتت الضرورة ملحة لتدخل المشرع

---

[1]. المرجع نفسه، ص 128.

[2]. راجع نص المادة 551/ 2 ق.ت التي تنص " لا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور 15 يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي."

[3]راجع المادة 715 ق.ت التي تنص " عندما يتم اكتساب الأسهم أو حيازتها من شخص يتصرف باسمه لحساب الشركة يتعين على هذا الشخص تسديد قيمة الأسهم بالتضامن مع المؤسسين، او حسب الحالة مع أعضاء مجلس الإدارة او مجلس المديرين".

لإضفاء وضوحا أكبر لنصالمادة 549 ق.ت عن طريق تفسير لمختلف الجوانب التي تم طرحها، من تحديد لصفة المؤسس و التطرق لوضعية الوكيل غير شريك و الشريك المؤسس، و تحديد الفترة الزمنية معينة يكون فيها المؤسسون ملتزمون بالتضامن قبل اكتساب الشخصية المعنوية و لتكن من يوم توقيع العقد الاساسي للشركة و كذلك نوعية التصرفات التي يتم نقل مسؤوليتها على عاتق الشركة و متى تقبل الشركة هذه التصرفات و مدى جاهزيتها لذلك.

۞ **المسؤولية الجزائية:** زيادة على المسؤولية المدنية و على إمكانية تصحيح الاختلالات الواقعة في التأسيس، اوقع المشرع الجزائري على عاتق مؤسسي شركة المساهمة الذي ارتكبوا مخالفة من المخالفات التي نص عليها القانون التجاري، دون غيرها من الشركات و ذلك بسبب ما لهذا النوع من الشركات من تأثير كبير و مباشر على الاقتصاد الوطني و الادخار العام و أيضا بهدف حماية حقوق المؤسسين ضد مخاطر تأسيس شركات وهمية أو سوء نية بعض المؤسسين و هذا ما تعكسه الإجراءات القانونية الكثيرة و الآمرة بالنسبة لشروط تأسيسها.

إلا أنه الملاحظ أن المشرع لم يكن موفقا في معالجته لأحكام هذه المسؤولية من خلال المواد (806 إلى 810) و وقع في تناقضات و مفارقات كثيرة سجلناها في ملاحظتين:

- ملاحظة عامة تخص جميع المواد المتعلقة بهذا الموضوع.
- ملاحظة خاصة تخص كل مادة على حدة.

❖ **ملاحظات عامة :**

- المشرع الجزائري احتفظ بالنصوص المنظمة لأحكام هذه المسؤولية في القانون التجاري منذ سنة 1975 رغم التعديلات الجذرية التي مست أحكام شركات المساهمة الأمر الذي خلق نوعا من التناقض بين النصوص المعدلة و النصوص القديمة.
- إن المشرع أدرج هذه الأحكام في القانون التجاري الأمر الذي يتنافى مع روح هذا القانون فمكان الأحكام الجزائية هو قانون العقوبات و ليس القانون التجاري و هذا ما يؤكد ضرورة وضع قانون الشركات في تقنيين واحد كما سبق الذكر.

- إن المشرع رتب من خلال المواد المذكورة جزاء أصلي متضمن شقين الحبس أحيانا و الغرامة المالية المقدرة ب 20000 ، 200000 دج و هي غرامة بعيدة كل البعد عن الواقع الاقتصادي ولا يؤدي في الحقيقة الطابع الردعي المراد منها تحقيقه.[1]

❖ **ملاحظات خاصة :**

- **المادة 806 ق.ت:**[2] هي مادة تتعلق بإصدار أسهم قبل قيد الشركة بالسجل التجاري او بعد القيد إذا كان هذا القيد قد تم بطريق الغش أو دون إتمام إجراءات تأسيس الشركة بشكل قانوني، و قد رتب المشرع على مؤسسو شركة المساهمة الذين أصدروا الأسهم في هذه الحالة عقوبة الغرامة السابقة الذكر مما يجعلها محل النقد السابق، و تخلي عن عقوبة الحبس في إطار التخفيف من الطابع العقابي.

و ما يمكن ملاحظته أيضا إن المشرع لم يفرق بين شركة المساهمة التي تتأسس باللجوء العلني للادخار و تلك التي تتأسس دونه، ذلك أن طريقة التأسيس تشكل فرق بالنسبة الغير المتمثل في جمهور المستفيدين حيث تظهر هذه المصلحة أكثر في حالة اللجوء الشركة إلى الادخار العلني و يبدوا أن المشرع الجزائري قد نقل هذا الحكم حرفيا من قانون الشركات الفرنسي القديم و بالتحديد الفقرة الأولى من المادة 432 منه، ولا يزال يحتفظ بهذا النص على خلاف القانون الفرنسي الذي عدل هذه المادة بنص المادة 1-4242 التي نصت على انه يعاقب " مؤسسو شركات المساهمة الذين أصدروا أسهما اذ لم يتم تحرير نصها الأسهم النقدية و كم قيمة الأسهم العينية قبل قيد الشركة بالسجل التجاري و الشركات بغرامة مالية.

---

[1] بوخرص عبد العزيز: **المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركات المساهمة**،مجلة دفاتر السياسة و القانون العدد 18 جانفي 2018 ص 335.

[2]. راجع نص المادة 806 ق.ت التي تنص " يعاقب بغرامة مالية من 20000 دج الى 200000 دج مؤسسو شركات المساهمة و رئيسها و القائمون بادارتها او الذين أصدروا الأسهم سواء قبل قيد الشركة بالسجل التجاري او في اي وقت كان اذا حصل على القيد بطريق الغش او دون اتمام اجراءات تاسيس الشركة بوجه قانوني."

150000 أورو على أن تتضاعف الغرامة إذا تعلق الأمر بشركات المساهمة التي تلجا للادخار العلني.[1]

- **المادة 807 ق.ت:**[2]نصت هذه المادة على انه يعاقب بالسجن من سنة إلى 05 سنوات و بالغرامة المالية المذكورة سابقا أو بإحداها فقط، المخالفات المتعلقة بالاكتساب تتعلق بالدرجة الأولى بتقديم تصريحات و وقائع كاذبة في التصريح التوثيقي المثبت و كذا الأشخاص الذين منحوا غشا حصة عينية اقل من قيمتها.

و ما يلاحظ أن المشرع وسع من نطاق الطابع العقابي لقانون التجاري، و جعله يشمل مسائل متعلقة بالتضليل و التدليس التي هي مكانها القواعد العامة لقانون العقوبات.

في المقابل نجد أن المشرع الفرنسي من خلال المادة 2 . 242 L من القانون الشركات الحالي أبقى على حالة واحدة متعلقة بمنح قيمة لحصة عينية عن طريق الغش أكثر من قيمتها، أما الحالات المتعلقة بالتضليل و التدليس المتعلقة بالاكتتاب تخضع للقواعد العامة من قانون العقوبات في إطار التخفيف من الطابع العقابي للقانون التجاري.[3]

- **المادة 808 ق.ت:** حسب هذه المادة فقط رتب المشرع عقوبة بالحبس من 03 اشهر الى سنة و بالغرامة المذكورة سابقا على كل من تداول عمدا.

---

[1] بوخرص عبد العزيز: **المسؤولية الجزائية لمؤسسي شركات المساهة** ،المرجع السابق، ص 354.

[2]. راجع المادة 807 ق.ت التي تنص " يعاقب بالسجن من سنة إلى 5 سنوات و بغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

- الأشخاص الذي أكدوا عهدا على تصريح توثيقي مثبت للاكتتابات و الدفوعات صحة البيانات التي كانوا يعلمون انها صورية أو اعلون بان الأموال التي لم توضع بعد تحت تصرف الشركة قد سددت أو قدموا للموثق قائمة للمساهمين تتضمن اكتتابات صورية أو بلغوا بتسديدات مالية لم توضع نهائيا تحت تصرف الشركة.

- الأشخاص الذين قدموا عمدا عن طريق إخفاء اكتتابات أو دفوعات أو عن طريق نشر اكتتابات أو دفوعات غير موجودة أو وقائع أخرى ضرورة للحصول على محاولة الحصول على اكتتابات أو دفوعات.

- الأشخاص الذين قدموا عمدا و يفرض الحث على الاكتتابات او الدفوعات بنشر أسماء أشخاص تم تعيينهم خلافا للحقيقة باعتبار أنهم الحقوا أو سيلحقون بمنصب في الشركة

[3] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق ، ص 355.

- أسهما دون أن تكون له قيمة اسمية أو كانت قيمتها الاسمية اقل من الحد الأدنى للقيمة القانونية.

- أسهما عينية لا يجوز التداول فيما قبل انقضاء الأجل .

- الوعود بالأسهم.

بداية نقول أن المشرع استعمل في هذه المادة مصطلح "تعاملوا" و هو المصطلح خاطئ فالصحيح قانونا هو مصطلح " تداولوا" و هذا ما يؤخذ عليه شكلا.

أما من ناحية الموضوع فنسجل مايلي:

- ✓ في الحالة الأولى الشطر الأول مقبول قانونا على أساس إن تداول أسهم دون قيمة اسمية ممنوع قانونا إذ هو من البيانات الضرورية التي يجب ذكرها في القانون الأساسي.

غير انه بتقرير العقوبة عند تداول أسهم اقل من الحد الأدنى للقيمة القانونية في الشطر الثاني يكون قد في تناقص على اعتبار انه ترك مهمة تحديد قيمة الحد الأدنى للسهم للقوانين الأساسية للشركة طبقا لنص المادة 715 مكرر 50 دون أن يمد لحد أدنى و لا حد أقصى فللمؤسسين الحرية المطلقة في تحديها، و بهذا يكون ألغى ضمنيا المادة 702 ق.ت التي كانت تحدد القيمة الاسمية للسهم.

- ✓ و في الحالة الثانية نسجل ذات الشيء بخصوص تداول أسهم عينية فيما قبل انقضاء الأجل و هو حكم يثير الاستغراب ذلك أن المشرع بعد تعديل الق.ت سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي 93-08 سالف الذكر ألغى القيد الزمني للتداول الأسهم العينية التي كانت منصوص عليه في المادة 709 ق.ت القديمة.[1] و بالتالي فلا مبرر لتقرير المخالفة و العقوبة المنصوص عليه في المادة 808 ق.ت.

[1] راجع نص المادة 709 ق.ت القديمة التي كانت تنص " لا يجوز تداول الأسهم العينية إلا بعد مرور سنتين."

- ✓ و الحالة الثالثة أيضا نسجل ذات الشيء ذلك أن المشرع منع أصلا إصدار أسهم التأسيس[2] أو حصص التأسيس وفق المادة 715 مكرر 2/51 ق.. و بالتالي فالوعد باسهم ممنوع أصلا و لا يشكل مخالفة.[3]

ومنه يبدو جليا أن المادة يجب تعديلها بما يوافق نصوص القانون التجاري و التعديلات الحديثة و جعلها العقوبة أو المخالفة تقتصر على حالة تداول أسهم بدون قيمة اسمية فقط.

- **المادة 810 :** نص المشرع من خلال هذه المادة على المعاقبة بالحبس من شهر إلى 03 أشهر و بالغرامة المذكورة سابقا أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط على كل من تعهد القبول او الاحتفاظ بمهام مندوب لتعديد الحصص المقدمة على الرغم من حالات التنافي و المنح المنصوص عليها قانونا.

غير انه حسب المادة 01/601 ق.ت فان مهمة تقدير الحصص تقع على عاتق مندوب الحصص معين بقرار قضائي و يرجع الفصل في هذا التقدير للجمعية العامة التأسيسية حسب الإجراءات المحددة قانونا في المادة 2/606 ق.ت.[1]

من خلال استعراض هذه المواد يتضح لنا أن الضرورة باتت ملحة للتدخل التشريعي من اجل تعديل أحكام هذه المواد للخروج من التناقضات و حالات عدم الانسجام و الترابط بين قواعد القانون التجاري الحديثة و القديمة. من اجل الحفاظ على الثقة بين المتعاملين و ضمان استقرار المراكز القانونية و حماية الغير الذي يظهر له أن شكل الشركة قانوني و منظم.

الفرع الثاني: بطلان الشركة بعد قيام الشركة و ممارسة نشاطها (الشركة الفعلية)

يتميز البطلان في حالة قيام الشركة بنشاطها بتجرده من الأثر الرجعي للبطلان طبقا للقواعد العامة، فبطلان الشركة يقتصر أثره على المستقبل فقط (اثر فوري) أي منذ الحكم به و لا

---

[2] راجع هذه المذكرة ص 28

[3] بوخرص عبد العزيز: المرجع السابق ص 358

[1] ،المرجع نفسه، ص 355.

يستحب على الماضي حيث تعتبر صحيحة[2] فبطلانها لا يكون إلا للمستقبل احتراما للغير الذي تعامل معها.

و كان للقضاء الفرنسي الفضل الكبير في إيجاد الشركة الفعلية و بعد ثبات نجاحها تبناها المشرع الفرنسي في قانون الشركات و ذلك بعدد تردد كبير و استغراق مدة طويلة قبل الاعتراف بها، ثم قامت بتبنيها معظم التشريعات من بينها المشرع الوطني على الرغم من عدم تصريح المشرع بها صراحة و عدم

تخصيص أحكام قانونية لتنظيمها إلا انه أشار إليها ضمنيا في حالات معنية عند وجود خلل يشوب الشركة و تتجلى ذلك في نص المادة 418 ق./ التي تنص " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، و كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد.

غير انه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له اثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه احدهم بطلب البطلان"

و أيضا في نص المادة 545 ق.ت التي تنص " تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة لا يقبل أي دليل إثبات بين شركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء."

غير أن التشريع الحديث لقانون الشركات و خاصة المشرع الفرنسي بخلاف المشرع الجزائري وصل في تطوره إلى جعل هذا المبدأ هو القاعدة يظهر ذلك في أسباب تطبيق الشركة الفعلية و كذا في آثارها بالنسبة للغير (أولا) ومن خلال أعمال قواعد قانونية للتفريق بينهما و بين الشركة الناشئة من الواقع (ثانيا)

<u>أولا</u>: تطور أسباب تطبيق الشركة الفعلية و آثارها:

[2] مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص 176.

حسب المشرع الجزائري فانه لا يمكن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة الباطلة لتخلف شروطها الموضوعية الخاصة لأنها غير موجودة في هذه الحالة في الواقع و لا في القانون و قصر الاعتراف بها عند تخلف الشروط الشكلية فقط.[1]

غير أن التشريعات الحديثة و فيما عدا حالة الشريك الذي يتمسك بالبطلان بسبب الأهلية أو لعيب من عيوب الرضا (إذ بالنسبة له يمتد الأثر إلى الماضي)، تنص صراحة انه لا يجوز للشركة و لا للشركاء

الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية، لتخلف الأركان الموضوعية الخاصة بالنسبة لكافة أنواع الشركات.

فلا رجعية لبطلان الشركة بالنسبة لتخلف الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية الخاصة و هذا ما ذهب إليه التشريع الفرنسي و تبناه المشرع الكويتي، و ذلك لحماية الغير من الشركات الوهمية التي تهدف إلى الاستيلاء على أموالهم عن طريق الإعلان عند وجودها و إشهارها بطرق قانونية رغم غياب احد أركانها بشرط أن يكون الغير حسن النية ضلت الدعاية الكاذبة التي استخدمتها الشركة أو الشركاء للإيقاع بالمتعاملين و سلب أموالهم، فمن مقتضيات العدالة، مطالبة هؤلاء الشركاء بإخضاعهم للمسؤولية عن ديون الغير[1] و اعتبار الشركة فعلية في تلك الفترة، و بالنسبة لأثار أعمال هذه النظرية بالنسبة للغير فانه من حق الغير إثبات وجود الشركة بكافة الطرق بشرط إثبات حسن نيته و عدم علمه بوهمية الشركة.

في حين المشرع الجزائري بقي متذبذبا بالنسبة لأعمال هذه النظرية في حالة تخلف الأركان الموضوعية الخاصة و اختلفت أحكامه بحسب طبيعة الشركة و نوعها، ففي حالة البطلان المؤسس على وجود عيب من عيوب الرضا قصره على شركة المساهمة أو الشركة ذات.م.م كما سبق ذكره، و طبقت نظرية الشركة الفعلية في فترة ما بين انعقاد العقد و خروج الشريك المعني، و كذا بالنسبة لحالة وجود شرط الأسد فقد ميز بين شركة الأموال و شركة الأشخاص و

[1] زكري إيمان: المرجع السابق، ص 110.

[1]،المرجع انفسه ، ص 109.

جعل تخلف هذا الركن حالة من حالات الاعتراف بالشركة الفعلية بالنسبة لشركة المساهمة و شركة ذات.م.م فقط. [2]

أما بالنسبة للمحاكم في الجزائر فان سبب الاعتراف بالشركة الفعلية يتعلق غالبا بحالة عدم الاحتجاج على الغير بالبطلان في حالة عدم استكمال الإجراءات الشكلية لتأسيسها فقط.[3]

و من ناحية أخرى و مع النص صراحة على نفي الأثر الرجعي لبطلان الشركة فان القانون الفرنسي يجعل منه قاعدة أساسية بحيث يزيل خيار البطلان بالنسبة للغير إذا طلب احد الاغيار بطلان الشركة بأثر رجعي كالدائن الشخصي لأحد الشركاء للتنفيذ على حصته، و تمسك أخر بعدم رجعية البطلان كدائن الشركة، فهنا لا يعبر البطلان هو الأصل فيفصل الأول و يجاب إلى طلبه باعتبار أن البطلان هو الأصل بل يفضل الثاني بحيث ينقلب الأصل في التشريع الفرنسي و يصبح البطلان الشركة بأثر رجعي هو الاستثناء و البطلان بأثر فوري هو الأصل. [1]

و هو على العكس ما هو معمول به في التشريع الوطني انه في حالة تعارض الاختيار إذا تمسك الغير ببقائها بينما دائنو الشركاء الشخصين تمسكوا ببطلانها فان البطلان هو الأصل حيث يغلب القضاء جانب الدائنين الشخصيين. [2]

ثانيا: الفرق بين الشركة الفعلية و الشركة من الواقع:

لم يفرق المشرع الجزائري بين الشركة الفعلية و الشركة المنشاة من الواقع على الرغم من أهمية التفرقة بينهما، و هذه التفرقة لها أهميتها خاصة في ظل القانون الفرنسي حيث درج الفقه الفرنسي على التفرقة بين الشركة التجارية الفعلية و الشركة المنشاة من الواقع.

فبالنسبة للشركة الفعلية اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينها غير انه توافر أحد الأسباب التي تهدد عقد الشركة بالزوال و هي تتمتع بالشخصية المعنوية من الفترة بين تكوينها إلى وقت الحكم ببطلانها. [3]

---

[2]، المرجع نفسه، ص 115.

[3]،المرجع نفسه ، ص116

[1]مراد منير فهيم: المرجع السابق، ص 178.

[2]زكري إيمان: المرجع السابق، ص 124

[3]محمد فتاحي : **الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائرية** ، مجلة العلوم القانونية و السياسية، العدد 13 جوان 2016، ص 99.

أما الشركة المنشاة من الواقع لا تستند إلى عقد اتجهت إرادة الأطراف إلى تكوينه و إنما هي حالة واقعية للشركة تجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

فتعتبر الشركة الناشئة من الواقع ذلك الوضع الذي يتصرف فيه شخصان أو أكثر تصرفات الشركاء دون أن يكونوا قد عبروا عن إرادتهم في تكوين الشركة فهي وضع غير اختياري.[4]

و شركة الواقع تشترك مع الشركة الفعلية في عدم توافر الإجراءات الشكلية و تختلف معها فان هذه الأخيرة شخصية معنوية في الفترة بين تكوينها إلى حكم القاضي ببطلانها و تمتد شخصيتها بالقدر اللازم لتصفيتها أما الشركة المنشاة من الواقع فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية و يجوز إثباتها بجميع الطرق سواء من الشركاء أو الغير.

و من أمثلة الشركات المنشاة من الواقع في القانون الفرنسي أن تساعد الزوجة زوجها في أعماله التجارية و بعد وفاته تدعي أن هناك شركة من صنع الواقع تربطها بزوجها لتحصل على حقها في الأرباح في فائض التصفية.

و قد اخضع المشرع الفرنسي أحكام الشركات المنشاة من الواقع إلى أحكام شركة المحاصة[1]في حين نجد أن المشرع الجزائري سكت و لم يحدث على هذا النوع من الشركات بالرغم من تزايد وجودها في الوقت الحالي خاصة مع تطور تكنولوجيا الاتصالات.

المبحث الثاني: مراجعة قواعد الانقضاء و التصفية

أسباب انقضاء الشركات مختلفة و متعددة منها أسباب قانونية[2]و أسباب إرادية[3] و أسباب قضائية[4]، و إذا توافرت احد هذه الأسباب لابد من تسوية العلاقات المختلفة التي تنشا نتيجة

---

[4]*(La société de fait est la situation dans laquelle, deux ou plusieurs se comportées en fait comme des associes, sons avoir exprimé la volonté de former une société……. La société crée de fait est un statut subi non choisi) France*

[1]محمد فتاحي: المرجع السابق ص 100

[2]أسباب قانونية متمثلة في: - انقضاء الميعاد المحدد لها (أقصى مدة 99 سنة) – تحقيق الغرض الذي أنشأت من اجله – هلاك جميع أموال الشركة أو جزء كبير منها – اجتماع الحصص في يد شريك واحد – التأميم – موت احد الشركات التضامن

[3]أسباب إرادية متمثلة في الضم و الإدماج – انسحاب احد الشركاء في شركة التضامن

[4]/ أسباب قضائية متمثلة في: - عدم وفاء احد الشركاء بالتزامه – فصل الشريك في شركة التضامن – خروج احد الشركاء في الشركة ذات.م.م – عدم توافر الحد الأدنى في شركة المساهمة(7 شركاء) – حالة خسارة شركة ذات.م.م ثلاث أرباع رأسمالها

للوجود القانوني للشركة، و تصفية موجودات الشركة و قسمة هذه الموجودات بين الغير، ثم بعد ذلك قسمة المتبقي بين الشركاء و المساهمين.

غير انه في التشريع الحديث للشركات تميزت القواعد العامة للانقضاء الشركة بتأثيرها بمفهوم الشركة كتنظيم قانوني للمشروع و بالتالي توخيها دعم الاستقرار اللازم للشركات و الحلول دون خسارتها ككيان اقتصادي له وزنه، و ذلك بدعم فكرة تحول الشركة لتلافي الانقضاء بقوة القانون و قصر انقضاء الشركات على الحل القضائي و الحل الاتفاقي.

غير أن المشرع الجزائري فشل في تطبيق هذه الفكرة و يظهر ذلك جليا في الانقضاء بقوة القانون خاصة بالنسبة لموت احد الشركاء في شركة التضامن و كذا في اجتماع الحصص في يد شريكواحد، وهذا ما سوف يأتي في المطلب الاول .

كما انه احدث اختلالات في قواعد التصفية بالنسبة للإحالةالقانونية فيما يخص تقادم دعوى مسؤولية المصفي وكذلك احدث تناقضا بين نصوص القانون المدني و القانون التجاري في حالة قسمة قيمته المتبقي بعد التصفية وهذا ما سوف يتم الحديث عنه في المطلب الثاني

المطلب الأول: مراجعة قواعد الانقضاء القانوني

حسب القواعد العامة للانقضاء فان شركة التضامن تنقضي بسبب موت احد الشركاء على اعتبار قيامها على الاعتبار الشخصي، كما تنقضي الشركة في حالة اجتماع الحصص في يد شريك واحد، و هذا ما تجاوزته التشريعات الحديثة عن طريق تطبيق فكرة التحول القانوني للشركة لدعم الاستقرار اللازم للشركات من اجل الحفاظ عليها حماية لحقوق الشركاء و الغير المتعامل معها و هذا في إطار تخفيف أو التقليل من حالات الانقضاء و هذا ما فشل فيه المشرع الجزائري. يظهر ذلك من خلال الحديث عن الانقضاء بسبب موت شريك في شركة التضامن من خلال الفرع الاول ، وحالة الانقضاء بسبب اجتماع الحصص في يد شريك واحد من خلال الفرع الثاني .

الفرع الأول: موت الشريك في شركة التضامن

الأصل أن وفاة الشريك المتضامن في شركة التضامن يؤدي إلى انقضاء الشركة بقوة القانون، غير أن المادة 2/562 ق.ت تسمح للقاصر بالاشتراك في شركة التضامن من خلال تلقي حصة مورثه المتوفي إذا وجد بند في القانون الأساسي يقضي بذلك أي باستمرار الشركة بعد وفاة الشريك المتضامن مع ورثته و لو كانوا قصرا.

غير أن وضع القاصر باعتباره ناقص أو عديم الأهلية لا يسمح له في الأصل بالانضمام إلى شركة مثل شركة التضامن التي تقضي المادة 551 ق.ت اكتساب الشركاء فيها لصفة التاجر، و بالتالي انتماؤه لهذه الشركة يكسبه وصف التاجر الأمر الذي من شانه أن يعرضه لمختلف الأخطار المترتبة عن هذا الوصف في حالة تعرض الشركة ذاتها للإفلاس حتى و إن كانت المادة 2/562 ق.ت قد أوضحت بان مسؤوليته القاصر عن التزامات الشركة تحدد بحصة مورثه فحسب، إذ انه لم يتطرق إلى حالة الإفلاس و بالتالي فان نفاذ هذا الشرط يقضي بإمكانية إشهار إفلاس القاصر في الحالة التي تخضع لها الشركة لهذا التدبير، و مسؤوليته عن ديون الشركة يمكن أن تتجاوز من الناحية الواقعية حدود حصته و هذا إهدار للحماية الواجبة للقاصر.[1]

إذن فان منهج الحماية الواجبة للقاصر الذي تفرضه القواعد العامة المنظمة لشركة التضامن تستدعي تسوية الوضعية الناجمة عن اشتراكه فيها بشكل يحفظ من جهة الحقوق المالية للقاصر و من جهة ثانية مصلحة الشركاء المتضامنين و هو ما كان يمكن أن يتحقق في حالة تعديل المادة بحيث يتم الاحتفاظ بالشركة مع تحويلها إلى شركة توصية بسيطة يحتل فيها القاصر مركز الشريك الموصي.

تنبغي الإشارة إلى أن حكم القاضي باستمرار الشركة مع الورثة الشريك المتوفي ولو كانوا قصرا تجد لها مرجعا أصليا ضمن الحكم العام المقرر في القواعد للشركات في التقنيين المدني في المادة 02/439 التي تنص " تنتهي الشركة بموت احد الشركاء أو الحجز عليه او باخسا ره أو بإفلاسه.

إلا انه يجوز الاتفاق في حالة ما إذا مات احد الشركاء أن تستمر الشركة مع ورثته و لو كانوا قصرا" و بالتالي فهذا الشرط الثاني من هذه المادة أيضا يحتاج إلى إعادة النظر.

---

[1]. عبد الحق قريس: المرجع السابق ، ص11.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في قانون الشركات التجارية لسنة 1966 استبعد أسباب الانقضاء المتعلقة بالاعتبار الشخصي بالنسبة لشركة التضامن و شركة التوصية البسيطة عن طريق فكرة التحول أو تغيير الشكل القانوني للشركة في حالة وفاة الشريك فقد نصت في المادة 21 من هذا القانون على مختلف الاحتمالات التي ينص عليها نظام الشركة بما في ذلك استمرارها مع الورثة و يكون من بينهم قصرا و هذه الحالة تقتضي تحويلها إلى شركة توصية بسيطة[2] من اجل الحفاظ على الشركة و حفظ حق القاصر في نفس الوقت و هو نفس الحكم المقضى به في المادة L 221-15/7 ق.ت الفرنسي.[3]

و الغريب في الأمر أن المشرع الجزائري أجاز في المادة 563 مكرر 3/9 ق.ت بالنسبة لشركة التوصية البسيطة انه في حالة وفاة الشريك المتضامن و لم يوجد شريك متضامن ليحل محله أن تتحول الشركة خلال سنة إلى شكل آخر و في الغالب يكون شركة ذات.م.م، و لكنه لم يفعل ذات الأمر في شركة التضامن مع أن كلاهما قائم على الاعتبار الشخصي رغم أن الفرصة كانت تسمح له بإجراء التعديل على نص المادة 562 في الق.ت و إعادة النظر فيها، إلا أن هذا الحكم ظل صامدا لمدة 40 سنة من تاريخ صدور الق.ت رغم التعديلات المهمة التي عرفتها أحكام الشركات التجارية طوال هذه المدة خاصة بعد استحداث شركة التوصية لبسيطة خلال التعديل الصادر سنة 1993.

و بالتالي و مع كل ما سبق فالأفضل إعادة صياغة المادة 2/552 ق.ت و النص صراحة على اعتبار الورثة شركاء موصون في شركة تضامن في حالة الاتفاق على استمرارها معهم بعد وفاة مورثهم و ذلك لتفادي الآثار التي قد تنتج كونهم ناقصي الأهلية و لضمان انسجام وحدة الأحكام الخاصة بشركةالتضامن و احترام المبادئ التي تقوم عليها[1] أي تتحول شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة في مدة زمنية معينة و لتكن سنة و ليس ثمة مانع من النص على أن الشركة

[2] مراد منير فهيم: المرجع السابق ، ص 172.

[3] عبد الحق قريس: المرجع السابق، ص 18

[1] ذلك أن الشريك في شركة التضامن الأصل فيه تحمل مسؤولية تضامنية غير محدودة غير أن المشرع الجزائري من خلال المادة 2/562 ق.ت أضاف فئة أخرى من الشركاء ضمن شركة التضامن تكون مسؤوليتهم بقدر حصتهم من رأسمال و هي ميزة شركات الأموال في الأصل

يمكن أن تعود إلى شكلها الأول إلى شركة تضامن متى اكتملت أهلية القاصر مع استقراء الإجراءات المطلوبة قانونا.[2]

و يستتبع ذلك تعديل المادة 439 ق.م بإضافة فقرة تستثني الشركات التجارية من الحكم الوارد فيها و خضوعها لأحكام القانون التجاري.[3]

الفرع الثاني: اجتماع الحصص في يد شريك واحد:

أن التشريعات الحديثة للشركات تعمل على التراجع عن تقرير الانقضاء بقوة القانون حتى في حالة مخالفة لأحكام الخاصة ببعض الشركات، و أساس ذلك انه إذا كان من الصائغ أن يزيل القانون اثر كل تصرف أو إجراء و اعتباره كان لم يكن فانه من باب أولى لا يجوز أن يضع القانون بأثره الفوري حدا لكيان الشخص المعنوي حفاظا على استقرار المعاملات و حفظا للحقوق.

إن حكم القاضي بانقضاء الشركة بقوة القانون في حالة اجتماع الحصص في يد شريك واحد يشكل تناقضا مع التغيرات الحديثة التي طرأت على القانون التجاري و أهمها صدور الأمر رقم 96-27 الذي استحدث شكل شركة جديد في المادة 2/546 ق.ت هي شركة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة.

و بالتالي من باب أولى هو تحويل شكل الشركة او تغير شكلها القانوني لتلاقي سبب الانقضاء.

و هذا ما اخذ به المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 5/1844 من الق.م على عدم انقضاء الشركة بقوة القانون في حالة اجتماع الحصص في يد شخص واحد مع تمكين كل ذي شان من طلب الحل القضائي إذا لم يتم تصحيح الوضع خلال سنة.[1]

و هذا بخلاف المشرع الجزائري بحيث لا نجد نظير لهذا الحكم في القانون و بالتالي يترتب عليه حل الشركة في هذه الحالة بحكم القانون.

---

[2] عبد الحق قريس:المرجع السابق ، ص 17

[3] المرجع نفسه ،ص 18

[1] مراد منير فهيم: المرجع السابق ص 180

و الغريب في الأمر أن المشرع الجزائري نص في المادة 1/590 ق.ت على انه لا تطبق أحكام المادة 441 ق.م و المتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع الحصص في يد شريك واحد على الشركة ذات.م.م.هي تفرقة بين أشكال الشركات لا نجد لها مبررا ولا تفسيرا.

و بالتالي ضرورة إعادة النظر في هذه المادة و تعديل المادة 441 ق.م باستثناء الشركات التجارية من هذاالحكم على أساس التعديلات الحديثة التي طرأت على القانون التجاري باستحداثه لشركة ذات الشخص الواحد.

المطلب الثاني: مراجعة قواعد التصفية والقسمة:

التصفية هو إجراء ملازم لانقضاء الشركة وواجب لحماية دائنيها حتى يحصلوا على حقوقهم وقد نصت المادة 766 ق.ت على أنه " تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب، و يتبع عنوان أو اسم الشركة بالبيان التالي "شركة في حالة تصفية"، هذا لاجراء الذي يستوجب تعيين مصفي اما من طرف الشركاء او من طرف القضاء اذا لم يتفق الشركاء على تعيينه ،، وذلك للقيام بمجموعة من المهام ابرزها استفاء حقوق الشركة وسداد ديونها ثم قسمة الاموال المتبقية على الشركاء.، غير انه يلاحظ ان المشرع الجزائري وقع في تناقضات وأخطاء جسيمة في معالجته لقوعد التصفية وهذا ما سوف يتم الحديث عنه في الفرع الأول وكذا في معالجته لقواعد قسمة الاموال المتبقية وهذا ماسيتم التطرقإليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مراجعة قواعد التصفية

يتمتع المصفي خلال مرحلة التصفية بمجموعة من السلطات ومجموعة من المهام والأعمال التي يقوم بها من اجل الوصول الى تصفية الشركة ، وفي حالة تجاوز المصفي للسلطات الممنوحة له اوعند ارتكابه لخطا في تنفيذ اعماله فانه يسال عنها شخصيا بالإضافةإلى ذلك يسال المصفي عن التعويض الضرر الذي يلحق بالشركة أو الغير عن أخطائه (مسؤولية مدنية)

وقد نصت المادة 776 ف 1 من ق ت ج بانه" يكون المصفي مسؤولا تجاه الشركة والغير عن النتائج الضارة الحاصلة عن الأخطاء التي ارتكبها "

وقد نصت ذات المادة في الفقرة الثانية منها على تقادم دعوى المسؤولية ضد المصفي حيث تحيل هذه الفقرة الى نص المادة 696 من ق ت ج غير أنهاإحالة لاتستقيم شكلا ولا موضوعا فبالرجوع الى هذه المادة نجدها لاتتكلم على مسالة تقادم الدعوي ضد المصفي مم يعكس مرة اخرى على عدم الانسجام والتناسق بين القواعد القانونية فكان حلي بالمشرع إحالتهاإلى نص المادة 715 مكرر 26 ذلك ان المشرع نص على انه عند انحلال الشركة تنتهي سلطات مجلس الإدارةأوالمسيرين ويحل محلهم المصفي ، وقد نصت هذه المادة على " تتقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة مشتركة كانت او فردية بمرور ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ ارتكاب العمل الضار او وقت العلم به ان كان قد اخفى ، غير ان الفعل المرتكب ان كان جناية فان الدعوى في هذه الحالة تتقادم بمرور عشر سنوات ".

الفرع الثاني : مراجعة قواعد قسمة الأموال المتبقية

قرر الفقه والقضاء بقاء الشخصية المعنوية وبصفة استثنائية خلال التصفية من اجل تسهيل إجراء التصفية و بالقدر اللازم لها حماية للغير و هذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 2/766 ق.ت. وقد علمناأنه يقوم بتمثيل الشركة في فترة التصفية المصفي في مواجهة الغير و الشركاء يمنع على المصفي القيام بالأعمال التي تطيل حياتها.

و تتمثل مهام المصفي أساسا في تحصيل ديون الشركة سواء اتجاه الغير أو اتجاه الشركاء في حالة عدم مساهمتهم، ثم يقوم ببيع ممتلكات الشركة بطريقة ودية أو عن طريق المزاد العلني إذا كان القانون الأساسي للشركة يشترط ذلك. و من خلال الأموال التي يجمعها المصفي يقوم بدرجة أولى بدفع ديون الشركة و كذا القروض و المصاريف التي قدمها احد الشركاء للشركة بعد ذلك يشرع في تقسيم الأموال المتبقية و هذه الأحكام هي نفسها الأحكام العامة المتعلقة بقسمة المال المشاع طبقا لنص المادة 448 ق.م التي تنص " تطبق في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال المشاع" على انه بالنسبة لقسمة الأموال المتبقية على الشركاء نصت المادة 4/447 ق./ على انه " إذا بقي شيء وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل واحد في الأرباح".

أما نص المادة 733 ق.ت فتنص على انه " تتم قسمة المال الصافي المتبقي بعد سداد الأسهم الاسمية أو حصص الشركة بين الشركاء بنسبة مساهمتهم في رأسمال الشركة و ذلك استثناءللشروط المخالفة للقانون الأساسي".

وواضح أن هناك تناقض بين المادتين، فالسؤال المطروح ما هي الأحكام التي تطبق. و للإجابة عن هذا السؤال فان أعمال قاعدة الخاص يطبق العام تقتضي بان النص التجاري هو الذي يطبق على الشركات التجارية، على انه يحرم صاحب حصة العمل من أي حق في المال لان حصة مقدم العمل لا تدخل في رأسمال، ثم إن هذا المال المتبقي هو في الأصل ربح فالأولى تقسيمه بحسب نصيب كل واحد في الربح.[1]

[1] بوخرص عبد العزيز: محاضرات النظرية العامة للشركات – كلية الحقوق و العلوم السياسية محمد بوضياف المسيلة سنة 2004-2005

و بالتالي تظهر ضرورة تدخل المشرع للقضاء على هذا التناقض و إزالة الغموض و تعزيز الانسجام بين قواعد القانون المدني و التجاري في مجال الشركات بشكل يحفظ حقوق كل الشركاء بما فيهم مقدم حصة العمل.

خـــاتمـــة

بعد العرض التفصيلي لمختلف جوانب هذا البحث الذي حاولنا من خلاله الإجابة على الإشكالية التي طرحنها في مقدمة الدراسة خلصنا إلى جملة من النتائج أهمها:

- إن المشرع الجزائري أحاط الشركات بجملة من الأحكام القانونية الداخلة في أدق تفاصيلها و منظمة لها موزعة بين القانون المدني الذي يظم الأحكام العامة لكل الشركات و بين القانون التجاري الذي يظم الأحكام الخاصة في الشركات التجارية و ذلك لأنها من أهم الهياكل القانونية في النشاط الاقتصادي و هي تساهم بشكل كبير في التقدم في مجال الإنتاج.

غير أن هذه الأحكام و نظرا للظروف التي صدرت فيها اتسمت بكثير من التناقضات أو العيوب ان صح التعبير التي تستوجب إعادة النظر فيها.

- عرف المشرع الجزائري الشركة في القانون المدني دون القانون التجاري رغم ان التطور و قوة الشركات جعل معظم أحكامها في القانون التجاري و قد اقتبس المشرع الجزائري نص هذه المادة من نظيره الفرنسي من نص المادة 1832 و تحديدا في تعديل هذه المادة صادر سنة 1978 رغم أنها عدلت في سنة 1985 و هذا التعديل الأخير هو الأهم الذي أعطى المفهوم الحديث للشركة، برغم من أن تعديل هذه المادة عند المشرع الجزائري صدر سنة 1988.

- المشرع الجزائري اختار أن يكيف الشركة على أنها عقد و بالتالي حسم في الجدل الفقهي الواسع حول الطبيعة القانونية للشركة بالرغم من أن كل التشريعات الحديثة تتجه بشكل واضح إلى فكرة التنظيم القانون واعتبار الشركة مشروع خاضع لتنظيم القانون و ليس لسلطان الإرادة على غرار العقد، أو محاولة جعل النصوص القانونية المنظمة للشركة منسجمة مع النظرة الفقهية الحديثة القائمة على المزاوجة بين فكرة العقد و فكرة النظام.

- من خلال المادة 416 ق.م عدد المشرع الجزائري الشروط الموضوعية الخاصة لتكوين الشركة وقد تخلل هذه المادة جملة من العيوب الشكلية التي أثرت في صياغة هذه المادة بشكل واضح و صريح و انعكس هذا التأثير عن الجانب الموضوعي.

فشرط التعدد و اعتبار الشركة لا تقوم إلا بين شخصين أو أكثر هو شرط يتعارض مع فكرة الشركة ذات.م.م و ذات الشخص الوحيد التي تبنها المشرع الجزائري، وشرط تقديم الحصة الذي بدأت فعاليته تتراجع بعدما اعترف التشريع الحديث بحق الربح وحق الإدارة و حتى بصفة الشريك لبعض العاملين في الشركة برغم من عدم تقديم الحصة على غرار قبول الثقة التجارية والمالية كحصة في الشركة و أيضا منح حصص التأسيس كمقابل للخدمات المميزة التي يقدمها بعض العاملين أثناء تأسيس الشركة لكن المشرع الجزائري بقي بعيدا عن كل هذا جملة و تفصيلا.

و بالنسبة لشرط اقتسام الربح و الخسارة فقط وسع المشرع الجزائري من مفهوم الربح ليشمل تحقيق اقتصاد و كذا بلوغ هدف اقتصادي مشترك على أن هذا الأخير يتداخل مع هدف التجمع الذي تبناه المشرع الجزائري.

و في الأخير بالنسبة لشرط نية الاشتراك الذي هو شرط مفترض في التصور التعاقدي للشركة فان الاعتبارات الواقعية تبرز تراجع هذا الشرط ذلك أن المساهم العادي لا يكترث سوى بالربح و كذا للاعتبارات القانونية التي تظهر مظاهر عدم المساواة بين صاحب السهم العادي و صاحب السهم الممتاز في الحقوق بالنسبة لشركات الأموال و كذا بين الشريك الموصي و الشريك المتضامن في شركات الأشخاص.

- التشريعات الحديثة بدأت تتجه إلى وضع قانون مستقل و شامل يظم كل الأحكام العامة والخاصة المتعلقة بالشركات كحتمية فرضتها طبيعة الشركات التي بات واضحا خروجها من دائرة أحكام القانون المدني و التجاري على حد سواء و ذلك من اجل من وضع أساس سليم يمتاز بالترابط و تناسق بين قواعد القانون المتعلقة بالشركة دون اعتداد بطبيعة نشاطها أو شكلها القانوني

- المشرع الجزائري وسع من نطاق البطلان بالنسبة للشركات و هذا على عكس ما اتجهت إليه التشريعات الحديثة التي تسعى قدر المستطاع للحفاظ على هذا الكيان القانوني الفاعل في الاقتصاد كما انه عجز على حفظ حقوق الشركاء و الغير في حال انقضائها بالبطلان سواء قبل

ممارستها النشاط أي أثناء فترة التأسيس فلم يوضح من هو المسئول في هذه الحالة و حتى كيفية إقامة المسؤولية سواء

المدنية التي تمس جميع الشركات أو الجزائية المتعلقة بشركات المساهمة و هو ما عكس الجمود التشريعي في هذا المجال. أو بعد ممارستها للنشاط(الشركة الفعلية) التي تقوم على مبدأ عدم سريان البطلان بأثر رجعي و اقتصار أثره على المستقبل فقط، هذا المبدأ الذي أصبح في التشريعات الحديثة هو الأصل و البطلان هو الاستثناء على عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري الأمر الذي حال دون تطور هذه النظرية في التشريع الجزائري.

- و على غرار البطلان اتجهت التشريعات الحديثة للحد من انقضاء الشركات بوضع آليات و أفكار قانونية بما يعرف بالتحول القانوني كما هو الأمر بالنسبة لموت الشريك في شركة التضامن و اجتماع الحصص في يد شريك واحد، أين يسمع بالنسبة للأول تحويلها إلى شركة توصية بسيطة و بالنسبة للثاني إلى شركة ذات مسؤولية محدودة و ذات شخص وحيد غير أن المشرع الجزائري لم يوظف هذه الأفكار رغم كل الفرص كانت متاحة قبل كل تعديل.
- المشرع الجزائري وقع في تناقض بين الأحكام العامة في القانون المدني و الأحكام الخاصة في القانون التجاري بالنسبة لتقسيم الأموال المتبقية بعد التصفية بين الشركاء، أبحسب نصيب كل واحد في الأرباح كما هو منصوص عليه في القانون المدني أم بحسب مساهمتهم في رأس مال الشركة كما هو منصوص عليه في القانون التجاري؟ و هذا التناقض يؤدي إلى هدر حقوق بعض الشركاء خاصة إذا ما اتبعنا نص الوارد في القانون التجاري في هذا المجال بإتباعنا للقاعدة الفقهية "الخاص يقيد العام".

و مع كل هذه النتائج المتوصل إليها نقترح جملة من التوصيات و التي سبق الذكر الكثير منها في متن هذا الموضوع بحسب موضعه و هي كالآتي:

- تخلي المشرع الجزائري عن وضع تعريف صريح للشركة في القانون المدني ذلك ان تعريف مهمة فقهية و قضائية خالصة و إن كان لابد من التعريف فيجب إعادة صياغة المادة 416 من القانون المدني بعيدا عن تكيفها بأنها عقد.

- إضافة فقرة ثانية لنص المادة 416 ق.م تسمح بتأسيس الشركة بالإرادة المنفردة حينما يسمح القانون بذلك، بما ينسجم مع وجود شركة ذات.م.م و ذات الشخص الوحيد.
- الاكتفاء بعبارة "شخصان" بدل عبارة" شخصان طبيعيان أو معنويان" لان ذلك توضيح مالا يستحق التوضيح.
- الاكتفاء بعبارة تقديم حصة من "مال أو عمل" بهذا الترتيب بدل عبارة حصة من " عمل أو مال أو نقد" الواردة في نص المادة 416 ق.م كون المال يشكل النقد و العين، و بنظر إلى شيوع الحصص النقدية و أهميتها.
- إعادة صياغة المادة 420 ق.م و السماح بان تكون حصة الشريك ممثلة في الثقة المالية و التجارية بشرط المسؤولية التضامنية الغير محدودة، مع عدم السماح بان تكون حصة الشريك و ما يتمتع به من نفوذ، و إعادة النظر في صياغة المادة 715مكرر21 التي تمنع حصص التأسيس أو حصص المستفيدين بالنسبة لشركات المساهمة لانتفاء مبرر منعها.
- حذف عبارة هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، من المادة 416 ق.م مادام ان المشرع الجزائري قد أوكل ذلك إلى التجمعات المنصوص عليها في المادة 796 ق.ت.
- دراسة إمكانية وضع قانون شامل و موحد لقانون الشركات يظم جميع قواعدها العامة والخاصة على السواء و بغض النظر على طبيعة نشاطها مدنية أو تجارية.
- ضرورة تقليص نطاق البطلان وحصره في وجود نص صريح بالبطلان و إذا كان غرض الشركة غير مشروع أو مخالف للنظام العام من اجل الحفاظ على الشركة و بالتالي حذف عبارة "أو البطلان الذي يسري على بطلان العقود" في المادة 733 ق.ت للخروج أولا من التكييف الصريح للشركة أنها عقد و ثانيا لتقليص حالات البطلان.
- إعادة صياغة المادة 1/126 ق.م و اقتصار البطلان على الشرط أو الاتفاق المخالف لركن اقتسام الأرباح و الخسائر و اعتباره كان لم يكن، يستتبع ذلك إعادة صياغة المادة 733 بعدم تأثير شرط الأسد على جميع أنواع الشركات.

- إعادة صياغة المادة 738 الق.ت و إحالة تقدير قيمة الحقوق في الشركة الواجبة دفعها للشريك في حالة التنازع لتخلف الأهلية و لعيوب الرضا إلى المادة 1/555 ق.ت.
- إعادة صياغة المادة 549 ق.ت التي تحدد المسؤولية المدنية للمؤسسين و دعمها بمواد قانونية إضافية لتوضيح جميع جوانبها و إزالة كل الغموض الذي يحيط بهذه المادة.
- إعادة النظر في الأحكام المنظمة للمسؤولية الجزائية لشركة المساهمة من خلال المواد 806-807-808-810 ق.ت و ذلك لجمودها وتناقضها مع الأحكام الجديدة التي ادخلها المشرع ضمن التعديل الجديد.
- تطوير نظرية الشركة الفعلية على غرار التشريعات الحديثة من اجل ضمان حفاظ أكثر لحقوق الغير و شركاء و توسيع أسابها ليشمل الأركان الموضوعية الخاصة و تعميمه على جميع أنواع الشركات مع دراسة مقتضيات الواقع الاقتصادي الذي فرض أشكال من الشركات تنشا من الواقع لابد من التطرق إليها و تنظيمها.
- إعادة صياغة المادة 2/562 ق.ت التي تسمح للقاصر الاشتراك في شركة التضامن من خلال تلقي حصة مورثه المتوفي، و ذلك باعتبارهم شركاء موصون في الشركة و تحويل الشركة الى شركة توصية بسيطة. و يستتبع ذلك تعديل المادة 439 ق.م بحيث تستثني الشركات التجارية بالحكم الوارد فيها.
- أعمال فكرة التحويل القانوني بدل الانقضاء في حال اجتماع الحصص في يد الشريك الواحد عن طريق تحويلها إلى شركة ذات.م.م و ذات الشخص الوحيد.
- إعادة النظر في قواعد التصفية من خلال إزالة التناقض بين المادة 793 ق.ت و 4/447 ق.م من خلال إعادة النظر في نص المادة 793 ق.ت حتى لا يحرم صاحب حصة العمل في حقه من المال المتبقي بعد التصفية بجعل قسمة المال المتبقي بحسب نصيب كل واحد في الربح و ليس بحسب مساهمتهم في رأس المال. واعادة النظر في احالة المادة 776ق ت بالنسبة للفقرة الثانية وتصحيحها بدل الإحالة للمادة 696 ق ت إحالتها للمادة 715 مكرر 26 ق ت ج

تم بحمد الله

قائمة المراجع و المصادر:

- النصوص القانونية:

- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية رقم 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية رقم 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم.

أولا: باللغة العربية

1- الكتب

--**إلياس ناصيف**: موسوعة الشركات التجارية الجزء الأول الأحكام العامة للشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2008.

- **بلعيساوي محمدالطاهر**: الشركات لتجارية،النظريةالعامة وشركات الأشخاص ج1 دارالعلومل لنشرو ا لتوزيع – الجزائر – بدون طبعة 2014

-**سميحة القليوبي**: الشركات التجارية دار النهضة العربية- القاهرة 2011 طبعة3

- **عباس حلمي المنزلاوي:** القانون التجاري (الشركات التجارية) ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر ط 2 - 1988 .

- **فتات فوزي**: الضوابط القانونية للوفاء بالحصص و التصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية، وهران بدون طبعة 2007.

- **مراد منير فهيم** : نحو قانون واحد للشركات: توزيع منشاة المعارف بالإسكندرية ، مصر بدون طبعة سنة 1991.

- **مؤيد احمد محي الدين عبيدات:** الرقابة الحكومية على تأسيس الشركة (دراسة مقارنة)-لا دار الحامد لنشر و التوزيع و دار الراية للنشر و التوزيع- الأردن عمان 2008 طبعة1.

- **نبيل إبراهيم سعد:** مدخل إلى القانون- نظرية الحق : منشورات الحلبي الحقوقية- دمشق الطبعة-1- 2010.

2- المقالات

-**بوخرص عبد العزيز:** مسؤولية المؤسس في شركات المساهمة مجلة دفاتر السياسة و القانون العدد 18 جانفي 2018.

- **بوخرص عبد العزيز:** نحو إعادة صياغة نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري مجلة العلوم السياسية و القانون – العدد 15 ماي 2019 – المركز الديمقراطي العربي – ألمانيا برلين-

- - **قريمس عبدالحق:** (شريك قاصرفي شركة التضامن؟ضرورة تعديل نص ا لمادة 562 ق.ت) مجلةأ بحاث قانونية وسياسية العددالخامس 2017

-**م.فاروق إبراهيم جاسم** تحديدمفهوم المؤسس في شركةالمساهمة " دراسةمقارنةفي القانونا لعراقي واللبناني والانجليزي والفرنسي " مجلةجامعةا لانبار للعلوم القانونية والسياسي جامعة المستنصرية ا لعراق العدد الثامن.

-**محمد فتاحي** (الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري) مجلة العلوم القانونية و السياسية العدد 13 جوان 2016.

- الرسائل الجامعية

- زكري يمان (حماية الغير المتعاملين مع الشركة التجارية) رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان 2016 - 2017.

- شمله عبير (الجزاءات الموقعة على الشركات التجارية في التشريع الجزائري) مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة – 2015 -2016.

الدروس والمحاضرات

- **بوخرص عبد العزيز:** محاضرات النظرية العامة للشركات – كلية الحقوق و العلوم السياسية محمد بوضياف المسيلة سنة 2004-2005

- **جمال رواب**: دروس في نظرية الحق معهد العلوم القانونية و الإدارية المركز الجامعي بخميس مليانة ط-1-2015.

- **طباع نجاة**: مطبوعة قانون الشركات: جامعة عبد الرحمان ميرة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجاية: طبعة1 : 2018-2019.

ثانيا باللغة الفرنسية

MARTY ; J ; P « La destination du droit civil et droit commercial dans la législation contemporaine » RTD.com, 1981. p 671-802

FOYER, Jean « La réforme du titre IX du lièvre III de code civile » RTD.com, 1978. p 1-23.

BRUNO Dondro, Droit des sociétés (droit commun), cours 3eme année licence, université paris école de droit de la Sorbonne

المحتويات

قائمة المختصرات.....1

مـــقـدمـــة 2

الفصل الأول: مراجعة المفاهيم المتعلقة بالشركة 10

المبحث الأول : مراجعة التعريف التشريعي للشركة في القانون الجزائري.....11

المطلب الأول : التأصيل التاريخي لنص المادة 416 ق، م والتمسك بالطابع العقدي للشركة.....11

الفرع الأول: التأصيل التاريخي لنص المادة 416 من القانون المدني:.....11

الفرع الثاني: التراجع عن التصور التعاقدي في تعريف الشركة:.....15

المطلب الثاني : التراجع عن الشروط الموضوعية الخاصة للشركة 20

المطلب الثاني: خصائص قانون الشركات: 36

الفرع الثاني: الطابع الأمر لقواعد الشركات التجارية 37

الفصل الثاني: مراجعة قواعد البطلان و الانقضاء 40

المبحث الأول: مراجعة قواعد البطلان 41

المطلب الأول: مراجعة نطاق البطلان و قواعد التصحيح.....41

الفرع الأول: نطاق البطلان.....41

الفرع الثاني: مراجعة قواعد التصحيح 46

المطلب الثاني: مراجعة آثار البطلان 47

الفرع الأول: بطلان الشركة السابق عن ممارسة نشاطها.....48

الفرع الثاني: بطلان الشركة بعد قيام الشركة و ممارسة نشاطها (الشركة الفعلية).....59

المطلب الأول: مراجعة قواعد الانقضاء القانوني.....64

الفرع الأول: موت الشريك في شركة التضامن.....64

الفرع الثاني: اجتماع الحصص في يد شريك واحد: 67

المطلب الثاني: مراجعة قواعد التصفية والقسمة:.....68

الفرع الأول : مراجعة قواعد التصفية 68

الفرع الثاني : مراجعة قواعد قسمة الأموال المتبقية 70

خـــاتمـــة 72

قائمة المراجع و المصادر:.....77

الملخص:

بهدف ضمان إنشاء الشركات التجارية أو حتى انتهائها بالبطلان أو الانقضاء، على أسس و قواعد سليمة، بشكل يضمن حقوق الشركاء و يحمي الغير المتعامل مع الشركة و بدرجة اكبر حماية الادخار العام، لجأت الدول المتطورة إلى تبني العديد من الأفكار و المبادئ القانونية الجديدة في صياغة الأحكام العامة للشركات المدنية و التجارية على حد سواء بما يتلاءم مع متطلبات النمو الاقتصادي. إلا أن الملاحظ أن صياغة المشرع لهذه الأحكام لم تكن موفقة.

تحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على معظم الأحكام العامة في القانون الجزائري و المتعلقة بالشركات و الموزعة بين القانون المدني و التجاري في محاولة لوضع اليد على أهم النقائص و الثغرات و ذلك بمقارنتها بالقانون الفرنسي بشكل نقدي للنصوص المنظمة للأحكام العامة للشركات.

Résumé :

Dans le but d'assurer la création des sociétés commerciales, même dans leur suppression par invalidité on expiration, sur des bases et des règles solides de manière à garantir les droits des associes,et pour protéger les autres qui n'opèrent pas avec ces sociétés, dans une plus large mesure aussi protéger l'épargne public. Tandis que les pays développés ont recouru à l'adoption de nombreuses idées et règles juridiques nouvelles pour rédiger des dispositions générales pour les societes commerciales et civiles pour fonctionner de la même manière conformément aux exigences de la vie économique. Cependant, ce qui est observé dans la rédaction de ces dispositions par le législateur n'a pas abouti.

Dans cette étude, nous essayons de focaliser sur la plupart des dispositions générales du droit algérien relatif aux socetes et reparties entre le droit civil et le droit commercial afin de mettre la main sur les lacunes et les insuffisances les plus importantes, en le comparant avec la loi française de manière critique dans les règles générales des societes .

الكلمات المفتاحية:

الشركة التجارية – مراجعة –الأحكام العامة – التحول القانوني.

Mots clés :

Société commerciale –Révision - Dispositions générales - Transformationjuridique