وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم :القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الإعتبار الشخصي في شركات االأموال
(شركة المساهمة نموذجا)

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: .الحقوق

التخصص:القانون الخاص

من إعداد الطالب :

– سليماني محمد

تحت إشراف الأستاذة:

– زهدور كوثر

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....بن بدرة عفيف .....رئيسا

الأستاذة .....زهدور كوثر .....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة).....زواتين خالد .....مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم:**2022/07./04.**

الإهداء

أهدي هذا العمل أولا إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما ، وأمدهما بالصحة والعافية ،كما أهديه إلى الزوجة الكريمة والكتكوته الصغيرة " مرام " ابنتي العزيزة

شكر وعرفان

نشكر كل من ساهم في هذا العمل المتواضع من قريب أو بعيد
كما لا يفوتني أن أشكر الاستاذة " زهدور كوثر" التي كان لي شرف
تأطيرها و إشرافها على هذه المذكرة ولم تبخل علينا بالتوجيهات
والإرشادات ، وكل أساتذة كلية الحقوق بجامعة عبد الحميد بن باديس
مستغانم ، وأخص بالذكر الاستاذ " فنينخ عبد القادر " الذي ساهم بتوجيهاته
في هذا البحث ، كما أتقدم بأخلص عبارات التقدير والثناء لأعضاء لجنة
المناقشة الذين قبلوا الاشراف على مناقشة هذه المذكر

مـــقدمـــة

يتميز وقتنا المعاصر ببروز ظاهرة المشروعات الضخمة في ممارسة النشاط الاقتصادي وبالتالي تعاظم قيمة الشركات التجارية في مشاريع التنمية الاقتصادية ، فالشركات باعتبارها أدوات قانونية و اقتصادية تعد مؤشرا كبيرا على مدى نمو وازدهار الحياة الإقتصادية عموما ، وسعة النشاط التجاري الممارس على وجه الخصوص ، و تبعا لذلك فقد تطورت النظم القانونية التي تحكم عمل الشركات لتتكيف وطبيعة هذه الشركات ، و أصبح لكل نوع أحكامه الخاصة التي تسير نشاطه .

ولقد جرى العمل على تصنيف الشركات التجارية إلى نوعين رئيسيين النوع الأول شركات الأشخاص ، أو شركات الحصص (Sociétés de personnes ou par intérêts) والنوع الثاني شركات الأموال أو الشركات المساهمة (Sociétés de capitaux ou par actions) .

يغلُب على شركات الأشخاص الطابع التعاقدي القائم على الاعتبار الشخصي Intuitus personale ، والذي يشكل أساس استمراريتها ويحفظ عملها بشكل دائم إذ أنه يعتبر العمود الفقري في تشكيل هذه الشركات وسير نشاطها وانقضائها، ويعني مفهوم الاعتبار الشخصي ، أن كل شريك فيها إنما اقدم على الاشتراك في الشركة آخذا بالإعتبار شخصية شركائه الآخرين وما يحظون من ثقة وكفاية وحسن تفاهم ومعرفة الشركاء بالأمور التجارية ومقدرتهم المالية وبالتالي تكون الروابط في ما بينهم كشركاء متينة جداً كأعضاء الأسرة الواحدة أو الأصدقاء بوجود الثقة المتبادلة بينهم [1]، وهذا المبدأ الذي يقوم بين الشركاء لدى تأسيس شركة الأشخاص يحتم استمرار أثره في ما بينهم طيلة حياة الشركة ، وبالتالي لا يجوز لأي من الشركاء التنازل عن حصته للغير وذلك لتعارض التنازل مع الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه الشركة ، كما أن الشركاء فيها يسألون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية وهذه

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، الاعتبار الشخصي في شركات الأموال وقانون تملك الأجانب للعقارات .
(دراسة مقارنة), الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت, 2008، ص 16.

المسؤولية تتعدى حدود حصة الشريك لتطال أمواله الخاصة أو الشخصية. كما أن انتقاء المديرين يتم على أساس المؤهل والنزاهة وحسن السيرة والتي تعتبر نفس المعايير الأساسية لإنضمام مساهمين آخرين ، كما أن إدارة الشركة تعود مبدئياً إلى جميع الشركاء ما لم يوجد اتفاق مخالف في نظام الشركة ، وأخيراً فإن شركات الأشخاص تنقضي بالأسباب القائمة على الاعتبار الشخصي ، كالوفاة والإفلاس أو فقدان الأهلية أو انسحاب أحد الشركاء من الشركة و أبرز نموذج عن هذه الشركات شركة التضامن .

أما شركات الأموال فهي الشركات التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي بل على الاعتبار المالي intuitus pecuniae ، ولا يعتد فيها بشخصية الشريك بل العبرة فيها بما يقدمه من حصة مالية ، و من أبرز أنواع شركات الأموال وأكثرها أهمية ونشاطاً في الحياة الاقتصادية هي الشركات المساهمة .

وتعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الاموال فهي تتكون أساسا بهدف تجميع رؤوس الأموال بدون النظر في شخصية المساهمين ، ويتقلص فيها دور الاعتبار الشخصي إلى أقصى حد[1] ، فهذا النوع من الشركات يقوم في الغالب بتنفيذ مشاريع لها مردود اقتصادي كبير لذلك نجد أن الاعتبار المالي يشكل أساسا متينا في تكوينها وفي نشاطها وكذا انقضاءها لكن مع ذلك فمن الخطأ الظن بأن هذه الشركة شركة أموال بحت ينتفى فيها الاعتبار الشخصي تماما وتقوم على الاعتبار المالي لوحده ، أي يعتد فقط بما يقدمه كل شريك من مال دون مراعاة لشخصيته ، فالاعتبار الشخصي مهما تضاءل وزنه في شركة المساهمة فانه لا ينعدم اثره كلية فيها فقد تكون لشخصية المؤسسين أهمية عند التأسيس انطلاقا من سمعتهم التي يتمتعون بها والتي لها الأثر في استقطاب الجمهور على الاكتتاب العام .

[1] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة – "مظاهر الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة "، مجلة الاجتهاد القضائي ، المجلد 13 العدد 02 اكتوبر 2021 ، الصفحة 1088 .

إن التصنيف الواقع على الشركات إلى شركات أشخاص وشركات أموال ، لا يعبر سوى عن تغليب الجانب الشخصي على الجانب المالي بنسب متفاوتة في شركات الأشخاص وغلبة العنصر المالي على العنصر الشخصي في شركات الأموال ولكن هذا لا يعني إن شركات الأشخاص تقوم فقط على الاعتبار الشخصي أو أن شركات الأموال لا أهمية فيها لغير المال ، والدليل الاكبر على ذلك ما تفرضه الجمعية العامة في الشركة من قيود تحظر تداول أسهم الشركة كشرط حصول الشريك على نسبة معينة من رأسمال الشركة أو منع اشتراك بعض الأشخاص المساهمين في شركات أخرى منافسة أو اشتراط تمتع الشريك ببعض المؤهلات والمهارات الفنية أو العلمية لتسيير شركة مساهمة أو اشتراط تمتع الأشخاص بجنسية البلد عند تداول الأسهم [1]، وقد سيطرت هذا النوع من الشركات على الجانب الهام من النشاط الاقتصادي في معظم من الدول ، فاحتكرت أعمال البنوك و التأمين و الصناعات الثقيلة بمختلف أنواعها و استخراج النفط والمعادن إلى غير ذلك من المشاريع التي تحظى بنوع من الأهمية و أصبح تقترب كثيرا في نظامها المؤسسات العمومية في الدولة ، بالنظر لأهمية هذه المشاريع للنهوض بالاقتصاد الوطني وقد تعدى مداها الوسط الاقتصادي و حتى السياسي إلى دول متعدد و التي سميت بالشركات المتعددة الجنسيات sociétés multinationales و في وقتنا الحاضر يطلق عليها تسمية الشركات غير الوطنية و التي تلعب دورا بارزا في اقتصاديات البلدان النامية ونظرا لتزايد أهمية هذا النوع من الشركات بادر المشرع في مختلف الدول الى تفصيل أحكامها في نصوص القوانين الوطنية لكي يحول دون سيطرة أصحاب رؤوس الأموال على اقتصاديات البلد و بالتالي التدخل في صناعة قرارات السياسة الاقتصادية ، ولهذا السبب نجد أن الأحكام الخاصة بتأسيس شركات المساهمة ترمي إلى رقابة نشاط هذه الشركات وتوجيهه الى خدمة الاقتصاد الوطني وحماية أموال المدخرين الصغار ، الذين يجدون

[1] علي فوزي ابراهيم الموسوي ، الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، دراسة في قانون الشركات العراقي ،مجلة العلوم القانونية ،كلية القانون جامعة بغداد ،العدد 2 سنة 2011 ، ص 302

في شراء أسهمها فرصة لاستثمار مدخراتهم [1] ، ومن ذلك أيضا ما نجده من قوانين تفرض بعض القيود على مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية بإعتبارها تنشأ تحت شكل شركة مساهمة وتركيز المشرع فيها على شخصية المؤسسين بأن جعلها تحضى بعناية خاصة[2] .

تبرز أهمية الموضوع في أن شركات المساهمة احتلت في السنوات الاخيرة مكانة كبيرة في الساحة الاقتصادية وتعددت مجالات نشاطها وظهرت شركات كبيرة ذات رؤوس أموال ضخمة والتي تطرح أسهمها للاكتتاب العام واستقبال مدخرات المواطنين ما أدى إلى تدخل الدولة من خلال صياغة قواعد آمرة تقيد نشاط هذه الشركات بما يخدم السياسة الإقتصادية العامة المنتهجة للدولة ، وبما أن العامل البشري سيلعب دورا حتميا في هذه الشركات سواء من خلال تأسيس و نشاط هذه الشركات وجب أن ينال جانبه من الدراسة والبحث .

كل هذا يجرنا للتساؤل حول مكانة شخص الشريك والمؤسس في قيام واستمرار هذا النوع من الشركات ، **فما هي مظاهر بروز الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة ؟**

للإجابة عن هذا التساؤل سنتطرق في بحثنا هذا إلى فصلين سنبين في الأول منهما مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة التأسيس لشركة المساهمة .

وفي الفصل الثاني مرحلة نشاط شركة المساهمة و تأثره بالقيود الذي يفرضها الإعتبار الشخصي لنختم بحثنا في الاخير بإبراز مظاهر الاعتبار الشخصي عند انقضاء الشركة .

سنتعمد في دراستنا أساسا على المنهج الاستقرائي التحليلي لمجمل النصوص القانونية في التشريع الجزائري و كذا المنهج المقارن من خلال مقارنة التشريع الجزائري بعض قوانين الدول العربية و الفرنسية .

[1] فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية ، الطبعة الخامسة ، دار الثقافة ،عمان 2010 ، ص 238

[2] انظر الامر 03-11 المؤرخ في 23 اوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض ، المادة 80

أما عن الصعوبات التي صادفناها في بحثنا هذا هي نقص المراجع وخصوصا الجزائرية منها نظرا لأن هذا الموضوع لم ينل جانبا واسعا من الدراسات الفقهية والقضائية ، وحتى إن وجدت هذه المراجع تكون في جزئيات معينة وليست متعلقة بصلب الموضوع .

الفصل الأول : مظاهر الإعتبار الشخصي خلال مرحلة تأسيس شركة المساهمة :

لقد نصت المادة 416 معدلة من القانون المدني على :" الشركة عقد بمقضاه 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 اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك . " ، غير ان تأسيس شركات المساهمة لا يتم بمجرد توقيع عقدها ونظامها كما الحال في شركات الاشخاص ، وإنما يستغرق وقتا تتم فيه جميع الاجراءات التي فرضها القانون لتأسيسها ، عن طريق أشخاص يتولون هذه الاجراءات يطلق عليهم اسم المؤسسين و يظهر من الجلي أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرعين في معظم الدول الغربية والعربية قد أولى لشخصية المؤسسين في هذا النوع من الشركات عناية خاصة وفرض شروط بموجب قواعد آمرة أوجب من خلالها أن يتقيد المؤسس بها سواء ما يتعلق منها بأهلية المؤسس الشخص الطبيعي أو المعنوي وكذا جنسيته و سمعته وهذا كله يعد خروجا عن القواعد المألوفة في شركات الأموال وخصوصا شركة المساهمة التي يشكل المال أكبر دعائمها عند قيامها واستمرارها ، كل هذا يدفعنا للتساؤل حول الطبيعة الخاصة لشركة المساهمة و عن المركز القانوني للمؤسس فيها ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا الفصل بأن نقسمه إلى مبحثين نتكلم في الأول عن الطبيعة القانونية لشركة المساهمة والثاني منهما عن المركز القانوني للمؤسس فيها .

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لشركة المساهمة والمركز القانوني للمؤسس :

قد لا تثير مسألة معرفة الطبيعة القانونية لشركات الأشخاص أي تعقيد أو غموض فمن السهل جدا القول بأن طبيعتها تعاقدية محضة ذلك أن العقد بين الشركاء هو أساس انشاء الشركة وأساس عملها ، فهو ينظم العلاقة بين الشركاء وإدارة الشركة أثناء ممارستها لنشاطها الاقتصادي لكن الكثير من التساؤلات والصعوبات تثار عند محاولة تحديد طبيعة الشركة في شركات الأموال وعلى وجه الخصوص شركة المساهمة ، فالطبيعة القانونية لهذه الشركة لا تزال الى يومنا هذا من الأمور المختلف فيها في القانون التجاري ، ذلك أن هذا النوع من الشركات عبارة عن ملتقى لمصالح ونوايا مختلفة ولأجل معرفة الطبيعة القانونية للشركة المساهمة لا بد من دراسة الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه الشركة عند تكوينها[1] ، ولقد انقسم الفقه القانوني في مسألة طبيعة الشركة إلى مدرستين ، انطوى أولهما تحت جناح الفكر التقليدي القائل أن عقد تأسيس شركة المساهمة لا يعدو أن يكون عقدا و الاختلاف حول ما إذا كان العقد بين المؤسسين أم بين المؤسسين والمساهمين أم بين الشركة والمساهمين ، وترتب هذه المدرسة النتائج التقليدية للعقد على شركة المساهمة ، بينما تكيف المدرسة الأخرى أن شركة المساهمة نظام قانوني باعتبار أن العقد لم يعد يواكب الأهمية الاقتصادية لشركة المساهمة والمتعاملين معها والمساهمين فيها الذي يتجاوز عددهم المئات في بعض الحالات ولقد رتبت هذه المدرسة العديد من النتائج المخالفة في جوهرها للنتائج التي رتبتها المدرسة التقليدية ومما لا شك أن هاتين المدرستين ألقيتا بظلالهما على التشريعات المعاصرة ومنهما التشريع الجزائري فنجد أنه قد اخذ العديد من أحكام المدرسة التقليدية ، كما رتب العديد من النتائج التي نادت بها المدرسة النظامية[2] ، فالطبيعة القانونية لشركة المساهمة هي من تحدد حقوق المساهمين فيها من حيث إعتبارها حقوقا مكتسبة لا يجوز نقضها أو تعديلها إلا بإجماع الشركاء أم أن تغليب مصلحة الشركة هو السائد في تعديل تلك الحقوق .

---

[1] فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ،2016 ، ص 266

[2] سالم عبد الرحمان غميض ،الطبيعة القانونية لعقد تأسيس شركة المساهمة وأثره على صغار المساهمين في القانون البحريني ـ دراسة مقارنة ـ مجلة العلوم القانونية والشرعية ، كلية القانون ،جامعة الزاوية ، البحرين ،2015 ، ص 172

المطلب الاول : الاتجاهات الفقهية حول تحديد طبيعة شركة المساهمة :

الفرع الاول : النظرية العقدية

اتجه فقهاء النظرية التقليدية الى تفسير طبيعة الشركة المساهمة قانوناً وفقاً للمفهوم التعاقدي انطلاقا من فكرة حرية التعاقد ومبدأ سلطان الارادة الذي مقتضاه أن العقود هي الميدان الطبيعي للإرادة المتجهة الى احداث اثار قانونية بما لها من سلطان في خلق الأعمال القانونية ثم ان الإرادة هي كافية وحدها لإنشاء العقد أو التصرف القانوني ولا تكون مقيدة في ذلك إلا بحدود المصلحة العامة ، ومن باب أولى فإن الارادة حرة في تحديد آثارهما القانونية بما لها من السيطرة على العقود في الميدان الاقتصادي وهذا هو الاصل ، بناء على ذلك فان عقد الشركة كغيره من العقود يعتبر تصرفا قانونيا تحتل فيه ارادة المتعاقدين الدور الأساسي منذ نشأته أو تعديله وانتهاء بانقضائه .

ولقد سادت الفكرة العقدية ولاقت قبولا من الفقه على تأييدها منذ ظهور معالم الشركة المساهمة في القرنين السادس عشر والسابع عشر تأثرا بالثورة ، وحتى القرن التاسع عشر حيث برزت بعض الآراء الفقهية المعارضة التي سلكت طريقا آخر في تفسير الطبيعة القانونية للشركة وذلك بانتهاج نظريات جديدة تأثراً بصدور قانون التجارة الفرنسي عام 1807 م الذي ألزم وجوب الحصول على ترخيص حكومي لتأسيس الشركة إلا أن هذا التطور الفقهي لا يعني تراجع نجم النظرية التقليدية تماماً التي بقيت تحظى ايضاً بتأييد فئة كبيرة من الفقه المعاصر.

وهكذا يستند جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى نصوص القانون المدني وإلى المادة (18) من قانون التجارة ويقررون بأن الشركة المساهمة تجد أساسها في العقد الذي يخضع كما هو الحال في العقود الأخرى إلى جميع الشروط الموضوعية للعقد ويطابق كذلك المادة (505) من القانون المدني المصري [1] ، وفي نفس الاتجاه إنساق المشرع الجزائري وذهب إلى الأخذ

[1] عباس مرزوك فليح العبيدي ،الاكتتاب في رأسمال الشركة المساهمة ،دراسة قانونية وعملية ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن ، 1998 ، ص 23 .

بالطبيعة العقدية لشركة المساهمة وذلك بأن أورد نصا عاما في المادة 416 من القانون المدني التي نصت : " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل ..... كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك " .

و يمكن الاستنتاج من النصوص المشار إليها قاعدة مهمة مفادها أنه عند تأسيس أية شركة مساهمة لا بد من وجود عقد وهذا العقد يخضع للقواعد العامة لانعقاد العقد من حيث عناصره الأساسية كالرضا والمحل والسبب وأن يكون مكتوبا .

أولا : من هم أطراف العقد :

والسؤال الذي يطرح هنا هو من هم أطراف العقد الخاص بتأسيس الشركة ؛" وكما يقول " ليسكو" Lescot هناك عقد وهو الأساس لكل شركة مساهمة وهذه النقطة الوحيدة التي يتفق عليها أنصار النظرية العقدية ولكن عندما يأتي السؤال حول من هم أطراف العقد ، ومتى يعتبر العقد تاماً و هل هناك عقد تمهيدي نجد أنفسنا أمام خلاف تام" .[1]

الرأي الاول : الشركة المساهمة عبارة عن عقد يتم بين المكتتبين

وهذا العقد ينشأ عندما يكتتب المساهمون بأسهم الشركة ويتفقون فيما بينهم على نظامها وبالتالي يعتبر ذلك إدلاء منهم بالاشتراك في تأسيس الشركة المذكورة وكل مكتتب يعتبر ملتزما تجاه المكتتبين الآخرين بموجب الاتفاق الذي يربطهم ببعض ، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن شركة المساهمة تتأسس بموجب عقد بين المكتتبين ، ويتم التعاقد بمقتضى اعلان المكتتب عن رغبته في الانضمام إلى الشركة والقبول لإيجاب قائم بواسطة الاكتتاب في رأس مال الشركة ، ويتأسس عقد الاكتتاب على افتراض فكرة نية المشاركة بين المكتتبين ، فتوافق مصالحهم دفعهم إلى التعبير عن إرادتهم إلى العمل مجتمعين بغرض تحقيق هدف مشترك هو

[1] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ص 268

قيام مشروع الشركة ، ووفقا لهذا الطرح فإن الاكتتاب يتم بواسطة كل مكتتب بمعزل عن المكتتبين الاخرين ، ودون سبق مناقشات بينهم ، فالمسألة تتم بمجرد الإعلان عن فتح باب الاكتتاب ، ويتم تبادل الرضا بين المكتتبين من خلال المؤسسين ما يدعو إلى القول : بأن تدخل المؤسسين لإتمام تبادل التراضي أمر واجب وحتمي [1].

والانتقاد الذي يوجه إلى هذه الفكرة هو كيف يتفق المكتتبون فيما بينهم على عقد يلتزم بموجبه بعضهم تجاه البعض الآخر دون سابق معرفة بينهم ، وإذا كان تبادل الإرادة يتم عن طريق المؤسسين فهل يتصرف المؤسسون باعتبارهم وكلاء عن المكتتبين ؟

وقد أنكر هذا الرأي من طرف بعض الفقهاء وفي هذا يقول " Zumstein " أن بالإضافة إلى أن المكتتبين لا يعرفون مع من يتعاقدون ولكن لا يعرفون أيضا ماذا ستكون الصيغة النهائية للعقد فعند اجتماع الجمعية العامة التأسيسية يمكن أن تعدل القواعد الأساسية للنظام الذي على أساسه تم الاكتتاب [2].

2- الرأي الثاني عقد الشركة يجمع بين المكتتبين وبين المؤسسين :

حيث يذهب جانب كبير من الفقهاء التقليديين إلى أن الأساس القانوني للشركة المساهمة هو عقد الاكتئاب بالأسهم ، وأن العقد يتم عندما يبلغ المكتتب بقبول عرضه ، وهؤلاء الفقهاء يشددون على الطبيعة الثنائية للعقد بين المكتتبين والمؤسسين الذين يلتزمون وحدهم بتحقيق وجود الشركة ، فعقد الاكتتاب المبرم بين المؤسسين والمكتتبين ، يتم بمجرد أن يقابل إيجاب المكتتب قبولا ، وبناء على هذا القبول يلتزم المكتتب بتنفيذ التزامه المتمثل في تقديمه قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ، ويلتزم المؤسسون بالمقابل بالسعي لتأسيس الشركة ، وتخصيص عدد من الأسهم لكل مكتتب بنسبة ما اكتتب به ليكون شريكا فيها ، ويرى بعض الفقهاء أن العقد المبرم بين المؤسسيين والمكتتبين يتوقف على شرط ؛ فلا يكون الاكتتاب نهائيا إلا إذا

[1] سالم عبد الرحمان غميض ، مرجع سابق ، ص 180
[2] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 269

تأسست الشركة ، واكتمل الاكتتاب في رأس المال ، ويجد هذا الشرط تفسيره في الرغبة لتحديد التزامات وحقوق أطراف العقد ، وتحديد مسؤولية المؤسسين بإتمام إجراءات التأسيس ، واعتبار عقد الشركة امتدادا للعقد القائم بينهم بحيث تنتقل حقوقهم والتزاماتهم إلى الشركة بعد تأسيسها[1]

يؤخذ على هذا الرأي أنه لو كان الاكتتاب عقد يتم بين المكتتبين والمؤسسين فلماذا تعود تبعة التصرف بكامله على المؤسسين في حالة فشل تأسيس الشركة ، كما لم تبين هذه النظرية الحل القانوني في حالة لو طرأ أي حادث أو تغيير على أهلية المؤسسين بسبب الحجر أو أي عارض من عوارض الأهلية أو إفلاس أو وفاة أو عدم رغبة الورثة في الاستمرار في إجراءات التأسيس. وهو ما أكدته المادة 603 من القانون التجاري في فقرتها الثالثة بقولها " : وإذا قرر المؤسسون فيما بعد تأسيس الشركة ، وجب القيام بإيداع الأموال من جديد وتقديم التصريح المنصوص عليه في المادتين 598 و 599 المذكورتين أعلاه. "

الرأي الثالث :الشركة المساهمة ما هي إلا نتيجة لعقد بين المؤسسين أنفسهم :

يرى جانب من الفقه التقليدي الحديث أن الأساس التعاقدي لشركة المساهمة يظهر من خلال الاتفاق الذي يعقده المؤسسين على تأسيس شركة وإنشاء عقدها الابتدائي ، وتحملهم بموجب هذا العقد المسؤولية سواء تجاه المكتتبين أو الغير عن الاضرار الناجمة عن عيوب إجراءات التأسيس وتكفلهم بكافة أعباء تأسيسها إلى حين اتمام وجودها كشركة ، فالعقد الابتدائي يحرره المؤسسون فيما بينهم ، ويتفقون فيه على العمل على إتمام أنجاز أعمال تأسيس الشركة وإذا تأسست على نقيض ما تقضي به القواعد القانونية الآمرة فإنها تقع باطلة ويتحملون وزر أعمالهم ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول إن الاتفاق بين المؤسسين يؤدي إلى تكوين مجموعة تشأ عنها شركة تتشابه مع الشركة التي يتم تسجيلها فيما بعد [2]،كما يدعي أخرون أن

[1] سالم عبد الرحمان غميض ، مرجع سابق ، ص 182
[2] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 270

الشركة التي تنشأ بين المؤسسين حسب الفقه الألماني (Grundergesellschaft) لا تتشابه مع الشركة التي تسجل في السجل التجاري وانما شركة أخرى يكون هدفها اتخاذ جميع

الإجراءات اللازمة لتكوين شركة المساهمة ، وفي فرنسا يطلق على مجموعة المؤسسين شركة لدراسة (société d'étude) إمكانية تكوين الشركة المساهمة بينما في سويسرا يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أن مجموعة المؤسسين . تشكل شركة بسيطة تتفق مع نص المادة (530) من قانون الالتزامات السويسري .

ثانيا : النتائج التي تترتب عن الأخذ بالنظرية العقدية :هنالك نتائج قانونية تلعب دورا مهما في حياة الشركة تتمخض عن مختلف النظريات التي ترى في العقد الأساسي القانوني للشركة وهذه النتائج هي كالاتي :

1- إن المساهم عندما يكتب بالأسهم يكون قد ساهم في تكوين الشركة حيث يتنازل عن حق الملكية في الأموال التي يقدمها وبالمقابل يكتسب حقوق أساسها العقد والتي لا يمكن تغييرها أو تعديلها ، خلافا لإرادته ورضاه ، وهذه الحقوق تسمى في فرنسا وسويسرا بالحقوق المكتسبة (Droits aquis) وتسمى في المانيا بالحقوق الخاصة بالمساهم (Sonderrechte) [1] ومثل ذلك ماتنص عليه الفقرة 1 من المادة من المادة 603 قانون تجاري جزائري بقولها :" لكل مكتتب عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي اكتتب بها ....." .

2 – النتيجة الثانية للنظرية العقدية هي مبدأ المساواة بين المساهمين :

Principe de l'egalite de traitement des actionnair وهذا المبدأ مفاده أن جميع

المتعاقدين وهم المساهمون متساوون فيما بينهم وتجاه الشركة ويعاملون على قدم المساواة

[1] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 270 ، 271

عندما يجدون أنفسهم في ظروف مماثلة ، هو الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والألماني والسويسري.

3- ومن نتائج النظرية العقدية أيضاً أن المساهم غير ملزم بأن يدفع إلى الشركة أموالا تتجاوز ما هو منصوص عليه في القانون الاساسي للشركة ،وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة

592 الفقرة 1 بنصها " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص متساوية وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلى بقدر حصتهم " .

4- و بموجب النظرية العقدية لا يمكن أن تتخذ الجمعية العامة للمساهمة قراراتها إلا بالإجماع ، ولكن في الواقع العملي هناك دائما أقلية معارضة وهذه الأقلية تجد نفسها ملزمة بقرار الأغلبية . وهذا يعارض مع منطق النظرية العقدية ، إلا أن هذه الأخيرة تجد تبريرا لهذه الظاهرة بقولها : يفترض في جميع المساهمين أنهم يقبلون ما تريده الأغلبية ، كما أنه بما أن تنفيد العقد يجب أن يتم طبقا لمبدأ حسن النية فإن لكل مساهم الحق أن يطعن في القرارات التي اتخذتها الهيئة العامة ويطلب الغائها .

5 – ومن نتائج النظرية العقدية ، بطلان شركة الشخص الواحد . ذلك أن العقد هو اتفاق بين طرفين أو أكثر " ، وهذا يعني لا بد من ركن تعدد الشركاء فإذا اجتمعت جميع الأسهم في يد شريك واحد فلا نكون أمام عقد وبالتالي لا بد من انحلال الشركة . ولكن لو بقيت الشركة واستمرت في ممارسة أعمالها فعندئذ تكون أمام ما يعرف بشركة ذات الشخص الواحد One Man Company .

6 – وأخيرا يمكن القول إن النظرية العقدية تجعل من الشخصية المعنوية للشركة تخلق نتيجة لتلاقي إرادة الشركاء في الشركة ، وأن اجراء التسجيل في سجل الشركات أو صدور شهادة التأسيس ما هو إلا إجراء كاشف عن شخصية الشركة والتي كانت موجودة قبل تسجيلها .

وخلاصة القول إن النظرية العقدية تجعل من العقد الأساس القانوني للشركة المساهمة وبالتالي فإن إنشاءها لا يكون صحيحاً إلا إذا توافرت الأركان الأساسية لانعقاد العقد وصحته ، وهذه الفكرة نجدها بشكل واضح وصريح في نصوص القوانين المدنية العربية التي عالجت أحكام الشركة وفي القوانين الخاصة بالشركات ، ولا بد ا من الإشارة إلى أن فكرة العقد بالنسبة للشركة تجد لها أساساً في أحكام شريعة الإسلامية حيث يكون القصد من عقد الشركة الاشتراك في الربح وتحمل مخاطر الخسارة .

الفرع الثاني : نظرية المؤسسة أو المنظمة La Theorie Institutionalle :

بقيت النظرية العقدية سائدة في تفسير الطبيعة القانونية للشركة حتى نهاية القرن التاسع عشر ولكن عند بداية القرن العشرين أخذت النظرية التقليدية بالتراجع على حساب نظرية جديدة برزت بقوة وهي نظرية المؤسسة أو المنظمة Theorie institutionelle التي تستند بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصلحة المجموع ، وظهور هذه النظرية كان نتيجة لتقلص مبدأ سلطان الإرادة أمام تزايد تدخل الدولة عن طريق تشريعاتها في تنظيم المؤسسات الاقتصادية لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع[1] .

وإذا كان اعتبار الشركة عقدا ينسجم مع شركات الأشخاص ومع الشركات المحدودة الاعضاء الى حد ما فإنه لا يتآلف مع الشركات المساهمة المؤلفة من عدد كبير من المساهمين ، مما يصح معه القول بأن المساهم الذي يحصل على بعض من اسهمها لا يكون طرفا عقد الشركة وإنما لا يملك سوى قبول جملة الشروط أو رفضها بوضع الإجابة بكلمة (نعم) أو (لا) فقط على استمارة الاكتتاب دون أن يمتلك امكانية التفاوض حول تعديل شروط الاستمارة أو العقد ، وكذلك المساهم الذي يحصل على اسهمه من خلال البورصة ليبيعها بعد أيام قلائل من الصعب اعتباره طرفا في عقد الشركة[2] ، ذلك لعدم توافر نية الإشتراك .

[1] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق الصفحة 275
[2] عباس مرزوك فليح العبيدي ، المرجع السابق ، ص 26

تأسيسا على ما تقدم فإن فكرة العقد تكاد لا تلم بكل الجوانب و الآثار القانونية المترتبة عن تأسيس شركة المساهمة ولا يمكنها أن تفسر تلك الآثار ، ولذا فإن التكييف القانوني الأصح هو اعتبارها نظاماً استأثر المشرع بتحديد إطاره القانوني عن طريق قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

وهذا التضاؤل للفكرة العقدية كان نتاج عوامل خارجية أبرزها تحول دول الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة نتيجة بروز الفلسفة الإشتراكية التي نادت بالتقييد من الحرية الإقتصادية الأمر الذي انعكس سلبا على حرية الارادة في انشاء التصرفات العقدية لا سيما الشركة المساهمة لما تحتله من دور مؤثر وخطير في مجال الاقتصادي للدولة [1] ، ولذلك ظهر العديد من الآراء الفقهية حاولت تفسير الطبيعة الجديدة لشركة المساهمة و لقد استندت في سبيل ذلك مقارنتها إلى مجال القانون العام التي يحكم المؤسسات العمومية في الدولة .[2]

أولا : مبررات الأخذ بالنظرية النظامية :

1- تزايد تدخل المشرع في تنظيم عمل الشركات المساهمة بنصوص آمرة بغية حماية الادخار العام وحفاظا على مصالح الغير عند تعامله مع الشركة ويمكن ملاحظة صور هذا التدخل في جميع مراحل حياة الشركة بدءاً من مرحلة التأسيس وانتهاء بمرحلة التصفية .

2 – ان الأصل في العقود انها تقوم على تعارض مصالح المتعاقدين الأمر الذي تتنفي فيه هذه الميزة في الشركة المساهمة لما تتسم به من اتحاد مصالح اعضائها باتجاه هدف مشترك هو تحقيق الأرباح وتجنب الخسائر قدر الامكان .

[1] عباس مرزوك فليح العبيدي ، المرجع نفسه ، ص 27
[2] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 275

3- تقوم على فكرة اتحاد المصالح تلك امكانية تعديل احكام التصرف المنشىء للشركة (العقد التأسيسي) ، بأغلبية اطرافه وهذا مالا ينسجم وطبيعة العقد التي تستند الى فكرة الاجماع لتعديل احكامه .

4- تنشأ عن الشركة المساهمة شخص معنوي تعلو شخصيته وتستقل ذمته وإرادته على وعن شخصية وإرادة وذمة الأشخاص المكونين لها وتستمر هذه الشخصية في مرحلة التصفية بالقدر اللازم لإتمامها وهذا ما لا نجده في العقد . [1]

ثانيا : النتائج التي تترتب على الأخذ بالنظرية الحديثة :

1- العنصر الجوهري في شركة المساهمة والذي يدور حوله نشاط الشركة بمختلف صوره هو تحقيق هدف مشترك أو فكرة مشتركة Idee commune ، وبذلك فإن مركز المساهم في الشركة المساهمة يكاد يعادل المركز القانوني للمواطن بالنسبة للدولة ، لذا وجب عليه أن يخضع لقرارات الشركة ، وإذا اقتضت مصلحة الشركة تعديل أو إنتقاص في حقوق المساهم فلا بد له أن يخضع لذلك ، يستنتج من هذا أن المساهم في الشركة المساهمة ليس له ما يسمى بالحقوق المكتسبة Droits aquis فهذه الحقوق ليست على إطلاقها كما هو مسلم به في النظرية العقدية بل هي محدودة بحدود المصلحة العامة للشركة[2] .

2- بالنسبة لمبدأ المساواة بين المساهمين ترى النظرية الحديثة أنه لا وجود لمساواة مطلقة بين جميع المساهمين في الشركة وإنما المساواة نسبية تتفاوت من فئة مساهمين إلى أخرى في حين أنه يمكن أن تكون موجودة بين مساهمين ينتمون إلى مجموعة واحدة ، إذ قد تستدعي مصلحة

[1] عباس مرزوك فليح العبيدي ، المرجع السابق ، ص 28
[2] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 276

الشركة تقسيم المساهمين إلى مجموعات يختلف بعضها عن البعض الآخر ، لذا فإن أتباع هذه النظرية يذهبون إلى إمكانية إصدار عدة أنواع من الأسهم في الشركة المساهمة والتي تعطي بدورها حقوقا مختلفة لكل مجموعة من المساهمين تختلف عن حقوق مساهمي المجموعات الأخرى [1].

3- ترى النظرية الحديثة أن الهيئة العامة في الشركة المساهمة لا تعتبر السلطة العليا في الشركة وهذا بخلاف ما تذهب إليه النظرية العقدية ، ذلك لأن نظرية المؤسسة تعترف بوجود فصل للسلطات بين تشكيلات أو هيئات الشركة فكل هيئة لها الحرية في أن تعمل بشكل يجعلها في وضع تستطيع فيه تحقيق هدفها ، وأما عن النصوص القانونية التي تمنح للهيئة العامة سلطة الاشراف والرقابة على أعمال مجلس إدارة الشركة يقول أنصار النظرية الحديثة إن المساهمين وبشكل عام لا يمكنهم المشاركة في إدارة شؤون الشركة ، والحق الذي منحهم إياه القانون في الهيئة العامة هو ليس لممارسة سلطة عليا في إدارة شؤون الشركة وإنما للدفاع عن مصالحهم المشروعة في حالة تهديدها بسبب سوء إدارة مجلس الإدارة .

ولكننا نرى أن هذا القول فيه بعض المبالغة وانتقاص واضح لدور الهيئة العامة ومهما يكن فإن الهيئة العامة باعتبارها تمثل جميع المساهمين لا يقتصر دورها على الدفاع عن مصالح المساهمين المهددة وإنما تقوم بمراقبة إدارة الشركة لتحقيق الهدف أو الغرض الذي أنشأت من أجله الشركة ، وأن قراراتها قد تكون لها تأثير كبير في طريقة إدارة الشركة وممارسة نشاطها أو تصفيتها [2].

---

[1] فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 276

[2] فوزي محمد سامي ، المرجع نفسه ، ص 277 .

كما يجب أن لا نغفل دور الجمعية العامة في أنها هي من تنتخب القائمين بالإدارة وهو ما ذهب اليه المشرع الجزائري في نص علية المادة 611 ق تجاري جزائري[1] .

كما أنها تراقب أعمال الادارة والمحاسبين كما لها سلطة تعديل القانون الاساسي للشركة (المادة 674 تجاري جزائري) ، وبالتالي تبقى الهيئة المذكورة السلطة العليا في الشركة [2].

4- يذهب أنصار النظرية الحديثة إلى أن شركة الشخص الواحد إحدى نتائج النظرة الحديثة للشركة ولا يمكن تبرير وجودها إذا أخذنا بالنظرية العقدية . ولكن يلاحظ أن وجود شركة الشخص الواحد يتعارض مع ما تذهب إليه نظرية المؤسسة من أن العنصر الجوهري في المؤسسة هو وجود هدف مشترك أو غرض مشترك للشركاء يراد تحقيقه وهذا الشيء الذي ينعدم في المؤسسة ذات الشخص الوحيد .

5- تذهب النظرية الحديثة إلى القول إن الشخصية المعنوية للشركة تنشأ مستقلة عن إرادة الأشخاص ، ذلك أن عقد الشركة بحد ذاته لا يحدث الشخصية المعنوية للشركة المساهمة ولكن شخصيتها المعنوية هي نتيجة حتمية لتحقيق مصلحة المجموع وهذه الشخصية هي تمثل الهدف المشترك المزمع تحقيقه [3] .

---

[1] المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 1993/04/25 ج.ر 27 مؤرخة في 1993/04/25 ص 12.

حررت في ظل الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 1975/09/26 كما يلي : تعين الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية القائمين بالإدارة . وفي الحالة المشار إليها في المادة 610 أعلاه ، يعينون في القانون الأساسي . وتحدد مدة وظائفهم بموجب القانون الأساسي دون أن يتجاوز ذلك ست سنوات إذا كان التعيين حاصلا من طرف الجمعيات العامة وثلاث سنوات إذا كان التعيين حاصلا بموجب القانون الأساسي .

[2] نادية فوضيل شركات الاموال في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2008 ، صفحة 273

[3] فوزي محمد سامي ، المرجع سابق ، ص 278 .

6 – ومن نتائج نظرية المؤسسة منح الشركة المساهمة سلطة اتخاذ القرارات اللازمة لاستمرار وتكييف نشاطها بما يتلائم و الظروف الاقتصادية وضمن خطة التنمية القومية ولهذا نجد أن هذه السلطة تكون بيد أغلبية المساهمين فالأغلبية هي صاحبة القرار ، إلا أنه خشية من استعمال الأغلبية سلطتها ضد مصلحة الأقلية أدى إلى ظهور مبدأ حماية حقوق أقلية المساهمين [1].

الفرع الثالث : موقف التشريعات من النظريتين :

بعد عرض وجهات نظر الفريقين ، فإننا لا يمكن التسليم مطلقا بما ذهب إليه انصار الفكرة العقدية ، كذلك لا يمكن الركون تماماً الى رأي أنصار الفكرة النظامية .

وفي إعتقادنا أن المذهب الوسط الذي نادت به فئة من الفقه يعتبر أرجح الآراء عندما اطلق وصف الطبيعة المزدوجة على الشركة المساهمة ، فمثلما ينطبق عليها وصف العقد ، يصح وصفها بالنظام ايضا ومفاد هذا الرأي التسليم بضرورة الاقرار بتعايش الفكرتين معا في كيان واحد ، حيث اننا لا يمكن تجاهل دور الارادة الفعال في المرحلة التأسيسية في الاعداد والتحضير المشروع الشركة ، والاكتئاب بالأسهم وتقدير رأس المال اللازم لتحقيق أغراض الشركة واثر الإرادة الواضح في تحريك فكرة النظام كذلك لا مجال لإنكار دور النظام في تنظيم نشاطها المستقبلي بموجب قواعد قانونية ملزمة ، اي ان لكل من الفكرتين مكانتها الفاعلة في حياة الشركة [2] ، فكما يستحيل علينا أن نتصور البدء بالإجراءات التأسيسية من دون إرادة سليمة معبر عنها بوضوح ، يصبح صعبا علينا أيضاً تصور استمرار حياة الشركة بدون

[1] فوزي محمد سامي ، مرجع نفسه ، ص 278 .
[2] عباس مرزوك فليح العبيدي ، المرجع السابق ، ص 28

ضوابط قانونية تكبح جماح مؤسسيها ومن يتولى إدارتها منعا لكل ضروب الاحتيال والغش و كذا حفاظاً على الاقتصاد الوطني خلال حماية الادخار العام .

– فالقانون الفرنسي وجل القوانين العربية تأخذ بالنظرية العقدية عند تعريفها للشركة بشكل عام وذلك من خلال تكوينها الشروط العامة للانعقاد والنفاذ ، أما مسألة إعترافها بالشركة ذات الشخص الوحيد فهو ليس إلا استثناءا من القاعدة العامة ، لكن إذا تعلق الامر بممارسة الشركة لنشاطها فان أساسها يتحول لينبني على القواعد التي المنظمة لعملها ، والى نصوص القانون التي تهدف إلى حماية الغير وحماية الاقتصاد الوطني ، فالمشرع الجزائري وضع قواعد آمرة مقيدة لحد بعيد ولا يمكن للشركاء أو الأطراف مخالفتها إلا استثناء ، وبترخيص من القانون مما يجعل الطابع العقدي للشركة غائب بصورة كبيرة ، اضافة الى أن عقد الشركة هو عقد ذو طبيعة خاصة نظرا لما ينتج عنه في أغلب الحالات من شخصية قانونية مستقلة ومتميزة تتجاوز الإرادات الفردية التي أنشأتها ، والتي تتقلص فيها مكانة الحرية التعاقدية إلى حدود ضئيلة[1] وهذا ما سنستعرضه تباعا من خلال هذا الطرح .

المطلب الثاني : تعريف المؤسس و المركز القانوني له :

الفرع الاول : مفهوم المؤسس والشروط المتطلبة قانونا فيه

أولا : مفهوم المؤسس :

لقد تباينت وجهات النظر في تعريف المؤسس في شركات المساهمة بين التضييق او التوسع في مفهوم هذا الاصطلاح . فذهب جانب من الفقه الى ان المؤسس لا بد من ان يكون شريكا

[1] أيمن يوسف ، بن شويخة علي ، قويلي فاطمة ، الطبيعة القانونية لشركة المساهمة ، مجلة البديل الاقتصادي ، العدد الثالث 2015 ، صفحة 74

لأنه وحده تتوافر لديه نية المشاركة وتحمل المسؤولية الناتجة عن تأسيس الشركة ، وذلك عندما اشترط هذا الجانب ضرورة ان يكون المؤسس من بين الموقعين على العقد الابتدائي للشركة ، وعلى العكس من ذلك انتهج بعض الفقه اتجاها يميل نحو التوسع في مفهوم المؤسس باعتباره مؤسسا كل من أتى اعمالا تعتبر في الواقع محركا حقيقيا لنشأة الشركة ، ولو لم يكن من الموقعين على العقد التأسيسي[1] .

1 – الاتجاه التقليدي في تعريف المؤسس :

لقد درج على تعريف المؤسسين على أنهم الأشخاص الذين يبادرون إلى تحقيق فكرة إنشاء الشركة ، والسعي في سبيل ذلك لاتخاذ ما يلزم من إجراءات خاصة ، وهم الذين يتفقون فما بينهم ، على التأسيس ، وهذا الاتفاق هو ما يعد الأساس في إنشاء الشركة ، لذا يعرف بعقد التأسيس أو العقد الابتدائي ، أما أطرافه ، فهم المؤسسون .

هذه هي الفكرة التقليدية عن المؤسسين ويمكن تعريفهم " بأنهم الأشخاص الذين يبرمون عقدا فيما بينهم ، لتأسيس شركة وبالتالي يوقعون على هذا العقد ، ويتولون إنجاز الإجراءات التي يتطلبها القانون . " ، لا يشترط في المؤسس أن يكون شخصاً طبيعيا فمن الجائز أن يكون جميع المؤسسين او بعضهم من الأشخاص المعنوية ، كالمصارف أو شركات أخرى " [2]

2– الاتجاه الحديث الموسع لمعنى المؤسس :

---

[1] الياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية ، الجزء السابع ، تأسيس الشركة المغفلة ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص 82 .

[2] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، صفحة 280 .

يذهب جانب من الفقه الحديث الى القول أن المؤسس هو" كل شخص يضع على عاتقه مبادرة تجميع المساهمين والأموال اللازمة لتحقيق المشروع ، والسعي لإتمام الإجراءات القانونية الواجبة لتأسيس الشركة ، سواء وقع على العقد التأسيسي أو لم يوقع " .

وفي ذات السياق يعتبر" رأي آخر أن صفة المؤسس ليست مقصورة فقط على الشخص الشريك ، إنما يجب أن تتعداها إلى كل شخص يشترك بفعل إيجابي في إنشاء الشركة ،

حتى ولو لم يكن من الأشخاص الموقعين على النظام الأساسي للشركة ، إذا كان في أفعاله ما يستشف منه عزمه على تحمل المسؤولية الناجمة عن التأسيس ، كالتوقيع مثلا على نشرات الاكتتاب التي توجه بقصد إعلام الجمهور" [1] .

3- موقف مختلف التشريعات في تعريف المؤسس :

لا يتضمن القانون الفرنسي ولا الجزائري ، تعريفا للمؤسس ، مع انهما تطرقا له بأحكام متعددة سواء عند تحديدهم لعدد المؤسسين في الشركة وكذا تحديد التزامات المؤسسين والمسؤولية المترتبة عليهم ، إلا أن بعض القوانين العربية عرفت المؤسس ، وحددت مركزه بنصوص قانونية صريحة ، فنصت المادة 7 من القانون المصري رقم 159 لسنة 1981 على انه : " يعتبر مؤسسا للشركة كل من يشترك اشتراكا فعليا في تأسيسها بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك ، ويسري عليه حكم المادة 89 من هذا القانون ، ويعتبر مؤسسا على وجه الخصوص كل من وقع العقد الابتدائي او طلب الترخيص في تأسيس الشركة ، او قدم حصة عينية عند تأسيسها . ولا يعتبر مؤسسا من يشترك في التأسيس لحساب المؤسسين من اصحاب المهن

[1] عبد القادر حمر العين ، المركز القانوني للشريك المؤسس في شركة المساهمة قيد التأسيس ، مجلة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، جامعة قسنطينة ، المجلد 34 ، العدد 03 ، 2021 ، صفحة 1229 .

الحرة وغيرهم. " ، ونصت المادة 70 من قانون الشركات الاماراتي على انه : " يعتبر مؤسسا كل من وقع عقد الشركة الابتدائي ونظامها الاساسي بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك " ، ونصت المادة 53 من نظام الشركات السعودي على انه : " يعتبر مؤسسا كل من وقع عقد الشركة المساهمة او طلب الترخيص بتأسيسها او قدم حصة عينية عند تأسيسها ، او اشترك اشتراكا فعليا في تأسيس الشركة " ، ونصت المادة 493 من قانون التجارة الليبي على ان "المؤسسين هم الذين وقعوا على برنامج التأسيس عند تكوين الشركة عن طريق الاكتتاب العام ، او الذين تسببوا في انشائها." و لم تشمل على تعريف المؤسس القوانين العربية الآتية القطري ، والأردني ، والعراقي والتونسي والسوري . وبالرغم من تعريف بعض التشريعات للمؤسس ، فقد تباينت آراء الفقه والقضاء بشأن هذا التعريف ، وذلك بسبب الظروف التي تلازم تأسيس الشركة ، وتقتضي اشتراك أكثر من شخص في القيام بما يلزم من الافعال المادية والتصرفات القانونية التي يستلزمها انشاء الشركة قانونا على النحو الذي سطره المشرع بنصوص قانونية آمرة ، يترتب على مخالفتها قيام مسؤولية المؤسس مدنيا ، كما قد يتابع حتى جزائيا ، اذا شكلت المخالفة التي ارتكبها في اعمال التأسيس جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات[1] .

وأوردت محكمة النقض الفرنسية تعريفا موسعا للمؤسسين في قرارها الصادر في 1 تموز سنة 1930تقول فيه كل هؤلاء الذين ساهموا في تكوين الشركة وجعلها قادرة على الحركة على شرط أن تكون طبيعة هذه المساهمة تسمح بأن تنسب اليهم نصيبا من المبادأة والرأي في التصرفات التي أدت الى خلق المشروع تحت شكل شركة أو الذين منحوا ، مع معرفة السبب ،

[1] إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 81 .

المحرضين الحقيقيين لانشاء الشركة التعاون المباشر الصادق والدائم بصورة كافية والذي يكون بحد ذاته الدليل على الموافقة المدركة للمسؤوليات الناتجة عن تأسيس الشركة [1].

أما المشرع الجزائري لم يعرف المؤسس بشكل جامع ومانع ، ولكننا عند استقراء نصوص القانون التجاري ، لاسيما الأحكام الخاصة بالتأسيس ، نقول أن مشرعنا قد اعتبر الشخص الذي يشرف على تنظيم إجراءات التأسيس مؤسسا من خلال التوقيع على العقد التأسيسي ، والقيام بإجراءات التوثيق ، والقيد ، والإيداع ، والنشر ، وكذا استدعاء المكتتبين إلى جمعية تأسيسية ، غير أنه وما دام المشرع لم يعرف المؤسس تعريفا دقيقا فإنه لا يجوز تبعا لذلك التوسع في مفهومه ، لذلك فإن تحديد صفة المؤسس أمر متروك للقضاء ، ويتوجب في سبيل ذلك الأخذ بالمفهوم الواسع للمؤسس ، وهذا حماية للادخار العام ، وتحقيقا لطمأنينة وثقة المدخرين ، وحماية للاقتصاد الوطني الذي يمثله هذا النوع من الشركات ، وبذلك يستقيم وصف المؤسس مع كل من قام بمبادرة أو بعمل إيجابي وفعال في سبيل تأسيس هذه الشركة ولو لم يوقع على العقد التأسيسي ، شريطة أن تكون هذه الأعمال من قبيل الدعاية والترويج للمشروع ، كأن يكون أحد البنوك هو المبادر الحقيقي الذي كان وراء تأسيس الشركة وهذا بصفته وكيلا عن أحد المؤسسين[2] .

ثانيا : الشروط المتطلبة قانونا في المؤسس :

1 – الاهلية :

[1] مرتضى ناصر نصر الله ،الشركات التجارية ، مطبعة الارشاد بغداد ، العراق ،1969 ، ص 126 .
[2] حمر العين عبد القادر ، مرجع سابق ، صفحة 1230

إذا كان الأصل في شركات الأموال هو قيامها على الاعتبار المالي ، أي مسؤولية المساهم محدودة بحدود مساهمته المالية ، ومن الآثار المترتبة عن ذلك هي إمكانية التغاضي عن عنصر الأهلية التجارية في المساهم ، بحيث يمكن للقاصر أن يوظف أمواله بشركة مساهمة وإن كان ذلك عن طريق وليه لكن الأمر يختلف بالنسبة للمؤسس إذ نجد أن كل التشريعات المقارنة تتفق صراحة أو ضمنا حول وجوب توفر شرط الأهلية القانونية بالنسبة للمؤسس أو عضو مجلس الإدارة ، وذلك لعدة اعتبارات منها أنه عند تأسيس الشركات المساهمة فإن العملية قد يليها اكتتاب عام ، واستقطاب لأموال كبيرة في مشاريع هامة تؤثر في الاقتصاد الوطني ، وهذا ما لا يمكن إناطته بناقص أو عديم الأهلية بحجة أن إجراء تأسيس الشركة في حال فشله قد تنجر عنه نتائج قاسية على المؤسسين بتوقيع جزاءات مدنية و حتى جنائية ، و بالتالي فهي إجراءات مستبعدة مع ناقصي أو عديمي الأهلية[1] ، والأمر ذاته ينطبق على الشخص الاعتباري الذي عليه أن يتقيد بالاهلية القانونية المخصصة له أو التي ينص عليها قانونه الاساسي ، حيث تنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري على : " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان . ويكون لها خصوصا ... أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون "[2]

وتأكيدا لذلك جاء نص المادة 83 من قانون النقد والقرض التي تجعل من ممارسة المهنة المصرفية حكرا على شركات المساهمة دون غيرها من أنواع الشركات[3] .

2 – شرط الجنسية :

---

[1] ابراهيم بن مختار ، ضوابط تاسيس وادارة شركات المساهمة في القانون الجزائري ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم القانونية ، معهد العلوم القانونية والادارية ، تيسمسيلت ، الجزائر ، 2019 ، ص 26

[2] القانون المدني الجزائري ، المادة 50

[3] الأمر رقم 03-11 ، مؤرخ في 26 أوت 2003 ، يتعلق بالنقد والقرض ، جريدة رسمية عدد 52 ، صفحة 14

يعتبر شرط الجنسية بالنسبة للتشريع الجزائري من الشروط العامة ، أي يخص مجموع المساهمين ، سواء مكتتبين أو مؤسسين أو أعضاء مجلس الإدارة ، فهو يرتبط بالنهاية بملكية المشروع بشكل عام ، وأثر ذلك في توجيه هذا المشروع بما يجعله يصب في خدمة أغراض وخلفيات المالكين له ، لذلك تحرص العديد من التشريعات ومنها التشريع الجزائري على تفعيل هذا الشرط للمحافظة على المصالح الاقتصادية الوطنية ، والتركيز على دور العنصر الوطني داخل شركات المساهمة وذلك منعا لسيطرة الأجانب على القرارات الاقتصادية داخل الدولة.[1]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبنى هذا الشرط حينما نص عليه أولا ، بموجب المادة 95 من قانون المالية لسنة 2003 المعدلة لنص المادة 206 من القانون 01-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 والتي جاء فيها أنه : " لا يمكن أن تمارس نشاطات استيراد المواد الأولية والمنتوجات والسلع الموجهة لإعادة البيع على حالتها إلا الشركات التجارية كما هي محددة في القانون التجاري ، والتي يساوي أو يفوق رأسمالها 10 ملايين دينار جزائري ، وأن يكون الرأسمال في حوزة أشخاص ذوي جنسية جزائرية مقيمين بالجزائر " [2]

3 – توافر حد أدنى من المؤسسين :

اشترط المشرع لإمكانية تأسيس شركة المساهمة حدا أدنى لعدد الشركاء والذي لا يقل عن سبعة شركاء ، وتطلب هذا العدد من طرف المشرع يؤكد على جدية تأسيس هذا المشروع الكبير ، وتقاسم المسؤولية والأعباء الناجمة عن عيب في الإنشاء ، و كذا زيادة تقوية الضمان العام لدى المتعاملين مع الشركة قيد التأسيس .

---

[1] ابراهيم بن مختار ، مرجع سابق ، ص 27

[2] قانون رقم 02-11 ،مؤرخ في 24 ديسمبر 2002 ، الجريدة الرسمية ، عدد 86 ، صفحة 35

4 – صفة الثقة والنزاهة :

يشترط المشرع المصري زيادة على الأهلية التجارية الكاملة ، أن تتوافر في المؤسس صفات النزاهة من حيث ضرورة عدم سبق ارتكابه وعقابه عن جناية ، أو أية جريمة مخلفة بشرف الرجولة ، كالسرقة ، أو النصب ، أو خيانة الأمانة ، أو التزوير ، أو اليمين الكاذبة ، أو جريمة التفليس بالتقصير ، أو التدليس ، وكذلك يشترط أن لا يكون المؤسس قد ارتكب أية جرائم سابقة متعلقة بالتأسيس ، أما التشريع الجزائري فلم يشترط صراحة في مؤسسي شركة المساهمة توافر صفات الثقة والنزاهة ، غير أنه وباستقراء القواعد المنظمة لشروط القيد في السجل التجاري ، فإن المشرع يشترط في كل مؤسس تقديم نسخة عقد الميلاد ، وشهادة السوابق العدلية عند القيد في السجل التجاري ، وفي ذات السياق يوجب مضمون المادة 08 القانون 08/04 المؤرخ في 2004/08/14 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم ضرورة عدم ارتكاب جرم يمس بقوام التجارة لكل من يريد الانضمام الى فئة التجار[1] ، كما أنه وفي نفس الإتجاه نجد أن المشرع الجزائري اشترط شروطا خاصة في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية تتعلق بصفاتهم الأخلاقية ، وفي هذا الخصوص نصت المادة 03 من النظام رقم 06 –02 على أن ملف طلب الترخيص بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية ، أو إقامة فرع لبنك أو مؤسسة أجنبة في الجزائر ، يجب أن يتضمن نوعية وشرفية المساهمين ، وضامنيهم المحتملين[2] ، ومفهوم الشرفية Lhonorabilite مفهوم واسع لا يتوقف عند السمعة

[1] عبد القادر حمر العين ، المرجع السابق ، ص 1234

[2] النظام رقم 06-02 ، مؤرخ في 24 سبتمبر 2006 ، يحدد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية ، جريدة رسمية 77 ، صفحة 67 .

المالية والتجارية وإنما يتعداه حتى إلى السمعة الأخلاقية ، وهو ما يعكس إمعان المشرع الجزائري في الاعتداد بالاعتبار الشخصي في حق المؤسسين في هذه الحالة [1].

الفرع الثاني : المسؤولية الشخصية والتضامنية للمؤسسين عن خرق قواعد التاسيس :

إن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي وبغرض واضح وهو حماية الغير المتعامل مع الشركة بدرجة أولى وحماية الشركاء بدرجة أقل ، جعل وخروجا عن القواعد العامة مسؤولية المؤسسين مسؤولية تضامنية وهو حكم يعكس الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، ويظهر ذلك من خلال ما يلي :

أولا : مسؤولية المؤسسين عن التعهدات المبرمة وقت تأسيس الشركة:

تنص المادة 549 من ق ت على :" لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم ، إلا إذا قبلت الشركة ، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة فتعتبر بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها " استنادا إلى مقتضيات هذا النص العام فإن الأشخاص الذين تصرفوا باسم شركة المساهمة في مرحلة التأسيس وقبل اكتسابها الشخصية المعنوية ، يسألون على وجه التضامن ومن غير تحديد لأموالهم عن الأعمال التي تمت باسمها ، وهو حكم في الواقع يضمن حماية فعالة للغير المتعامل مع شركة المساهمة في حالة ما إذا لم تكتسب هذه الأخيرة الشخصية المعنوية بالقيد

[1] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، المرجع السابق ، ص 1090

في السجل التجاري ، وتجدر الاشارة الى ان هذه المسؤولية هي من النظام العام ولايجوز الاتفاق على مخالفة قواعدها وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي أيضا [1] .

ثانيا :المسؤولية عن بطلان الشركة:

تنص المادة 715 مكرر 21 ق ت على أنه " يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة الذين أسند إليهم

إليهم البطلان والقائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان ، متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالمساهمين أو الغير جراء حل الشركة " [2] .

و نجد الحكم ذاته عند المشرع الفرنسي في نص المادة (30) L225 – 249 وهذا يعني أن المؤسسين يمكن أن يسألوا مدنيا في مواجهة المساهمين أو الغير عن بطلان الشركة لأي سبب كان ، وهي مسؤولية تضامنية تعكس الطابع الشخصي لهذه الشركة ، وتشكل أيضا خروجا عن طابع المسؤولية المحدودة وغير التضامنية التي تتسم به شركة المساهمة ، كنتيجة للاعتبار المالي التي تقوم عليه [3] .

المبحث الثاني : عملية الاكتتاب و مظاهر الاعتبار الشخصي فيه :

تمهيد وتقسيم :

يخضع المشرع تأسيس شركة المساهمة ، لإجراءات طويلة طبقاً لقواعد قانونية آمرة règles impérative لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ، ويهدف من ذلك إلى ضمان سلامة تكوين

[1] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، المرجع السابق ، ص 1094
[2] القانون التجاري الجزائري ، المادة 715 مكرر 21 .
[3] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، المرجع نفسه ، ص 1090

الشركة وجدية المشروع الذي تضطلع به ، إذ قد تجمع شركة المساهمة مدخرات المواطنين ، لذا يحرص المشرع على حماية هذه المدخرات من عبث وتدليس المنحرفين الذين قد يستغلون أحكام القانون لتأسيس شركات وهمية لا تقوم على رأس مال حقيقي ، و ذلك بغرض اغتنام الأموال التي تم الاكتتاب فيها فقد يقوم المؤسسون بنشر بيانات غير صحيحة لإغراء الجمهور على الاكتتاب [1] أو عدم استيفاء قيمة الأسهم عند الاكتتاب ، أو عدم إيداع المبالغ المدفوعة عن الأسهم في أحد البنوك أو قبول اكتتابات من أشخاص معسرين ، أو عدم متابعة تأسيس الشركة بلا عذر مقبول لذلك فرض المشرع على المؤسسين أن يلتزموا إزاء كل مكتتب بالحرص على متابعة إجراءات تأسيس بما فيها الاكتتاب بما يضمن تقليل فرص فشلها ، من خلال بذل العناية المطلوبة لذلك والابتعاد عن كل عمل من شأنه أن يكون سبباً في إخفاق الإكتتاب ،

وقد تطرق المشرع إلى أحكام التأسيس نجد المشرع نظمها بموجب القسم الثاني من الفصل

الثالث من الكتاب الخامس من القانون التجاري وبالرجوع إلى هذه الاحكام نجد ان المشرع نص على طريقتين لتأسيس شركة المساهمة فإما ان يكون تأسيسا متتابع باللجوء العلني للادخار او تأسيسا فوريا بدون اللجوء العلني للادخار ، تتفاوت فيهما مظاهر الاعتبار الشخصي على النحو الاتي :

المطلب الاول: التأسيس المتتابع و مدى الاعتداد فيه بمظاهر الاعتبار الشخصي :

[1] ابو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم ، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الاردن،الطبعة الاولى ،2016 ، ص 189 .

يتم التأسيس بموجب هذا الطريق بإتباع مجموعة من الاجراءات المتعاقبة نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 595 الى 605 [1] القانون التجاري وعلى الرغم من الاراء القائلة بانتفاء العنصر الشخصي في هذا النوع من التأسيس إذ ان المؤسسين فيه يسعون الى جلب رؤوس اموال ضخمة بغض النظر عن مقدميها إلا ان باستقراء الاحكام الخاصة بهذا النوع من التأسيس نجد نوعا من مظاهر الاعتبار الشخصي يفرضها المشرع في المؤسسين خصوصا وكذا في المساهمين عموما .

الفرع الاول : المسؤولية الناجمة عن الخطأ او القصر في نشرة الإكتتاب :

يقصد بنشرة الاكتتاب ، الوثيقة التي يعدها المؤسسون والتي تتضمن البيانات اللازمة قانونا بهدف إحاطة الجمهور علما بتفاصيل وعناصر المشروع المزمع مباشرته خلال الشركة تحت التأسيس .

ولقد بين المرسوم التنفيذي 95 –483 في مادته الثانية بدقة العناصر التي يشملها الاعلان كما الزم المشرع المؤسسين التوقيع على الاعلان مع ذكر إما القابهم او اسماءهم المستعملة وموطنهم وجنسيتهم أو اسم الشركة وشكلها ومقرها ومبلغ رأسمالها [2].

وتأتى الحكمة من إعلان نشرة الاكتتاب تعريف وإعلام الجمهور بكل ما يتعلق بالشركة المراد تأسيسها ، وقطع الطريق أمام السبل الاحتيالية و طرق الغش التي قد ينتهجها المؤسسون

[1] المرسوم التشريعي 93 -08 المؤرخ في 1993/04/25 ، جريدة رسمية رقم 27 .
[2] المرسوم التنفيذي 95 -483 ،المؤرخ في اول شعبان 1416 الموافق ل 23 ديسمبر 1995 ، يتضمن تطبيق احكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة ، جريدة رسمية رقم 80 ، ص 3

لحمل الجمهور وحثه على الاكتتاب ، فالمؤسسون مسئولون عن أي خطأ أو إغفال في بيانات نشرة الاكتتاب ، ويلتزمون بالتعويض إزاء من يلحقه ضرر بسبب ذلك[1].

وتجدر الاشارة ان المشرع الجزائري لم يبين نوع المسؤولية للمؤسسين عن الخطأ او القصر في نشرة الاكتتاب اذ نصت المادة 595 /2 " ..... ينشر المؤسسون تحت مسؤوليتهم اعلانا حسب الشروط المحددة عن طريق التنظيم ...." ، في نفس السياق ذهب المشرع المصري الذي لم ينص صراحة على طبيعة مسؤولية المؤسسين في هذا الصدد ، على خلاف ماذهبت اليه التشريعات العربية التي بينت نوع المسؤولية التضامنية للمؤسسين في هذه الحالة[2].

و إن كنا نأمل أن يبين المشرع الجزائري بدقة نوع المسؤولية التي يتحملها المؤسسين في هذا الصدد كما فعلت معظم التشريعات العربية ، على غرار ما فعل المشرع الكويتي الذي نص في المادة 128 من قانون الشركات الكويتي : " ويكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن عن صحة البيانات الواردة في نشرة الاكتتاب " و الحكم ذاته نجده في القانون الإماراتي واليمني والسعودي .

الفرع الثاني : حظر تدوال الاسهم خلال مرحلة التأسيس :

لقد نصت المادة 715 مكرر 1/51 من القانون التجاري على منع تداول الاسهم قبل قيد الشركة في السجل التجاري[3] ، وتظهر الحكمة من وراء تقرير المشرع ذلك إبقاء صلة

[1] ابو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص 193
[2] ابو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم ، المرجع نفسه ، ص 194 .
[3] المرسوم التشريعي 93 -08 المؤرخ في 1993/04/25 ، جريدة رسمية رقم 27 ، ص 40 .

المؤسسين قائمة بالشركة مدة كافية لاستقرار أحوال الشركة وتثبيت أسعار أسهمها باعتبار أنهم أصحاب فكرة تأسيس الشركة ، وذلك لضمان جديتهم في تأسيس الشركة كما ان منع المؤسسين من التصرف بأسهمهم خلال هذه المدة يعد ضامناً للأشخاص الذين قد يتضررون من مخالفة المؤسسين لقواعد التأسيس التي نص عليها المشرع[1] .

الفرع الثالث : التصويت في الجمعية العامة التاسيسية ومظاهر الاعتبار الشخصي فيه :

إن القاعدة العامة المعروفة في شركات الاموال في مسألة التصويت في الجمعيات العامة هي أن لكل مساهم عدد من الاصوات يتساوى مع عدد الحصص التي اكتتب بها ، إلا ان المشرع الجزائري وفي نص المادة 1/603 خرج عن هذه القاعدة بنصه على " .. لكل مكتتب عدد من الاصوات يعادل عدد الحصص التي أكتتب بها ، دون ان يتجاوز ذلك 5 % ."[2].

يعكس هذا الحكم رغبة المشرع حماية الاقلية من سيطرة الاغلبية داخل الجمعية التأسيسية والاعتداد بأشخاصهم في عملية التصويت ، مما يشكل مظهرا جليا وواضح من مظاهر الاعتبار الشخصي في المؤسسين ، كما أن الجمعية العامة لا تملك صلاحية تعديل القانون الاساسي إلا عن طريق إجماع جميع المكتتبين كما أنها لا تستطيع خفض قيمة تقدير الحصص العينية المعد من قبل مندوب الحصص إلا بإجماع جميع المكتتبين بما فيهم مقدم الحصة . وكل هذه أحكام تشكل مظهرا من مظاهر الاعتبار الشخصي في الشركة [3].

---

[1] عزيز العكيلي ، الوسيط في الشركات التجارية ، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الاحكام العامة والخاصة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، 2007 ، ص 245

[2] القانون التجاري الجزائري ، المادة 603 ، فقرة 01 .

[3] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، المرجع السابق ، ص 1091 .

من هنا يتبين لنا مما سبق أن للإجماع وجود في شركات الأموال وشركات المساهمة بمجرد إنعقاد العقد وتأسيس الجمعية التأسيسية ؛ ومن تم يظهر الإعتبار الشخصي بشكل ملموس في شركات الأموال منذ لحظة إبرام عقد الشركة بين المكتتبين والمؤسسين[1].

المطلب الثاني : التأسيس بدون اللجوء العلني للإدخار :

لقد عالج المشرع أحكام هذا النوع من التأسيس في المواد 605 وما بعدها من القانون التجاري[2] ولقد اشترط المشرع حد ادنى من رأسمال يقدر بمليون دينار على الأقل ، وعند استقراء مجمل الاحكام الخاصة بالطريقة الفورية أو كما تسمى الاكتتاب المغلق نلمس نوع من تخفيف للإجراءات بالمقارنة مع الطريقة العلنية وهذا ما يعكس تقليصا من القيود والشروط المتطلبة في المؤسسين لانعدام الادخار العام في هذه الطريقة للتأسيس وبالتالي انعدام المخاطر الناجمة عنه بالنتيجة ، وإعتماد المؤسسين على مساهماتهم الخاصة في تكوين رأسمال الشركة نظرا لتمتعهم بالخبرة والوفرة المالية في تأسيس الشركة .

الفرع الأول : تبسيط إجراءات التأسيس :

يقتصر الاكتتاب في هذه الشركات على مؤسسي الشركة فقط ولا تطرح أسهمها للاكتتاب العام كشركات المساهمة ذات التأسيس المتتابع . لذلك فالاكتتاب الفوري في شركات المساهمة لا يمثل خطورة على الادخار العام ، لذا أخضعها المشرع لإجراءات مبسطة تتمثل في أربع اجراءات رئيسية .

---

[1] بن غالية سمية فاطمة الزهراء ،اجماع الشركاء في الشركات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، مجلد 54 ،عدد 01 ، سنة 2017 ، صفحة 344 .

[2] أنظر المواد من 605 إلى 609 من القانون التجاري الجزائري .

1-تحرير العقد التأسيسي وتسجيل الشركة : يبرم المؤسسون فيما بينهم عقدا ابتدائيا أمام الموثق يسمى أيضا بعقد التأسيس ويشمل أسماء المؤسسين ومهنهم وجنسياتهم وعنوان واسم الشركة والغرض منها ومركزها والمدة المحددة لها ومقدار رأس المال وقيمة كل سهم ونوعه .

بعد استيفاء إجراءات التأسيس ، يبادر المؤسسون بتسجيل الشركة في المركز الوطني للسجل التجاري ، فإن لم تؤسس الشركة في مهلة ستة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي بالمركز الوطني للسجل التجاري ، جاز لكل مكتتب أن يطالب قضائيا بتعيين وكيل مكلف بسحب الأموال لإعادتها إلى المكتتبين بعد خصم مصاريف التوزيع ، وإن أراد المؤسس أو المؤسسون فيما بعد تأسيس الشركة ، وجب القيام مجددا بإيداع الأموال وتقديم التصريح المنصوص عليه في المادتين (598 و 599 المذكورتين أعلاه) المادة 604 من القانون التجاري [1].

2- الاكتتاب في رأس المال : تقضي المادة 606 من القانون التجاري الجزائري بأن يقوم مساهم واحد أو أكثر بإثبات المبالغ المدفوعة من المساهمين وذلك بموجب عقد يوثق لدى الموثق ، وعليه أن يثبت المبلغ ومقدار حصة كل مساهم [2].

فيأخذ أحد المساهمين أو أكثر على عاتقه تحرير عقد لدى الموثق يثبت بموجبه هذا الأخير المبالغ المدفوعة من طرف المؤسسين الذين لا يتجاوز عددهم سبعة (07) تطبيقا للمادة 2/592من القانون التجاري ، والتي صرحوا بها كل بمقدار حصته ، بمعنى أن المبالغ المصرح يجب أن تكون مطابقة للمبالغ المودعة والتي يقوم الموثق بتحرير عقد بشأنها .

---

[1] نادية فوضيل ،المرجع السابق ، صفحة 153

[2] عبد القادر البقيرات ، محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية 2015 ، ص 133

هذا ويشترط القانون أن يكتتب رأسمال بكامله وتكون الأسهم النقدية مدفوعة عند الاكتتاب بمقدار الربع على الأقل من قيمتها الاسمية ، ويتم الوفاء بالزيادة مرة واحدة أو على مرات متتالية بناء على قرار مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب نظام الإدارة المتبع في الشركة وذلك في أجل لا يمكن أن يتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري. و هذه القاعدة لا يمكن مخالفتها إلا بنص تشريعي صريح ، أما الأسهم العينية تكون مسددة القيمة بكاملها عند إصدارها ، وهذا تطبيقا لحكم المادة 596 من القانون التجاري .

3- تقدير الحصص العينية : قد يكون رأس مال الشركة المساهمة أو جزء منه من حصص عينية والغالب أن الاكتتاب في الحصص العينية يتم من قبل المؤسسين . لذا يخشى المشرع أن يستغل المؤسسون صلتهم بالشركة فيقومون الحصص العينية التي قدموها بمبالغ باهظة تزيد عن قيمتها الحقيقية ، فأوجب المشرع تقديرها من طرف مندوب الحصص مع الاشارة الى هذا التقدير في القانون الاساسي للشركة ،[1] فقد نصت في هذا الصدد المادة 607 من القانون التجاري على ما يلي: " يشمل القانون الأساسي على تقدير الحصص العينية ، هذا التقدير

بناء على تقرير ملحق بالقانون الأساسي يعده مندوب الحصص تحت مسؤولياته ، ويتبع نفس الإجراء إذا تم اشتراط امتيازات خاصة "

فتقدير الحصص العينية يجب أن يتم بواسطة مندوب للحصص أي خبير بهذه الحصص والتقدير يقع تحت مسؤولياته وعليه أن يخلص إلى تقرير بذلك يلحق بالقانون الأساسي للشركة[2]

[1] عبد القادر البقيرات ، محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية 2015 ، ص 133 ، 134

[2] نادية فوضيل ، المرجع السابق ، صفحة 155

فتنص المادة 608 من القانون التجاري على أن يوقع المساهمون على القانون الأساسي للشركة بأنفسهم أو بواسطة وكيل مزود بتفويض خاص ، بعد تصريح الموثق بالدفعات وبعد وضع التقرير المتعلق بتقويم الحصص العينية الذي يجب أن يوضع تحت تصرف المساهمين حسب الشروط المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي الذي جاء به المشرع في سنة 1995 والمتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات والتي نصت المادة 7 منه على أن يوضع تقرير مندوب الحصص العينية تحت تصرف الأشخاص الذين يساهمون مستقبلا في الشركة حتى يتمكنوا من الحصول على نسخة منه قبل ثلاثة أيام على الأقل من تاريخ التوقيع على القانون الأساسي[1] .

فمما تقدم عرضه نتبين أن المشرع خفف إجراءات التأسيس الفوري لشركات المساهمة وذلك نتيجة أن تشكيل الشركة على هذا النحو لا يمس بمدخرات الجمهور و لا يشكل مساس بالاقتصاد القومي و جعلها تتشابه في تأسيسها شركات من نوع آخر كشركات الأشخاص .

الفرع الثاني : اقتصار الاكتتاب على أشخاص المؤسسين :

يظهر الإعتبار الشخصي بشكل جلي في هذه النمط من التأسيس أي الشركات التي تؤسس عن طريق الاكتتاب المغلق أو الفوري Fondation simultanée ou instantané بين عدد قليل من المساهمين تربطهم علاقات وطيدة ، كالشركات المساهمة التي يؤسسها أفراد عائلة واحدة أو تجمعهم علاقات صداقة سابقة [2] مما يزيد من بروز الاعتبار الشخصي بينهم

[1] المرسوم التنفيذي 95-438 مؤرخ في 23 ديسمبر 1995 ،يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات .الجريدة الرسمية عدد 80 ، صفحة 5 .

[2] الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية ، تأسيس الشركة المُغفلة ، الجزء السابع ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2008 ، صفحة 135.

وبالتالي تكون فيها نية الإشتراك متقاربة إلى حد بعيد من الوضع السائد في شركات الأشخاص ، حيث يهتم كل مساهم بالمشاركة الفعّلية وعلى قدم المساواة مع المساهمين الآخرين في إدارة الشركة والعمل على تحقيق هدفها المشترك في ظل أفضل الفرص الممكنة لنجاحه .

وغالبا ما يتم التأسيس الفوري في كنف علاقات عائلية ، أي بين مؤسسين تجمع بينهم روابط شخصية ، كعلاقات القربى والصداقة ، فيقتسمون فيما بينهم الاشتراك في رأس المال وفي الأسهم الممثلة له ، ومن أمثلة ذلك ، التاجر أو الحرفي الذي يجد بأن أعماله بدأت تتطور بسرعة ممّا يتطلب منه السعي إلى جلب رؤوس أموال أكبر ، وفي سبيل ذلك يبدأ بتأسيس شركة أشخاص أو شركة محدودة المسؤولية ، ثم يقوم بعد ذلك بتحويل شكل هذه الشركة إلى شركة مساهمة ، طالباً من أصدقائه أو زملائه تزويده برأس المال اللازم لمشروعه ، وكذلك أبناء التاجر أو الصناعي ، الذين يرغبون في مواصلة عمل والدهم عن طريق تأسيس شركة مساهمة تجنبهم المسؤولية غير المحدودة[1] .

على هذا الأساس ينطوي الاكتتاب المغلق على مظاهر الاعتبار الشخصي لاقتصاره على فئة محددة هم المؤسسون والذين لا يجوز أن يقل عددهم عن سبعة حسب القانون التجاري الجزائري و كذلك حينما يتعلق الأمر برغبة المؤسسين في دعوة فئة معينة ليسوا من المؤسسين يتم اختيارهم لاعتبارات شخصية كصلة القرابة أو السمعة التجارية أو الملاءة المالية أو الخبرة[2] ، وغالباً ما يتضمن النظام الأساسي لهذا النوع من الشركات شروطاً يكون الهدف منها عدم فتح

---

[1] فاطمة حسن المولي ، الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في قانون الاعمال ، المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والادارية والاقتصادية ، جامعة لبنان ، 2011 ، صفحة 15 .

[2] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، المرجع السابق ، ص 1092

أبوابها أمام الغير، لكي يظل جو الاعتبار الشخصي قائما بين المساهمين عن طريق وضع بنود في نظام الشركة مثلا تقيد من حرية تداول الأسهم ، كاشتراط موافقة المساهمين بأغلبية معينة أو موافقة مجلس إدارة الشركة في حال تنازل أحد المساهمين عن أسهمه إلى شخص من غير الشركاء .

الفصل الثاني : مكانة الإعتبار الشخصي في مرحلة نشاط الشركة و كذا انقضاءها :

لقد بينا في الفصل الاول مظاهر الاعتداد بالاعتبار الشخصي في شركة المساهمة من خلال اشتراط جملة من القواعد في المؤسسين وكذا تبيان مسؤولياتهم ، وكما سنبين في هذا الفصل خروج المشرع عن القواعد المألوفة في شركات الاموال في هذا النوع من الشركات وذلك خلال مرحلة نشاط الشركة وكذلك عند انقضاءها يجعلها تقترب في طبيعتها من شركات الاشخاص

المبحث الأول : نشاط الشرطة وتأثره بالقيود التي يفرضها الاعتبار الشخصي

إن ما يميز شركات الأموال و خصوصا شركة المساهمة هو الحرية التامة لتداول أسهمها سواء بين المساهمين في رأسمالها أو الى الاشخاص الاجانب عن الشركة ، وهذه هي ميزة الاعتبار المالي في الشركة ، عكس شركات الاشخاص التي يحظر فيها تداول الاسهم ، ولكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه ، فنجد في هذا النوع من الشركات نوعا من القيود تحظر تداول الاسهم ، هذا ما سنحاول الاجابة عليه في هذا المطلب ، أما في المطلب الثاني سنتطرق الى الشروط المتطلبة في المسيرين وكذلك طبيعة وحجم مسؤولياتهم و تبيان مظاهر الاعتبار الشخصي في أجهزة إدارة الشركة .

المطلب الأول : القيود المفروضة على حرية تداول الاسهم

لقد فرض المشرع الجزائري في شركة المساهمة قيودا ترد على تداول الاسهم فمنها ما هو عام تم التنصيص عليه بموجب القانون التجاري ومنها ما هو خاص يكون إتفاقيا يتم النص عليه بموجب القانون الأساسي للشركة ، وهي كلها أحكام غير مألوفة في هذا النوع من الشركات تعكس بعضا من مظاهر الاعتبار الشخصي فيها[1] .

الفرع الأول : القيود القانونية على حرية تداول الاسهم :

أولا : الوعود بالأسهم : يقصد بها تلك السندات المؤقتة التي تسلم للمكتتبين في غضون الفترة التي يتم فيها إعداد سندات الاسهم الاسمية أو لحاملها وتوزيعها على المساهمين [2]، و إصدار هذا النوع من الشهادات من قبل الشركة يجد تفسيره في ان إعداد عدد الشهادات الأصلية للأسهم يستلزم بعض الوقت قد يمتد إلى ما بعد تأسيس الشركة ولذلك تمنح الشركة المساهمين وعود بالأسهم أو أسهم مؤقتة كدليل على عدد الأسهم التي اكتتبوا بها وتكون محددة لقيمة حصة مالكها في رأس على مال الشركة .[3]

وحظر تداول الوعود بالأسهم أو الأسهم المؤقتة كرسته المادة715 مكرر 3/51 تجاري جزائري بقولها ويحظر التداول في الوعود بالأسهم ماعدا اذا كانت أسهما تنشأ بمناسبة زيادة رأس مال شركة كانت أسهمها القديمة قد سجلت في تسعيرة بورصة القيم المنقولة ، وفي هذه

[1] Rousseau Michel . L'intuitus personae dans les sociétés par actions . In : Revue juridique de l'Ouest , 1995-1 . pp . 23-52 . page 32.

[2] فتات فوزي ، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،وهران الجزائر ،2007 ، ص 125

[3] فتاحي محمد ، حرية تداول اسهم شركة المساهمة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص 245

الحالة لا يصح التداول إلا إذا تم تحت شرط موقف لتحقيق الزيادة في رأس المال ، ويكون هذا الشرط مفترضاً في غياب أي بيان صريح " .[1]

ويقرر الفقه أن هذا القيد مقرر بهدف حماية جمهور المكتتبين حيث أن في منع تداول الأسهم النقدية والوعود بالأسهم تجنبا للضرر الذي قد يلحق جمهور المدخرين نتيجة اندفاعهم تحت تأثير حملات الدعاية الكاذبة التي تصاحب عادة عملية تأسيس الشركات المساهمة الجديدة إلى شراء الصكوك المشار إليها بأكبر من قيمتها الحقيقية ، ليفاجئوا بعد نشر الشركة لرقم أعمالها ، أنهم كانوا ضحية التدليس فتنهار القيمة أسهمهم في السوق وتضيع عليهم مدخراتهم والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري والفرنسي يقرران استثناءاً على حظر تداول الوعود بالأسهم ، ويتعلق الأمر بالأسهم التي تصدر بمناسبة زيادة رأس مال الشركة المساهمة التي كانت أسهمها مقيدة سلفاً في بورصة القيم المنقولة كما يقرر المشرع الفرنسي استثناءا آخر غير منصوص في القانون الجزائري ويتعلق الأمر بسندات الاكتتاب المستقلة والتي تعتبر وعوداً بالأسهم غير أنه تجوز تداولها فوراً على سبيل الاستثناء ويجد هذا الاستثناء تفسيره في أن الشركة ما دام أن أسهمها سبق وتم نبدها في البورصة ، وأن مركزها المالي لا تشوبه شائبة فليس ثمة أية خطورة أو خسارة تهدد المكتتب أو جمهور المدخرين[2] .

والجدير بالإشارة أخيراً أن المشرع في فرنسا والجزائر يقيدان التداول بتحقق زيادة رأسمال الشركة وهذا الشرط مفترض حالة عدم النص عليه صراحة في النظام الداخلي للشركة .

ثانيا : أسهم الضمان :

[1] القانون التجاري الجزائري المادة 715 مكرر 3/51 .
[2] فتاحي محمد ، مرجع سابق ،ص 247

وهي تلك الأسهم التي يشترط على أعضاء مجلس الإدارة أن يكون مالكا لها ، وتمثل هاته الأسهم 20 % من مجموع أسهم الشركة ، وتبقى هذه الأسهم إسمية ، ويلصق بها طابع يشير

إلى عدم جواز التنازل عنها وتخصص لضمان مسؤولية مودعيها عن أخطاء التسيير سواء أكانت المسؤولية شخصية فردية أو مشتركة و الحكمة من تقرير ذلك تعود إلى حماية المساهمين من تصرفات أعضاء مجلس الإدارة الضارة بالمركز المالي للشركة وبسمعتها من ناحية ، ومن ناحية أخرى حماية دائني الشركة في حالة رجوعهم بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية الشخصية ، و قابلية السهم للتداول تستمر إلى غاية حل الشركة وزوال شخصيتها المعنوية بانتهاء عملية التصفية وقفلها هذا ما قضت به المادة 715 مكرر 53 بقولها : " تبقى الأسهم قابلة للتداول بعد حل الشركة ولغاية اختتام التصفية. "[1]

وتجدر الاشارة الى أن المشرع الجزائري اشترط ايضا على أعضاء جهاز مجلس المراقبة المستحدث بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المتضمن القانون التجاري ، حيازة اسهم الضمان بحيث نصت المادة 659 منه على ذلك .

ثالثا : قيد تداول أسهم العمال :

تعرف أسهم العمل بأنها الأسهم التي تمنح للعاملين في المشروع وتظهر أهمية هذا النوع من الأسهم في المشروع التجاري أو الصناعي من عدة أوجه ، فمن الوجه الأول إن المساهمة العمالية تعتبر جوهر عنصر العمل في تكوين النظام الاقتصادي والاجتماعي للمشروعات ذلك أن المشروعات التجارية أو الصناعية ليست فقط وحدات اقتصادية أو مالية بل هي خلايا

[1] نادية فوضيل ، المرجع السابق ، ص 194

بشرية قيمتها في عنصرها البشري وهو أمر لا يمكن انكاره ومن جهة اخرى فإن العامل الذي أفنى شبابه وعمره في سبيل المشروع التجاري قد يتلقى أجر في بعض الأحيان لا يلبي حاجاته المعيشية ومن شأن إشراك العمال في الإدارة والأرباح تحقيق التوازن في العلاقة بين العامل وصاحب العمل ، ومن الوجه الثالث فإن للمشاركة العمالية فوائد جمة على صاحب العمل وتفسير ذلك أن العامل الذي يتم إشراكه في الإدارة وفي نصيب من الأرباح سوف يبذل قصارى جهده لمضاعفة إنتاجية المشروع لأن ذلك سيزيد من ربحيته هو ايضا ، وهكذا يتم إقامة التعاون بين عنصر العمل وعنصر المال . وأخيراً فإنه لكسر الحاجز بين العامل وصاحب العمل فإنه لابد من إشراك العمال بواسطة ممثليهم في الإدارة الأمر الذي يؤدي إلى التعاون بين صاحب المشروع والعامل [1]، وهو ما يؤدي بالنهاية إلى زيادة الإنتاج والربح وتحقيق أهداف المشروع التجاري . ولتحقيق الغايات السابقة اتجهت الى ذلك التشريعات المقارنة وكذلك التشريع الجزائري حيث خولت العمال أسهم مجانية في المشروع التجاري أو الصناعي والبعض الآخر يعطي للعمال أسهماً يقابلها حصة في رأس مال الشركة المساهمة ، فالمشرع الجزائري كرس اسهم العمال في الامر 01-04 في المادة 28 منه ، فقرر الأخير أن يخصص للعمال في المؤسسات العمومية الاقتصادية المراد خوصصتها كلية ما نسبته عشرة بالمائة على الأكثر من رأسمال تلك المؤسسات واسهم العمل تمنح للعمال في ظل القانون الجزائري في شكل أسهم مجانية أي دون أن يقدم العمال في مقابلها أي مبالغ وحصص في رأسمال المؤسسة المخوصصة وقد حرم المشرع الجزائري أسهم العمال من بعض الحقوق المعروفة والملازمة للسهم كالحق في التصويت كما حرم العمال المالكين لهذه الأسهم من حق التمثيل في مجلس إدارة المؤسسة العمومية الاقتصادية المراد خوصصتها كما قرر المشرع للعمال

[1] فتاحي محمد ، مرجع سابق ،ص 266

الإجراء الذين يريدون استعادة مؤسستهم حق الشفعة في شراء الحصص ، بشرط أن يمارس هذا الحق في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ عرض التنازل على الإجراء ، كما قرر لهم حق تخفيض قدره 15 %من سعر التنازل [1].

الفرع الثاني : القيود الاتفاقية لتداول الاسهم :

قد يتضمن نظام الشركة قيوداً تحد من تداول الأسهم ويمكن إرجاع مثل هذه البنود الاتفاقية إلى أبعاد مختلفة ، فقد تتكون الشركة بين مؤسسين يعرفون بعضهم بعضا و يرغبون في منع دخول أشخاص لا يحظون بثقتهم في الشركة ، وقد يختار المؤسسون مديري الشركة ويرغبون في منع عزل هؤلاء المديرين بمعرفة جمعيات العمومية بقصد تحقيق الاستقرار لإدارة الشركة . وقد تؤسس الشركة برؤوس أموال محلية ويريد المؤسسون منع رؤوس الأموال الأجنبية بدخول الأسهم للأجانب . وقد تؤسس شركة مساهمة لاستثمار جريدة ذات توجه سياسي معين وتريد أن تتحصن من انتقال ملكية أسهمها جماعة سياسية معارضة [2] .

وهذا الاعتبار يلاحظ غالباً في شركات المساهمة المغلقة ذات الطابع العائلي أو المهني أما بالنسبة إلى شركات المساهمة ذات الاكتتاب العام فمن النادر أن ترد قيود في نظام الشركة على حق المساهم في التصرف بأسهمه ، وأن وردت مثل هذه القيود فيكون الهدف منها حظر بيع أسهم الشركة لشركات أو لأشخاص يزاولون أعمالاً تجارية تعتبر منافسة للشركة فيرد نص في نظام الشركة على أفضلية المساهمين في شراء الأسهم التي يرغب مالكها في بيعها ، أو يتطلب موافقة مجلس الإدارة على مشتري الأسهم . على أن هذه القيود الاتفاقية الواردة على

[1] الامر 01-04 ،مؤرخ في 20 غشت 2001 ، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها ، ج ر عدد 47 ,ص 13

[2] مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ،1991 ، ص 421

حق التصرف بالأسهم يجب ألا تؤدي إلى حرمان المساهم من حق التصرف بأسهمه في أي وقت وإلا كانت باطلة ، لأن مثل هذه القيود تمس حقوق المساهم الرئيسية والتي لا يجوز حرمانه منها بتاتا ، وإلا نكون بصدد شركة أشخاص وليس أمام شركة مساهمة [1].

أولا : شرط الموافقة :

تعرضت لهذا الشرط المادة 715 مكرر 55 الذي ينص على إمكانية التنازل عن الاسهم للغير ولكن شريطة أن توافق الشركة على ذلك استنادا إلى شرط يقضى به قانونها الأساسي وتعود الحكمة المقررة لذلك في تمكين الشركة من إصباغ نوع من الرقابة على المساهمين أو الأشخاص الذين يريدون الانضمام إليها ، وشرط موافقة الشركة على التنازل عن الأسهم للغير قد يتضمنه القانون الأساسي للشركة مهما كانت طريقة التنازل باستثناء حالة الارث أو احالة الأسهم للزوج أو الأصل أو الفرع ، كما لا يجوز أن يوضع مثل هذا الشرط إلا إذا اكتست الأسهم الشكل الاسمى طبقا للقانون أو القانون الأساسي المادة 715 مكرر 2/55 من القانون التجاري [2] .

نشير في هذا الصدد إلى أن محل تطبيق شرط الموافقة هو التنازل عن الأسهم من المساهم إلى الغير ، وكما هو مبين في نص المادة 715 مكرر 55 الغير هو كل متنازل إليه ليس له صفة المساهم ، غير أن المشرع الجزائري منع تطبيق شرط الموافقة إذا تم التنازل إلى بعض الأشخاص نصت عليهم المادة 715 مكرر 55 من القانون التجاري وهم ورثة المساهم ، حيث أن كل أسهم المساهم المتوفى تنتقل إلى ورثته كما تنتقل باقي أمواله . أما الاستثناء الثاني

[1] عزيز العكيلي ، القانون التجاري ، مكتبة الثقافة للتوزيع والنشر ، عمان الاردن ، 1995 ، ص 290
[2] نادية فوضيل ، المرجع السابق ، ص 195

فيتمثل في تنازل المساهم عن أسهمه إلى زوجه ، أي إحالة الأسهم من الزوج إلى زوجته أو العكس لا تتطلب موافقة من شركة . أما الاستثناء الثالث الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 715 امكرر 55 من القانون التجاري فيتمثل في إحالة المساهم لأسهمه إلى أحد أصوله ، كالأب أو الحد أو الجدة وما علا وتنازل المساهم عن أسهمه إلى أحد فروعه ، كالابن أو الإبنة أو أبناء الإبن وأبناء البنت وما نزل [1].

ثانيا : شرط الاسترداد :

يجدر التنويه ان المشرع الجزائري لم يتطرق الى هذا الشرط كقيد من قيود تداول الاسهم لذلك سنتطرق إليه من خلال منطلق فقهي قضائي ، وبالرجوع إلى احكام القانون المدني الجزائري نجد هذا الشرط يشبه في مفهومه أحكام الشفعة التي تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار بشرط إعلان الرغبة في ذلك[2] ، ويرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط قد يكون بندا في نظام الشركة يقرر للمساهمين الحق في شراء الأسهم التي يرغب أحد المساهمين في بيعها بالأولوية على غير المساهمين ويكون ذلك بعد اعلان المساهم عن رغبته في التنازل وتحدد فترة زمنية معقولة لممارسة هذا الحق من قبل المساهمين بانقضائها يصبح التنازل عن الاسهم صحيحا وينتج أثره تجاه الشركة وبقية المساهمين ، اما اذا باشر المساهمون هذا الحق خلال المدة المحددة والشروط المعلنة فانه يتعين عليه شراء هذه الاسهم ، وقد يرد هذا الشرط ايضا بشكل آخر بصيغة نص في النظام يعطي الحق لمجلس الادارة في شراء هذه الاسهم لحساب الشركة ويهدف هذا الشرط إلى الإبقاء على التوازن بين المجموعات المختلفة للمساهمين ضمن

[1] فتات فوزي ، مرجع سابق ، ص 129
[2] أنظر المواد 794 ومايليها من القانون المدني الجزائري

الشركة و يسمح لهم بالمحافظة على نسبة أسهمهم في الشركة ، ويختلف هذا الشرط عن شرط الموافقة اذ ان الشرط الأخير يضع طرفين في مواجهة بعضهما معا ، هما المتنازل والمتنازل اليه من جانب والشركة من جانب آخر . والشركة إما توافق على التنازل أو ترفضه ، اما شرط الاسترداد فهو لا يجعل من الشركة سوى وسيط بين المتنازل والمتنازل اليه من جانب و المساهمين من جانب آخر أي أن المساهمين الآخرين هم الذين يتدخلون بطريق مباشر في عملية التنازل ، والشركة لا تأخذ بنفسها هنا مبادرة استرداد الاسهم وفق صورة شرط الاولوية ولا تعطي موافقتها على التنازل ولا تباشر حق الاعتراض ، ولا تقوم بدور ايجابي في العملية[1] .

ثالثا :حق الأفضلية في الإكتتاب بأسهم الزيادة :

منح المشرع للمساهمين القدامى مقابل ما قد ينتقص من حقوقهم حق الأولوية في الاكتتاب في أسهم زيادة الرأسمال ويطلق على هذا الحق اسم " حق الاكتتاب بالأفضلية

Le droit préférentiel de souscription بحيث يكون لكل مساهم أن يكتتب في الأسهم الجديدة بمقدار ما يملكه من أسهمه أصلية ، ويسمى حقه هذا بحق الاكتتاب غير المنتقص le droit irréductible فلو افترضنا ان شركة رأسمالها يقدر بـ 30 مليون دينار جزائري مقسم على 30 ألف سهم والقيمة الاسمية لكل سهم 1000 دج ، وقررت هذه الشركة زيادة رأسمالها إلى الضعف بمعنى أصدرت بهذه الزيادة مبلغ قدره 30 مليون دينار جزائري على ألف سهم وقيمة كل سهم 1000 دج في هذه الحالة يكون لكل مساهم قديم الحق في الاكتتاب في أسهم زيادة رأسمال بقدر الاسهم الأصلية التي يملكها ، فلو كان عدد هذه الأسهم 50 أصبح له حق غير منقوص في الاكتتاب في 50 سهم جديدة ولقد تعرضت لحق سهم الأفضلية المادة

[1] فاروق إبراهيم جاسم ، حقوق المساهم في شركة المساهمة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2008 ، ص 133

694 من القانون التجاري بقولها " : تتضمن الأسهم حق الأفضلية في الاكتتاب في زيادات رأس المال للمساهمين بنية قيمة أسهمهم ، حق الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم النقدية الصادرة لتحقيق زيادة رأس المال . ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن " . ومن خلال هذا النص تتضح الأمور التالية :

1- لا يثبت حق الأفضلية للمساهمين في جميع حالات الزيادة ، بل الزيادة الت تتم بواسطة أسهم نقدية تطرح للاكتتاب فقط[1] .

2- بما أن حق الأفضلية مقرر قانونا للمساهمين القدامى فلا يجوز أن يتمتع به بعض المساهمين دون البعض الآخر وهذا تطبيقا لمبدأ المساواة بين المساهمين

3 - لا يجوز أن تقصر المدة التي يكون فيها للمساهمين القدامى حق الأفضلية في الاكتتاب في أسهم الزيادة عن ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ فتح عملية الاكتتاب المادة 1/702 ومن القانون التجاري ، وينقضي هذا الاجل عند استعمال حق الافضلية في الاكتتاب الغير قابل للتخفيض وهذا فان تبقى بعد استخدام حق الافضلية أسهم دون توزيع تبعا لإمتناع بعض المساهمين عن ممارسة هذا الحق ، فتلتزم الجمعية غير العادية بطرحها على المساهمين القدامي مرة أخرى للاكتتاب فيها بالأفضلية ويسمى هذا الحق في هذه الحالة " بحق الاكتتاب بالأفضلية المنتقص le droit réductible ونشير إلى أن حق الأفضلية مرهون برغبة المساهم فله أن يستعمله بحيث يكتتب في أسهم الزيادة ، كما يحق له أن يمتنع عن الاكتتاب ومن ثم يعد باطلا وعديم الاثر القرار الذي يصدر عن الشركة ويجبر فيه المساهمين على استعمال هذا الحق والاكتتاب في أسهم الزيادة لأن بهذا القرار يرفع من التزامات المساهمين

[1] نادية فوضيل ، المرجع السابق ، ص 309

وهذا غير جائز استنادا إلى المادة 674 من القانون التجاري " ومع ذلك لا يجوز للجمعية العامة غير العادية أن تزيد من التزامات المساهمين ما عدا العمليات الناتجة عن تجمع الأسهم التي تمت بصفة منتظمة. [1]"

من كل ذلك يتبين أن هذه الأفضلية مظهر جلي من مظاهر الاعتبار الشخصي في مرحلة نشاط الشركة يتيح للمساهمين القدامى قطع الطريق على كل أجنبي غير مرغوب فيه لاعتبارات شخصية للدخول في مشروع الشركة ، وتعتبر الأفضلية من صميم الحقوق الأساسية للمساهمين القدامى وهو ما يفسّر تنظيمها بقواعد آمرة من النظام العام ، وذلك ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 1/702 تجاري [2] .

المطلب الثاني : الشروط المفروضة على المسيرين وطبيعة مسؤولياتهم

نظرا للعدد الكبير للمساهمين في شركة المساهمة كان من المستحيل عمليا ان تسند الإدارة اليهم جميعهم ، وإن كان ممكن ذلك نظريا إذا اعتمدت على العدد الادنى من المساهمين (7 أفراد) كما هو الحال في شركات الاشخاص كالتضامن التي تتكون من عدد قليل من الشركاء فشركة المساهمة تتبع نوعين من أنواع التسيير فإما يكون تسييرا تقليديا عن طريق مجلس إدارة أو عن طريق إتباع الطريقة الحديثة في التسيير التي استحدث بموجب الامر 08/93 والتي تكون عن طريق جهازي مجلس المديرين ومجلس المراقبة ، وسنبين من خلال هذا الجزء نظامي الادارة في هذا النوع من الشركات ومدى تركيز أحكام القانون على الجانب

[1] نادية فوضيل ، المرجع السابق ، ص 310
[2] عبد العزيز بوخرص ، مرجع سابق ص 1098

الشخصي للقائمين بها سواء في شروط تولي الإدارة وكذا حدود المسؤولية للمسير وهذا ما سنركز عليه في هذا المطلب .

الفرع الأول : النظام التقليدي للتسيير (مجلس الإدارة) :

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام هذا النمط من التسيير في المواد من 610 إلى 641 من القانون التجاري ومن استقراء مجمل هذه الاحكام نجد كثيرا من الاعتبارات الشخصية في المسيرين في مجلس الادارة سواء في شروط تولي الادارة وكذلك من حيث طبيعة المسؤولية للمسيرين .

أولا : الشروط المتطلبة في عضوية مجلس الإدارة :

1-الشروط العامة :

أ – شرط الأهلية :

والأهلية المقصودة هنا هي الأهلية التجارية ، فالمادة 31 من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري تنص " يتمتع جميع أعضاء مجالس إدارة شركات المساهمة ومجالس مراقبة الشركات ذات المسؤولية المحدودة بصفة التاجر باسم الشخصية المعنوية التي يتولون ادارتها وتسييرها بمقتضى القانون الأساسي" [1]، وهذا نتيجة طبيعة لتولي مسؤولية الادارة التي تحتاج لامحالة إلى نوع من الخبرة في المعاملات التجارية ، أما بالنسبة لأهلية الأشخاص المعنوية ، فإنها

[1] القانون 90-22 المؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت سنة 1990 يتعلق بالسجل التجاري ، الجريدة الرسمية عدد 36 ، ص 1149

تخضع لمبدأ التخصص ، أي أن يجيز قانونها الأساسي وفي حدود غرضها ، امتلاك الأسهم في شركات المساهمة ،كما بيناه سابقا في شروط المؤسس .

ب – اشتراط الحد الادنى و الاقصى من الأعضاء :

تنص المادة 610 من القانون التجاري على ما يلي " : يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة يتألف من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن اثني عشر عضوا على الأكثر . وفي حالة الدمج يجوز رفع العدد الكامل للقائمين بالإدارة إلى العدد لكامل للقائمين بالإدارة الممارسين منذ أكثر من ستة أشهر دون تجاوز اربع وعشرين (24) عضوا.

وعدا حالة الدمج الجديد ، فإنه لا يجوز أي تعيين القائمين بالإدارة جدد ولا استخلاف من توفى من القائمين بالإدارة أو استقال أو عزل ما دام عدد القائمين بالإدارة لم يخفض إلى اثني عشر (12) عضوا ثلاثة أعضاء كحد أدنى ومن اثني عشر عضوا كحد أقصى "[1]

يتضح من هذا النص أن مجلس إدارة شركة المساهمة يتشكل من ثلاثة أعضاء كحد ادنى وإثنا عشر عضو كحد أقصى وهذا الشرط هو شرط بدء وبقاء أي أنه يحظر تشكيل مجلس إدارة الشركة المساهمة بأقل من الحد الأدنى الذي قرره المشرع أو بعدد يجاوز الحد الأقصى القانوني بإستثناء حالة اندماج الشركة في شركة أخرى عند ذلك يمكن أن يتجاوز عدد أعضاء مجلس الإدارة الحد الأقصى شريطة ألا يتجاوز أربعة وعشرون (24) عضوا ويجب أن يكون هؤلاء الأعضاء قد مارسوا أعمال الإدارة منذ أكثر من ستة (06) أشهر) المادة 2/610 من القانون التجاري .[2]

[1] المرسوم التشريعي 93 -08 المؤرخ في 1993/04/25 ,جريدة رسمية عدد 27 ، ص 12 .
[2] نادية فوضيل ، االمرجع السابق ، ص 232

ج – توافر صفة المساهم في الشركة :

وهو ما يعني أن على القائم بالإدارة أن يكون مالكا لعدد من الاسهم التي يحددها القانون أو نظام الشركة ، فالمشرع الجزائري إشترط في مجلس الادارة أن يكون مالكا لأسهم الضمان والمقدرة ب 20 % من أسهم الشركة ، كما أن القانون الأساسي للشركة هو الذي يحدد العدد الأدنى من الأسهم التي يجب ان يحوزها كل قائم بالإدارة ، كما إن إشتراط تملك أسهم الضمان في عضو مجلس الإدارة هو شرط إستمرار وبقاء للعضوية فلو توقف العضو بعد توكيله عن تملكه الاسهم أعتبر مستقيل تلقائيا اذا لم يصحح وضعيته خلال اجل ثلاث أشهر وهو مابينته المادة 619 من المرسوم التشريعي 93 – 08 المتضمن القانون التجاري[1] ، وهذا الشرط إن كان في ظاهره مرتبطا بالجانب المالي للعضو إلا أنه يبرز اهتمام المشرع بالجانب الشخصي للقائم بالإدارة وتأكيده على ارتباطه بالشركة ارتباطا فعليا عكس المساهمين الذين لا يهمهم سوى المضاربة في الأسهم .

د – شرط قبول العضوية :

يعتبر هذا الشرط من الشروط الخاصة بعضو مجلس الإدارة المنتخب ، حيث لا يمكن تعيين أي مساهم كعضو مجلس إدارة إلا بعد قبوله الكتابي للتعيين ، وهذا ينطوي على بروز لافت لإرادة العضو الصريحة بقبول التعيين باعتبارها من أهم مظاهر تجسيد الاعتبار الشخصي . ويذهب البعض في تبرير ذلك ، بأنه لا يمكن أن تفرض على المساهم بالشركة أعباء ومسؤوليات العضوية بمجلس الإدارة رغم إرادته ، فضلا عن قطع الطريق أمام إمكانية التحايل

[1] المرسوم التشريعي رقم 93 -08 المؤرخ في 1993/04/25 ج.ر 27 مؤرخة في 1993/04/25 ، صفحة 13

حتى لا يدعي العضو فيما بعد أنه لم يقبل التعيين ، أو أنه قد فرض عليه ،[1] وقد تضمن القانون التجاري الجزائري ما يفيد هذا الشرط . حينما نص بالمادة 600 على أنه " يجب أن يتضمن محضر الجلسة الخاصة بالجمعية عند الاقتضاء ، إثبات قبول القائمين بالإدارة وأعضاء مجلس المراقبة ومندوبي الحسابات وظائفهم. " ، وما قد يبرر فرض تأكيد قبول العضوية بشكل كتابي وصريح هو تغير نوع المسؤولية بشكل جذري بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة ، إذ تتحول مسؤولية المساهم بمجرد تعيينه كعضو بمجلس الإدارة من مسؤولية محدودة غير تضامنية إلى مسؤولية تضامنية غير محدودة ، وماتجدر الإشارة إليه انه أن هذا النص

يخص فقط أعضاء مجلس الإدارة الأولين فقط ، ونظرا لنجاعة هذا الإجراء وجب ادراج نص عام في القانون التجاري يخص كل انواع الجمعيات عادية او غير عادية التي تتولى تعيين اعضاء مجلس الادارة الأولي أو المجالس اللاحقة له .

2 – الشروط الخاصة بشخصية العضو :

أ – شرط النزاهة :

إن إخضاع شركات المساهمة للاعتبار المالي بشكل مطلق من شأنه أن يرهن مصير رؤوس الأموال المجمعة من الادخار العام ، لذلك لابد من تفعيل الجانب الشخصي على الأقل بالنسبة للمؤسسين وأعضاء أجهزة الإدارة ، كونهم هم من يتولى جمع أموال المكتتبين وإدارتها بعد ذلك فمناخ الأعمال يتأثر كثيرا بعنصر الثقة والنزاهة لدى المؤسسين ومديري الشركات التجارية [2]

[1] ابراهيم مختار ، مرجع سابق ، ص 29
[2] ابراهيم مختار ، مرجع نفسه ، ص 30

ولذلك كان واجبا على المشرع أن ينظم شروط تأسيس هذا النوع من الشركات وكذا شروط تولي ادارتها بموجب قواعد آمرة تفرض على المؤسسين والمسيرين على حد سواء وعند استقراء قواعد القانون التجاري لا نجد ما يدل على شرط النزاهة في اعضاء مجلس الادارة صراحة ولكن هناك ما يستشف منه هذا القيد في بعض القوانين المتفرقة مثل ذلك القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ، حينما نص بالمادة 08 منه على منع كل من حكم عليه

دون أن يرد له اعتباره لارتكابه إحدى الجنايات أو الجنح التي عددتها المادة ، من التسجيل بالسجل التجاري أو ممارسة نشاط تجاري ،[1] وأعضاء مجلس الإدارة هم تجار بنص المادة 31 من قانون السجل التجاري ، وذهبت المادة 06 من النظام رقم 92-05 إلى ابعد من ذلك

فاشترطت على المسيرين في البنوك والمؤسسات المالية التحلي بصفات النزاهة والشرف طيلة مدة تولي مهامهم [2]،وهذه كلها شروط تعكس تركيز المشرع على الإعتبارات الشخصية في اعضاء مجلس ادارة شركة المساهمة .

ب – شرط الكفاءة والمؤهلات :

إضافة إلى الشروط السابقة قد تشترط بعض القوانين توفر مؤهلات خاصة أو شهادات تكوينية أكاديمية في مسيري الشركة ، ومقتضى هذا الشرط إذن هو وجوب توفر صفة جوهرية في القائم بالإدارة أساسها فكرة الكفاءة و النجاعة فينبغي أن يكون أعضاء مجلس الإدارة مؤهلين لأداء المهام والمسؤوليات الموكلة إليهم ، كما يجب أن يكون لديهم دراية كافية لدورهم

[1] قانون 04-08 مؤرخ في 14 غشت 2004 ، جريدة رسمية عدد 52 ، ص 5
[2] النظام رقم 92-05 مؤرخ في 22 مارس 1992 ، يتعلق بالشروط التي يجب ان تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها

ومسئولياتهم وأن يتمتعوا بقدر من المعرفة والحكمة في اتخاذ القرارات ،[1] ومع كون المشرع الجزائري لم يتبنى هذا الشرط صراحة إلا انه شرط منطقي و مؤكد مفروض على عضو مجلس الادارة ، وقد ورد حكم خاص يدل على هذا الشرط بشكل صريح بالقانون المتعلق بشركة الرأسمال الاستثماري وهي شركة مساهمة بنص المادة السابعة منه ، حينما نص بالمادة 12

منه أنه يجب على مسيري شركة الرأسمال الاستثماري أن يستوفوا مقاييس الكفاءة والاحترافية [2]، ونفس الشيء ينطبق على شرط المؤهلات التي تفرض على المسيرين الحصول على شهادات تؤهلهم للقيام بأعمال الادارة وهو مانجده خصوصا في الشركات التي تمارس انشطة متخصصة كالإعلام الالي أو الصيدلة .... الخ .

3 – القيود المفروضة على أعضاء مجلس الادارة :

أ- عدم جواز الجمع بين عضوية أكثر من عدد معين من مجالس الإدارة :

إذا كان الأصل المكرس دستوريا بخصوص الصناعة والاستثمار ، يضمن لكل شخص الحق في تأسيس شركات تجارية والمشاركة في إدارتها ، فإن الاستثناء يتمثل بالنسبة لشركات المساهمة في تحديد عدد مجالس الإدارة التي يسمح القانون التجاري الجزائري للشخص الطبيعي بالانتماء لها في نفس الوقت ، وفي هذا الصدد نصت المادة 612 تجاري جزائري على أنه : "لا يمكن لشخص طبيعي الانتماء في نفس الوقت لأكثر من خمسة مجالس إدارة

[1] ابراهيم مختار ، مرجع سابق ، ص 33
[2] قانون 06 -11 مؤرخ في 24 جوان 2006 ، جريدة رسمية عدد 42 ، ص 5 .

شركات مساهمة يوجد مقرها بالجزائر " ، وهو نص مطابق لنص المادة 21- 225 1 من قانون الشركات الفرنسي ، وهذا القيد تمليه حسب البعض اعتبارات الصالح العام لكسر احتكار مجموعة أشخاص لعضوية مجالس إدارة العديد من الشركات وبالتالي الاستحواذ على دواليب الاقتصاد ، خاصة وأن الشركات نفسها تقبل على هؤلاء الأشخاص للإستفادة من نفوذهم ولهذا تعمد التشريعات عادة إلى قطع الطريق أمام هذا الإقطاع المالي بتحديد عدد معين لا يمكن أن يتجاوزه الشخص لقبوله في عضوية مجس الإدارة . كما قد تبدو الحكمة من هذا القيد في أن القدرات الذهنية والبدنية وحتى عامل الوقت ، قد لا تسعف الشخص لأن يساهم في إدارة عدد غير محدد من الشركات ، فيهمل واجباته القانونية تجاه المساهمين ويعرض تلك الشركات لمخاطر سوء الإدارة . والمنع من تجاوز حد معين من عضوية مجالس الإدارة في وقت واحد متعلق بالنظام العام , لذلك يعتبر باطلا كل تعيين يتم بالمخالفة لهذا الحكم[1] ، ويشمل هذا المنع سواء عضوية مجلس الإدارة أو رئاسة مجلس الإدارة وإن كانت بعض التشريعات تتشدد أكثر مع رئاسة مجلس الإدارة وذلك بالنزول بالحد الأقصى للعدد المسموح به عما هو عليه في عضوية مجلس الإدارة ، إن هذا المنع يعبر عن مدى تفعيل الجانب الشخصي في المساهم فالقوانين هنا تتجاوز الأساس المالي الذي تقوم عليه هذه الشركات ، إذا تعلق الأمر بحماية المصلحة العامة وكسر الاحتكار والنفوذ[1].

ب – حظر الجمع بين عضوية مجلس الإدارة و وظيفة عمومية :

مقتضى هذا القيد أنه يحضر على الموظف في الحكومة أو أي جهة رسمية عامة ومن في حكمه ، أن يكون عضوا في مجلس إدارة شركة مساهمة ، إلا إذا كان ممثلا للحكومة أو

[1] ابراهيم مختار مرجع سابق ، ص 35

المؤسسة الرسمية التي يعمل لديها ، وحكمة هذا التحريم حسب البعض أنه يتعين على هؤلاء الأشخاص الموظفون العامون التفرغ لوظائفهم ، وأن يكونوا في مأمن من تأثير الشركات عليهم ، واستغلال نفوذهم لفائدتها ، وينسحب هذا الحكم عموما على كل الوظائف العمومية والرسمية في الدولة مهما كانت درجتها ، ونجد في القانون الجزائري الكثير من النصوص التي تحظر الجمع بين عضوية مجالس الإدارة بالشركات التجارية وبين الوظائف والمهام الرسمية والعمومية التي يتولونها، وهذا الحظر يستند ابتداء إلى حكم عام يتعلق بصفة التاجر التي يفرضها القانون على رئيس وأعضاء مجالس الإدارة ، انطلاقا من المادة 31 من القانون 22/90المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم ، التي تعتبر رئيس وأعضاء مجالس الإدارة ومجالس المراقبة تجارا ، وبالتالي فجمع صفة التاجر كرئيس أو عضو مجلس إدارة مع صفة موظف عام أو أي عمل حكومي ، يجعلهم تحت طائلة أحكام التنافي وبالتالي يشملهم الحضر من ممارسة التجارة عموما واكتساب صفة التاجر تبعا لعضويتهم بمجلس الإدارة . وهذا الحظر يؤسس له في المقابل كحكم عام أيضا نص المادة 43 من الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، التي تقضي بأنه " : يخصص الموظفون كل نشاطهم المهني للمهام التي أسندت إليهم ، ولا يمكنهم ممارسة نشاط مربح في إطار خاص مهما كان نوعه . " ومن جانب آخر نجد بعض النصوص القانونية المتفرقة المنظمة لبعض المهن التي تحظر على الأفراد المنتمين لها ، المشاركة في عضوية مجالس الإدارة بشكل صريح وبغض النظر عن اكتساب هؤلاء الأفراد لصفة التاجر ، فالمادة 22 من القانون 02-06 المنظم لمهنة التوثيق ، والمادة 24 من القانون 03-06 المنظم لمهنة المحضر القضائي ، تحظران على الموثق والمحضر القضائي على التوالي ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة التدخل في إدارة أي

[1] ابراهيم مختار مرجع سابق ، ص 35

شركة ، كما نصت المادة 17 من القانون العضوي رقم 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء أنه ي يمنع على القاضي أن يمارس أي وظيفة أخرى عمومية كانت أو خاصة تدر ربحا . على و هذه القوانين نذكرها على سبيل المثال لا الحصر من غيرها من القوانين التي تتضمن منعا صريحا للموظفين الحكوميين من المشاركة مباشرة في إدارة الشركات التجارية [1] لاسيما بالنسبة للوظائف العليا والنوعية في كل مستويات الوظيفة العامة والتي تضع الشخص المعني بالوظيفة وبالعضوية بمجالس إدارة الشركات التجارية ، موضع تضارب في المصالح .

وتجدر الإشارة في الأخير ان هذه القيود والشروط لتولي عضوية مجلس إدارة الشركة قد يرد نوع آخر منها في القانون الاساسي للشركة كمنع العضوية في إدارة شركة أخرى منافسة او في شركة أجنبية .. الخ ، وهو ما يبرز الاهتمام بالجانب الشخصي في المسير في هذا النوع من الشركات .

في الأخير يتضح من كل هذه الشروط والقيود القانونية الإهتمام الكبير بشخص العضو القائم بالإدارة في شركة المساهمة وذلك نتيجة حتمية لأهمية الأعمال القائم بها وكذا حجم مسؤوليات أعضاء مجلس الإدارة ما يقلص الاعتبار المالي في هذا الجهاز و التركيز فيه على الاعتبار الشخصي .

ثانيا : طبيعة مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة :

لقد نصت المادة 715 مكرر 23 على ما يلي " : يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة تجاه الشركة أو الغير ، إما عن المخالفات الماسة بالأحكام

[1] ابراهيم مختار ، مرجع نفسه ، ص 35

التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء المرتكبة أثناء تسييرهم ، إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال ، فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر[1]. "

فالمسؤولية تقع على عضو من أعضاء مجلس الإدارة الذين اشتركوا في العمل أو التصرف الموجب للمسؤولية فأعمال الإدارة التي يجب أن يجريها أعضاء مجلس الإدارة مجتمعون يسأل عنها جميع أعضاء مجلس الإدارة مسؤولية مشتركة ، سواء أشترك فيها عضو مجلس الإدارة أم لم يشترك ، إلا إذا أثبت عدم أمكان علمه بالقرار أو التصرف الموجب للمسؤولية .[2]

، فإذا صدر قرار خاطئ من مجلس الإدارة وتمت الموافقة عليه بالأغلبية فيسأل جميع الأعضاء بالتضامن عن الأضرار الناجمة عنه ، ما لم يثبت الأعضاء المعترضون ، اعتراضهم كتابة في محضر الجلسة ، وفي هذه الحالة تقوم المحكمة بتحديد حصة كل عضو في تعويض الضرر كما يجوز للمساهمين إضافة إلى ذلك رفع دعوى مسؤولية الشركة ضد القائمين بالإدارة في حالة ما إذا لحقهم ضرر بسبب قرار خاطئ صدر عن مجلس الإدارة هذا ما تقضي به المادة 715 مكرر 24 من القانون التجاري بقولها " : يجوز للمساهمين بالإضافة إلى دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصيا ، أن يقيموا مجتمعين دعوى على الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة وللمدعين حق متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة وللمدعي حق متابعة التعويض عن كامل الضرر اللاحق بالشركة وبالتعويضات التي يحكم لها بها عند الاقتضاء ."

---

[1] القانون التجاري الجزائري ، المادة 715 مكرر 23 .

[2] سيف درويش سيف سهيل المري ،المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس ادارة شركة المساهمة العامة دراسة مقارنة ، أطروحة ماجستير في القانون الخاص ،جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2019 ، ص 47 .

وأضافت المادة 715 مكرر 25 من نفس القانون فقد نصت بقولها " : كل شرط في القانون الأساسي يقضي بجعل ممارسة دعوى الشركة مشروطا بأخذ الرأي المسبق للجمعية العامة أو إذنها أو يتضمن مبدئيا العدول عن ممارسة هذه الدعوى ، يعد كأن لم يكن.

ولا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء القيام بوكالتهم . " وتتقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة فردية كانت أو مشتركة بمرور ثلاث سنوات من وقت ارتكاب العمل الضار أو من وقت العلم به إن كان قد أخفى ، غير أن الفعل المرتكب إذا كان مكونا لجناية ، فإن الدعوى في هذه الحالة تتقادم بمرور عشر سنوات (المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري)[1].

هذا وقد أقر المشرع أيضا عقوبات جزائية لأعضاء مجلس الإدارة نتيجة سوء تسييرهم وهذا في المواد 811 وما يليها من نفس القانون .

و أما عن طبيعة مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة من الواضح أن مسؤوليتهم عن أعمال الإدارة الداخلية هي مسؤولية شخصية لأنها لا تقوم بين متعاقدين ، وهي تنشأ عن خطأ شخصي مباشر ، إذا لم يكن هذا الخطأ هو فعل منسوب للشركة ذاتها أرتكبه مجلس الإدارة ، وهو ما أسميناه بالخطأ المشروع للهيئة ، والذي توجه المسؤولية عنه إليها ، وكان فعلاً منسوبا لعضو مجلس الإدارة شخصيا ، والذي توجه المسؤولية عنه إلى مجلس الإدارة أحد أعضائه بصفة أصلية ، والأصل أنه إذا أبرم النائب الاتفاقي القانوني في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن أحكام هذا العقد وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات تضاف إلى الأصيل وإن كافة تصرفات الوكيل الصادرة في حدود نيابته ينصرف أثرها إلى الموكل وهو ما نصت عليه احكام الوكالة

[1] نادية فوضيل ، مرجع سابق ، ص 254 .

في القانون المدني ، والأصل أن المسؤولية التي تترتب على أعضاء مجالس الإدارة تضامنيا في مواجهة الغير ، ويكون حكم المدير من حيث المسئولية المدنية حكم أعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة ويبطل كل شرط في عقدها يقضي بغير ذلك[1].

ثالثا : امتداد شهر افلاس الشركة إلى المسيرين :

إن شهر إفلاس شركة المساهمة كقاعدة عامة لا يؤدي إلى شهر إفلاس المسيرين فيها ، وذلك باعتبار أنهم يباشرون الأعمال التجارية باسم ولحساب الشركة ، إلا أن المادة 224 ق ت شذت عن هذه القاعدة وأقرت إمكانية امتداد حالة الإفلاس أو التسوية القضائية التي تتعرض لها الشركة إلى المسير كشخص طبيعي ، وذلك إذا توافرت أحد الحالات المتضمنة في هذه المادة والمتمثلة في : مباشرة أعضاء مجلس الإدارة لمصلحتهم الخاصة أعمالا تجارية باسم الشركة ، تصرفهم في أموال الشركة كما لو كانت أموالهم الخاصة ، القيام تعسفا لمصلحتهم الخاصة باستغلال خاسر يؤدي إلى توقف الشركة عن الدفع .[2]

ويترب عن هذا الامتداد مجموعة من النتائج وهي :

1-ازدواجية جماعة الدائنين : إذا ما تم الحكم بإفلاس المدير تبعا لشهر إفلاس شركة المساهمة فإن هذا الإجراء سيؤدي إلى نشوء تفليسة جديدة إلى جانب تفليسة الشركة حيث توجد جماعة الدائنين لتفليسة الشركة تضم دائنيها وتفليسة المدير التي تضم جماعة دائنيه ، ويترتب

[1] سيف درويش سيف سهيل المري ، مرجع سابق ، ص 50
[2] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، مرجع سابق ، ص 1100

عن ذلك أن تعين لكل تفليسة قاض واحد ووكيل تفليسة واحد أو أكثر حسب تقدير المحكمة هذا من جهة ومن جهة اخرى فيكون لكل تفليسة أصولها وخصومها [1].

2 – التزام أعضاء مجلس الإدارة بسداد ديون شركة المساهمة المفلسة : وقد نصت على ذلك المادة 224 من القانون التجاري في الفقرة الثانية بقولها : " في حالة التسوية القضائية أو شهر الإفلاس الصادر طبقا لهذه المادة ، تشمل الديون علاوة على الديون الشخصية ديون الشخص المعنوي . " ، فالمشرع الجزائري قد ألزم أعضاء مجلس الإدارة الذين امتد إليهم الإفلاس بالتكفل بديون شركة المساهمة باعتبارهم المدينين الحقيقيين بسبب التعسف في استخدام شخصيتها المعنوية .[2]

ولا شك أن امتداد شهر الإفلاس أو التسوية القضائية للشركة بالنسبة للمسيرين كجزاء للانحراف بالشخصية المعنوية للشركة ، هو مظهر واضح وجلي من مظاهر الاعتبار الشخصي في حياة شركة المساهمة[3] .

الفرع الثاني : التسيير الحديث لشركة المساهمة :

يرجع النظام الحديث لإدارة شركة المساهمة إلى ألمانيا بالتحديد إلى العام 1870 ، حيث قام المشرع الفرنسي بإقتباسه من القانون الألماني الصادر في 30 جانفي 1937 والذي إنتقلت معالمه الرئيسية تحديدا إلى التشريع الصادر في 06 سبتمبر سنة 1965 بألمانيا . وقد حاول المشرع الجزائري مسايرة التطور الاقتصادي وذلك عن طريق تبني الأساليب الجديدة والعصرية

[1] بزاز الوليد ، زرقاط عيسى ، مسؤولية أعضاء مجلس الادارة عن افلاس شركة المساهمة ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مجلد 12 ، عدد خاص (العدد التسلسلي 22) ،2020 ، صفحة 450

[2] بزاز الوليد ، زرقاط عيسى ، مرجع سابق ، ص 451

[3] عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، مرجع سابق ، ص 1100

في نظام الشركات التجارية سواء من حيث هيكلتها أو إدارتها ، لذا نلاحظ أن مشرع 1993 قد جاء بأسلوب جديد لم يعرفه مشرع 1975 في المجال التجاري وهو أسلوب أخذه عن المشرع الفرنسي في كيفية إدارة شركة المساهمة . ويهدف هذا النمط من التسيير إلى الفصل بين إدارة الشركة و المراقبة ، وهي وظائف يقوم بكلاهما مجلس الإدارة. واذا تولى مجلس المدرين إدارة الشركة ، فتكون الرقابة من اختصاص مجلس المراقبة. ويمكن للشركة أن تتبنى هذا النوع من التسيير في بداية تأسيسها أو من بعد ، كما يمكن تغييره إذا قرر المساهمون تعديل القانون الأساسي للرجوع إلى نمط التسيير التقليدي عن طريق مجلس الإدارة[1]، وسنحاول في هذا الجزء من الدراسة التركيز على الجانب الشخصي لأعضاء الجهازين وذلك بتبيان شروط وقيود العضوية و كذلك طبيعة المسؤولية لكل من أعضاء مجلس الادارة و مجلس المراقبة في ممارسة أعمالهم

أولا : مجلس المديرين :

لقد حذا المشرع الجزائري في هذا الصدد حذو المشرع الفرنسي بأن سمح للشركات المساهمة أن تتبع مثل هذا الأسلوب في إدارتها شريطة أن يحتوي قانونها الأساسي على نص يقضي بذلك وهذا ما تضمنته المادة 642 : " يجوز النص في القانون الأساسي لكل شركة مساهمة على أن هذه الشركة تخضع لأحكام هذا القسم الفرعي .

يمكن أن تقرر الجمعية العامة غير العادية أثناء وجود الشركة إدراج هذا الشرط في القانون الأساسي أو إلغائه " .

[1] تقي الدين دغبوخ ، النظام الحديث لإدارة شركة المساهمة ، مجلة النبراس للدراسات القانونية ، مجلد 4 ، العدد 1 ،2019 ، ص 40

استنادا إلى هذا النص يتضح لنا أن لكل شركة مساهمة الحق في أن تسلك في إدارتها هذا الأسلوب الإداري شريطة أن تصرح به في قانونها الأساسي ، أي أن الشركة عند نشأتها عليها أن تدرج نصا صريحا يقضي بتبنيها لهذا الأسلوب الإداري.

اما أثناء حياة الشركة أي بعد انطلاقها وممارستها للنشاط التجاري هذه الحالة يحق لها اتباع مثل هذا الأسلوب شريطة أن يتم بقرار من طرف الجمعية العامة غير العادية وهذا أمر بديهي لان اتباع هذا الأسلوب أثناء حياة الشركة يعد بمثابة تغيير في نظامها بحيث تتحول إحدى هيئاتها المتمثلة في مجلس الإدارة فيصبح مجلس للمديرين ، كما تغير في طريقة إدارتها فبدلا من أن يمارس الرقابة ، المساهمون في الشركة تنتقل هذه الرقابة إلى مجلس يتولى هذه الرقابة وكل هذا يعد تعديلا في نظام الشركة الأمر الذي يستدعي ضرورة صدور قرار من السلطة المكلفة أو المخولة بسلطة التعديل وهي الجمعية العامة غير العادية [1].

والجدير بالذكر ان سلطة تعيين اعضاء مجلس المديرين ورئيسه هي من اختصاص مجلس المراقبة ، اما عزلهم فيكون من اختصاص الجمعية العامة بعد اقتراح من مجلس المراقبة [1].

1-شروط العضوية في مجلس المديرين :

إن شروط العضوية في مجلس المديرين وان كانت تجتمع مع شروط اعضاء مجلس الادارة في عمومها من أهلية واشتراط الجنسية والكفاءة والمؤهلات ..الخ إلا ان هناك شروط خاصة بعضوية هذا الجهاز سنبينها تباعا :

أ – توفر صفة الشخص الطبيعي :

[1] نادية فوضيل ، المرجع السابق ، ص 259 .

لقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون اعضاء مجلس المديرين أشخاصا طبيعيين وذلك تحت طائلة البطلان ، وخلافا لأسلوب إدارة الشركة بمجلس إدارة لا يجوز تعيين الشخص المعنوي في مجلس المديرين لأن هذا يتنافى مع القانون فقد نصت المادة . 644 التجاري على ما يلي " يعين مجلس المراقبة أعضاء مجلس المديرين ويسند الرئاسة لأحدهم ، وتحت طائلة البطلان يعتبر أعضاء مجلس المديرين أشخاصا طبيعيين ."

ب – اشتراط عدد محدد من الاعضاء :

وهو نفس الشرط بالنسبة لنظام مجلس الإدارة بالنسبة للحد الأدنى اما بالنسبة للحد الاقصى لأعضاء مجلس المديرين فقد نصت المادة 643 من القانون التجاري على أن لا يتجاوز 5 اعضاء كحد أقصى وهذا شرط ابتداء واستمرار لهذا المجلس .

ج – عدم اشتراط امتلاك اسهم الضمان :

ومن هذا الشرط يتضح ان المشرع لم يشترط ان يتوافر في عضو مجلس المديرين صفة المساهم عكس اعضاء مجلس الادارة في النظام الكلاسيكي للتسيير ، بحيث يمكن اختيار الاعضاء من الغير، ولكن المشرع لم يستبعد امكانية كونه من المساهمين مما قد يخلق خطر المساوىء نفسها الموجهة لمجلس الإدارة و خصوصا ان مجلس المراقبة هو من له صلاحية تعيين أعضاء مجلس المديرين [2].

د– شرط عدم الانتماء إلى مجلس المراقبة :

---

[1] انظر المواد 644 ،645 من القانون التجاري الجزائري .
[2] تقي الدين دغبوخ مرجع سابق ، ص 42

لقد منع القانون منعا باتا الجمع بين العضوية في مجلس المديرين ومجلس المراقبة وهذا بنص المادة 661 تجاري التي نصت : " لايمكن أي عضو مجلس المراقبة الانتماء إلى مجلس المديرين " وهذا المنع مزدوج بحيث لايجوز لعضو مجلس المديرين أن ينتمي الى جهاز مجلس المراقبة والعكس صحيح ، وفي رأينا هذا المنع منطقي فلا يمكن أن يمارس عضو مجلس المديرين الرقابة على هذا الاخير وهو في نفس الوقت عضو في مجلس المراقبة .

2- طبيعة وحدود مسؤولية اعضاء مجلس المديرين :

تنص المادة 715 مكرر 28 على ما يلي " : عندما تكون الشركة خاضعة لأحكام المواد من 644إلى 672 المذكورة أعلاه ، فإن أعضاء مجلس المديرين يخضعون لنفس مسؤولية القائمين بالإدارة ، وفي حالة الإفلاس أو التسوية القضائية ، يمكن أن يتحمل أعضاء مجلس المديرين المسؤولية عن ديون الشركة ويخضعون للموانع وسقوط الحق المنصوص عليها في الموضوع ".

إذن تقوم مسؤولية أعضاء مجلس المديرين المدنية مثل ما هي الحل عليه بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة . فقد تكون مسؤولية شخصية أو تضامنية حسب الأحوال ، وفي حالة إفلاس الشركة يتحمل أعضاء مجلس المديرين المسؤولية عن ديون الشركة ويخضعون للموانع وسقوط الحق المنصوص عليه في مواد الإفلاس[1]، كما بينا ذلك سابقا في النظام التقليدي للتسيير .

ثانيا : مجلس المراقبة :

[1] نادية فوضيل ، المرجع السابق ، ص 263 .

إن مجلس المراقبة في شركة المساهمة في النظام الحديث هو الذي يعين مجلس المديرين ويرخص له للقيام ببعض الأعمال التي تتجاوز سلطاته ، فشركة المساهمة التي إتبعت في إدارتها وفي تشكيلها أسلوب مجلس المديرين الذي يشبه إلى حد كبير جهاز المدير العام يتعين عليها أن تعين مجلس أخر ألا وهو مجلس المراقبة الذي يتولى الرقابة عليه وعلى تسيير الشركة ، ومجلس المراقبة يختلف تماما عن مجلس الإدارة في النظام الكلاسيكي ، فمجلس المراقبة لا يمكنه إدارة الشركة ولا يمكنه بأي حال من الأحوال ممارسة وظائف الإدارة ولا يملك أي سلطة تصرف باسم الشركة [1].

1 – قيود العضوية في مجلس الإدارة :

أ– حضر الانتماء في نفس الوقت إلى أكثر من خمسة مجالس مراقبة لشركات المساهمة التي يكون مقرها في الجزائر وهذا بالنسبة للشخص الطبيعي ، في حين لا يطبق هذا القيد على الشخص المعنوي ، ويكفيه في هذه الحالة أن يعين شخصا يكون ممثلا دائما عنه ، يخضع لنفس الشروط ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية كما لو كان عضوا بإسمه الخاص وليس ممثلا للشخص المعنوي .

ب– حضر الجمع بين عضوية مجلس المراقبة ومجلس المديرين : فصفة عضو في مجلس المراقبة تتنافي مع صفة عضو في مجلس المديرين في الشركة نفسها ، كون النظام الحديث لإدارة شركة المساهمة يهدف إلى الفصل بين هيئات تسيير الشركة فإذا تم الجمع بين عضوية مجلس المراقبة ومجلس المديرين فقد فقدا مجلس المديرين خصوصيته.

[1] تقي الدين دغبوخ مرجع سابق ، ص 45

ج- حضر إبرام العقود مع الشركة : فيحضر على العضو في مجلس المراقبة أن يبرم عقود مع الشركة التي ينتمي لها حتى إذا أبرم العقد بطريقة غير مباشرة أو عن طريق الوساطة ، إلا إذا حصل على إذن مسبق من مجلس المراقبة ، كذل ك هو الحال بالنسبة للعقود التي تبرم مع إحدى المؤسسات التي يكون فيها عضو مجلس المراقبة مالكا أو شريكا أو مسيرا أو قائما بالإدارة أو مدير عام » ، حتي يمارس أعضاء مجلس المراقبة أعمالهم دون النظر إلى مصلحتهم الشخصية

د- حضر القروض والضمانات على الأشخاص الطبيعيين أعضاء مجلس المراقبة حيث أنه يحظر على أعضاء مجلس المراقبة – الأشخاص الطبيعيين والممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين – بإستثناء الأشخاص المعنوية ، أن يقترضوا على أي وجه من الوجوه من الشركة كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا احتياطيا لالتزاماتهم الشخصية نحو الغير ويخضع الممثلون الدائمون للأشخاص المعنوية لنفس الحكم ، وتعود الحكمة في ذلك إلى المحافظة على أموال الشركة وعدم التلاعب بها واستعمالها من طرف أعضاء المجالس لأغراض شخصية لا تخدم مصلحة الشركة .[1]

هـ- منع عضو مجلس المراقبة من المشاركة في التصويت إذا كان القرار الذي سيتم التصويت عليه بخصوص اتفاق أو عقد بين هذا العضو والشركة التي ينتمي إليها .

2 : طبيعة مسؤولية أعضاء مجلس المراقبة :

[1] تقي الدين دغبوخ مرجع سابق ، ص 47

لقد نصت المادة 715 مكرر 29 من القانون التجاري على مايلي : " يعتبر أعضاء مجلس المراقبة مسؤولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة أثناء ممارسة وكالتهم ، ولا يتحملون أية مسؤولية بسبب أعمال التسيير ونتائجها . ويمكن اعتبارهم مسؤولين مدنيا عن الجنح التي يرتكبها أعضاء مجلس المديرين في حالة درايتهم بها وعدم إخبار الجمعية العامة بذلك . تطبق أحكام المادتين 715 مكرر 25 و 715 مكرر 26 المذكورتين أعلاه . "[1]

إذا يسأل أعضاء مجلس المراقبة مسؤولية شخصية عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء أدائهم لوظائفهم المتمثلة في الرقابة دون أن يلقى عليهم عبء مسؤولية التسيير وما ينجم عنه ، ذلك أن الإدارة والتسيير يخرج من دائرة اختصاصهم ، غير أنهم يسألون مدنيا عن الجنح التي يرتكبها أعضاء مجلس المديرين إذا كانو على علم بها ولم يبلغوها إلى الجمعية العامة ، كما يخضعون لشروط المسؤولية المدنية التي ذكرتها المواد 715 مكرر 25 و 715 مكرر 26

لكن بالإعتماد على نص المادة اعلاه التي لم تتكلم إلا على المسؤولية الشخصية لا تمنع انه من الممكن قيام المسؤولية التضامنية لأعضاء مجلس المراقبة في حالة الخطاء المشترك نستنتج ذلك من نص المادة 715 مكرر 26 و التي تقول : " تتقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة مشتركة كانت أو فردية ... " وهي المادة التي تم الإحالة إليها من المادة 715 مكرر 29 أنفة الذكر[2].

---

[1] تنص المادة 715 مكرر 25 :" كل شرط في القانون الأساسي يقضي بجعل ممارسة دعوى الشركة مشروطا بأخذ الرأي المسبق للجمعية العامة أو إذنها أو يتضمن مبدئيا العدول عن ممارسة هذه الدعوى ، يعد كأنه لم يكن . ولا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة ، أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء القيام بوكالتهم".

[2] تقي الدين دغبوخ مرجع سابق ، ص 51 .

وبالتالي فان مسؤولية اعضاء مجلس المراقبة قد تكون مسؤولية شخصية نتيجة مخالفة مهاهم المتمثلة في الرقابة على أعمال التسيير كما قد تكون فردية أو تضامنية حسب الاحوال المشار اليها آنفا .

المبحث الثاني : بروز الاعتبار الشخصي عند انقضاء الشركة :

المطلب الاول : انقضاء الشخصية المعنوية للشركة و مدى تأثره بالاعتبار الشخصي

سنتطرق في هذا المطلب الى الاسباب العامة والخاصة بانقضاء شركة المساهمة باختصار و سنركز على الاسباب المتعلقة بالشريك والمؤدية الى حل الشركة .

الفرع الاول : الاسباب العامة والخاصة لانقضاء شركة المساهمة :

تنقضي شركة المساهمة طبقا للقواعد العامة لانقضاء الشركات فهي تنقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة المحددة لها في العقد التأسيسي للشركة ، كما يجوز للجمعية العامة غير العادية أن تتخذ قرار حلها قبل أجلها أي قبل انتهاء مدتها (المادة 715 مكرر 18)[1] ، ونشير في هذا الصدد ان قرار الجمعية العامة غير العادية لايشترط فيه الاجماع بل أغلبية الاصوات المعبر عنها ويعد هذا استثناءا من الحكم العام المقرر بموجب المادة 440 فقرتها 2 من القانون المدني الجزائري[2] ، كما تنقضي بتحقيق الغاية التي أنشئت أجلها لكن هناك أسباب خاصة بشركة المساهمة تنقضي بموجبها وهي :

[1] القانون التجاري الجزائري ،المادة 715 مكرر 18 .
[2] القانون المدني الجزائري ، المادة 440 الفقرة 2 .

أولا : حالة انخفاض مبلغ رأسمالها عن خمس ملايين دينار جزائري ولم تسارع الشركة إلى تصحيح هذا الوضع في أجل سنة ، عندها يحق لكل من يهمه الأمر أن يلتجأ إلى القضاء للمطالبة بحل الشركة بعد توجيه إنذار للشركة بتسوية الوضع (المادة 2/594 و3 من القانون التجاري)

ثانيا : يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناء على طلب كل معني بالأمر إذا انخفض عدد المساهمين عن الحد القانوني منذ أكثر من سنة ، وان كان يحق للمحكمة أن تمنح للشركة أجلا لا يتعدى ستة أشهر لتسوية الوضع وعندها لا تتخذ المحكمة قرار الحل إذا قامت الشركة بهذه التسوية ولو في اليوم الذي تفصل فيه المحكمة في الموضوع المادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري [1] .

ثالثا : انخفاض الاصل الصافي للشركة بفعل الخسائر الثابتة في وثائق الحسابات الى ربع رأسمال الشركة فإن مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الأحوال يكون ملزما في خلال الأربعة أشهر التالية للمصادقة على الحسابات التي كشفت هذه الخسائر باستدعاء الجمعية العامة غير العادية فيما إذا كان يجب أخذ قرار حل الشركة قبل حلول الأجل . فإذا لم يتخذ قرار حل الشركة في هذه الحالة تلتزم الشركة بعد قفل السنة المالية الثانية على الأكثر والتي تلي السنة التي تم فيها كشف الخسائر ومع مراعاة أحكام المادة 594 من القانون التجاري ، بتخفيض رأسمالها بقدر يساوي على الأقل مبلغ الخسائر التي لم تخصم من الاحتياطي .

وهكذا نلاحظ أن انقضاء شركة المساهمة عن طريق حلها لا يعتبر بالأمر الهين نظرا لما تتمتع به من مركز في المجال الاقتصادي حيث تقوم هذه الشركة على رؤوس أموال ضخمة تستغل

[1] نادية فوضيل ، مرجع سابق ، ص 341 .

في هذا المجال ، لذا أحاطها المشرع بحصانات عديدة ومنحها فرصة لتصحيح أوضاعها حتى تتمكن من تأدية نشاطها التجاري وتحقيق مشروعها الضخم [1].

الفرع الثاني : الاسباب العائدة الى شخصية الشريك والمؤدية لانقضاء الشركة

أولا : إنخفاض عدد الشركاء عن الحد الادنى المفروض :

يؤدي وفاة الشريك في شركات الأشخاص أو إفلاسه أو نقص أهليته أو حرمانه من ممارسة التجارة الخ... إلى حل الشركة حكماً، إذ أن هذه الشركات تقوم على الاعتبار الشخصي بالتالي فإن شخصية الشريك تؤثر في قيامها واستمراريتها ، وإذا كانت شخصية الشريك لا تلعب دوراً بارزاً في شركات الأموال ، سيّما في شركات المساهمة، فإنها، مع ذلك قد تؤثر على مصير الشركة ، إذ تشترط بعض النصوص القانونية أن لا يقل عدد الشركاء في الشركة المساهمة عن حد معين، تختلف باختلاف التشريعات. إذ يجب أن لا يقل عدد المساهمين عن ثلاثة (المادة 79 من قانون التجارة اللبناني) ، أما قانون الشركات الفرنسي فقد حدد عدد الشركاء في الشركة المساهمة بسبعة وبالتالي، فإن انسحاب أحدهم أو وفاته ، يُحتِّم انحلال الشركة بفعل تدني عدد الشركاء تحت الحد الأدنى المفروض قانوناً (المادة 1966/240 من قانون الشركات الفرنسي)، إلاّ أن هذه المادة قد أبدت تساهلاً كبيراً عندما جعلت الحل متوقفاً على طلب صاحب المصلحة ، فلا يمكن للمحكمة إثارته عفواً ، كما أنها تركت أمر تقدير الحل للقاضي، الذي يمكنه أن يرفضه أو يقبله, فنزعت بالتالي الصفة الحكمية عنه[1] ، وتستفيد الشركة من مهلة سنة كاملة لا يطبق فيها الحل ولا يقضي به. وقد تمنحها

[1] نادية فوضيل ، مرجع نفسه ،ص 342

المحكمة مهلة ستة أشهر إضافية (مادة 1966/240 شركات فرنسي)[2]، وهذه المادة مطابقة للنص الجزائري في المادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري .

ثانيا : اجتماع الحصص في يد شريك واحد :

يؤدي اجتماع الأنصبة في يد مساهم واحد إلى الحل الحكمي للشركة ، مهما كانت الأسباب التي أدت إلى ذلك ، فالمادة 416 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه : " الشركة عقد بمقضاه 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 اقتصادي ذي منفعة مشتركة . كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك ."[3]

وإذا نقص عدد الشركاء عن اثنين، كقاعدة عامة ، كانت الشركة صورية واعتبرت باطلة. وبالتالي ، لا يجوز أن يقل عدد الشركاء في الشركة المساهمة عن سبعة ، وذلك حرصاً من قبل المشرع على مبدأ تعدد الشركاء ، وذلك لأن قيام الشركة على فكرة العقد لا يُعد شرطاً لإنشاء الشركة ، بل هو أيضاً شرط لدوامها واستمرارها. وتؤدي مخالفة هذا الشرط إلى حل الشركة بقوة القانون أياً كان السبب الذي أدى إلى اجتماع الحصص والأسهم في يد واحدة[4] ، فالقانون الجزائري كان لا يعترف قبل سنة 1996 بالشركة ذات الشخص الواحد سواء خلال من التأسيس أو خلال اجتماع الحصص في يد شريك واحد إلى غاية صدور الامر 96-27 الذي

---

[1] فاطمة حسن المولى ، المرجع السابق ، ص 134

[2] art 240 (art. L.225-247 nouv C. com): «Le tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé, prononcer la dissolution de la société, si le nombre des actionnaires est réduit à moins de sept depuis plus d'un an.

la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il àIl peut accorder peut prononcer la dissolution si, le jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu ».

[3] القانون المدني الجزائري ، المادة 416 .

[4] فاطمة حسن المولى ، مرجع نفسه ص 135

عدل الأمر 75–59 في مادته 564 وسمح بإنشاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد [1]، وقد أرسى الفقه والقضاء من جهته هذه المبادئ ، وقد حاول قانون التجارة الفرنسي 24/7/ 1966 إلغاء الحل التلقائي وبقوة القانون عند اجتماع الأسهم في يد واحدة بموجب المادة 9 منه المقابلة للمادة 1844 من قانون المدني الفرنسي عندما أجازت لكل ذي مصلحة أن يطلب حل الشركة إذا لم تصحح أوضاعها خلال مهلة سنة ، وقد أجاز المشرع الفرنسي إنشاء شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية بتاريخ 1985/7/11 ، وبفعل التقارب الحاصل بين شركات الأشخاص وشركات الأموال ، وعودة بروز شخصية الشركاء في الشركة المساهمة ، فلم يعُد من النادر أن تتضمن الأنظمة بنوداً ترهن مصير الشركة ببقاء أحد الشركاء فيها أو تعلق استمرارها على استمرار ملاءة أحد الشركاء ودعمه المالي للشركة سواء بطريقة مباشرة أم غير مباشرة والذي يتجلى في أغلب الأحيان في كفالته للشركة تجاه المصارف والمؤسسات المالية ، حيث تظهر الممارسة المصرفية اليومية في تعاملها مع الشركات وتطلبها كفالات شخصية من الشركاء للموافقة على إقراض الشركة فالدور الذي تلعبة الكفالة في كشف شفافية الشخصية المعنوية في الشركة صاحبه تغيير في طبيعتها وتحوير لالتزام الكفيل ، الذي يلزم بالتضامن والتكافل مع الشركة بموجب بند صريح يتضمنه عقد الكفالة ، وهذا ما أدى إلى تعديل أساسي في المفهوم التقليدي للكفالة ، فالكفيل يلزم بالتضامن مع الشركة ويحرم من حق طلب مداعاة المدين الاصلي أولاً خلافاً لقواعد الكفالة العادية ويتضح من هذه النتائج المترتبة على الكفالة ، أن الكفيل أصبح مدينا أساسياً ، أو على الأقل يتساوى والشركة بصفة المديونية ذلك يمكن أن نقول إنه ، في هذه العلاقة الثلاثية التي يفرزها عقد الكفالة ، فإن الأهمية الكبرى

[1] الامر 96-27 مؤرخ في 9 ديسمبر 1996 يعدل ويتمم الامر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، جريدة رسمية عدد 77 ، صفحة 5 .

تُعطى للكفيل ، حيث تهتم المصارف والمؤسسات المالية بالمركز المالي لمن يكفل أكثر من اهتمامها بالشركة نفسها [1] ومما تقدم ذكره نرى أهمية هذه البنود الموضوعة من طرف الشركة لتأمين استمراريتها .

المطلب الثاني : الاعتبار الشخصي عند تصفية الشركة وكذا إندماجها وانفصالها

الفرع الأول : عودة بروز شخصية الشركاء عقب تصفية الشركة

تدخل الشركة مرحلة التصفية مباشرة بعد انقضائها لأي سبب من أسباب الانقضاء إذ تنص المادة (137) من قانون الشركات المصري على انه : (تعتبر كل شركة بعد حلها في حالة تصفية) ، وهو الحكم ذاته الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 766 من القانون التجاري[2] ، فالأصل أن الشخصية المعنوية للشركة تنتهي بمجرد توافر سبب من أسباب انقضائها ، ولكن طبيعة عقد الشركة وظروفها أثناء فترة التصفية استلزم الخروج عن هذه القاعدة واستمرار توافر الشخصية المعنوية للشركة وبقائها خارج إرادة الشركاء ، اذ تبقى الشركة محتفظة بهذه الشخصية طالما أن هناك علاقات وروابط تستدعي ذلك طيلة فترة التصفية و بقدر الحاجة لإنهائها ، وتكون شخصية الشركة المعنوية مستقلة عن شخصية الشركاء المكونين لها مع استمرار هذه الشخصية للشركة طيلة مدة قيامها بنشاطها حيث تنتهي بانتهاء الشركة وتصفيتها وتكون الشركة خلال مدة وجودها كائنا مستقلا عن الشركاء الذين أسسوها ، ويكون لها وعليها ديونا تختلف عن ديون الشركاء أو عليها وعليه وبما أن الشركة خلال فترة وجودها تتمتع بكيان خاص ووضع خاص ، فقد تم الاعتراف ببقاء ووجود الكيان

[1] فاطمة حسن المولى ، مرجع سابق صفحة 136
[2] القانون التجاري الجزائري ، المادة 766 .

القانوني للشركة حتى بعد حلها والسماح بالاستمرار بالتصفية ويقدر الحاجة لإتمامها اما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (444) من القانون المدني الجزائري على استمرارية الشخصية المعنوية للشركة والإبقاء عليها طيلة فترة التصفية [1]، حيث ان هناك العديد من التصرفات لا بد من القيام بها خلال تلك الفترة ، وهذا هو توجه المشرع الانجليزي على تمتع الشركات المساهمة العامة بالشخصية المعنوية للشركة باستثناء شركة المحاصة ،لذلك لو فرضنا أن الشخصية المعنوية للشركة تنتهي بحل الشركة ، فان الشركاء يملكون أموال الشركة على الشيوع ، ويجب على دائني الشركة مخاصمة جميع الشركاء ، لأن الشركة أصبحت مجردة من الشخصية المعنوية ويصبح الشركاء في موضع المطالبات الشخصية من قبل دائنيها ، اذ لا يوجد أدنى شك من خلق أوضاع قانونية غير مستقرة لذلك كان أفضل الحلول للمحافظة على استقرار المراكز القانونية التي خلفتها الشركة المنقضية هو الاعتراف والإقرار بالشخصية المعنوية للشركة خلال فترة التصفية [2] .

فلابد من تسوية العلاقات القانونية التي نشأت عن الوجود القانوني للشركة سواء أكانت هذه العلاقات بين الشركة والشركاء ام بين الشركة والغير، وهنا يتم البدء باتخاذ اجراءات معينة يكون الهدف منها استيفاء حقوق الشركة ، وحصر موجوداتها ثم تسديد ديونها وما يتبقى من أموال تقسم بين الشركاء ، وهذه العملية تسمى التصفية [3] .

فالتصفية تهدف الى تعيين حقوق الشركاء الفردية في صافي أموال الشركة بدقة ، واذا لم تكف

---

[1] القانون المدني الجزائري ، المادة 444

[2] أحمد محمودة المساعدة ، أثر التصفية على الشخصية المعنوية لشركة االمساهمة العامة (دراسة مقارنة) ،جامعة المجمعة ، المملكة العربية السعودية ،مجلة الباحث للدراسات القانونية ـ العدد الثامن ، 2016 ، صفحة 18

[3] عزيز العكيلي ، الوسيط في الشركات التجارية ، دار الثقافة ، عمان، 2007 ، بند 54 ، صفحة 85 .

جميع اموالها لسداد ديونها كان الشركاء مسؤولين عن سداد هذه الديون في حدود مسؤولياتهم[1] . وهنا تعود لتظهر شخصية الشركاء و حقوقهم الفردية الناتجة عن مساهماتهم في الشركة .

الفرع الثاني : دمج الشركة وانفصالها و ارتباطه بشخصية الشركاء

لقد درج الفقهاء على دراسة الإندماج على إعتباره نوع من أنواع الحل للشركات فهو حل من نوع خاص يسمى " الحل المبستر " أي لا يتبعه تصفية وقسمة موجودات الشركة ، بل أكثر من ذلك ، فالمؤسسة يمكنها الإندماج حتى في مرحلة التصفية[2] ، ونظرا لغياب النص الواضح في تعريف الاندماج بشكل جامع مانع ، واقتصار المشرع الجزائري على تعداد حالاته في المادة 744 من القانون التجاري فانه يمكن تعريفه من خلال المادة "أنه تلك العملية القانونية التي من خلالها تقوم شركتين أو أكثر متمتعين بشخصيتهم المعنوية و حتى لو في حالة التصفية بنقل سائر أصولها إلى شركة أخرى ، مما يؤدي إلى ذوبان شخصيتها المعنوية في هذه الأخيرة ويسمى هذا النوع " بالاندماج بطريق الضم[3] " ، أو عن طريق تأسيس شركة جديدة تختلف شخصيتها المعنوية عن الشركات المنحلة و يسمى" بالاندماج بطريق المزج " ، فيلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى الحرية للشركات فأجاز الإندماج مهما كان شكل الشركة أو غرضها أو جنسيتها ، ولعل حكمة المشرع في ذلك هي تشجيع الشركات الوطنية للقيام بعمليات اعاده الهيكلة للنهوض بتطوير الاقتصاد الوطني[4] .

---

[1] هاني صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، صفحة 105 .

[2] بلبة ريمة ، الإجراءات القانونية لإندماج الشركات التجارية ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، المجلد 15 العدد 01 ، 2022 ، صفحة 238 .

[3] القانون التجاري الجزائري المادة 744 .

[4] بلبة ريمة ، المرجع نفسه ، ص 238 .

و الإعتبار الشخصي للشركاء في هاته العملية يظهر من خلال توزيع أسهم زيادة رأسمال الشركة الدامجة على الشركاء أو المساهمين الجدد مقابل الأصول الصافية التي قدمتها الشركة المندمجة ، وهي كما نعلم حصص عينية ، يتم تقديمها لهم على أساس اكتساب الشركاء المنتمين للشركات المختفية (المندمحة) صفة الشركاء في الشركات المستفيدة (الدامجة) وما يصاحبه من حقوق مصاحبة لمساهماتهم في الشركة الدامجة ، فيحصلون على نفس الإمتيازات التي كانوا يتمتعون ها مسبقا وتبقى لديهم نفس الحقوق مثل : الحصول على أرباح الشركة وحضور الجمعية العامة والحق في التصويت ، ويتم كذلك إضافة مقابل لحصصهم وكذا الحق في الإدارة... ، فعامل الشخصية المعنوية يندثر ولا يلعب أي دور عندما نريد أن نعرف من أصبح مالكاً للأسهم في الشركة الجديدة الدامجة ، بل يسقط القناع ونعود للأخذ بشخصية الشركاء في الشركات المندمجة.

على هذا الأساس تكون الشركة الدامجة المساهمة المؤلفة من شركتين مندمجتين مثلاً قانونياً، إذ يعتبر الشركاء هم الذين اكتتبوا برأسمالها لا الشركتان الشخصيتان المعنويتان[1] .

– كما أن حالة الاندماج بطريق المزج تقتضي بالضرورة تأسيس شركة جديدة ، وكما هو الحال عند الإنفصال إذ يقتضي الأمر تأسيس شركتين منفصلتين أو أكثر ، وبالتالي خضوعهما لقواعد التأسيس التي تعرضنا لها في هذا البحث و ما تفرضه من اعتبارات شخصية من جانب المؤسسين .

[1] فاطمة حسن المولى ، مرجع سابق ، صفحة 139 .

الخـاتـمــة :

في خاتمة هذا البحث نستنتج أن الفكرة القائلة بأن شركة المساهمة تقوم على الإعتبار المالي فقط هي فكرة لا أساس لها في الواقع ، فلاحظنا من خلال هذه الدراسة تأثير الاعتبار الشخصي في كل مراحل الشركة بدءا من تأسيسها إلى غاية انقضاءها ، فنقول أن الاعتبار الشخصي هو وسيلة هامة للحفاظ على الاعتبار المالي وعنصر رئيسي لجذب ثقة الجمهور وبعثه على الاكتتاب أما عن الملاحظات التي نذكرها حول الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة فهي كالتالي :

– في مرحلة التأسيس فمن حيث تحديد طابع الشركة فيما ما إن كان طابعا عقديا تحتل فيه إرادة الشركاء الجانب الرئيسي في إنشاء وتأسيس الشركة أم طابعا لائحيا يخضع للتنظيم ولا دخل لإرادة المؤسسين فيه ، فمضمون الشركة وطرق تطبيقها صارت محددة سلفا في القانون التجاري والتنظيم من جهة ، ومن جهة أخرى أصبحت فئة من الشركاء تحتكر سلطة القرار بوضع شروطها وفرضها على فئة أخرى من المساهمين ، والذي يظهر الطابع النموذجي أو التنظيمي والذي يذعن له الشركاء المستقبليين ، ما أدى إلى إنتهاك المذهب الفردي بشكل واضح وأصبحت الشركة تقترب في طبيعتها من اللائحة أو التنظيم اكثر منه إلى العقد ، ويجد هذا الوضع تفسيره في رغبة المشرع في حماية الإقتصاد الوطني وهذا من خلال أن عملية تنظيم التبادل التجاري مع الدول التي اصبحت تتم من قبل الدولة نفسها ، وللحد من قوة الإرادة وفرديتها ، وذلك بتوجيه هذه العلاقة وإضفاء الصفة الإجتماعية عليها وهو مايعرف ب "المصلحة الاجتماعية للشركة" فأصبحت الشركة مقيدة بما يستلزمه الصالح العام و التوازن الاقتصادي للدولة ، إلا ان شركة المساهمة لم تعد قادرة على مواكبة الوضع الراهن ومتطلبات

اقتصاد السوق والانفتاح على التجارة العالمية ، الذي يقضي من المؤسسات الجزائرية السعي للتطور في إطار قانوني تنافسي حر مشجع للاستثمار ، والذي يجسد مبدأ الحرية التعاقدية ، والذي يترك المجال واسعا للشركاء والمساهمين فيما يتعلق بكل شؤون شركتهم ، وهذا أخذا بانشغالات المتعاملين الاقتصاديين ، و ينبغي في سبيل ذلك الاحتذاء بما فعلت بعض القوانين الاوروبية ومن بينها القانون الفرنسي الذي أدخل حيز التنفيذ نوعا مبتكرا من شركات الأموال والتي تجسدت من خلالها الحرية التعاقدية وإعطائها حرية كبيرة للشركاء لتنظيم وتسيير مؤسساتهم بإضفاء المرونة على إنشاء شركات المساهمة ، وهي شركات المساهمة المبسطة أو البسيطة société par actions simplifiée ، وهذا بموجب القانون رقم 01 الصادر في 3 يناير 1994 ، والتي تعتبر طفرة نوعية في مجال الشركات ، وأضافت في سنة 1999 خطوة إضافية بأن سمحت لكل شخص طبيعي أو معنوي ان ينشا شركة مساهمة بسيطة Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle ، وهذا ما أعاد الاعتبار للحرية التعاقدية ، وكان ذلك هدف تجنب تعقيدات شركات المساهمة والحد من القواعد الآمرة و عودة الهيمنة الفعلية لمبدأ سلطان الارادة .

– أما عن الاعتبار الشخصي في جانب المؤسسين فعلى الرغم من كون مؤسسي شركات المساهمة يلعبون الدور الأهم والأساسي في عملية التأسيس باعتبارهم المبادرين الى ذلك ، إلا أن المشرع الجزائري لم يبين بدقة المركز القانوني لهذا الشريك المؤسس ، لاسيما تعريفه القانوني ، ولا الشروط الواجبة التوافر فيه ، فضلا عن عدم تبيان أحكام التصرفات المبرمة أثناء فترة التأسيس باعتبار قواعده القانونية لم تتبنى فكرة تمتع الشركة قيد تأسيسها بالشخصية المعنوية بقدر عملية التأسيس ، وعلى ذلك فإن النتائج المتوصل عليها في هذا الشأن هي :

– باعتبار مؤسس الشركة هو المحرك الرئيسي لأعمال التأسيس ، فإن تحديد المقصود به أمر لازم وضروري ، فالقاضي بتحديده لصفة المؤسس يستطيع مساءلته مدنيا وجزائيا في حالة مخالفة إجراءات التأسيس المطلوبة قانونا ، والتوسيع من هذه الصفة أمر إيجابي يوفر أكثر ثقة وضمان أكبر لدى المتعاملين مع الشركة في فترة التأسيس ، وكما نشير إلى أن المفهوم الموسع للمؤسس واجب التحديد قانون أيضا ذلك باعتبار أن المساءلة الجزائية المترتبة عن أعمال التأسيس والتي تفترض التفسير الضيق للنصوص من منطلق مبدأ الشرعية القاضي انه لا جريمة ولا عقوبة بدون نص ، فذلك من شأنه أن يخلق بعضا من التضارب ، على المشرع السعي لتداركه .

– التشريع الجزائري لم يبين صراحة الشروط الواجب توافرها في شخص المؤسس في شركات المساهمة وإنما اقتصر في ذلك على بعض المراسيم المتفرقة التي نصت شروط مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ، ونعتقد انه أصبح من الضرورة لاسيما اشتراط في مؤسسي شركة المساهمة توافر صفات الثقة والنزاهة ، وهذا ضمانا لنزاهة وائتمان عملية التأسيس وتقوية للادخار وزيادة للاستثمار الذي من قوامه الاستقامة التجارية و النزاهة العملية في ذلك ، كما أن اشتراط الجنسية في المؤسسين من شأنه توجيه نشاط هذه الشركات لخدمة الاقتصاد الوطني

– ضرورة النص على تمتيع الشركة بالشخصية المعنوية في فترة التأسيس ، وذلك بالقدر الكافي للأعمال الضرورية لتأسيسها ، وذلك قياسا على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية في فترة التصفية بالنسبة للأعمال اللازمة للتصفية ، فيجب أن يكون الاعتراف بشكل صريح في إطار نص قانوني الشيء الذي من شأنه ان يكفل الالتزامات الناجمة عن تصرفات المؤسسين خلال فترة التأسيس ، والمصاريف التي أنفقت بسبب التأسيس .

هذا ما يستنتج من ملاحظات في مرحلة التأسيس أما الإعتبار الشخصي بعد بدء الشركة ممارسة نشاطها فهناك ملاحظات لابد من الوقوف عندها :

– في جانب تقييد حرية تداول الاسهم يظهر أن الحكمة من وضع قيود قانونية أو اتفاقية هي مراعاة النظام العام أو لمصلحة الشركة أو المساهمين الآخرين ، وبالتالي تعزيز الاعتبار الشخصي في هذه المرحلة من حياة الشركة على حساب الاعتبار المالي الذي تتميز به ، وهو أمر إيجابي في هذا النوع من الشركات ، فالنسبة للقيود القانونية الواردة على حرية تداول الاسهم فالمشرع الجزائري لم ينص على تقييد حرية تداول أسهم المؤسسين لفترة معينة بعد قيد الشركة في السجل التجاري وذلك من شأنه أن يحول دون إنشاء شركات وهمية همها فقط المضاربة بالأسهم دون تحقيق هدف اقتصادي ، فينبغي في هذا الصدد الاقتداء بما ذهبت إليه بعض القوانين العربية على غرار المشرع الاردني الذي قيد حرية تداول أسهم التأسيس لمدة سنتين بعد قيد الشركة في السجل التجاري ، أما بالنسبة للشروط الاتفاقية المقيدة لحرية التداول نجد المشرع وعلى نقيض شرط الموافقة الذي بين إجراءاته بإعتباره الشرط الذي يقضي بإلزامية موافقة الشركة على تنازل المساهم عن سهمه للغير ، فإن المشرع لم ينص على شرط الشفعة التي تقضي بحلول الشركة أو أحد المساهمين محل الغير في عملية التنازل عن الاسهم ، وهذا ترك المجال واسعا أمام الفقه والقضاء لتحديد أحكام هذا الشرط كقيد على حرية المساهم في تداول أسهمه ، فشرط الشفعة يكون صحيحا سواء اشترط في القانون الأساسي للشركة أو كان في شكل اتفاقات غير تأسيسية وهي اتفاقيات بين جميع المساهمين أو بعضهم إلا أنها لا يمكن أن تكون حجة على الغير إلا إذا كانت تأسيسية ، وذلك خلافا لشرط الموافقة الذي لا يكون حجة إلا إذا كان شرطا في القانون الأساسي ، ولهذا كان لزاما على المشرع ضرورة

تعديل أحكام القانون التجاري الجزائري لتنظيم شرط الشفعة كما نظم شرط الموافقة وذلك لمنع سوء تطبيق هذا الشرط ، كما عليه النص إلى إعطاء صراحة الحق للمساهم في العدول عن عملية التداول في أي وقت .

أما عن جانب تسيير الشركة لقد أحسن المشرع بإدراج النظام المستحدث للإدارة بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93 لسنة 1993 المتضمن تعديل القانون التجاري وذلك سعيا منه لتفادي عيوب النظام القديم وسمح للشركات أن تنتهج هذا الاسلوب في التسيير بشرط النص عليه في قانونها الاساسي ، ويعرف بالنظام المزدوج باعتباره يتكون من جهازين يتمثلان في مجلس المديرين و مجلس المراقبة . و بحيث يتكون مجلس المديرين من أعضاء لا يشترط فيهم صفة المساهم بهدف فتح المجال لذوي الكفاءات و القدرات العلمية و الفكرية بالمشاركة في إدارة الشركة المساهمة كما أسند مهمة تعيينهم لمجلس المراقبة الذي يقوم كذلك بالرقابة على مجلس المديرين مع إخضاع كلا الجهازين لنفس مسؤوليات أعضاء مجلس الإدارة الغير محدودة والتضامنية ، وتبني هذا النظام من شأنه أن يعالج إهمال المساهمين في الرقابة على التسيير من خلال الجمعيات العامة وإسناد هذه المهمة لمجلس المراقبة كفيل بضمان أحسن مراقبة لأعمال التسيير وكذا مراقبة عمليات تعيين المسيرين .

أما في الختام و في مرحلة انقضاء الشركة فالملاحظ في هذا الشأن فإنه ونظرا لمكانة هذه الشركة في المجال الاقتصادي فقد منحها المشرع فرصة لتصحيح وضعيتها وتحقيق مشروعها ولم يجعل الحل تلقائيا وقد أحسن بفعله وينبغي منه تعزيز تلك القواعد مثل ذلك أن منح الشركة مهلة 6 أشهر لتسوية وضعيتها لم تعد كافية وعليه السعي لمنح الشركة مهلة أكبر نظرا لمركز الشركة الاقتصادي والاجتماعي الهام .

قـــائمـــة المصادر و المـــراجع :

أولا : باللغة العربية :

أ ـ الكتب :

1ـ الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية ، تأسيس الشركة المُغفلة ، الجزء السابع ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2008 .

2- ابو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم ، المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الاردن،الطبعة الاولى ،2016 .

3- عزيز العكيلي ، الوسيط في الشركات التجارية ، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الاحكام العامة والخاصة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، 2007 .

4- عبد المنعم موسى إبراهيم، الاعتبار الشخصي في شركات الأموال وقانون تملك الأجانب للعقارات (دراسة مقارنة), الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2008 .

5- عباس مرزوك فليح العبيدي ،الاكتتاب في رأسمال الشركة المساهمة ،دراسة قانونية وعملية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن ، 1998 .

6 – عبد القادر البقيرات ، محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية 2015 .

7- فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية ، الطبعة الخامسة ، دار الثقافة ،عمان 2010 .

8- فتاحي محمد ، حرية تداول اسهم شركة المساهمة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 .

9 - فتات فوزي ، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،وهران الجزائر ،2007 .

10 - فاروق إبراهيم جاسم ، حقوق المساهم في شركة المساهمة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2008 .

11- مرتضى ناصر نصر الله ،الشركات التجارية ، مطبعة الارشاد بغداد ، العراق 1969 .

12- محمد سامي فوزي ، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ،2016.

13- نادية فوضيل شركات الاموال في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2008

14 - هاني صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة 2001 .

ب ـ الرسائل والمذكرات :

1ـ سيف درويش سيف سهيل المري ،المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس ادارة شركة المساهمة العامة دراسة مقارنة ، أطروحة ماجستير في القانون الخاص ،جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2019 .

2 ــ فاطمة حسن المولي ، الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في قانون الاعمال ، المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والادارية والاقتصادية ، جامعة لبنان ، 2011 .

ج ــ المقالات :

1 ـ أيمن يوسف ، بن شويخة علي ، قويلي فاطمة ، الطبيعة القانونية لشركة المساهمة ، مجلة البديل الاقتصادي ، العدد الثالث 2015 .

2- ابراهيم بن مختار ، ضوابط تاسيس وادارة شركات المساهمة في القانون الجزائري ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم القانونية ، معهد العلوم القانونية والادارية ، تيسمسيلت ، الجزائر ، 2019 .

3- أحمد محمودة المساعدة ، أثر التصفية على الشخصية المعنوية لشركة االمساهمة العامة (دراسة مقارنة) ،جامعة المجمعة ، المملكة العربية السعودية ،مجلة الباحث للدراسات القانونية . العدد الثامن ، 2016 .

4- بزاز الوليد ، زرقاط عيسى ، مسؤولية أعضاء مجلس الادارة عن افلاس شركة المساهمة ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مجلد 12 ، عدد خاص (العدد التسلسلي 22) ،2020 .

5- بلبة ريمة ، الإجراءات القانونية لإندماج الشركات التجارية ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، المجلد 15 العدد 01 .

6- تقي الدين دغبوخ ، النظام الحديث لإدارة شركة المساهمة ، مجلة النبراس للدراسات القانونية ، مجلد 4 ، العدد 1 ،2019 .

7- عبد العزيز بوخرص ، حمزة بوخروبة ، مظاهر الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، مجلة الاجتهاد القضائي ، المجلد 13 العدد 02 اكتوبر 2021 .

8- علي فوزي ابراهيم الموسوي ، الإعتبار الشخصي في شركة المساهمة ، دراسة في قانون الشركات العراقي ،مجلة العلوم القانونية ،كلية القانون جامعة بغداد ،العدد 2 سنة 2011 .

9- عبد القادر حمر العين ، المركز القانوني للشريك المؤسس في شركة المساهمة قيد التأسيس ، مجلة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، جامعة قسنطينة ، المجلد 34 ، العدد 03 ، 2021 .

10- غالية سمية فاطمة الزهراء ،اجماع الشركاء في الشركات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، مجلد 54 ،عدد 01 ، سنة 2017 .

د ــ النصوص القانونية :

1 ـ الأمر رقم 03-11 مؤرخ 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد و القرض .

2 ـ القانون رقم 02-11 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2002 والمتضمن قانون المالية لسنة 2003، الجريدة الرسمية ، عدد 86 .

3- القانون 90-22 المؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت سنة 1990 يتعلق بالسجل التجاري ، الجريدة الرسمية عدد 36 .

4- قانون رقم 04-08 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 ، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية جريدة رسمية رقم 52-2004 .

5- قانون 06 -11 مؤرخ في 28 جمادى الأولى عام 1427 الموافق ل 24 جوان 2006 ،يتعلق بالشركة ذات الرأسمال الإستثماري جريدة رسمية عدد 42 .

6- مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 ابريل سنة 1993 يعدل و يتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري. ج ر رقم 27 المؤرخة في 27 أفريل 1993 .

7- المرسوم التنفيذي 95 -483 ،المؤرخ في اول شعبان 1416 الموافق ل 23 ديسمبر 1995 ، يتضمن تطبيق احكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة ، جريدة رسمية رقم 80 .

8- المرسوم التنفيذي 95 -483 ، المؤرخ في اول شعبان 1416 الموافق ل 23 ديسمبر 1995 ، يتضمن تطبيق احكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة ، جريدة رسمية رقم 80 .

9- النظام رقم 06-02 ، مؤرخ في 24 سبتمبر 2006 ، يحدد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية ، جريدة رسمية 77

10- النظام رقم 92-05 مؤرخ في 22 مارس 1992 ، يتعلق بالشروط التي يجب ان تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها .

ج -القوانين العربية :

1-قانون المصري لشركات المساهمة رقم 159 لسنة 1981 المعدل بالقانون 3 لسنة 1998

هـ -المراجع بالفرنسية :

1-code de commerce français .

2- Rousseau Michel . L'intuitus personae dans les sociétés par actions In Revue juridique de l'Ouest , 1995-1 . pp . 23-52 .

الفـــــهرس

العـــــــــنوان	الصفحة
المـــــقدمـــــة	01
الفصل الاول : مظاهر الإعتبار الشخصي خلال مرحلة التأسيس	
المبحث الأول : الطبيعة القانونية لشركة المساهمة والمركز القانوني للمؤسس فيها	06
المطلب الاول : الاتجاهات الفقهية حول تحديد طبيعة شركة المساهمة	07
الفرع الأول : النظرية العقدية	07
اولا : أطراف العقد	08
ثانيا : نتائج الأخذ بالنظرية العقدية	11
الفرع الثاني : نظرية المؤسسة	13
أولا : مبررات الاخذ بالنظرية النظامية	14
ثانيا : النتائج المترتبة عن الاخذ بالنظرية النظامية	15
الفرع الثالث : موقف التشريعات من النظريتين	18
المطلب الثاني : تعريف المؤسس والمركز القانوني له	19
الفرع الاول : مفهوم المؤسس والشروط المتطلبة قانونا فيه	20
أولا : مفهوم المؤسس	**20**
ثانيا : الشروط المتطلبة قانونا في المؤسس	24
الفرع الثاني : المسؤولية الشخصية والتضامنية للمؤسسين الناجمة عن خرق قواعد التأسيس	27
أولا : مسؤولية المؤسسين عن التعهدات المبرمة وقت تأسيس الشركة:	27
ثانيا : المسؤولية عن بطلان الشركة	**28**

المبحث الثاني : عملية الاكتتاب و مظاهر الاعتبار الشخصي فيه	**28**
تمهيد وتقسيم	**28**
المطلب الاول: التأسيس المتتابع و مدى الاعتداد فيه بمظاهر الاعتبار الشخصي	**29**
الفرع الاول : المسؤولية الناجمة عن الخطأ او القصر في نشرة الإكتتاب	**30**
الفرع الثاني : حظر تدوال الاسهم خلال مرحلة التأسيس	**31**
الفرع الثالث : التصويت في الجمعية العامة التاسيسية ومظاهر الاعتبار الشخصي فيه	**32**
المطلب الثاني : التأسيس بدون اللجوء العلني للإدخار	**33**
الفرع الأول : تبسيط إجراءات التأسيس	**33**
الفرع الثاني : اقتصار الاكتتاب على أشخاص المؤسسين	**36**
الفصل الثاني : مكانة الإعتبار الشخصي في مرحلة نشاط الشركة و كذا انقضاءها	
المبحث الأول : نشاط الشرطة وتأثره بالقيود التي يفرضها الاعتبار الشخصي	38
المطلب الأول : القيود المفروضة على حرية تداول الاسهم	39
الفرع الأول : القيود القانونية على حرية تداول الاسهم :	39
أولا : الوعود بالأسهم	39
ثانيا : أسهم الضمان	40
ثالثا : قيد تداول أسهم العمال	41
الفرع الثاني : القيود الاتفاقية لتداول الاسهم	43
أولا : شرط الموافقة	44
ثانيا : شرط الاسترداد	45
ثالثا :حق الأفضلية في الإكتتاب بأسهم الزيادة	46
المطلب الثاني : الشروط المفروضة على المسيرين وطبيعة مسؤولياتهم	48
الفرع الأول : النظام التقليدي للتسيير (مجلس الإدارة)	49

أولا : الشروط المتطلبة في عضوية مجلس الإدارة	49
ثانيا : طبيعة مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة	57
ثالثا : امتداد شهر افلاس الشركة إلى المسيرين	60
الفرع الثاني : التسيير الحديث لشركة المساهمة	61
أولا : مجلس المديرين	62
ثانيا : مجلس المراقبة	65
المبحث الثاني : بروز الاعتبار الشخصي عند انقضاء الشركة	69
المطلب الاول : انقضاء الشخصية المعنوية للشركة و مدى تأثره بالاعتبار الشخصي	69
الفرع الثاني : الاسباب العائدة الى شخصية الشريك والمؤدية لانقضاء الشركة	71
أولا انخفاض عدد الشركاء عن الحد الادنى المفروض	71
ثانيا : اجتماع الحصص في يد شريك واحد	72
المطلب الثاني : الاعتبار الشخصي عند تصفية الشركة وكذا إندماجها وانفصالها	74
الفرع الأول : عودة بروز شخصية الشركاء عقب تصفية الشركة	74
الفرع الثاني : دمج الشركة وانفصالها و ارتباطه بشخصية الشركاء	76
الخاتمة	78
قائمة المصادر والمراجع	83
الفهرس	89

مـلخص مذكرة الماستر

تعتبر شركة المساهمة النموذج الامثل لشركات الأموال نظرا للمشروعات الإقتصادية الهامة التي تضطلع بها ، و الاموال الضخمة التي تستقطبها من الجمهور ، ولكن عند إستقراء الأحكام التي تنظم عمل هذه الشركات نجد أن الاعتبار المالي لا يشكل وحده أساس قيام هذه الشركات ، بل نجد المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات العربية والأوربية قد أبقى على الاعتبار الشخصي في هذا النوع من الشركات وذلك بهدف حماية جمهور المكتتبين وتتجلي هذه المظاهر خصوصا في العقد التأسيسي و طبيعة الإكتتاب ومسؤولية المؤسسين وكذا في القيود القانونية والاتفاقية المفروضة على حرية تداول الاسهم ، ومسؤولية المسيرين في هذه الشركات .

الكلمات المفتاحية :

1/ شركات الأموال 2/ شركة المساهمة 3/ الاعتبار الشخصي 4/ الاعتبار المالي 5/ المؤسس 6/ المسير

Abstract of The master thesis

The joint stock company expresses the ideal model for money companies due to the important economic projects that it undertakes, and the huge funds that it attracts from the public , But when we extrapolate the provisions that regulate the work of these companies, we find that the financial consideration alone does not constitute the basis for the establishment of these companies , Rather, we find the Algerian legislator, similar to Arab and European legislation has kept personal considerations in this type of company with the aim of protecting the public of subscribers. These aspects are especially evident in the memorandum of association, the nature of subscription and the responsibility of the founders, as well as in the legal restrictions and the agreement imposed on the freedom of trading in shares , and the responsibility of the managers of these companies .

Key Words :

1/ money companies 2/ joint stock company 3/ personal consideration 4/ Financial consideration 5/ founder 6/ Manager