جامعة سعد دحلب, البليدة

كلية الحقوق

قـسم القانون الخاص

!!

!!

!! مــذكرة ماجستيــر

التخصص : قانون الأعمال !!

شــركة المحاصة

(دراسة مقارنة)

!!

من طرف

حمزة سلام

!!

أمام اللجنة المشكلة من

د. بن رقية بن يوسف, أستاذ محاضر, جامــعة سعد دحلب(البليدة), رئيسا مقررا.

د. بن شويــخ رشيد , أستـاذ محاضر, جامــعة سعد دحلب(البليدة), مشرفـا.

د. عمرو خليل , أستـاذ محـاضر, جامــعة سعد دحلـب (البليدة), عضوا مناقشا.

د. خليفاتي عبد الرحمان,أستاذ محاضر,جامــعة سعد دحلـب (البليدة), عضوا مناقشا.

!

ملخص

يهدف الموضوع دراسة شركة المحاصة بتسليط الضوء على نظامها القانوني ، ومقارنتها مع شركة الواقع وهو نوع من الشركات عديمة الشخصية المعنوية منصوص عنه في القانون المدني الفرنسي ، تكون فيها الأطراف ضمنية أي المشتركين يتصرفون في الواقع كشركاء دون إظهار إرادتهم ، فتصرفهم لوحده هو الذي يعطي ميلاد الشركة ، قارنها بالشركة الفعلية فأغلب الكتب التي تناولت بالدراسة الشركات في الجزائر تخلط بين الشركة الفعلية (Société de fait) والشركة بحكم الواقع (Société criée de fait) ، هدف الموضوع الى تبيان الفرق بين شركة المحاصة والشركة التي هي في طور التأسيس وخاصة وأن كلا منهما لا تتمتع بالشخصية المعنوية .

كما يهدف إلى تبيان أهمية الشخصية المعنوي للشركة وضرورتها بالنسبة لقيام الشركة بالأهداف المنصوص عليها في العقد المنشأ لها.

الخاصية الرئيسية لشركة المحاصة هي انعدام شخصيتها القانونية، فشركة المحاصة تخضع لما تخضع له الشركات عموما من أركان موضوعية عامة وخاصة، غير أن

هذه الشركة تنفرد عن الشركات الأخرى بخاصية أساسية تميزها وهي انعدام الشخصية المعنوية.

فنقول أنه إذا كانت الشركة بوجه عام تتكون من شرطين أولهما العقد وثانيهما الشخصية المعنوية، فإن شركة المحاصة لا يتوافر لها من الهيكل القانوني إلا الشطر الأول وهو العقد، وبما أن أي شيء لدراسته - أي تعريفه - التطرق إلى ما فيه وما ليس فيه، فستكون الخطة من فصلين، الأول يخصص لدراسة الشخصية المعنوية للشركة وآثارها في الشركة، من خلال:

- أن الشركات المحاصة يكون لها حالة وأهلية كما تكون محلا للمساءلة المدنية والجزائية.
- كما تتكون حالة شركة المحاصة من اسم, و موطن, و جنسية تميزها عن بعضها البعض, كما تتميز بذمتها المالية التي تساهم في تجسيد أهدافها.
- كما تكتسب شركة المحاصة أهلية مستقلة تتوزع بين, أهلية الوجوب,و أهلية الأداء التي تساهم في تفعيل نشاطاتها في الواقع التجاري.

كة المحاصة من مسؤولية مدنية و جنائية مع تحديد الشخص محل المسائلة, السلوك محل المساءلة, و الجرائم مستوجبة المسائلة).

ونخصص الفصل الثاني لدراسة النظام القانوني لشركة المحاصة من خلال:

تكوين شركة المحاصة بتبيان أركانها الموضوعية العامة (الرضا المحل السبب) والأركان الخاصة (تعدد الشركاء المساهمة الشركاء تقديم الحصص تقاسم الأرباح والخسارة) بالإضافة لركنها الشكلي.

تحديد الشركات الشبيهة بشركة المحاصة مع التطرق لخصوص الشركات المنشاة من الواقع مع تبيان نظامها القانوني.

شـكـــر

إلى روح أبي رحمة الله عـليـــه

إلى أسرتـــي الحبـــيـبـــة

إلى أستـاذي المـشرف

إلى صديقـــي الحميم " عـمـروش الحسـيـن "

خـالص عـرفـــانـــي وكـــل أمنـيـاتـــي

الفـــــهرس

ملخص

شكر

الفهرس

مقدمة 08

1. الآثار الناجمة عن افتقار شركة المحاصة للشخصية المعنوية..... 11

1. 1. الشخصية المعنوية وكيفية اكتساب الشركة لها 12

1. 1. 1. **مفهوم الشخصية المعنوية ومدى اعتراف القوانين الوضعية بها..... 12**

1. 1. 1. 1. مفهوم الشخصية المعنوية 12

1. 1. 1. 2. اعتراف القوانين الوضعية بالشخصية المعنوية للشركة 14

1. 1. 1. 2. 1. بالنسبة للقانون الفرنسي..... 14

1. 1. 1. 2. 2. بالنسبة للقانون اللبناني..... 17

1. 1. 1. 2. 3. بالنسبة للقانون المصري..... 17

1. 1. 1. 2. 4. بالنسبة للقانون الجزائري..... 17

1. 1. 2. **اكتساب الشركة للشخصية المعنوية** 18

1. 1. 2. 1. الكتابة 18

1. 1. 2. 1. 1. التشريع اللبناني..... 19

1. 1. 2. 1. 2. التشريع الفرنسي..... 20

1. 1. 2. 1. 3. التشريع المصري..... 20

1. 1. 2. 1. 4. التشريع الجزائري..... 22

1. 1. 2. 2. الشهر 23

1. 2. حالة الشركة..... 27

1. 2. 1. عناصر حالة الشركة 27

1. 2. 1. 1. اسم الشركة..... 27

1. 2. 1. 2. موطن الشركة 30

1. 2. 1. 3. جنسية الشركة 34
1. 2. 2. عناصر الذمة المالية للشركة 36
1. 2. 2. 1. الجانب الإيجابي لذمة الشركة 36
1. 2. 2. 2. الجانب السلبي لذمة الشركة 38
1. 3. أهلية الشركة 40
1. 3. 1. أهلية الوجوب 40
1. 3. 1. 1. التخصص القانوني 40
1. 3. 1. 2. التخصص العقدي 41
1. 3. 2. أهلية الأداء 41
1. 3. 2. 1. إلزامية لجوء الشركة لتقنية التمثيل 42
1. 3. 2. 2. حماية الغير من المخاطر الناجمة عن تقنية التمثيل 42
1. 4. مسؤولية الشركة 44
1. 4. 1. المسؤولية المدنية للشركة 44
1. 4. 2. المسؤولية الجزائية للشركة **..... 45**
1. 4. 2. 1. إشكالية المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي 46
1. 4. 2. 1. 1. موقف الفقه من المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي..... 46
1. 4. 2. 1. 2. موقف القانون الجزائري..... 47
1. 4. 2. 2. شروط إقامة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي 51
1. 4. 2. 2. 1. الشخص محل المسائلة الجزائية..... 51
1. 4. 2. 2. 2. السلوك محل المسائلة الجزائية..... 52
1. 4. 2. 2. 3. الجرائم التي يسال عنها الشخص المعنوي..... 53
2. الأحكام القانونية لشركة المحاصة 56
2. 1. تكوين شركة المحاصة 57
2. 1. 1. الأركان الموضوعية 57
2. 1. 1. 1. الأركان الموضوعية العامة 57
2. 1. 1. 1. 1. الرضا..... 57
2. 1. 1. 1. 2. المحل..... 59
2. 1. 1. 1. 2. 1. التعاون فيما بين الشركات..... 59

2. 1. 1. 1. 2. 2. في إطار استقرار الملكيات الشائعة..... 60
2. 1. 1. 1. 2. 3. تمويل المشاريع التي يكون احتمال الخسارة فيها كبيرا..... 60
2. 1. 1. 1. 3. السبب..... 61
2. 1. 1. 2. الأركان الموضوعية الخاصة 61
2. 1. 1. 2. 1. تعدد الشركاء..... 62
2. 1. 1. 2. 2. نية المشاركة..... 62
2. 1. 1. 2. 3. تقديم الحصص..... 63
2. 1. 1. 2. 4. اقتسام الأرباح و الخسائر..... 66
2. 1. 1. 2. 4. 1. اقتسام الأرباح..... 66
2. 1. 1. 2. 4. 2. المساهمة في تحمل الخسائر..... 67
2. 1. 1. 2. 4. 3. شرط الأسد..... 67
2. 1. 1. 2. 4. 4. قواعد تقسيم الأرباح الخسائر..... 68
2. 1. 2. الأركان الشكلية 68
2. 2. تنظيم وعمل شركة المحاصة وانقضائها 75
2. 2. 1. عمل شركة المحاصة فيما بين الشركاء 75
2. 2. 1. 1. حقوق الشركاء 75
2. 2. 1. 1. 1. الحقوق الشخصية..... 75
2. 2. 1. 1. 2. الحقوق الجماعية..... 77
2. 2. 1. 2. التزامات الشركاء 77
2. 2. 2. عمل شركة المحاصة في مواجهة الغير 77
2. 2. 2. 1. الشركة غير المكشوفة للغير 77
2. 2. 2. 2. انكشاف الشركة للغير 80
2. 2. 3. انقضاء شركة المحاصة 81
2. 3. الشركات الشبيهة بشركة المحاصة..... 83
2. 3. 1. الشركات المنشأة من الواقع 84
2. 3. 1. 1. إثبات الشركة المنشأة من الواقع 84
2. 3. 1. 1. 1. إثبات الشركة المنشأة من الواقع بواسطة أحد الشركاء..... 84
2. 3. 1. 1. 2. إثبات الشركة المنشأة من الواقع بواسطة الغير..... 85

2. 3. 1. 2. أصناف الشركات المنشأة من الواقع 85
2. 3. 1. 2. 1. الشركات في إطار الحياة الحرة..... 86
2. 3. 1. 2. 2. الشركات بين الأزواج..... 86
2. 3. 1. 2. 3. الشركات فيما بين الورثة..... 87
2. 3. 1. 2. 4. الشركات خارج مجال العلاقات العائلية..... 87
2. 3. 1. 3. نظام الشركات المنشأة من الواقع 87
2. 3. 1. 4. الفرق بين الشركة المنشأة من الواقع والشركة الفعلية 88
2. 3. 1. 4. 1. مضمون نظرية الشركة الفعلية..... 88
2. 3. 1. 4. 2. الأساس القانوني لنظرية الشركة الفعلية..... 89
2. 3. 1. 4. 3. مجال نظرية الشركة الفعلية..... 90
2. 3. 1. 4. 4. النظام القانوني للشركة الفعلية..... 91
2. 3. 1. 4. 4. 1. بالنسبة للشركة كشخص معنوي..... 91
2. 3. 1. 4. 4. 2. بالنسبة للشركاء..... 91
2. 3. 1. 4. 4. 3. بالنسبة لعلاقات الشركة مع الغير..... 91
2. 3. 1. 4. 4. 4. موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية..... 92
2. 3. 2. الشركة خلال فترة التأسيس 94
2. 3. 2. 1. شروط التزام الشركة بالتعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس 96
2. 3. 2. 1. 1. الشروط الموضوعية..... 96
2. 3. 2. 1. 2. الشروط الشكلية..... 97
2. 3. 2. 1. 2. 1. التصرفات المبرمة قبل إمضاء العقود التأسيسية..... 97
2. 3. 2. 1. 2. 2. التصرفات المبرمة بعد إمضاء العقود التأسيسية والمقدمة إلى الأعمال المؤسسين و تسجيل الشركة..... 97
2. 3. 2. 2. الآثار التي تترتب على قبول الشركة من عدمه للتعهدات 98
2. 3. 2. 2. 1. أثار قبول الشركة للتعهدات..... 98
2. 3. 2. 2. 2. آثار عدم قبول الشركة للتعهدات..... 98
2. 3. 2. 3. موقف المشرع الجزائري..... 99
الخاتمة 101
قائمة المراجع 103

مقدمـــة

إن كل موضوع يتناول الـ شركات يعـ د موضـ وعاهامفلموضـ وع المـ ذكرة يـ ستمد أهميتـ هـ من أهميـ ة الشركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لكل بلد .

لشركات وخاصة التجارية لها أهمية كبيرة مـ ن الناحيلاقتـ صادية التـ ي أثـ رت بـ دورها علـ ى جميـ ع نواحي الحياة الاجتماعيةالـ سبب فـ ي ذلـ ك يعـ ودأساسالتكـ اوين الـ شركة الـ ذي يقـ وم علـ ى حـ شد وتجميـ ع الأموال والإمكانيات المادية والفنية الهائلة واستثماراها في المجال الاقتصادي .

ووصل الأمر بالشركاتإلـ أنى أصـ بحت المـ تحكم الرئيـ سي فـ يالاقتـ صاد العـ المي ، فالـ شركات العالميـ ة الكبرى تجاوزت أهميتها الاقتصادية لتنعكس على السياسة العامة للعالم .

ولكون النشاطات التي تقوم بها الشركاتلا يمكن للفرد أن يقـ وم بهـ ا لوحدهفقـ د اعتـ رف القـ انون لـ ى لجانـ ب الـ شخص الطبيعـ ي (الفـ رد)شركات بالشخـ صية المعنويـ ة حتـ تمكن مـ ن تحقيـ ق أهـ دافها المنصوص عليها في العقد المنشأ لها، وبمقتضى هذا الاعتراف يصبح للشركة كشخص معنوي صلاحية تلقي الحقوق والالتزامـ ات ، وتجعـ ل هـ ذه الشخـ صية التـ ي أقرهـ ا القـ انون للـ شركة شخـ صية متميـ زة ومستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها .

بالرجوع للمادة 50 من القانون المدنيجدها تـ نص علـ ى أن يتمتـ ع الـ شخص الاعتبـ اري بجميـ ع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يعينهـ ا عقـ دإنشائهأو التـ ي يقررهـ ا القوانين والمكـ ان الـ ذي يوجـ د فيـ هـ مركـ ز إدارتهـ ا ، ثـ م إن الـ شركات التـ ي يكـ ون مركزهـ ا الرئيسيفي الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها فـ ي نظـ ر القانون الـ داخلي فـ ي الجزائـ ر ، كمـ ا لها نائب عن إرادتها ولها حق التقاضي، ومن هنا يتبين لنا أن الشركة لا بد أن تمتع بالشخصية المعنوية، فبدونها لا يمكنها تحقيق الأهداف الموضوعة في العقد .

بمعنى آخر لا يمكن تصورشركة بدون شخصية معنوية إلا أنه في الواقـ ع توجـ د شـ ركات أثبتـ ت عكس هذا المبدأ، فنجد المشرع ينص علـ ى نـ وع مـ ن الـ شركات لا تتمتـ ع بالشخـ صية المعنويـ ة، ومـ ع ذلـ ك تعتبر شركة قانونية تقوم بتحقيق الأهداف المنصوص عليها في العقد وهي : (شركة المحاصـ ة)التـ ي لا تعتبر موجودة سوى بين الشركاء وليس لها وجود أماكم الغير .

يعود ظهور هذا النوع من الشركاتإلى القرض بفائـ دة والـ ذي انتـ شر فـ ي القـ رون الوسـ طى، وعرف باسم "الكومنـ دا" "Gommanda" الـ ذي انتهـ ى بـ ه التطـ ور إلـ ىإبـ راز ركة التوصـ ية، وقـ د

كانت شركة تتم في الخفاء بين من يقدم المال ومن يقوم بالعمل نظرا لتحريم الكنيسة آنذاك للقرض بفائدة باعتباره نوعا من الربا، ولما جاء القرن الثامن عشر حدث تطور في شركة التوصية نتيجة لاتخاذها عنوانا وإقامة نظام لشهرها وظهورها بيقفط على السطح القانوني كشخص معنوي، وبقيت الصورة البدائية لعقد القرض – باعتبارها شركة خفية- لتتولد عنها شركة المحاصة.

وعلى ذلك يمكن القول بأن نشأة شركة المحاصة قد عاصرت نشأة شركة التوصية ولم تكلم لائحة **جاك سافريه** (سنة 1673)عن شركة المحاصة ، ذلك لأنها اهتمت أساسا بالشركات التي تخضع لإجراءات الشهر والنشر، وإذا كان سافريه قد تعرض بالكرذ لهذه الشركة في كتابه "التاجر المثالي" LE PARFAIT NEGOCIANT، وكان يطلق عليها الشركة مغفلة الاسم " SOCIETE ANONYME" أي المجهولة التي لا يعلم بها أحد، وبالنسبة لهذه التسمية فحتى تعديل سنة 1966كان القانون التجاري الفرنسي والقضاء يستعملان لفظ " الجمعية" "ASSOCIATION" أي الجمعية المحاصة إلا أن هذا المصطلح انتقد، ذلك أن الأعضاء يجتمعون بغية تحقيق وتقاسم الأرباح، فمن الأحسن إذن الحديث عن شركة المحاصة، وانتقد البعض هذه التسمية أيضا على أساس أن شركة المحاصة وإن كانت تتوفر على ركن نية المشاركة إلا أنها تكاد تخفي فجدا مقارنة مع باقي الشركات الأخرى، ويقترح الكلام عن تجمع محاصة بدل شركة المحاصة ورغم فائدة هذا الاقتراح إلا أنه غير ملزم لأن نية المشاركة تتعدد أشكاله حسب أشكال الشركات وقيمة المخاطر المقبولة من طرف الشركاء ، والعامل الأساسي للتكييف هو نية تحقيق واقتسام الأرباح ، وقياسا على وجوده هنا تكون الاتفاقية - عقد شركة-

تم النص على هذا النوع في الشركات في القانون التجاري الجزائري سنة 1993في الفصل الرابع مكرر حيث أدرج هذا الفصل المتضمن 5 مواد من 795 مكرر 1 إلى 795 مكرر 5في الكتاب الخامس بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 -08 المؤرخ في 25 أبريل 1993.

هنا نتساءل عن مدى جدوى هذه الشركات في الحياة العملية في ظل تجردها من الشخصية المعنوية ؟

لماذا يلجأ الأفراد لهذا الشكل من الشركات يدل الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية ؟

هل توجد مخاطر على الغير المتعامل مع هذا النوع من الشركات ؟

ولعل أهم سؤال يمكن طرحه هوبما هو النظام القانوني الذي يخضعه هذا النوع من الشركات ؟ أي كيف تعيش حياتها القانونية كشركة مع انعدام الشخصية القانونية ؟

يهدف الموضوع إلىدراسة شركة المحاصة بتسليط الضوء على النظام القانونيلهذه الشركة، ومقارنتها مع شركة الواقع وهو نوع من الشركات عديمة الشخصيةالمعنوية منصوص عنه في القانون المدني الفرنسي ، تكون فيها إرادة الأطرافضمنيةأي المشتركين يتصرفون في الواقع كشركاء دون إظهار إرادتهم ، فتصرفهم لوحده هو الذي يعطي ميلاد الشركة. ونقارنهاالشركة الفعلية فأغلب الكتب

التي تناولت بالدراسة الشركات في الجزائر تخلط بين الشركة الفعلية (Société de fait) والشركة بحكم الواقع (Société criée de fait) كما يهدف الموضوع الى تبيان الفرق بين شركة المحاصة والشركة التي هي في طور التأسيس وخاصة وأن كلا منهما لا تتمتع بالشخصية المعنوية .

كما يهدف إلى تبيان أهمية الشخصية المعنوي للشركة وضرورتها بالنسبة لقيام الشركة بالأهداف المنصوص عليها في العقد المنشأ لها.

ككل الدراسات الخاصة بالعلوم الإنسانية يكتسي المنهج التحليلي هو المناسب كما اعتمدت على المقارنة وجاري به العمل في كل من التشريع الفرنسي والمصري واللبناني بالإضافة إلى التشريع الجزائري بطبيعة الحال.

وبالنسبة للدراسات السابقة فبالنسبة للدراسات الوطن لم تحظى شركة المحاصة باهتمام عكس الشركات الأخرى حيث يقتصر الأمر على بعض الكتب التي تناولت الشركات والقانون التجاري الجزائري بشرح عام ثم التطرق لشركة المحاصة لبعض الصفحات التي لا تتجاوز العشرة.

بالنسبة للدراسات في خارج الوطن نقول أن هذه الشركة نالت قسطا لا بأس به من الاهتمام الذي يتجلى في عديد الكتب والرسائل ، ونذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر رسالة الدكتوراه للأستاذ (برينو دونديرو) (BRUNO DONDERO) من جامعة باريس (1) سنة 2001 تحت عنوان :

(les groupements dépourvus de la personnalité morale)

وهي رسالة في حدود 540 صفحة، حيث تناول بإسهاب النظام القانوني لشركات المحاصة في القانون الفرنسي وإشكالية افتقارها للشخصية المعنوية .

الخاصية الرئيسية لشركة المحاصة هي انعدام شخصيتها القانونية، شركة المحاصة تخضع لما تخضع له الشركات عموما من أركان موضوعية عامة وخاصة، غير أن

هذه الشركة تنفرد عن الشركات الأخرى بخاصية أساسية تميزها وهي انعدام الشخصية المعنوية.

فنقول أنه إذا كانت الشركة بوجه عام تتكون من شرطين أولهما العقد وثانيهما الشخصية المعنوية، فإن شركة المحاصة لا يتوافر لها من الهيكل القانوني إلا الشطر الأول وهو العقد، وبما أن أي شيء لدراسته - أي تعريفه- لا بد من التطرق إلى ما فيه وميسل فيه، فستكون الخطة من فصلين، الأول يخصص لدراسة افتقار شركة المحاصة للشخصية المعنوية ويتكون الهدف من هذا الفصل هو النتائج الناجمة عن تخلف الشخصية المعنوية في شركة المحاصة .

ونخصص الفصل الثاني لدراسة النظام القانوني لشركة المحاصة أي الشطر الثاني من الهيكل القانوني لأي شركة وهو العقد.

الفصل الأول
آثار افتقار شركة المحاصة للشخصية المعنوية

الخاصية الرئيسية لشركة المحاصة هي انعدام شخصيتها القانونية، وبما أنه لا يمكن تصور شركة بدون شخصية معنوية، هذا الأمر يجعل شركة المحاصة شركة ذات خصوصية كبيرة بين أنواع الشركات ، فكل ما تتمتع به باقي الشركات من مزايا نتيجة لوجود الشخصية المعنوية ينتفي في شركة المحاصة، وسنخصص هذا الفصل للحديث عن النتائج التي ترتب على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية، وبمفهوم المخالفة سينعكس على دراسة شركة المحاصة باعتبارها لكل هذه النتائج لانعدام الشخصية المعنوية فيها. ونتطرق لهذا الفصل بمبحث أول نتناول فيه مفهوم الشخصية المعنوية ومدى اعتراف القوانين الوضعية للشركات بالشخصية المعنوية ، ثم نتبعه بثلاثة (03)مباحث أخرى نتناول فيها على التوالي :

1. 1. الشخصية المعنوية وكيفية اكتساب الشركة لها
2. 2. نتطرق لحالة الشركة.
3. 3. نتطرق لأهلية الشركة.
4. 4. نتطرق للمسؤولية المدنية والجزائية للشركة .

1. 1. الشخصية المعنوية وكيفية اكتساب الشركة لها

نتطرق في جزئها الأول إعطاء مفهوم موجز للشخصية المعنوية وهذا في قسمين اثنين هما على التوالي:

1. 1. 1. مفهوم الشخصية المعنوية ومدى اعتراف القوانين الوضعية بها .
1. 1. 2. اكتساب الشركة للشخصية المعنوية.

1. 1. 1. مفهوم الشخصية المعنوية ومدى اعتراف القوانين الوضعية بها .

نقسم هذا الجزء إلى فرعين نخصص الجزء الأول لمفهوم الشخصية المعنوية ثم نخصص الجزء الثاني للحديث عن مدى اعتراف القوانين الوضعية للشركة بالشخصية المعنوية

1. 1. 1. 1. مفهوم الشخصية المعنوية:

بشكل عام الشخصية Personnalité هي الصلاحية لأن تكون محلا للحقوق والالتزامات، هذه القدرة لا يتمتع بها الأفراد فقط (الأشخاص الطبيعيون) لكن أيضا تتمتع بها تجمعات وتنظيمات اعتدنا تقليديا تسميتها "الأشخاص المعنوية" " personnes morales "، يرى بعض الفقهاء الفرنسيين[1] ص137 أن هذا الاصطلاح غير مرضي تماما ، فهم يتساءلون هل ما تفعله " la morale " علم الأخلاق في هذا الإطار ويقترح بعضهم استبدالها بـ " Personnalité juridique "لكن هذا سيجعل الأمر أكثر غموضا لأن الأشخاص الطبيعية "Personnes physiques " تتمتع هي الأخرى بالشخصية القانونية.

ولكن أمر اكتساب الشركة للشخصية القانونية من الأمور المسلم بها في بادئ الأمر ، إذ لا يتضمن التنظيم القانون الروماني للشركة قد اعتبرها شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الشركاء وإنما اقتصر على تنظيم آثار العقد بحيث لا يبين أنه فرق بين (ذمة) الشركة و(ذمم) الشركاء وربما كان مرد ذلك إلى ما كان سائدا من أن مسؤولية الشريك عن ديون الشركة هي مسؤولية شخصية وغير محدودة ، بحيث تعذر الفصل بين شخصية الشركة وذمتها المالية ، وبين شخصية الشركاء وذممهم من ناحية أخرى [2] ص110 .

غير أنه بظهور شركات التوصية في القرون الوسطى وشيوعها في التجارة البرية فقد التجارة البحرية ، وما تبع ذلك من مسؤولية الشركاء الموصيين.

(Commanditaires) من ديون الـ شركة ، مـ سؤولية محـ دظة أ الحاجـ ة إلـ ى النظـ ر إلـ ى الـ شركة باعتبارها شخصية مستقلة تتمتع باستقلال على مـ ستوى الذمـ المالي ـة وتكـ ون أموالها هـ ي الـ ضمان العـ ام للدائنين وقد كان لهذا الفتح في القرون الوسطى أثره فيما بعـ د علـ ى الاعتـ راف لكـ ل الـ شركات بالشخـ صية المعنوية فيما عدا شركة المحاصة.

حصل جدل فقهي حول طبيعة الشخصية المعنوية, فقد أثارت الشخصية المعنويـ ة اهتمـ ام رجـ ال الفقـ ه. وما يزال هذا الجدل قائما إلى يومنا هذا " [2]ص111.

وليس هنا المجال لتعمق فيحث مفهوم الشخصية المعنوية لكـ ن نـ شير فـ ي عجالـ ة إلـ ى هـ ذا الجـ دل الـ ذي قلت أهميته كثيرا ويتركز في ثلاثة نظريات.

أقدم هذه النظريـ ات هـ ي نظريـ ة الخيـ ال Théorie de la fiction التـ ي ترى أن الشخـ صية المعنويـ ة الحقيقية تفترض وجودا جسديا عضويا ، ومن ثم لا تثبت إلاّ للكائن الآدمي بذاته الفردية ، وهي وإن جاز اكتسابها من قبل الجماعات البشرية كالشركات والجمعيات ، فلن يكون ذلك إلاّبفضل منحة مـ ن التـ شريع ، وعلى كل حال لن تكون شخصية هذه الجماعات في نظر أصحاب النظريـ ة- إلا شخـ صية مجازيـ ة أو خيالية وقد نـ ادى بهذه النظريـ ة خاصـ ة الفقيـ ه الألمـ اني "إيهرنأغ" فقهـ اء آخـ رون وعلـ ى رأسـ هم جينـ ي اقترح نظرية ثانية معاكسة للأولى هي نظريـ ة الحقيقـ ة (théorie de la réalité) فنظريـ ة الخيـ ال أو المجاز السابقة الذكر سرعان ما انفض من حولها أنصارها لما هو واضح من عدمها العلمي، فمن ناحية أنه غير صحيح أن مفهوم الشخصية القانونية مرتبط بالوجود الجسدي أو الحسي للكائن القانوني وإلا لما أمكن الاعتراف للدولة بالشخصية القانونية .

كما أن الرقيق وقد كان إنسانا له جسد وروح ولم يكن يتمتع بالشخصية القانونية ومن ناحية أخرى لم تكـ ن لكلمـ ة شخـ ص " Personna" في القانون الرومـ اني أدنـ ى صـ لة بـ المحتوى البيولوجي والفسيولوجي للإنسان وإنما كانت تعني ذلك الذي كان يضع قناعا " masque "على وجهه ليعتلي خشبة (المسرح) ليؤدي دورا ما .

وتـ رى نظريـ ة الحقيقـ ة وان اختلفـ ت تفـ سيراتها ، أن الشخـ صية المعنويـ ة للجماعـ ات الإنـ سانية ، كالشركات والجمعيات ، هي شخـ صية حقيقيـ ة تـ ستمد ذاتها عـ ن العناصـ ر البـ شرية والمادية المكونـ ة لهـ ا فهي ليست جمعا عدديا لشخصيات الأفراد المكونين للجماعة، إنما حقيقـ ة موجـ ودة كحقيقـ ة وجـ ود الأفـ راد وتمتلك إرادة حقيقية تماما كتلك التي يمتلكها الأشخاص الطبيعيون ويقتصر دور المشرع على الاعتراف بها كما يعترف ويستقبل " المواليد الجدد" .

وأحدث النظريات هي تقنية الذمة المالية المخصصة لغرض معين patrimoine d'affectation وأنـ صارها ينكـ رون فكـ رة الشخـ صية المعنويـ ة ويـ رون فـ ي تقنيـ تهم بـ ديلا عنهـ ا وهـ دفها جعـ ل المخـ اطر محدودة عن طريق نقل مال ذمة معينة إلى ذمة أخرى [3] ومنه فهي تقنية لتسيير المؤسسات [4].

ويبدوا أن هذه النظريات رغم عدم دقتها فهي مثيابرةوجلكن هذا الجدل الذي دار بين أنصار هته النظريات هو جدل لا معنى له[2]ص113. ذلك أن الشخصية القانونية هي في التحليل الأخير إلا مفهوم أو تصور قانوني يكتسبه الفرد كما تستطيع أن تؤدي دورا على مسرح الحياة القانونية وذلك دونما الحاجة الى ركض وراء الخيال ، أو القول بالحقيقة البيولوجية للأشخاص المعنوية .

فالشخصية القانونية إن هي إلا مجموعة تنظيم من القواعد القانونية يجري تطبيقها على الفرد أو مجموعات الأفراد والشخص القانوني كما يرى (هانز كلسن) و مجموعة من الحقوق الشخصية والالتزامات والمسؤوليات ، وإذا كانت هناك اختلافات بين القواعد التي تنظم الكائن القانوني - المجموعة – فذلك ليس مرجعه إلى اختلاف في الطبيعة بينهما وإنما اختلاف في مستوى أو درجة التنظيم، فنخلص القول إلى أن الشخصية المعنوية هي وسيلة من وسائل الصياغة القانونية تترمي إلى إيجاد استقلال لجماعة يقتنع والأغراض معينا والى إيجاد حياة قانونية ذاتية لهذه الجماعة تميزها عن حياة الأفراد المؤلفين لها .

1. 1. 1. 2. اعتراف القوانين الوضعية بالشخصية المعنوية للشركة :

سنحاول إلقاء نظرة على كل من القانون الفرنسي واللبناني والمصري والجزائري.

1. 1. 1. 2. 1. بالنسبة للقانون الفرنسي

نجد أن المشرع الفرنسي سكت عن النص على الموضوع ، فلا نجد سوى الشخصية المعنوية للشركات التجارية معترف بها بصفة ضمنية وهذا ما نستنتجه من النصين التاليين : حيث تنص المادة 529 من القانون العدلي الفرنسي على :

Sont meuble par la détermination de la loi… les actions on intérêt dans les compagnes de finances de commerce ou d'industrie encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnes , ces actions en intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associée seulement tant que dure la société "

ومن هذا النص يمكن استنتاج ما يلي :

إذا كان الشركاء هم المالكين لهذه العقارات ، يكون لهم حق عقاري هو الملكية المشتركة ، وهذا هو الحال عندما تكون في حالة عقار على الشيوع القانون هنا يرفض هذا التكييف لحق الشركاء ويعتبر حقهم منقول ، فهو ليس بالحق الواردة لا على العقارات ولا على أي شيء آخر مملوك للشركة ،

ولكن مع ذلك لا بد أن يكون لهذه العقارات والأشياء مالك ، وحسب هذا النص تتمثل في الشركة التي هي محل الحق لها ذمة مالية خاصة مستقرة عن الأعضاء المكونين لها [5]ص20.

ويتمثل النص الثاني في نص المادة 69 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على ما يلي :

" seront assignées : ……..6 : les société de commerce , tant quelles existent en leur maison social "

ومن هذا النص أصبح للشركة في نظر القضاء الفرنسي وجود متميز عن أعضائها فهي التي توجه لها حسب نص المادة السابقة التكليف بالحضور فهي المدينة ومن هنا تظهر للوجود الشخصية القانونية بحيث يمنح للشركة أحد أهم آثار اكتساب الشخصية القانونية وهو الموطن

"Domicile "

من هذين النصين تنتج القضاء والفقه الفرنسيين أن كل الشركات التجارية يعترف لها القانون بالشخصية المعنوية ماعدا شركة المحاصة [5]ص20.

وسكوت المشرع الفرنسي أدى إلى بروز دور الاجتهاد القضائي في مدى الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركة ومرد ذلك بتطورات طبعها التأرجح بين نظرية الخيال ونظرية الحقيقة فبالرجوع خمسين سنة إلى الوراء نجد أن القضاء الفرنسي تبنى نظرية الحقيقة وهذا بشكل صريح في قرار محكمة النقض الفرنسية في 28 جانفي 1954 وجاء في نص القرار ما يلي :

" Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; quelle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective par la défense d'intérêt licites dignes par suite , d'être juridiquement reconnus et protégés : que si le législateur a le pouvoir dans un but de haut police de priver de personnalité civile , telle catégorie déterminée de groupement ; il en reconnaît au contraire implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes crées par la loi elle-même avec mission de gérée certain intérêts collectifs " [6] .

فيما بعد تم التخلي عن نظرية الحقيقة لأن المشرع الفرنسي أخضع التمتع بالشخصية المعنوية إلى:

أ/ القيد في السجل التجاري والمطبق على الشركات التجارية (المادة 210 فقرة 06 من القانون التجاري الفرنسي) على الشركات المدنية (المادة 1842 قانون مدني فرنسي) نفس الكلام يقال بخصوص التجمعات ذات الفائدة الاقتصادية (GIE) Groupement D'intérêt

Economique في المادة (251 فقرة 04 من القانون التجاري الفرنسي)وكذلك الأمر بخصوص Les Groupement Européens d'intert économique أي التجمعات الأوروبية ذات الفائدة الاقتصادية وهذا في نص (المادة 252 فقرة 1 من القانون التجاري الفرنسي).

ب/ وإما إلى تصريح لدى المحافظة عندما يتعلق الأمر بالجمعيات والنقابات (قانون 01 جويلية 1901 في المادة 02 منه)

وبالنتيجة فإن القضاء سيتجاهل الشخصية المعنوية للتجمعات الفعلية المنشأة بحسب الواقع والتي لم تقيد أو لم يصرح بها [7].

لكن القرارات الحديثة للقضاء الفرنسي تبين عودة نظرية الحقيقة فهناك تجمعات المشرع لا يمنحها صراحة الشخصية المعنوية أصبح القضاء يعترف لها بحقوق [8]ص275 , ويحملها التزامات [9] .

فتعود من جديد للشخصية المعنوية حقيقة لا خيال ، والقاضي لا يمكن أن يجلها ومنه إلى جانب الأشخاص المقيدة في السجل أو المصرح بها أي المعترف بها رسميا ، نجد أشخاص معنوية واقعية، لكن نتائج هذا التطور لا يجب أن يتمادى في الأخذ بها [1]ص139 فهذه التجمعات الفعلية لاتتمتع بكل ما تمنحه الشخصية المعنوية فهي تبقى تبحث عن الشخصية القانونية الكاملة التي لا تزال غير متمتعة بها .

كما أن المشرع الفرنسي في بعض الأحيان أصبح هو الذي ينظم ما يمكن تسميته بأشباه الأشخاص المعنوية [1]ص139 Pseudo Personnes Morales وهو الحال بالنسبة للأموال المشتركة) Fonds communs : fonds communs de créances et fonds communs de placement) والتي على الرغم من تجردها من الشخصية المعنوية ، لها تنظيم يشبه الشركات أكثر منه لتنظيم الملكية المشتركة (قانون 23 ديسمبر 1988) [10]ص551.

وبالمقابل فإن المشرع الفرنسي يجرم في بعض الحالات الشركات من التمتع بالشخصية المعنوية التي كانت تتمتع بها من قبل وهو الحال بالنسبة للشركات المدنية التي تم إنشاؤها قبل دخول القانون الصادر في 04 جانفي 1978 حيز التطبيق ، بحيث كانت تتمتع بالشخصية المعنوية حتى ولم يتم قيدها في السجل التجاري ، وبصدور قانون 15 ماي 2001 نجده في مادته 44 وضع حدا لهذا الاستثناء الذي كان يسهل الغش، وفي هذا كله تكريس لنظرية الخيال المنبثق عن القانون وحددت هذه المادة للشركات المدنية مهلة من أجل أن تتقيد في السجل التجاري وكل شركة لا تستجيب لهذا الإجراء تفقد الشخصية المعنوية .

من هنا يتبين لنا أنه في فرنسا لا يسيطر الاتجاه الذي كرسه القضاء الفرنسي في سنة 1954 والذي تبنى نظرية الحقيقة وإعتبار في بعض الحالات الشخصية المعنوية خيال فتنبثق عن القانون وليست حقيقة.

1. 1. 1. 2. 2. بالنسبة للقانون اللبناني

نجده يعترف بالشخصية المعنوية لجميع الشركات التجارية فيما عدى شركة المحاصة (المادة 45 من قانون التجاري اللبناني) أما شركات المدنية فقد ذهب رأي إلى أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية استنادا إلى نص(المادة 853 فقرة 03 من قانون الموجبات والعقود اللبناني)التي تنص: " أن رأس مال الشركة يكون ملكا مشتركا بين الشركاء لكل منهم حصة شائعة فيه على نسبة ما قدمه من رأس المال" بيدا أن هناك نصوص أخرى قاطعة في الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات المدنية ، من ذلك نص (المادة 907 من قانون الموجبات والعقود اللبناني)[11]ص304، الذي يوجب على دائني الشريك المفلس أولا على الأموال الشركة ويقررلهم الأولوية في هذه الأموال على دائني الشركاء الشخصيين ، وكذلك نص المادة 909موجبات وعقود الذي لا يجيز لدائني الشريك أن يتقاضوا حقوقهم مدة قيام الشركة إلا من نصيب هذا الشريك في الأرباح لا من حصته في رأس المال .

تجدر الإشارة أن القول أن الشركات المدنية كالشركات التجارية تتمتع بالشخصية المعنوية في القانون اللبناني [12]ص58.

1. 1. 1. 2. 3. بالنسبة للمشرع المصري

نجده يعترف صراحة للشركة مدنية كانت أم تجارية ما عدى شركة المحاصة بالشخصية المعنوية فتنص المادة 506 من القانون المدني المصري على ما يلي : "

1- تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون .

2- ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها "

1. 1. 1. 2. 4. بالنسبة للمشرع الجزائري

اعتبر في نص المادة 49 من القانون المدني الأشخاص المعنوية التي يحدد فيها الأشخاص الذين يتمتع بهذه الشخصية أورد ضمنها الشركات سواء كانت مدنية أو تجارية ما عدى شركة المحاصة .

فتنص المادة 49 المعدلة والمتممة بالمادة 21 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني – المعدل والمتمم على :

" الأشخاص الاعتبارية هي :

3- الشركات المدنية والتجارية ..... "

وبهذا نستنتج أن القانون الجزائري يعترف للشركة بالشخصية المعنوية[13]ص65 ويمنحها هذا الاعتراف ، يصبح للشركة شخص معنوي صلاحية تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات ، وتجعل هذه

الشخصية التي أقرها القانون للشركة شخصية متميزة ومستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها فتقضي في المادة 417 من القانون المدني الجزائري على أن: "تعتبر الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو معنويان أو أكثر منهما بتقديم حصة من مال أو من عمل لمشروع مشترك بينهما بقصد تحقيق ربح يعود عليهما من وراء هذا المشروع". غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية .

1. 1. 2. اكتساب الشركة للشخصية المعنوية

طرح مسألة اكتساب الشركة للشخصية المعنوية يفترض وجود شركة أي تم تأسيسها مستوفية جميع الشروط وهي الشروط الموضوعية، من محل وسبب ورضا وتقديم حصص وتعدد الشركاء واقتسام الأرباح والخسائر، ونية المشاركة، كما أن القانون قيد إرادة الشركاء في عقد الشركة بفرضه شكلية تتضمن إجراءات معينة تتمثل أساسا في كتابة عقد الشركة والقيد في السجل التجاري.

والسؤال الذي يطرح :

هل تكتسب الشركة مدنية كانت أم تجارية الشخصية المعنوية بقوة القانون بمجرد إبرام العقد؟ أم لا بد من قيدها ؟

بالنسبة للتشريعات نجد أن المشرع الفرنسي قد حسم أمره سواء بالنسبة للشركات المدنية أو التجارية، فقد منح الشخصية المعنوية لا يتم بقوة القانون بمجرد إبرام العقد بل تفترض أن الشركة تم تسجيلها في السجل التجاري ويطبق هذا الحكم على الشركات والتجمعات (GIE ، والتجمعات الأوروبية (GEIE) .

على العكس من ذلك نجد المشرع اللبناني يمنح للشركات مهما كان نوعها ما عدى شركة المحاصة طبعا- الشخصية المعنوية بمجرد إبرام العقد.

أما المشرعين الجزائري والمصري فنجدهما يفرقان بين الشركات المدنية والشركات التجارية.

لذلك سأتناول هذا القسم في فرعين أعالج في الأول الإجراءات من كتابة العقد إلى القيد في السجل التجاري موضحا أثر كل إجراء على اكتساب الشخصية المعنوية، بمعنى آخر نقف عند الإجراء الذي باستيفائه يتولد الشخص المعنوي .

1. 1. 2. 1. إجراء الكتابة.

1. 1. 2. 2. إجراء الشهر.

1. 1. 2. 1. الكتابة

نقصد بالكتابة، كتابة عقد الشركة (نظام الشركة) (Statut) وتعد أهم إجراء شكلي فهو يجعل رضا الشركاء شيئا ماديا ينطوي مراحل حياة الشركة فهو شريعة الشركاء كما هو العقد شريعة المتعاقدين .

لقد اختلف الفقه حول الحكمة التي توخاها المشرع من ضرورة إفراغ عقد الشركة في القالب الكتابي [14]ص43 ، فهناك رأي يرى أنها ترجع إلى رغبة المشرع في لفت نظر الشركاء إلى أهمية العمل القانوني الذين يقدمون عليه،بينما يرى رأي آخر أن الحكمة من ذلك تكمن في أن عقد الشركة ينفرد عن غيره من العقود ، يخلق شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي ويمارس أنشطة مستقلة عن تلك التي يحياها الأشخاص الذين ساهموا في تكوينه ومادام الأمر كذلك وجب أن يكون لهذا الشخص المعنوي دستورا مكتوبا يستطيع الغير أن يطلع عليه قبل الدخول معه في معاملات قانونية [15]ص 254,255 , [39]ص57

بينما يرى رأي ثالث أن الحكمة من اشترط الكتابة تعود إلى الرغبة في إحاطة نوع من الرقابة على هذه الشخصية القانونية المعقدة أي الشركات لمالها من تأثير على الواقع الاقتصادي ويرى الأستاذ محمد حسن الجبر [16]ص160. أن الحكمة في اشتراط الكتابة تعود من ناحية إلى تراجع الفكرة الحقيقة للشركة وتغليب الفكرة القانونية في العصر الحديث من ناحية أخرى هو الوسيلة التي لا غنى عنها لتحقيق الركن الشكلي الثاني وهو إشهار الشركة ونبدأ باستعراض الأهمية أو الدور الذي منحه المشرع للكتابة .

1. 1. 2. 1. 1. التشريع اللبناني

لم يشترط المشرع اللبناني شروطا شكلية خاصية لأن شركة المدنية فهي تتم بموافقة المتعاقدين على تأسيسها وعلى سائر بنود العقد فيما عدا الحالة يوجد فيها القانون صيغة خاصة [11]ص295 غير أنه إذا كان موضوع الشركة أموالا ثابتة تقيد ما من الأموال القابلة للرهن العقاري وكانت لمدة تتجاوز 03 سنوات وجب أن يكون عقد الكتابة وأن يسجل بالصيغة القانونية (المادة 848 قانون موجبات وعقود) .

أما يتعلق بالشركات التجارية فقد نصت المادة 43 من التقنين التجاري على أن: "جميع الشركات التجارية عدا شركات المحاصة يجب إثباتها بعقد مكتوب، أنه يجوز للغير عند الاقتضاء أن يثبت بجميع الوسائل وجود الشركة أو وجود أي نص يختص بها ".

والكتابة التي يفرغ فيها عقد الشركة التجارية قد تكون بسند رسمي أو بسند عرفي وذلك فيما عدا شركة المساهمة فإنها يجب أن تتم بسند رسمي على يد الكاتب العدل (المادة 80 قانون تجاري لبناني)[11]ص295. فالقانون اللبناني يشترط الكتابة في جميع الشركات التجارية إلا أنه يستثني من ذلك شركات المحاصة ، إذ يجوز إثباتها بكافة الطرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية (المادة 43 و 249 قانون تجاري لبناني)، وقد أثير التساؤل عما إذا كانت الكتابة في عقد الشركة مشترطة للانعقاد أم للإثبات ، فذهب رأي إلى أن شرط للانعقاد يترتب على تخلفه البطلان ، بينما ذهب رأي آخر إلى أن الكتابة شرط للإثبات بحيث يجوز إثبات الشركة عند إغفالها بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين .

وحسب الدكتور مصطفى كمال طه أن الراجح عنده كتابة عقد الشركة ليس شرطا للانعقادبل هي شرط للإثبات فحسب، ما هو صريح في نص المادة 43 تجاري لبناني :

" جميع الشركات التجارية ... يجب إثباتها بعقد مكتوب وإذا كان الأمر كذلك فهذا يعني أن الشركة مدنية كانت أم تجارية شخصا معنويا بمجرد تكوينها ورغم عدم كتابة عقدها فتحت طائلة الحالات المشترط فيها الكتابة والشركات التجارية هي إلا هذا الشخص المعنوي الذي يكون قد ولده فلحظة ما يلاده تكتسب الشركة في القانون اللبناني الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها[11]ص304.

1. 1. 2. 1. 2. التشريع الفرنسي

بالنسبة للقانون الفرنسي نجد نص المادة 1835 قانون مدني فرنسي تضع مبدءا مفاده وجوب أن يكون عقد الشركة مكتوبا ، وتعدد المادة 210 قانون تجاري فرنسي البيانات الواجب تحديدها في عقد الشركة ، والكتابة هنا لا يشترط أن تكون رسمية إلا في حالات محددة كما في حالة ما إذا كانت هناك حصص عقارية ، وذلك من أجل تلبية إجراءات الشهر العقاري بخصوصها ، فيجب أن يكون عقد الشركة رسميا (قانون 4 جانفي 1955 المادة 04 و 28 ذلك في حالة الشركات بين الأزواج التي يتجب أن يكون عقد الشركة عقدا ظاهرا يخفي هبة بين الزوجين فيشترط فراغه في قالب رسمي وقبل صدور القانون رقم 66 -537 الصادر بتاريخ 24 جويلية 1966 الذي تضمن قانون الشركات ، كانت الشركات التجارية التي لم يكتب عقدها أو لم تحترم أحد البيانات الواجب ذكرها في العقد تكون باطلة نتيجة عدم استيفاء الشروط الشكلية ، هذا الحل الذي كان يعتقد أنه سيستمر بعد صدور قانون 1966 تم التراجع عنه بصفة تامة بعد صدور قانون 04 جانفي 1978 الذي عدل القواعد العامة المطبقة على كل الشركات فجاء في المادة 1844 -10 من القانون المدني الفرنسي والتي تعدد على سبيل الحصر أسباب البطلان لم ينص ضمن هذه الحالات على المادة 1835 قانون مدني والتي توجب كتابة عقد الشركة ن الجدل هذا نظري فقط لم الكتابة يجعل من المستحيل قيد الشركة في السجل التجاري والشركات ومنه يحول دون اكتساب الشركة للشخصية المعنوية [17]ص51 .

نستنتج كل هذا أن الكتابة التي يشترطها القانون الفرنسي لعقود الشركات وإن كانت شرطا لازما لاكتساب الشخصية المعنوية على اعتبار أن تحالة القيد بدونها إلا أنها تشكل بحد ذاتها ميلاد الشخصية المعنوية للشركة في القانون الفرنسي.

1. 1. 2. 1. 3. التشريع المصري

أما المشرع المصري فقد تعرض القانون التجاري المصري لشرط كتابة عقد الشركات التجارية في المادة 46 التي تقضي بأنه:

" يكون عقد شركات التضامن وشركات التوصية بالكتابة ، ويجوز أن تكون متشارطةكل منهما رسمية أو غير رسمية "

كما استلزمت تلك الكتابة بالنسبة لشركات المساهمة حيث نصت في المادة 47 على أنه: "ويكون الإجراء كذلك في المشارطة (العقد الابتدائي)[2]ص81، التي يلتزم بها المتعاقدون السعي بشروط معينة في الحصول على الرخصة اللازمة لإيجاد شركة مساهمة " .

وقد كان في المستقر عليه فقها وقضاء في ظل دور المجموعة المدنية الجديدة سنة 1949 أن الكتابة ليست شرطا لانعقاد الشركة فيما عدا شركات المساهمة، وإنما لإثباتها [2]ص872.

غير أن الوضع تبدل تماما حينما صدرت المجموعة المدنية في 1949 ونصت في المادة 507 على انه: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا " .

وهكذا أصبحت الكتابة ركنا في عقد الشركة وليست مجرد وسيلة للإثبات ، وبدونها يكون العقد باطلا وكتابة عقد الشركة على هذا النحو وأمر رحيوي يلاد الشركة ،سوتوي في ذلك الشركات المدنية والشركات التجارية ، ولا يفلت من هذا الركن إلا شركات المحاصة ، إذ نصت المادة 63 من القانون التجاري المصري على أنه :

" يجوز إثبات وجود شركات المحاصة بإبراز الدفاتر والخطابات والكتابة التي يستلزمهاالقانون هي العرفية أي تلك التي لا تثبت بمحرر رسمي مصدق على التوقيعات فيه غير أن المشرع المصري في القانون رقم 159 لسنة 1981خرج على هذا الأصل بالنسبة لبعض الشركات، إذاستلزم أن يكون العقد الابتدائي لشركةالمساهمةالشركة ذات المسؤولية المحدودة ، ثابتا في محرر رسمي أو محرر عرفي مصدق على التوقيعات فيه ، كذلك الأمر بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم [2]ص83 .

ونقول أن المشرع المصري ما عدى بخصوص شركات المساهمةوالتوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة التي يشترط فيها الشهر فإن الشركات المدنية وباقي الشركات التجارية تعد مكتسبة للشخصية المعنوية بمجردتكوينها أي استيفاء كل الأركان وبما أن الكتابة تكون بالنسبة لعقود شركات مدنيةأو تجارية فإننا يمكن أن نقول أن هذه الشركات تعد متمتعة بالشخصية المعنوية بكتابة إلا أنفقوهلا يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد اتخاذ إجراءاتالشهر المقررة قانونا (المادة 506 قانون مدني مصري) ، وهذه القاعدة التشريعية خاصة بالشركات التجارية وخاضعة للقرر أنه يجوز الاحتجاج على الغيرا بالشخصية القانونية للشركات المدنية بمجرد تكوينها دونما اعتبار لاتخاذ إجراءاتالشهر حيلزمها لم يلقانون المدني المصري بالنسبة لهذه الشركات ، ويجوز للغير الذي أقيمت إجراءاتالشهر أساسا لصالحه أيتمسك بشخصية الشركة التي أهمل الشركاء اتخاذ إجراءات شهرها (المادة 506 فقرة 02 قانون مدني مصري) [2]ص83 .

1. 1. 2. 1. 4. بالنسبة للقانون الجزائري

لقد نصت المادة 418 من القانون المدني على ضرورة كتابة عقد الشركة وإلا كان باطلا سواء تعلق الأمر بالشركات المدنية أو بالشركات التجارية إذن تعد الكتابة ركنا من أركان العقد لكن ما نوع هذه الكتابة ؟ فإذا كان المشرع لم يبين نوع الكتابة الواجبة في الشركة المدنية واقتصر على ذكر ضرورة كتابتها فقط فإن الشركة التجارية لا بد من إفراغها في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة هذا ما يستخلص من نص المادة 545 من القانون التجاري الذي يقضي بضرورة إثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة ، مما يفهم ومن المخالفة تأن الكتابة الرسمية لازمة لإبرامها، بل لأن القانون رقم 90-22 مؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري يؤكد على هذه الرسمية ، لأنه يشترط أن تتم كتابة عقد الشركة بواسطة الموثق وليس بواسطة مؤسسيها ما جاء في نص المادة 6 فقرة 02 من القانون السابق الذكر :

" يحرر ويوثق عقد الشركات التجارية حسب الأشكال القانونية المطلوبة بعد استيفاء الشكليات التأسيسية "

أما المادة 09 من نفس القانون فتقضي بما يلي:

" تنشأ بعقد رسمي يحرر لدى الموثق الشركات التجارية التي تتسم بالصفة القانونية الخاصة بشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التضامن "

هذا ويجدر بالمشرع إعادة صياغة هذه المادة حتى يشمل الطابع الرسمي جميع الشركات التجارية، التي جاء بها المرسوم التشريعي الصادر سنة 1993 والذي أضاف نوعا آخر من الشركات التجارية وهي شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم[14]ص43 .

وبالرجوع لنص المادة 417 من القانون المدني والتي تنص في فقرتها الأولى (01) على ما يلي :

" تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون "

إذن بمقتضى النص فإن الشركة المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها أي بتوافر جميع الأركان الواجبة في عقد الشركة كما سبق بيانه ركن في عقد الشركة من المفروض أن تكون هي آخر ركنا في العقد يتم تيفاؤه ومنه نقول أن لحظة اكتساب الشركة المدنية للشخصية المعنوية هي بكتابة عقدها وإن كان لا يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد القيام بإجراءات الشهر، لكن مادام القانون المدني لم يتضمن نصوصا توجب شهر عقد الشركة فنقول انه لا يشترط في القانون الجزائري إجراء الشهر بخصوص الشركات المدنية[13]ص57 .

أما الشركات التجارية فلا بد من قيدها كما تجدر الإشارة إلى أن الكتابة إذا كانت واجبة في عقد الشركة، فهي ضرورية أيضا في جميع التعديلات التي تطرأ على عقد الشركة كأن يمدد الشركاء في

حياة الشركة أو يقصرون منها، يحصل تخفيض أو زيادة في رأس مالها ، فإن لم يفرغ في الشكل الكتابي كانت الشركة باطلة وبما أن الكتابة ضرورية في إبرام العقد وتعديله فهي أيضا واجبة وضرورية في إثباته [18]ص18.

1. 1. 2. 2. الشهر

تنص المادة 548 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي :

يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات ، وإلا كانت باطلة " .

من هذا النص يتبين لنا أن المشرع الجزائري أخضع الشركات التجارية لإجراءات الشهر قصد إخطار الغير بميلاد الشركة وحتى يكون على دراية بما يحيط الشركة قبل التعامل معها [14]ص44 .

وتخضع جميع الشركات التجارية لإجراءات الشهر باستثناء المحاصة لأنها شركة فقيرة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية وتتمثل إجراءات الشهر مع وجود بعض الاختلاف من شركة لأخرى فيما يلي :

1- إيداع ملخص العقد التأسيسي للشركة في السجل التجاري قصد قيده .

2- شهر ملخص عقد الشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية B.O.A.L

Bulletin Officiel des Annonces Légales

3- شهر ملخص عقد الشركة في جريدة يومية يتم اختيارها من طرف ممثل الشركة.

عملية الشهر لا تقتصر على إجراءات التأسيس فحسب، بل تشمل كل تعديل يطرأ على الشركة ، كتغيير عنوان الشركة أو إطالة مدة الشركة أو تقصيرها أو تغيير مديرها ...الخ

كذلك في حالة انقضاء الشركة لأي سبب من أسباب الانقضاء يجب شهرها الانقضاء بنفس الطريقة التي تم بها شهر عقدها التأسيسي وهذا ما تنص عليه المادة 550 من القانون التجاري الجزائري .

لكن ما يهمنا في هذا المقام هو مدى إلزامية شهر في القانون الجزائري أثر على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية ؟

الجواب يكون كالآتي :كما قلنا الشركة المدنية تتمتع بهذه الشخصية بمجرد تكوينها فإن الشركة التجارية مهما كان شكلها باستثناء شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية لا تشهر فإن جميع هذه الشركات التجارية لا تكتسب الشخصيةالمعنويةإلا بعد استيفاءإجراءالشهر وحتى نكون دقيقين تقول ابتداء من قيدها في السجل التجاري ، أي مباشرة بعد إيداع العقود التأسيسية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وهذا ما نصت عليه بصراحة المادة 549 من القانون التجاري الجزائري بنصها :

"لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري "

بالنسبة للقانون المصري نجده كأصل عام يمنح الشركة الشخصية المعنوية بمجرد إبرام العقد [2]ص144، وتستوي في ذلك الشركات المدنية والشركات التجارية ولقد أشارت إلى ذلك المادة 506 من القانون المدني المصري بنصها : " تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ..." .

ولا يتوقف أمر اكتساب هذه الشخصية – كقاعدة عامة- على اتخاذ إجراءات الشهر القانونية، حتى ولو كانت الشركة من الشركات التجارية ، غير أن المشرع المصري في القانون رقم 159 لسنة 1981 قد استثنى من تلك القاعدة العامة شركة المساهمة ، والتوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة ، إذا علق اكتسابها للشخصية المعنوية على اتخاذ إجراءات الشهر وهي القيد في السجل التجاري ، (المادة 22 من القانون رقم 159 لسنة 1981) .

وإذا كان الأصل أن تكسب الشركة الشخصية القانونية بمجرد تكوينها، فإنه لا يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير لا إذا تم اتخاذ إجراءات الشهر المقررة قانونا (المادة 502 من القانون المدني المصري) وهذه القاعدة التشريعية خاصة بالشركات التجارية وحدها، إذ المقرر أنه يجوز الاحتجاج على الغير بالشخصية المعنوية للشركات المدنية بمجرد تكوينها دونما اعتبار لاتخاذ إجراءات الشهر حيث لم يشترط القانون المدني بالنسبة لهذه الشركات ، ويجوز للغير الذي أقيمت إجراءات الشهر أساسا لصالحه أن يتمسك بشخصية الشركة التي أهمل الشركاء اتخاذ إجراءات شهرها (المادة 506 فقرة 02 من القانون المدني المصري)

وبخصوص القانون الفرنسي فإجراءات الشهر مفروضة على كل الشركات مدنية كانت أم تجارية ما عدى شركة المحاصة التي لا تخضع لهذا الإجراء ويترتب عن ذلك أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وتتمثل إجراءات الشهر في القانون الفرنسي فيما يلي :

1-القيام بشهر ملخص لعقد الشركة في صحيفة للإعلانات القانونية الكائنة في المحافظة الموجود فيها المركز الرئيسي للشركة ويتم إمضاء الملخص من طرف الموثق الذي تلقى العقد وفي الحالات الأخرى تمضى من طرف المؤسسين أو من طرف أول الشركاء الذين تحصلوا أو خولوا سلطات خاصة بهذا الشأن .

والنشر عن طريق الصحف هو أقل فعالية فالبعض من الصحف الخاصة بالإعلانات القانونية يكون الإقبال على قراءتها قليلا من أجل ذلك يفرض القانون إضافة لنشر ملخص لدى النشرة الرسمية للإعلانات المدنية والتجارية

Bulletin Officiel Des Annonces Civiles et Commerciales أي

(B.O.D.A.C) ملحق بالصحيفة الرسمية

ومن أجل إعطاء أكبر سرعة إذ شاء الـ شركات الجديدة نجد أن المشرع الفرنسي يعتبر الإعلان في صحيفة الإعلانات القانونية إجراء إلزامي لطلب قيد الشركة في سجل التجارة والشركات فيكفي أن يقدم الشركاء وصل بطلب الإعلان حتى يقوم كاتب الضبط بقبول طلب القيد [19]ص53 .

2-القيد في سجل التجارة والشركات: طلب هذا القيد يتم من طرف مسيري الشركة أو وكلائهم، والقانون لا يفرض عليهم أية مدة لاستكمال هذا الإجراء وهذا لمنحهم الحرية في تحديد مدة استكمال إجراءات إنشاء الشركة ومنه ترك لهم تحديد التاريخ الذي يرغبون في جعل الشركة تتمتع فيه بالشخصية المعنوية.

فالمبدأ الجديد في القانون الفرنسي بالنسبة لاكتساب الشخصية المعنوية والذي أتت به المادة 210 فقرة 6 من قانون التجاري الفرنسي المعدلة بقانون 24 جويلية 1966 الخاص بالشركات التجارية والذي عممته المادة 1842 من القانون المدني الفرنسي على كل الشركات مدنية كانت أم تجارية وهذا في التعديل الذي جاء به القانون الصادر في 04 جانفي 1978 على انه كان "كل الشركات ما عدى شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في سجل التجارة والشركات" [19]ص104 .

نشير أنه طبقا لمرسوم 30 ماي 1984 يجب القيد في السجل التجاري يجب أن يكون مصحوبا بإيداع العقود التأسيسية للشركة وذلك في ملف مفتوح باسم الشركة وفي حالة عدم إمكانية إيداع العقود التأسيسية فبواسطة نسخة من عقد تعيين المديرين ، كما يشترط هذا المرسوم إيداع نسختين واحدة يحتفظ بها كاتب ضبط المحكمة التي يقع في اختصاصها المركز الرئيسي للشركة, والنسخة الثانية ترسل للمعهد الوطني للملكية الصناعية ليلحق بالسجل الوطني [19]ص54 .

وفي حالة التعديلات اللاحقة على العقد التأسيسي أو وجود ملحقات يجب إيداع نسختين من قرار التعديل في حالة عدم توفره فيتم إيداع نسختين من العقود الجديدة التي تضمنت التعديلات الجديدة [19]ص110 .

بعد هذا التمهيد ننتقل للحديث عن أثر نتائج التمتع بالشخصية المعنوية ، واثر الشخصية هو قدرة على أن تكون محلا للحقوق والالتزامات ، في الحقيقة بالمعنى الأصلي للفظ PER) (SONARE أي الشخصية نجدها تبدأ من لحظة تسجيل في علاقات مع الغير ، ولعب دور في الساحة القانونية وتشترك بالشخصية يجعلها تلحق بالشخص الطبيعي ما عدى حالة وجود نص صريح يمنع ذلك أو استحالة مادية تكون عائقا في سبيل تمتعها بهذه الشخصية ، وعلى العموم تتمتع الشركة بجميع الحقوق الأساسية [20]ص826 فبإمكانها أن تحيز لها قانونية تماما كالتاجر الشخص الطبيعي .

هذه المساواة فيما بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي تكون في بعض الأحيان منصوص عليها صراحة مثل ما هو عليه الأمر في نص المادة 48 من اتفاقية أمستردام المتعلقة بحرية الإقامة وكذلك الشأن بالنسبة للمادة 225 – 1 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد حول التمييز العنصري والديني .

وعلى العكس من ذلك يمكن أن يعامل المشرع الشخص المعنوي بطريقة مخالفة للشخص الطبيعي حسب ما تقتضيه الضرورة حتى في الميدان الاقتصادي [21] .

في القانون الجزائري نجد أن الشركة تتمتع بالشخصية المعنوية هذا معناه صلاحيتها لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعية، ولقد أورد القانون المدني في المادة 50 قيدا على هذه الشخصية إن نص على ما يلي :

" يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون " .

ويرجع هذا القيد إلى طبيعة تكوين هذا الشخص المعنوي واختلافه عن الشخص الطبيعي إذ لا يمكن أن يسند له ما يسند للشخص الطبيعي من حقوق والتزامات ملازمة لطبيعة الإنسان كالحقوق والالتزامات الأسرية مثل الالتزام بالنفقة أو حق النفقة وحق النسب...الخ

هذا ولا تتقيد الشركة باعتبارها شخصا معنويا بالقيد الذي جاء به نص المادة 50 من القانون المدني فقط بل تلتزم أيضا بما تمليه عليها طبيعتها ، إذ لو كان الشخص الطبيعي يقوم بمختلف النشاطات لا يتفهسنلى للشركة حيث لا تتمتع بصلاحيتها لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات إلا في حدود الغرض الذي أنشئت من أجله .

من كل ما سبق نقول أنه كالأشخاص الطبيعية فإن الشركات يكون لها الحالة وأهلية كما تكون محلا للمساءلة في القانون الجزائية وعليه سنتناول كعنصر من هذا المطلب الثلاث فروع سنقسم الفرع الأول لدراسة الحالة الشركة ونخصص الفرع الثاني لدراسة أهلية الشركة الفرع الثالث لمسئولية الشركة.

1. 2. حـــالة الشركة

حالة الشخص هي مركزه أو هويته القانونية، فتتضمن أساسا مختلف العناصر التي تمكن من التعرف على الشخص وتقليديا تلحق بها الذمة المالية للشخص التي تعتبر حسب مذهب (AUBRY et RAU) تتمة للشخصية.

سنقسم هذا الجزء إلى قسمين:

1. 2. 1. عناصر حالة الشركة.

1. 2. 2. عناصر الذمة المالية للشركة.

1. 2. 1. عناصر حالة الشركة

تعرّف الشركات أولا بشكلها أي بمجموعة القواعد أي تحدد وتميز عقدها التأسيسي من وجهة النظر القانونية : شركة مدنية ، شركة ذات مسؤولية محدودة ، شركة مساهمة ،رشكة تـ ضامن، هـ ذه الـ شركات ليست منظمة كلها بنفس الطريقة ولا تعمل بشكل مماثل لكن شكل الشركة ليست له أهمية تذكر في إطـ ار نظرية الشخص المعنوي[22]ص471 ، ذلك أن الشركات تعرّف أيضا بثلاثة عناصرو المتمثلة فـ ي:الاسـ م, الموطن و الجنسية, وهي نفسها التي تستعمل للتعرف على الأشخاص الطبيعيين.

هذه العناصر الثلاث تتميز عن تلك المشكلة لحالة الشركاء مما يبين وبشكل جليإسـ تقلالية الـ شركة عن الشركاء فيها:فنجد أن لها تسميتها الخاصة ومقرها الرئيسي الخاص بها وجنسيتها الخاصة بهـ ا دون أية علاقة مباشرة مع اسم وموطن وجنسية الشركاء .

إلى جانب كل هذا يسعى النظام القانوني لهذه العناصر إلى اكتساب نوع من الأصالة والتميّز مقارنة مع نظرية الحالة كما هي مطبقة على الشخص الطبيعي، ونتناول كل عنصر من هذه العناصر الثلاث في جزء خاص به.

1. 2. 1. 1. اسم الشركة

يذكرنا (الاسم) هنا باسم العائلة (اللقب)الـ ذي يهـ دف للتعريـ فـبالأشـ خاصالطبيعيـ ة[23]لكـ ن إذا كانت الأشخاص الطبيعيين عليها أن تخضع اسمهابـ النظرإلى الذسبـ فـ إن الـ شركات تختـ ار لـ مـ اؤها بكل حرية.

في القانون الفرنسي نجد المواد 221 -2 و 223 -1 224 -1 من القانون التجاري الفرنسي تحدد طبيعة الأسماء التي يمكن أن تتخذها الشركة اسما لها، فيمكن أن تكون هذه التسمية ، تسمية خيالية ، أو رمز أو اسم شريك أو عدد من الشركاء ، ويجب أن يتبع بشكل الشركة إذا كانت شركة تضامن أو شركة ذات مسؤولية محدودة وذكر رأس مالها حتى يتمكن الغير من التعرف على الشركة ومعرفة إلى أي نظام قانوني تخضع وفي بداية الأمر كانت الشركات لها عنوان Raison Social الذي كان يتضمن إعادة ذكر أسماء الشركاء الموجودة في فرنسا الشركات المدنية فقط هي التي لازال لها عنوان قانون 29 وفمبر 1966 أما بالنسبة للشركات (08) شركات وحتى شركة التضامن فلها اسم (Dénomination sociale) ويعد تأكيد لشخصية الشركة بحيث التسمية منفصلة عن أسماء الشركاء .[1]ص183

يعتبر الأساس في الجزائر وفي مصر هو حرية الشركاء في اختيار ما ترغب من أسماء، غير أن المشرع أقام تفرقة في هذا الشأن بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.

فبالنسبة لشركات الأشخاص، لم يلزم المشرع أن يكون لها عنوان (Raison Social)

وقد بينت ذلك المادة 21 من القانون التجاري المصري بالنسبة لشركات التضامن إذ نصت على أن: " اسم واحد من الشركاء أو أكثر يكون عنوان للشركة "تقابلها المادة 552 من القانون التجاري الجزائري بنصها على أنه: "تؤلف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو من اسم واحد منهم أو أكثر متبوع بكلمة "وشركاؤهم" ذلك الأمر بالنسبة لشركة التوصية إذ نصت المادة 24 قانون تجاري مصري على أنه: "تكون إدارة الشركة بعنوان يجب أن يتكون العنوان من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المسئولين المتضامنين "

ونجد المادة 563 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري ينص على ما يلي : " يتألف عنوان الشركة من أسماء كل الشركاء المتضامنين أو من اسم احدهم أو أكثر متبوع في كل الحالات بعبارة " وشركاؤهم " .

وإذا كان عنوان الشركة يتألف من اسم شريك موصى فيلتزم هذا الأخير ومن غير تحديد وبالتضامن بديون الشركة ".

على خلاف أن لا يذكر في عنوان شركات الأشخاص غير أسماء الشركاء المسئولين مسؤولية شخصية وتضامنية في كل ديون الشركة، لما في ذلك من أهمية لدى الغير الذي يستطيع أن يحدد مواقفه القانونية عند التعامل مع الشركة على ضوء عنوانها باعتبارها من شركات الأشخاص حيث الأصل أن المسؤولية فيها غير محدودة .

وليس ثمة ما يمنع من أن تتخذ شركات الأشخاص إلى جانب العنوان اسما تجاريا

Nom Commercial)، يشتق من الأعمال التي تحترفها لما قد يكون في ذلك من فائدة لدقة التغيير بينهما وبين شركات أخرى ، وتمييز السلع التي تتعامل بها عن جميع السلع الأخرى ، ويكون الاسم في هذه الحالة متميزا إتماما عن العنوان ويعتبر من ممتلكات المحل التجاري ولا يتغير بتغيير الشركاء، وينتقل بنقل ملكية المحل التجاري إلى المشتري ، واستلزام العنوان في شركات الأشخاص ليس أمرا جوهريا يترتب على إغفاله بطلان الشركة غير أنه يتعين في هذه الحالة أن يكون التوقيع على معاملات الشركة باسم مديريها نيابة عن كل الشركاء ويتعين أن يذيّل توقيع المدير بأسماء جميع الشركاء الذين يعتبرون في هذه الحالة مسئولين مسؤولية شخصية وتضامنية .

أما بالنسبة لشركات الأموال ، وعلى وجه الخصوص شركات المساهمة فلا تعنون بأسماء الشركاء أو باسم أحدهم ، وإنما يجب ,طبقا لنص المادة 33 من القانون التجاري المصري, أن يكون اسم شركة المساهمة مستمدا من الغرض الذي أنشئت من أجله ويجب أن يتضمن ما يدل على أن الشركة هي شركة مساهمة كأن يذكر صراحة :

(شركة مساهمة جزائرية) أو يكتفي بمجرد الإشارة بالحروف (ش.م .ج) وهي نفس ما المادة 593 قانون تجاري جزائري بنصها : " يطلق على شركة المساهمة تسمية الشركة ويجب أن تكون مسبوقة أو متبوعة بذكر شكل الشركة ومبلغ رأس مالها ويجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة" و بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة ، فقد ترك لها المشرع الخيار في أن تتخذ اسما خاصا أو أن يكون لها اسما مستعارا من غرضها ، كما أجاز أن يتصل عنوانها باسم شريك أو أكثر وهذه الرخصة التشريعية الأخيرة تبدوا في نظر الدكتور أبو زيد رضوان[2]ص118. لمخالفة ذلك لأنه ربما أدت إلى اللبس الغير فيما يخص شركة باعتبارها من شركات الأشخاص حيث المسؤولية فيها غير محدودة، في حين أن المسؤولية في هذه الشركة كما يتبين من اسمها هي مسؤولية محدودة ، ولذلك يرى الدكتور أبو زيد رضوان أنه يتعين في حالة ذكر اسم أحد الشركاء في عنوان هذه الشركة أن يذيّل بعبارة " شركة ذات مسؤولية محدودة " وهذا بالفعل ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 04 من قانون 159 سنة 1981ونفس الشيء يقال بالنسبة للمشرع الجزائري حيث تم تعديل المادة 564 من القانون التجاري بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 حيث جاءفي فقرتها 13 :"تعيّن بعنوان للشركة يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبوقة أو متبوعة بكلمة "شركة ذات مسؤولية محدودة" أو بالأحرف الأولى منها أي " ش . م.م "وبيان رأس مال الشركة " .

فإذا طلبت الشركة أسماء لها يتوافق في حمايته ضد الانتحال[24] لقرارات القضاء سيتصب في هذه الحماية لوجود خطر تحويل الزبائن أي مبنية على نظرية المنافسة غير المشروعة وعلى هذا يكون لتشابه الأسماء احتمال وجود لدى أذهان العامة يؤدي لخسارة الشركة

التي تم تقليد اسمها لزبائنها ، وإنلحقق هذا الأمر فإن المنتحل أو المقلد يلزم بتغيير اسمه وتعويض الضحية عن ما فاتها من كسب ولحقها من خسارة جراء هذا اللبس [25]ص787 .

وعلى العكس هذه الحماية تفرض رغم تشابه الأسماء إذا لم يوجد أي لبس يتخوف من حدوثه.

هناك بعض أحكام للمحاكم الفرنسية تكتفي بخطر اللبس الناجم عن التشابه في التسميتين رغم عدم وجود احتمال (خطر) تحول فعلي للزبائن [26]ص116 .

ويحق للشركة أن تعترض على استعمال تسميتها حتى ولو كان ذلك من طرف شخص معنوي لا يمارس نفس النشاط الذي تمارسه الشركة [27]ص522.

هذا التوجه للقضاء الفرنسي له عيب متمثل في تقييد حرية اختيار الشركات لأسمائها، وهناك مشكل آخر يطرح نفسه عندما تكون الشركة منافسة من طرف شخص يستعمل اسم عائلته المماثل للاسم الشركة في هذه الحالة القضاء الفرنسي مستقر على انه للشخص الطبيعي الحق في الاستمرار باستعمال اسمه وهذا أمر عادي لكن عليه القيام بما هو واجب حتى يتفادى احتمال وقوع اللبس وذلك بإضافة لقبه إلى اسمه [28]ص75 .

يمكن للشركة أن تتنازل عن اسمها كما هو الحال بالنسبة للاسم التجاري لكن المشكل يطرح عندما تكون الشركة حاملة للاسم المؤسس أو المدير وتصبح الإدارة للغير دون أن يتم تحديد مصير الاسم السابق ، القضاء الفرنسي متذبذب بهذا الخصوص، ففي أعقاب التأميم لسنة 1982 قرر أن الشركة المؤممة يجب أن تغير اسمها وهذا ما حدث في قضية (la banque rothshild) وأصبحت تسمى: (l'européenne de banque) [29]ص112 لكنه يعطي حق للغير بخصوص التنازل عن الإدارة بطريقة ودية ما عدى في حالة التعسف فهنا في هذه الحالة يمكن للمساهمين الجدد الإبقاء على الاسم حتى ولو كان عبارة عن اسم عائلة أصبحت أجنبية عن الشركة .

1. 2. 1. 2. موطن الشركة

أعترف منذ القديم للشركات بأن لها موطن فمادامت محلا للحق يجب معرفة أين يمكن إيجادها من أجل ضروريات الحياة القانونية، وموطن الشركة هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي ويجب أن يتم النص عليه في عقد الشركة.

وهذا ما جاءت به المادتين 210 و211 قانون تجاري فرنسي والمادة 1835 قانون مدني فرنسي،وبعد الموطن مركز الحياة القانونية للشركة والمكان الذي يوجد فيه أجهزة إدارتها وكذلك هو المكان الذي تحفظ فيه الدفاتر والأوراق الرسمية.

الأصل أن المركز الرئيسي للشركة يكون في مكان تملكه الشركة وهذا ما نصت عليه المادة 123-10 قانون تجاري فرنسي هذا المبدأ يرد عليه استثناءين الهدف منهما تسهيل عملية تأسيس

الشركات[30]ص569، وجاء هاذين الاستثناءين في المادة 123-1م ق القانون التجاري الفرنسي المعدلة بواسطة القانون رقم 2003 -721 الصادر بتاريخ 1 أوت 2003 ويتمثل هذان الاستثناءين فيما يلي :

أ/ يجوز للشركة أن تتخذ لها مركزا في موطن ممثلها القانونيالمستقبلي حتى وان تعلق الأمر بمحل ذو طابع سكني [31]ص874 ، هذا الموطن وان كان لا يسمح لها بمباشرة نشاطها فله أهمية في القيام بالأعمال التحضيرية في سبيل الشروع في هذا النشاط .

يمكن للعديد من الشركات أن يكون لها مركز مشترك وهو ذه المشاركة لا تخضع لأي شرط خاص عندما يتعلق الأمر بالشركة الأم وفروعها، أما في غير هذه الحالات لا بد من إبرام عقد توطين يتضمن التمركز الفعلي للشركة المستوطنة.

إن الشركة تختار بكل حرية مركزها الرئيسي، وهذا ما يطرح العديد من المشاكل خاصة عندما يتعلق الأمر بالعلم بمكان وجود مركز الشركة فالنية قد تتضح من تلميحات العقد الذي يكفي الرجوع إليه وإجراءات الشهر التي تعلم الغير بالعقد،ذاوعكس العامل المادي في الموطن فيصعب كشفه لأن الشركة تعيش بواسطة أجهزتها فيمكنها التصرف من أماكن مختلفة باتخاذها فروع في عدة أماكن وهذا تصعب معرفة الجهة الرئيسية ، أكثر من هذا يمكن أن يحدث اختلاف بين المركز المنصوص عنه في العقد والمكان الذي تتصرف منه الشركة فعلا، في هذه الحالات يكون المركز المحدد في العقد هو مركز ممارسة الحياة القانونية وليس المركز الذي تمارس فيه الشركة ماديا مشاريعها .

خطر أن يكون للشركة مركز وهميا فلا يكون للشركة في هذا المكان أي نشاط مادي أو قانوني، وقد تتوقف الشركة عن نشاطها أي تصبح في حالة خمول أو سبات فهنا من الصعب جدا معرفة مكان توقف نشاطها ، ولا يكون للغير هنا سوى الاعتداد بالمركز المشار إليه في العقد لكنه ليس حجة عليهم من طرف الشركة إذا كان مركزها الحقيقي يقع في مكان آخر وهذا ما جاء به نص المواد 1837 فقرة 02 من القانون المدني الفرنسي والمادة 210-3 من القانون التجاري الفرنسي [32]ص169 .

إن قاعدة وحدة الموطن لا تطبق على الأشخاص المعنوية بنفس الشدة كما هو عليه الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعية ، فإذا كان كمبدأيتم تكليف الشركة كأي شخص طبيعي أمام المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مركز الشركة فالإجتهاد القضائي في فرنسا يجيز تكليف الشركة في مكان تواجد أحد فروعها وليس فقط في مركزها الرئيسي الذي عادة ما يكون بعيدا عن المدعي [32bis]ص559 ، وبالنتيجة كل عمل متنازع فيه يبرم بواسطة ممثل محلي للشركة مرتبط بأي شكل من الأشكال مع أحد فروعها، يمكن أن يكون محلا لتكليف بالحضور أمام محكمة مكان تواجد هذا الفرع [33]، وهناك مثال على تطبيق هذا الاجتهاد مايتمثل في حكم صادر بخصوص نزاع تلا مصنعين ظرف العمال المضربين حيث تمكن هؤلاء من تكليف الشركة صاحبة المصنع أمام المحكمة المتواجدة في دائرة

صاصها المصنع مما جنبهم مقاضاة الشركة في مكان تواجد مركزها الرئيسي والذي يبعد عن المصنع مسافة طويلة [34] .

المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تؤكد هذا التوجه الذي ذهب إليه الاجتهاد القضائي عندما نصت على أن الشخص المعنوي يمكن تكليفه بالحضور في المكان الذي تمت إقامته فيه ، غير أنّ بعض الدعاوى يجب نتيجة لأهميتها أن ترفع دائما أمام محكمة المركز الرئيسي ويتعلق الأمر بالتسوية القضائية (مرسوم 27 ديسمبر 1985 في مادته 01 الأولى) وكذا أوامر الأداء (المادة 1406 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد) .

وبخصوص نقل المركز الرئيسي فهو أمر جائز ويخضع لنفس الإجراءات الخاصة بتعديل العقد، ومنه يكون حجة على الغير ابتداء من استكمال إجراءات الشهر لكن تبقى الشركة لمدة 06 شهر قابلة لأن تخضع لإجراءات التسوية القضائية بمحكمة مركزها القديم (مرسوم 27 ديسمبر 1985 في مادته الأولى في فقرتها الثانية) وعلى ذلك فإن نقل مركز الشركة إلى خارج فرنسا يخضع لإجراءات أكثر تقييدا لأنه يترتب عليه تغيير في جنسية الشركة وأمر يعادل حل الشركة ، ونجد المادة 293 من معاهدة أمستردام تنص على إمكانية قيام النقل الدولي للمراكز باللجوء إلى وضع اتفاقية تسمح بهذا النقل، لم يحدث شيء من هذا القبيل فلا تزال عملية النقل إلى الخارج تؤدي إلى فقدان الشركة لشخصيتها المعنوية [36]ص357 .

لكن للشركة الفرنسية أن تفتح لها فروع في دول أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي[37]ص705كما أن النقل بين دول الاتحاد ممكن عن طريق إنشاء شركات أوروبية مختلطة.

هذا ما هو عليه الوضع في فرنسا، نتطرق الآن إلى وضعية موطن الشركة في القانون الجزائري.

نجد أن للشركة كامل الحرية في تحديد موطنها فتختاره في نفس المكان الذي تباشر فيه نشاطها المادي أي مركز الاستغلال وقد تختاره في مكان آخر وغالبا ما تتخذ الشركات مركز إدارتها في العاصمة، بينما تباشر نشاطها المادي في المناطق النائية و بالخصوص إذا كانت لها مصانع تلوث البيئة وتضر بصحة السكان ،وقد نصت المادة 547 من القانون التجاري الجزائري على: "يكون موطن الشركة في مركز الشركة ".

إن هذا النص لم يوضح المقصود بالموطن لأن الموطن قد يتحدد بمركز النشاط أي الاستغلال أو يتحدد بمركز الإدارة [14]ص62.

وهذا الذي ذهب إليه المشرع الجزائري،لا سيما وأنه يساير ما اتجهت إليه التشريعات المعاصرة فأعتبر المركز الرئيسي هو مركز إدارتها وليس مركز النشاط وهو ما أكدته المادة 50 فقرة 04 و05 من القانون المدني بقولها : " موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها كذلك الشركات التي يكون

مركزها الرئيسي في الجزائر يعتبر مركزها ، في نظر القانون الداخلي في الجزائر "

لقد تعرضت الفقرة 05 من المادة 50 إلى الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و اعتبرتها شركات أجنبية ، لأن المركز الرئيسي هو الذي يحدد جنسية الشركة ومهما كان القانون الواجب التطبيق عليها ، غير أنها تمارس نشاطها على التراب الجزائري فمثل هذه الشركات بمجرد أن تضع رحالها على التراب الجزائري وتمارس أي نشاط حتى ولو كان فرعيا أو ثانويا بالنسبة لها ، يعتبر أن مركزها الرئيسي في نظر القانون موجود في الجزائر ثم تخضع لحكم القانون الجزائري أي أن المشرع الجزائري بالنسبة لهذا النوع من الشركات تبنى معيار الاستغلال وليس معيار المركز الرئيسي ولو تمعنا في هذا النص ، لا تضح لنا جليا أن المشرع الجزائري لم يمنح هذه الشركات الجنسية الجزائرية وإنما أخضعها للقانون الجزائري فقط بدليل ما جاء في نص المادة 4 فقرة 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم 97 / 41 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري حيث أخضعها لإلزامية القيد في السجل التجاري :

- كل مؤسسة تجارية مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى .
- كل ممثلية تجارية ، أو وكالة تابعة للدول أو الجماعات أو المؤسسات العمومية الأجنبية التي تمارس نشاطها على التراب الوطني .

ولعل الحكمة التي توخاها المشرع هو الاحتياط للشركات المتعددة الجنسيات [14]ص63 وما يمكن أن ينجم عنها من أثر سلبي على الاقتصاد الوطني، فيطبق عليها القانون الجزائري حتى يتسنى له مراقبتها .

وعلى كلّ ، فإن لتحديد موطن الشركة أهمية كبيرة بالنسبة للشركة وكذلك للغير الذي يتعامل معها إذ يحدد الموطن الاختصاص القضائي للنظر في المنازعات المتعلقة بالشركة فتنص المادة 8 فقرة 08 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري أنه: "في الدعاوى المتعلقة بالشركات بالنسبة لمنازعات الشركاء أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للشركة ".

و تنص المادة 09 في فقرتها 09 انه: " في الدعاوى المرفوعة ضد الشركة تكون أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها إحدى مؤسساتها".

و تنص المادة 8 في فقرتها 05 من نفس القانون على أنه:"في مواد الإفلاس والتسوية القضائية أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية"كما أن الموطن أهمية بخصوص الإعلانات القانونية الموجهة إليها، ونشير إلى أن أهمية الموطن بالنسبة للشركة تفوق أهمية الموطن بالنسبة للشخص الطبيعي إذ جنسيتها ونظامها القانوني بالمكان الذي يوجد فيه هذا الموطن[16]ص176.

1. 2. 1. 3. جنسية الشركة

لم يحدد المشرع الجزائري بنص صريح مسألة جنسية الشركة فلم يتناولها بالتنظيم القانون الخاص بالجنسية الجزائرية الذي لم يتعرض إلا لجنسية الأشخاص الطبيعيين ، ولكن كما سبق القول تضمنت المادة 50 فقرة 04 القانون المدني الجزائري حكما خاصا بالقانون الواجب التطبيق على الشركات فقضت بأن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج وله نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر ، وكذلك ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 547 من القانون التجاري الجزائري والتي أقرت بأن: "كل شركات تمارس نشاطها في الجزائر تخضع للتشريع الجزائري"، والحقيقة فيما يرى بعض الأساتذة [13]ص72 أن المشرع الجزائري ولو أنه لم ينص صراحة على جنسية الشركة إلا أنه اخذ بمعيار محل نشاط الشركة ، وهذا ما يتضح من نصوص الفقرة 04 من المادة 50 قانون مدني والمادة 547 من القانون التجاري الجزائري فإذا باشرت الشركة نشاطها على التراب الجزائري فلا بد أن تخضع لأحكام القانون الجزائري حتى ولو كان مركزها الرئيسي في الخارج ، ويكتسب الفرع الجنسية الجزائرية، غير أن الأخذ بهذا القول على إطلاقه قد يؤدي إلى ازدواج الجنسية ، وهذه الظاهرة يعمل المشرع في كل دولة على تفاديها [37]ص181، الأمر الذي من أجله على المشرع الجزائري أن ينص بصراحة على تنظيم جنسية الشخص المعنوي بصفة عامة والشركة بصفة خاصة ، بما يحقق حماية لاقتصادها ونظمها السياسية والاجتماعية .

بالنسبة للمشرع المصري فلم يتعرض لجنسية الشركة بشكل صريح إلا في المجموعة التجارية وذلك بصدد جنسية شركات المساهمة، إذ نصت المادة 41 من المجموعة التجارية المصرية على أن :

" تعتبر شركات المساهمة التي تؤسس في القطر المصري يجب أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الأصلي في القطر المصري "

وعلى ما يبدو من النص أن المعيار الذي اعتمده لتحديد جنسية هذه الشركات هو محل التأسيس ، ويرى الفقه تبعا لاشتراط أن يكون مركز إداراتها الرئيسي في مصر أن يكون هذا الشرط متوفرا أيضا لكن الفقه المصري الحديث يرى أن هذا النص لا يتعلق بجنسية الشركة وإنما جاء لمعالجة فراغ قانوني متمثل في التعسفات الصادرة عن الشركات الأجنبية التي تمتعت بالامتيازات المقدمة بموجب فرمان الخديوي وأصبحت تدعي أنها أجنبية لاتخاذها مركز إدارتها الرئيسي في الخارج وذلك للاستفادة من الامتيازات الأجنبية ، فجاء نص المادة 41 من المجموعة التجارية لعلاج هذه التعسفات وجعل الشركة التي تؤسس في مصر خاضعة من حيث نظامها القانوني إلى القانون المصري ويجب أن تتخذ في مصر مركزا لإدارتها[38]ص214 .

بالنسبة للقانون التجاري الفرنسي يعترف للشركة بالجنسية في حين القانون المدني الفرنسي هو أكثر حذرا، فنجد المادة 1837 تنص فقط على أنه الشركات التي لها مركز رئيسي في الإقليم الفرنسي تخضع للقانون الفرنسي.

إن نقل مفهوم الجنسية إلى الشركات هو أمر منتقد بشدة [40]ص402 ذلك أن الجنسية بمعناها الضيق تقتضي وجود علاقة سياسية وعاطفية بين الشخص والدولة في حين لا وجود لأي شيء من هذا القبيل بين الشركة والدولة.

ومنه إذا أردنا إعطاء أهمية لمفهوم جنسية للشركة نجده ينحصر فقط في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشركة.

وإذا قارنا مفهوم الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي نجده مفهوما موحدا فكون جزائريين أو أجانب دون أن يكون من الواجب إعطاء حلول مختلفة تتعلق الأمر بالمسائل العائلية الخدمة العسكرية أو الأمور المدنية وهذا حتى إذا كنا بصدد ازدواج الجنسية على النقيض من ذلك نجد محكمة التنازع الفرنسية تأكد على أنه مادامت جنسية الشركة غير محددة ولا معرّفة بأي نص فلا يمكن تحديدها إلا بالأخذ بكل الأحكام القانونية والتنظيمية التنكيون بصدد تطبيقها معالجة كل حالة على حدا [41]ص223.

نستنتج من كل هذا أن مفهوم الولاء والارتباط أكثر ملائمة من مفهوم الجنسية [42].

هذا الجدال لم يس على صعيد المصطلحات فقط بل توجد عدة اختلافات بين جنسية الشخص الطبيعي وجنسية الشركات:

أ/ نجد القانون ينص على كيفية اكتساب الأشخاص الطبيعية للجنسية إما على أساس الدم أو على أساس الأرض، على العكس من ذلك المشرع لا يبين لنا كيفية تحديد جنسية الشركة.

بالنسبة للقضاء وبالرجوع للقضاء الفرنسي بالتحديد، نجده يطبق معيارا أساسيا هو المركز الرئيسي المنصوص عنه في العقد [43]ص305، وفي حالة ما يكون المركز وهميا فإن القضاء يبحث عن المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة الحقيقي [44] كما أخذ في بعض الأحيان بعين الاعتبار معيار مستمد من جنسية تحكم في الشركة [45]، وهذا المعيار يكون اللجوء إليه فتتناقض حالة حماية المصالح الاقتصادية للبلاد .

ب/ جنسية الشركة أقل ثراء من ناحية النتائج مقارنة بتلك الممنوحة للشخص الطبيعي فليس للشركات حتى الوطنية منها التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وليس لها اثر سوى تخويلها التمتع بالحقوق الخاصة.

هناك مجموعة من الشركات تكتسب استقلالا واقعيا بالنسبة للدول نتيجة تعدد وجودها الإقليمي وهي الشركات المتعددة الجنسية وقوة هذا النوع من الشركات تقلق الدول لأن تصرفها ليس دائما مواكبا

للمصلحة العامة ، خاصة في دول العالم الثالث، لكن جهة أخرى نشاطها يمكن أن يساهم في تقوية اقتصاد الدول [46].

جـ/ تغيير الجنسية يس ممكنفا ي فرنسا الأمر مرتبط بشرطبإرام فرنساقيفة مع بلد الإيواء (المادة 225 من القانون التجاري الفرنسي) ومثل هذه الاتفاقيات نادرة رغم الهدف المحدد من طرف المادة 293 ن اتفاقية أمستردام توجد معاهدة بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تسمح بتحويل المركز أو الاندماج فيما بين الدول الأعضاء .

1. 2. 2. عناصر الذمة المالية للشركة

تتمتع الشركة بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء ، تتكون من مجموع ما للشركة من حقوق وما عليها من التزامات ، أو بعبارة أخرى تتكون ذمة الشركة من جانب ايجابي يتمثل في مجموع الحصص التي يقدمها الشركاء والأموال والممتلكات التي تكتسبها عند مباشرتها لنشاطها، وجانب سلبي يتمثل في الديون الناشئة عن معاملاتها، ونتناول هذا المطلب في فرعيين نخصص الفرع الأول للحديث عن الجانب الايجابي لذمة الشركة والفرع الثاني للجانب السلبي من ذمة الشركة .

1. 2. 2. 1. الجانب الإيجابي لذمة الشركة

يتمثل في الأموال التي قدمت خصص في الشركة عند تأسيسها أي رأس مال الشركة وكذلك الأموال التي اكتسبتها فيما بعد أي الأرباح غير الموزعة تقلالية الجانب الإيجابي للشركة عن ذمة الشركاء ينظر له من ثلاثة جوانب وهي :

أ/ في مواجهة الشركاء: موجودات الشركة تختلط مع موجودات الشركاء فهم ليسوا مالكين مشتركين في ملكية مشتركة حول أموال الشركة فلا يحق شخصي في مواجهة الشركة مما يقربهم من مركز الدائن.

ولهذه الاستقلالية عدة نتائج حصة على سبيل التمليك تعد خروج للمال من ذمة الشريك لتدخل في ذمة الشركة.

فالشركاء ليس لهم حق عيني على أموال الشركة لكن يمكن لأحد الشركة أن يمنح حق استعمال خاص لأحد الشركاء، وإن كان هذا الأمر له اثر معاكس لنية المشاركة، فأموال الشركة يجب أن تستعمل من طرف الشركة ومصلحتها الشركة ، وليس بصفة فردية من طرف كل شريك على حدا .

ب/ من باب أولى تكون لموجودات الشركة استقلالية في مواجهة المسيرين : المؤسف أن التجربة العملية تبين أن المديرين يستغلون في بعض الأحيان صفتهم يتجاهلون مبدأ فصل بين ذمتهم وذمة الشركة، وهذا الأمر نجده خاصة عندما يكون المسير أو المدير هو أيضا شريك ويملك أغلب الحصص أو الأسهم ، فلا يأخذ بعين الاعتبار الالتزامات التي يفرضها مبدأ فصل الذمم فيعتبر الشركة كأنها شركته و لا

يرى ضرورة في اختلاط ذمته بذمة الشركة على دائني الشركة أو الشركاء أصحاب الأقلية في رأس المال.

و لتفادي مثل هذا الأمر نجد المشرع يحتاط و يعاقب على مثل هذا الفعل و يتعلق الأمر خاصة بالتعسف في استعمال أموال الشركة و الذي يستلزم استعمال أموال الشركة بسوء نية من أجل أغراض خاصة منافية لمصلحة الشركة ولم ينص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في قانون العقوبات وإنما نص عليها في القانون التجاري (المادة 804 فقرة 04 و 05 والمادة 811 فقرة 03 و 04) وذلك اقتداءا بالمشرع الفرنسي (المادة 241 -3 والمادة 242 -06 من القانون التجاري الفرنسي) .

يرجع تجريم هذا الفعل في فرنسا إلى سنة 1935 مع صدور المرسومين التشريعيين المؤرخين في 8 أوت و30 أكتوبر 1935 وقد حصر القانون التجاري الجزائري أسوة بالتشريع الفرنسي مجال تطبيق هذه الجريمة في فئة من الشركات وهي:

1)- الشركات ذات المسؤولية المحدودة في المادة 804 فقرة 4 و 5 من القانون التجاري الجزائري وفي هذا الصدد قضي في فرنسا بأن هذه الجريمة تنطبق أيضا على المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة[47] الشركة المنصوص عليها في المادة 564 من القانون التجاري الجزائري ، وهذا ما يؤكد التمييز بين الذمة المالية للشركة والذمة المالية للشريك الوحيد الذي يشكل هذه الشركة .

2)- شركات المساهمة (المادة 811 فقرة 03 و04) , حيث يثور التساؤل حول ماذا كانت شركات التوصية بالأسهم(المادة 715 -03 قانون تجاري جزائري وما يليها) شمولة بالتجريم علما أن هذه الشركة تجمع بين خصائص شركات التوصية البسيطة وبعض خصائص شركات المساهمة وعلاوة على الشركات السابقة الذكر تطبق الجريمة في فرنسا على مؤسسات التأمين وصناديق التوفير وكذا الشركات التعاقدية أو التعاونية وشركات البناء .

غير أن هذا لا يعني أن مسيري باقي أنواع الشركات يفلتون من المساءلة الجزائية [48]ص101. بل نهم يبقون تحت طائلة قانون العقوبات بعنوان خيانة الأمانة في حين تطبق هذه الجريمة على كافة الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري بدون تمييز ، إذا كان مرتكبها من مسيري الشركة (المادة 840 ق-1 قانون تجاري جزائري) شركة المحاصة التي لا توجد فيها شخصية لأن الشخصية تفترض وجود شخص معنوي ويستفاد من استقراء قرارات محكمة النقض الفرنسية أن معظم القرارات صدرت ضد مسيري ذات المسؤولية المحدودة و أغلب الحالات تخص مسيري الأسفار والمركبات وخدم المنازل وأشياء أخرى مثل التجهيزات الكهرومنزلية الموصلة بصفة غير شرعية من قبل المؤسسة .

جـ/ كما تكون هذه الاستقلالية في مواجهة الغير: فذمة الشركة هي الضمان الوحيد لدائني الشركة، فدائني الشركاء ليس لهم أي حق عليه ، فلهم فقط حق حجز الأموال أو الحصص المملوكة لمدينهم فليس هناك فحق دائني الشركة على ذمة الشركة ولكن هذا الحق دائنين الشخصيين على هذه الذمة[1]ص194 .

1. 2. 2. 2. الجانب السلبي من ذمة الشركة

هو الجانب المقابل للأول ومن المفروض أن تقبل الشركة فقط عليها تنفيذ التزاماتها من ، لكن ما يلاحظ[49] أن قد يوسع من دائرة الملتزمين بديون الشركة وهذا الأمر يختلف حسب شكل الشركة فحسب القواعد العامة للشركة المدنية نجد الشركاء يلزمون بغير تحديد بديون الشركة لكن ليسوا متضامنين في ذلك وكل واحد ملزم في حدود نسبة حصته من رأس مال الشركة على العكس من ذلك في شركات التضامن والتجمعات ذات الفائدة الاقتصادية يكونون ملزمين من غير تحديد وبالتضامن في ديون الشركة.

إن هذا يتماشى ووجود الشخص المعنوي المستقل ، فشركة التضامن لها صفة المدين الأصلي والشريك هو بمثابة ضامن ، فالدائن عليه الرجوع أولا على الشخص المعنوي وله بإقراره بالدفع قبل متابعة الشركاء الأوليمكن لهؤلاء بعد أن يدفعوا دين الشركة أن يرجعوا على الشخص المعنوي كما أن القضاء [50] , قد يوسع من دائرة الملتزمين بديون الشركة، فالشركاء في شركة المساهمة ليسوا ملزمين بديون الشركة ولا يمكن للدائنين متابعة هؤلاء الشركاء في أموالهم الخاصة إلا بإجازة من حكم أو قرار قضائي ، لكن هذا لا يكفي لمواجهة الشركاء المسيرين القانونيين أو الفعليين للشركة ، كما يلزمون بالديون في حالة ما إذا كان المسيرين قد ارتكبوا أخطاء في التسيير أو دمجوا ذمة الشركة بذممهم [14]ص59.

كما تمنع المقايضة بين ديون الشركة وديون الشركاء [1]ص1399 فلا يجوز لمدين الشركة أن يمتنع عن الوفاء بدينه لها بحجة أنه أصبح دائنا للشركة.

كذلك تعدد واستقلال التفليسة : فالأصل أن إفلاس الشركة لا يؤدي إلى إفلاس الشركاء

كما أن إفلاس أحد الشركاء لا يؤدي إلى إفلاس الشركة ، لكن إذا كنا بصدد شركة التضامن أو شركة التوصية فإذا أفلست الشركة أدى ذلك إلى إفلاس الشركاء المتضامنين

في الشركة نظرا لمسؤوليتهم التضامنية المطلقة عن ديون الشركة كما سبق وذكرنا ، وهذا تتعدد التفليسات فتكون هناك تفلسة خاصة بالشركة وأخرى خاصة بكل شريك[39]ص104.

نستنتج من كل ما سبق أن كل عنصر من العناصر المشكلة لحالة الشركة يخضع لنظام محاسبي خاص يختلف بالمقارنة مع حالة مثلا خاص الطبيعي فهو يتميز باستقلالية تامة عن النظام الذي تخضع له هذه العناصر بخصوص الأشخاص الطبيعية.

1. 3. أهلية الشركة

لا يوجد أي حكم خاص يحدد أهلية الشركات لذلك لا بد الرجوع للقواعد العـامة التي تنظم أهلية الأشخاص الطبيعية ونطبقها على الشركات مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصيتها وعليه سنتناولها في:

1. 3. 1. أهلية الوجوب.

1. 3. 2. أهلية الأداء.

1. 3. 1. أهلية الوجوب

هي أهلية تكون الشخص محلا للحق ويطبق على شركات المبدأ أن الأهلية هي القاعدة وعدم الأهلية هو الاستثناء وعليه الشركة تكون محلا للحق بخصوص كل الحقوق المالية وغير المالية ، إلا إذا وجد نص يمنع ذلك أي(التخصص القانوني)أو طبيعة الشيء (التخصص العقدي)فالتمتع بالأهلية هو بمثابة سلاح للشركة يمكنها من محاربة ومنافسة الأشخاص الطبيعيين ويصبح للشركة حق التقاضي أمام القضاء .

1. 3. 1. 1. التخصص القانوني

تأتي بعض الاستثناءات لتحد من مبدأ تمتع الشركة بأهلية كاملة وهذا ما جاءت به المادة 50 في فقرتها 03 من القانون المدني الجزائري بنصها للشركة أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها والتي يقررها القانون ونتناول في هذا الفرع القيود التي يحد بها القانون من أهلية الشركة .

فالشركات في المقام الأول تخضع لقاعدة التخصص القانوني فهي تنشأ بهدف اقتسام الأرباح وتحقيق اقتصاد فيكون من غير الجائز أن تتحول الشركة إلى القيام بالأعمال الخيرية ،بالإضافة إلى أنه لا يمكنها أن تمارس كل النشاطات التجارية ، فنجد مثلا المادة 223 -01 من القانون التجاري الفرنسي تحضر على الشركات ذات المسؤولية المحدودة القيام بأعمال التأمين لأن هذه الشركات لا تقدم مساحة مالية كافية من اجل ضمان حقوق الزبائن أو الغير .وعلى العكس بعض النشاطات تكون مقصورة على أشكال معينة من الشركات فمثلا القانون يسا لإنجاز بناء مشترك لعمارة يفترض إنشاء شركة عقارية تخضع لأحكام القانون الصادر في 16 جويلية 1971 .

كذلك نجد حق إصدار السندات القابلة للتداول مقصور على شركات المساهمة .

1. 3. 1. 2. التخصص العقدي

في المقام الثاني الشركة هي نظرية محددة بالتخصص العقدي، بمعنى أن الشركة لا يمكنها التوقف سوى في حدود محلها كما هو محدد في العقد فالمحل هو بمثابة برنامج تسعى الشركة لإنجازه[51]. هذا التحديد نظري أكثر منه عملي ففي الواقع العقود نادرا ما تحدد للشركة نشاطا محددا ووحيدا خوفا من إعاقة المرونة اللازمة للقيام بنشاطها.

فالعقد عادة ما ينص على أن للشركة إضافة لنشاطها الأصلي (مثلا استغلال محلات تجارية ما) أن تقوم بكل التصرفات المرتبطة مباشرة مع النشاط الأصلي، لكن هذا القيد قابل للتجاوز، فبإمكان الشركاء تعديل عقد الشركة وتوسيع محلها ، فالتخصص العقدي هو إجراء لحماية الذمة المالية للشركة أكثر منه قيد على أهليتها .

1. 3. 2. أهلية الأداء

إن الشركة باعتبارها شخص معنوي لا يتسنى لها القيام بالنشاط التجاري كالشخص الطبيعي ، لذلك يجب أن يمثلها شخص أو أشخاص هم المديرون الذين يعملون لحسابها والمديرون أو المدير ليس وكيلا عن الشركة لأن الوكالة تفترض وجود إرادتين إرادة الموكل وإرادة الوكيل ، وفي هذا الصدد توجد إرادة الوكيل دون إرادة الموكل, فالموكل يستطيع أن يعمل مباشرة دون وساطة الوكيل ، ولا يمكن للشركة أن تفعل ذلك إذ لا إرادة لها ولا يمكنها التصرف إلا بتدخل المدير ، كما لا يعتبر المدير وكيلا عن الشركاء لأنه لو كان كذلك لتم تبغيضه بإجماع أعضاء وعزله بإجماع أعضاء في حين أن تبغيضه وعزله يقع استنادا إلى أغلبية الشركاء ، فضلا عن أن سلطاته تتجاوز سلطات كل شريك على حدا ، فلو كان المدير وكيلا لما تجاوزت سلطاته سلطة موكله لذا اتجه الفقه الحديث إلى تأييد نظرية الفقه الألماني وهي نظرية الجهاز (Théorie de L'organe) ومقتضاها أن الشخص المعنوي يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزء لا يتجزأ منه .

فهي في الواقع بمثابة جسمه القانوني يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعي أعضائه، فالمدير هو عضو جوهري في الشركة وعنصر من العناصر الداخلة في تكوينها، ولا تستطيع الشركة أن تعمل إلا بواسطته[15]ص279,278,.

نتناول هذا القسم في جزأين:

1. 3. 2. 1. إلزامية لجوء الشركة إلى ممثل عنها.
1. 3. 2. 2. حماية الغير من المخاطر الناجمة عن تقنية التمثيل .

1. 3. 2. 1. إلزامية لجوء الشركة لتقنية التمثيل

أهلية التصرف هي القدرة على إتيان التصرفات القانونية بصفة شخصية فيمكن أن نتمتع بأهلية الوجوب دون أن نكون قادرين على التصرف شخصيا في هذه الحقوق ، ويواجهنا هذا الأمر خاصة في مجال القيد في السجل التجاري والتي تعتبر تصرفات قانونية بصفة شخصية لهذا وأي القيام بإسم ولحساب الشيء بالنسبة للشركة فلا يمكنها التصرف شخصيا في حقوقها ، فالقرارات تتخذ من أجهزة التسيير ، لكن يجب أن تنفذ بواسطة أجهزة التمثيل التي تجعل الشركة في علاقة مع الغير ، وهذه الأعضاء لا يمكن أن تكون سوى أشخاص طبيعية فيجب (فم) ينطق بالقبول و(يد) تمضي العقود،لكن العضو يختفي أمام الشخص المعنوي الذي يعتبر قد تصرف بنفسه .

إن الفرق بين أجهزة التمثيل وأجهزة التسيير ليس سوى في طبيعة الوظيفة وليس في الجهاز القائم بها ذلك أن نفس الجهاز يجمع نفس الوظيفتين وهو الحال بالنسبة لمسير شركة ذات المسؤولية المحدودة ورئيس مجلس إدارة شركة المساهمة وعلى الأقل يجب عدم الخلط بين اتخاذ القرار (التسيير) وتنفيذه أي (التمثيل) [52] .

عدم إمكانية الشركة التصرف شخصيا تثير أحد من ذلك الذي يصيب الأهلية من الأشخاص الطبيعيين فالشركة تطبق على جميع الأعمال حتى العادية منها، في حين أن الأشخاص الطبيعيين وخاصة القصر لهم الحق في إبرام العقود الخاصة بالحياة اليومية.

1. 3. 2. 2. حماية الغير من المخاطر الناجمة عن تقنية التمثيل

إن واجب لجوء الشركة إلى إيجاد ممثل عنها, يعد مصدر عدم اطمئنان بالنسبة للغير, ففي الواقع الغير الذين يتعاملون مع الشخص المعنوي يخشون التعامل مع مسيرين غير معينين وفقا للشروط القانونية أو لم يحصل على السلطات اللازمة لإبرام تصرف ما فلا تكون الشركة ملزمة به .

لجأ المشرع لتكريس آليات لحماية الغير المتعامل مع الشركة بفرض بعض الالتزامات تجاه هذا الخصوص على الشركاء ولعل أهمها هو إلزامهم بشهر تعيين المديرين أو المرسحين ويكون قانونيا فحسب المادة 553 من القانون التجاري الجزائري ، المديرا أن يعين في القانون الأساسي للشركة وهذا ما يسمى بالمدير الإتفاقي والذي يلزم لتغييره تعديل عقد الشركة وهنا لا بد من الشهر ، أما إذا عين باتفاق مستقل عن القانون الأساسي للشركة فيسمى في هذه الحالة مديرا غير اتفاقي ويعزل دون حاجة لتعديل العقد الأساسي للشركة ، ولا عبرة في تحديد هذه الصفة بالوقت الذي تم فيه تعيين المدير سواء كان التعيين معاصر لإنشاء الشركة أو لاحقا عليه بغرأنه في حالة تعديل القانون الأساسي من أجل تعيين المدير فإنه يجب أن يتم شهر هذا التعديل حتى يمكن الاحتجاج به على الغير .

أما عن الوضع في فرنسا فإنه تماشيا مع التوجيهة الأوروبية المشتركة الأولى الصادرة بتاريخ 9 مارس 1968 ، نجد القانون الفرنسي حاول التصدي لعدم اطمئنان الغير بفرض 3 إجراءات تتمثل في :

1- تعيين لممثل شرعي عن الشركة يكون صحيحا عندما يكون محلا للشهر (المادة 1846 – 2 من القانون المدني الفرنسي والمادة 210-9 من القانون التجاري الفرنسي) والشهر الواجب بنها هو التسجيل في السجل التجاري بالإضافة إلى الشهر في النشرة الرسمية للإعلانات المدنية والتجارية (BODACC) ، وهو إجراء أو ميكانيزم سهل وفعال بحيث يكفي للغير أن يلجأ للسجل التجاري ليطمئن على صحة تعيين المدير أو المسير الذي يتعامل معه .

2- للمسير كامل السلطات للتعهد باسم الشركة، فالقيود العقدية والاتفاقية ليست سارية في مواجهة الغير، هذه القاعدة من شأنها أن تشجع المعاملات كما تؤمن هذه المعاملات فالمتعاقد ليس بحاجة للرجوع للعقد أو لأي وثيقة لمعرفة مدى سلطة من يتعاقد معه، وحتى القانون بفضل أحكامه الآمرة يمنح الممثل سلطات واسعة للتصرف في جميع الظروف باسم الشخص المعنوي .

3- وأخيرا من اجل التطبيق الأمثل لتقنية التمثيل فإن الالتزامات المترتبة من تصرف الممثل تلتزم الشركة فهي ملزمة بالتنفيذ حتى بعد توقف التمثيل عن السريان [53]ص800 .

إلا أن هذه القواعد أو الإجراءات الحمائية تتوقف عن العمل في حالة ثبوت وجود غش تواطؤ بين الغير والممثل القانوني للشركة[54]ص761 .

يتبين لنا أن الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي له أهلية غير أنها مقيدة من ناحيتين ،الناحية الأولى وفقا لما ورد في العقد فكل شخص معنوي له شركة ومن ناحية ثانية لتدخل القانون في فرض بعض القيود على هذا الشخص .

كما نستنتج أن الشركة كشخص معنوي وان كانت تتمتع بأهلية الوجوب فإنها لا تتمتع بأهلية التصرف بشكل شخصي ولهذا الغرض وحتى يكون لها وجود قانوني وتتمكن من التعامل مع الغير لا بد لها من اللجوء لتقنية التمثيل باتخاذها أشخاص طبيعيين يتصرفون باسمها ولحسابها.

1. 4. مسـؤولية الشركة

يمكـ ن أن يقـ ع الـ أوضيتورسبب فـ ي وقوعـ ه شـ خص أو عـ شقـ أخاص طبيعيـ ينإكـ قن دـ يكـ ون المتسبب فيه هو الشخص المعنوي كالشركة.

في هذا الفرض يثور السؤال التالي : هل يمكن تحميل الشركة المسؤولية ؟

الجواب على هذا السؤال كان محلا لجدل كبير ، فهو يتعلق مباشرة بطبيعة الشخـ صيةالمعنويـ ة بحـ د ذاتها ، فمن منظورـ أحاب نظريـ ة الحقيقـ ة ، فـ إن مـ سؤوليةالشركة أمـ را أكيـ د ومفـ روغ منـ ه ،مأ ا مـ ن وجهة نظر أنصار نظرية الخيال فإن مسؤولية الشركة تكون محل نقاش .

وسنحاول معالجة هذه المسألة بالتطرق :

1. 4. 1. مسؤولية الشركة مدنيا .

1. 4. 2. مسؤولية الشركة جزائيا .

1. 4. 1. المسؤولية المدنية للشركة

إنّ جواز مساءلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه، لم يتردد في الأخذ بت, فإذا كان التسليم بالمسؤولية ـليجـ ـ الـ شخص المعنـ وي أثـ ار جـ دلا كبيـ را لـ صعوبة تـ صور عقـ ـ جزئيـ ـ قلحـ ـ بالـ شخص المعنـ ـ وفيهـ ـ, إا يتعلـ ق بالغرامـ ة والمـ صادرة والحـ ـ فـ إن المسؤولية المدنية يسهل التسليم بها فهي تقع في مال الشخص المعنوي[55]ص914 .

والأمثلة كثيرة على الأخطاء التي يرتكبها ممثل الشخص المعنوي ، فيصبح هو المسئول عنها : كأن يقوم مدير الشركة بفصل عامل في وقت أو لسبب غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل أو سـ ائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون شركة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال الـ سائق أوعامـ ل البريـ د الذي يضيّع رسالة عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل .

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في كونهلا يمكن أن ينسب لـ ـهالتمييـ ز كفـ ـاذلكثيـ را مـ ن الأحكـ ـ امتلجتعـ ـ لي مـ سؤولية الـ شخص المعنـ وي عـ ـمن الـ ممثليـ ـ هـ ـ هـ ي مـ سؤولية المتبوع عن أعمال التابع ، فنصل بذلك إلى تقرير المسؤولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه .

يصعب في بعض الحالات الوصول إلى مسالة الشخص المعنوي عـ ن هـ ذا الخطـ ـ أ غيـ ر المباشـ ر فقد يكون الخطأ الذي يوجب المساءلة قرارا صادرا من إحدى هيئات الشخص المعنويفـ ـ لا بـ د أن يـ سب الخطـ ـ أ المباشـ ر إلـ ى الـ شخص المعنـ ـ وذلكقـ د يكـ ون الخطـ ـ أ بحيـ ـ لا يجـ ـ وز نـ سبته إلا إلى الـ شخص

المعنوي ، كما إذا قوضيت الشركة لمنافسة تجارية غير مشروعة ففي ممثل هذه الأحوال تكون م سئولية الـ شخص المعنـ وي مـ سؤولية شخـ صي ، لا مـ سؤولية المتبـ وع عـ ن تابعـ ولا، بـ د حينئـ ذ مـ ن الاقتصار على ركن التعدي في الخطأ دون ركن التمييز ويكفي لتحديد مـ اذا كـ ان الـ شخص المعنـ وي قـ د اخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوي مجرد في الظروف الخارجية التي تصرف فيها ، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادي ، كان هناك خطأ ، وتحققت المـ سؤولية [55]ص915؛ ومـ ن كـ ل هـ ذا يتبـ ين لنـ ا أن الشخص المعنـ وي أمـ ر ممكـ ن ومـ سلم بـ ه وهـ ذا مـ ا اخـ ذ بـ ه القـ ضاء الفرنـ سي بحيـ ث أصـ بح بإمكان الضحية مساءلة الشخص المعنوي على أساس خطئه الشخصي [56] أو بمناسبة خطأ شـ خص تـ ابع للشركة [58]؛ أو شيء تحـ ت رقابتـ ه (المـ ادة 1384 قـ انون مـ دني فرنـ سي) وكـ ذلك فـ ي إطـ ار المـ سؤولية التعاقديـ ة بإمكـ ان الـ ضحية الحـ صول على تعويض مـ ن الـ شركة التـ ي تكـ ون عـ لاقة أسر مـ ن الأشـ خاص الطبيعيين المتسببين في الضرر [59].

ونفس الشيء بالنسبة للقضاء المصري[55]ص914، كما أخذ بهذا القضاء الجزائري ويمكن أن نستشف ذلك من القرار الصادر عن المحكمة العليا في 25 ماي 1988[60]ص11، حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي : " من المقرر قانونا أنه إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بسوء تطبيق القانون غير وجيه ، لما كان الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع باعتمادهم جزء من مسؤولية الفيضان إلى الشركة الطاعنة بنسبة الثلثين لكونها قامت بفتح ثغرة ولم تسدها بعد انتهاء الأشغال هذا من جهة ومن جهة ثانية، بأخذ قضاة الموضوع ظرف القوة القاهرة ومشاركتها في وقوع الضرر بنسبة الثلث الباقي بعين الاعتبار بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون التطبيق السليم ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " .

1. 4. 2. المسؤولية الجزائية للشركة

عليه ترتكب مدير مؤسسة جريمة وهو، ويعمل ليس لحسابه الخاص وإنما أثناء ممارسة وظائفه كعضو وممثل للشخص المعنوي يجوز مساءلة مدير المؤسسة عن الجريمة التي ارتكبها والحكم عليه بصفة شخصية وليس على أساس صفته المهنية.

الثابت حول ما إذا كان جزائيا المسؤولية ليس فقط على عاتق رئيس أو مدير المؤسسة بل على الشركة نفسها بصفتها شخصا معنويا .

تلك هي إشكالية المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي التي انتهى المشرع الجزائري إلى الأخذ بها مؤخرا في قانون العقوبات ، اثر تعديله بموجب القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 مثلما أخذت بها معظم التشريعات في القانون المقارن .

وقبل التطرق إلى الدراسة والتحليل لا بد من التذكير بعناصر النقاش الفقهي الذي دار ومازال حول المسؤولية.

1. 4. 2. 1. إشكالية المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

نتناول أولا موقف الفقه منها ثم موقف القانون الجزائري

1. 4. 2. 1. 1. موقف الفقه من مسألة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

اختلف الفقه حول هذه المسألة وانقسم لفريقين :

1- فريق معارض لإقامة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وهذا الرأي الذي دافع عليه على وجه الخصوص فقهاء القرن التاسع عشر الذين لا يمكن تصور شخص معنوي جزائيا لذلك أن المسؤولية الجزائية تبنى على الإدراك والإرادة أي على عناصر ذهنية لا تتوفر إلا في الأشخاص الطبيعيين .

فعلى مستوى الإسناد ، يستحيل إسناد خطأ إلى الشخص المعنوي الذي ليس له كيان حقيقي ولا إرادة خاصة به في حين أن المسؤولية الجزائية تقتضي خطأ شخصيا ثابتا في إمكانية إسناد الخطأ إلى مرتكبه .

وعلى مستوى العقوبة لا يمكن أن يطبق على الشخص المعنوي العقوبات السالبة للحرية و التي تعد أهم العقوبات المقررة للجرائم.

وإذا أمكن تطبيق بعض العقوبات كالغرامة والمصادرة فإن توقيعها يؤدي إلى الإخلال بمبدأ شخصية العقوبة إذا أن هذه العقوبة ستصيب الأشخاص الطبيعيين من مساهمين أو أعضاء، وقد يكون منهم من لم يشترك في الفعل المعاقب عليه ، وقد يجهله .

2)- الرأي المؤيد لإقامة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، يقول أصحاب هذا الرأي الذي دافع عنه على وجه الخصوص الفقهاء المعاصرون ظهرت إلى الوجود نتيجة التطور الهائل في مجال الصناعة أدى إلى تزايد الجماعات التي تقوم بدور فعال في المجالين الاقتصادي والاجتماعي ، بل وحتى في المجال السياسي .

وقد سبق للقانون المدني والتجاري الاعتراف لهذه الجماعات بالشخصية المعنوية وحان الوقت ليعترف قانون العقوبات لها بذلك.

وحسب هذا الفريق فإن الجماعة الاقتصادية لها مصالحها الخاصة المستقلة عن مصالح أعضائها فتتميز بإرادة ونشاط يختلفان عن إرادة ونشاط هؤلاء الأعضاء.

والشخص المعنوي كائن حقيقي له وسيلة تعبير وإرادة جماعية وقادر على العمل وبالتالي قادر على الخطأ. ومن جهة أخرى فإن تنوع العقوبات التي يمكن أن تنزل بالشخص المعنوي من غرامة ومصادرة وإغلاق وحل لا يشكل عائقا أمام معاقبتها.

ولقد نفذت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي تتبلور شيئا فشيئا حتى أصبحت حقيقة واقعة في عدد كبير من التشريعات وكانت انكلترا هي السباقة إلى الإقرار بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي (منذ 1889) تنتلتها الولايات المتحدة وأخيرا ايطاليا ففرنسا منذ صدور قانون العقوبات الجديد سنة 1992 .

ومن البلدان العربية اعتنق قانون العقوبات اللبناني ، في المادة 210 ،مالسؤولية الجزائية للشخص المعنوي . لكن ما موقف القانون الجزائري من المسألة .

1. 4. 2. 1. 2. موقف القانون الجزائري

تطور موقف القانون الجزائري من مسألة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي فمر بثلاث مراحل :

1-عدم الإقرار بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إلى غاية تعديله بموجب القانون رقم 15/04 الصادر في 10/11/2004 قانون العقوبات الجزائري يأخذ بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي غير أنه لم يستبعدها صراحة ، بل إن ما نصت عليه المادة 09 قانون عقوبات في البند رقم 05 التي أدرجت حل الشخص المعنوي ضمن العقوبات التكميلية التي يجوز للقضاة الحكم بها في الجنايات والجنح كان يبعث على الاعتقاد بأن المشرع الجزائري يعترف ضمنيا بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

ولكن هذا التحليل مردود وذلك لسببين اثنين :

- أولهما غياب أدنى دليل في قانون العقوبات لما يمكن اعتباره دليلا أو حتى قرينة لإقامة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي والاستناد إليه للقول أن عقوبة حل الشخص المعنوي "هي عقوبة مقررة للشخص الاعتباري الذي ارتكب بذاته جريمة .

وهذا مجال لنا نقول أن حل الشخص الاعتباري كما جاء في قانون العقوبات الجزائري هو عقوبة تكميلية مقررة للشخص الطبيعي الذي يرتكب جناية أو جنحة وليس للشخص المعنوي ذاته الذي يرتكب جريمة [61]ص217.

كون المشرع الجزائري افرغ هذه العقوبة من محتواها في نص المادة 17 التي جاءت لتوضيح مفهوم العقوبة وشروط تطبيقها، وذلك بكيفيتين.

تتمثل الأولى في كون المشرع لم يعد يتكلم عن حل الشخص المعنوي وإنما تحدث عن منع الشخص الاعتباري (المعنوي) من الاستمرار في ممارسة نشاطه.

أما الثانية،فتتمثل في كون المشرع لم يحدد شروط تطبيق هذه العقوبة التي ، ولأنها عقوبة تكميلية ، لا يجوز الحكم بها إلا إذا نص القانون صراحة على الجزاء الجريمة معينة ، وبالرجوع إلى قانون العقوبات والقوانين المكملة له لا نجد فيها إطلاقا حل الشخص المعنوي كعقوبة لجناية أو جنحة.ثم،لقد كان للقضاء الجزائري في عدة مناسبات أن استبعد صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي حيث

رفض بناء على مبدأ شخصية العقوبة وتفريدها الحكم على الشخص المعنوي بالجزاءات الجبائية المقررة في قانون الجمارك [62] .

رفض تحميل وحدة اقتصادية مسؤولية دفع الغرامة المحكوم بها على غيرها من أجل ارتكابه جنحة إصدار شيك بدون رصيد باسم ولحساب المؤسسة [63] .

وقبل القضاء الجزائري، كما فعل القضاء الفرنسي قد اساس تقرير ظل قانون العقوبات القديم الذي نقل عنه المشرع الجزائري مجمل أحكام قانون العقوبات، على مبدأ عدم مسائلة الشخص المعنوي جزائيا وعدم جواز الحكم عليه حتى بالعقوبات المالية [64] .

ومع أن قانون العقوبات الجزائري، إلى غاية 2004 والقاضي لم يأخذ صراحة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي فهناك نصوص جزائية أخرى خرجت على القاعدة وأقرت هذه المسؤولية قبل الأوان .

2 - الإقرار الجزئي بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي :

على الرغم من عدم إقرار المشرع الجزائري صراحة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في قانون العقوبات قبل تعديله في 2004 نجد أن هذه المسؤولية كانت مكرسة في بعض القوانين الخاصة في حين لم تستبعدها قوانين أخرى.

* النصوص التي أقرت صراحة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وهي :

- الأمر رقم 75 -37 المؤرخ في 29 ابريل سنة 1975 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار : يأتي على رأس النصوص التي أقرت بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الأمر رقم 75-37 المؤرخ في 29 ابريل سنة 1975 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار حيث أقرت المادة 61 منه صراحة على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بنصها : "عندما تكون المخالفات المتعلقة بأحكام هذا الأمر مرتكبة من القائمين بإدارة الشخص المعنوي أو مسيريه أو مديريه .. باسم ولحساب الشخص المعنوي ، يلاحق هذا الأخير بذاته وتصدر بحقه العقوبات المالية المنصوص عليها في هذا الأمر ، فضلا على الملاحقات التي تجري بحق هؤلاء في حالة ارتكابها عمديا " .

وقد الغي هذا النص بموجب القانون رقم 89 -12 المؤرخ في 5-7-1989 المتعلق بالأسعار ، وهو القانون الذي تخلى عن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي, كما ألغى القانون رقم 89-12 بدوره بموجب الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 1995/1/25 المتضمن قانون المنافسة ، والغي هذا الأخير بموجب الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/7/19 المتعلق بالمنافسة المصادق عليه بالقانون رقم 12-03 المؤرخ في 25 -10-2003 .

قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الصادر بموجب القانون رقم : 90-36 المؤرخ في 31-12-1990 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 (المادة 38 منه) المعدل بالقانون رقم 91 -25 المؤرخ في 18-12-1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 (المواد من 104 إلى 57) أقر

قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي حيث نصت المادة 303 منه في المقطع 9 على ما يلي : **" عندما ترتكب المخالفة من قبل شركة أو شخص معنوي آخر تابع للقانون الخاص ، يصدر الحكم بعقوبات الحبس المستحقة وبالعقوبات التكميلية ضد المتصرفين أو الممثلين الشرعيين أو القانونيين للمجموعة "**

وتضيف في الفقرة الثانية : **"ويصدر الحكم بالغرامات الجزائية المستحقة ضد المتصرفين أو الممثلين الشرعيين ، وضد الشخص المعنوي دون الإخلال بالأحكام الخاصة بهذا الأخير ، بالغرامات الجبائية المنصوص على تطبيقها "**

- الأمر 96-22 المؤرخ في 1996/7/9 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من والى الخارج :أقر الأمر رقم 22/96 المؤرخ في 1996/7/9 صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي حيث نصت المادة 5 منه على أن تطبق على الشخص المعنوي الذي ارتكب المخالفات .. المنصوص عليها في هذا الأمر،العقوبات الآتية:"غرامة..؛ مصادرةمحل الجنحة، مصادرة وسائل النقل المستعملة في الغش " هذا فضلا عن العقوبات الأخرى المتمثلة في المنع من مزاولة عمليات تجارية ومن عقد صفقات عمومية ومن الدعوة العلنية إلى الادخار.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ادخل ، دون سابق إنذار ، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في المنظومة القانونية و يلاحظ على هذا النص الذي عدل بموجب الأمر رقم 03 -01 المؤرخ في 19-2-2003 أنه فضلا عن كونه سابقا لأوانه في ظل أحكام قانون العقوبات التي لا تقر بمسؤولية الشخص المعنوي ، ذهب أبعد مما وصل إليه التشريع المقارن ، لا سيما منه التشريع الفرنسي من حيث نطاق المسؤولية الجزائية ، فبينما تحرص غالبية التشريعات التي تأخذ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على حصرها في المؤسسات الإدارية والهيئات العمومية واستبعاد الدولة والجماعات المحلية من نطاقها ، نجد أن المادة 05 المذكورة أعلاه قد وسعت من نطاقها فلم تحصرها ولم تفرض عليها قيدا .

تدارك المشرع إثر تعديل الأمر 96-22 بموجب الأمر رقم 03 -01 المذكور أعلاه هذا الموقف حيث حصرت المادة 5 المعدلة بهذا التعديل نطاق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص مستبعدا الدولة والجماعات المحلية ، بل وحتى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .

-القانون رقم 03-09 المؤرخ في 19-07-2003 المتضمن قمع جرائم مخالفة أحكام اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيماوية وتمييز تلك الأسلحة تعاقب بالمادة 18 من هذا القانون صراحة الشخص المعنوي الذي يرتكب جريمة من الجرائم المذكورة في القانون ذاته.

-النصوص التي أخذت ضمنيا بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ويتعلق الأمر بالأمر رقم 95-06 المؤرخ في 1995/01/25 المتضمن قانون المنافسة الذي ذكرت المادتان 2 و3 منه نطاق تطبيقه و الذي يشمل نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يقوم بها الشخص الطبيعي أو المعنوي .

كما نصت المادتان 13 و14 على الجزاءات المالية تسلط على المؤسسات التي ترتكب ممارسات جماعية منافية للمنافسة مثل الاتفاقات غير المشروعة والتعسف الناجم عن الهيمنة على السوق وتجميع المؤسسات بدون رخصة ، وتصدر هذه الجزاءات مجلس المنافسة وهو هيئة شبه قضائية تضم ضمن تشكيلتها قضاة .

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر رقم 95-06 قد ألغى بموجب الأمر رقم 03 -03 المؤرخ في 19-7-2003 الذي حل محله وقد أبقى النص الجديد على مضمون الأحكام السالفة الذكر حيث نصت المادة 02 من القانون الجديد على أن هذا الأخير يطبق على " نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون "، ونصت المواد من 56 إلى 62 على الجزاءات المالية التي تسلط على المؤسسات التي ترتكب الممارسات المقيّدة للمنافسة.

ورغم الطبيعة المختلطة للغرامة التي يصدرها مجلس المنافسة جزاء للممارسات المقيّدة للمنافسة، تسلط فيها الطابع الجزائي بالطابع الإداري لأنها تصدر عن قضاة وتطبق على الشخص المعنوي باعتبارها مخالفة ذات طابع جزائي ، قد يسأل عنها جزائيا الشخص الطبيعي ، هذا ما يجعلها صورة من صور المسؤولية الجزائية .

ويبقى لنا أن نشير إجاءت به القانون رقم 01-09 المؤرخ في 6-02-2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات ،حيث نصت المادة 51 مكرر المستحدثة والمادة 144 مكرر 1 والمعدلة على المسؤولية الجزائية للشركة التي تسيء إلى رئيس الجمهورية أو الهيئات النظامية أو العمومية بنشرها عبارات تتضمن إهانة أو سبا أو قذفا ،إذ تتعرض للشركة لغرامة قدرها من 500.000 دج إلى 2.500.000 دج وهذا الحكم غريب لان الشركة لا كيان قانوني لها ، فلا هي شخص معنوي ولا هي شخص طبيعي ، فهي لا تتمتع بالشخصية القانونية وإنما جرد منتوج يصدر عن شخص معنوي ، وهو مؤسسة للطباعة والنشر .

3 - تكريس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي:

أقر القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون العقوبات المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وكرسها في المادة 51 مكرر ولقد جاء هذا التكريس تتويجا لما توصلت إليه مختلف اللجان التي سبق أن شكلت لإعداد مشروع تعديل قانون العقوبات منذ سنة 1997، ولما أوصت به لجنة إصلاح العدالة في تقريرها سنة 2000 .

1. 4. 2. 2. شروط إقامة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

بالرجوع إلى المادة 51 مكرر المستحدثة بموجب القانون رقم 15/04 نجدها تنص على أن : " .... يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك" هكذا نص مقتبس من المادة 121-2 من قانون عقوبات فرنسي .

ومن هذا النص نستنتج أن الشخص المعنوي يعامل تماما مثلما يعامل الشخص الطبيعي إذا بالإمكان مسألته عن أية جريمة و كذلك عن الشروع فيها ، كما يمكنه أن يكون فاعلا أو شريكا غير أن تطبيق هذا الحكم يتطلب تحديد الأشخاص محل المساءلة الجزائية ثم السلوك محل المساءلة وأخيرا الجرائم التي تشملها المساءلة .

1. 4. 2. 2. 1. الشخص محل المساءلة الجزائية : حصرت المادة 51مكرر المستحدثة مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وقصرتها على الشخص المعنوي من القانون الخاص حيث استثنت منها الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية من القانون العام .

- يسأل جزائيا الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص ، أيا كان هدفه سواء كان يهدف إلى كسب الربح أو كان غير ربحي وهكذا نجد الجزائيا الشركات التجارية والتجمعات ذات المصلحة الاقتصادية ، سواء كانت تابعة للقطاع العام ، كالمؤسسات العمومية الاقتصادية، أتابعة للقطاع الخاص ، كما تسأل الشركات المدنية والجمعيات ذات الطابع السياسي ، كالأحزاب السياسية أو ذات الطابع الاجتماعي أو الثقافي أو الرياضي الخ ...

وبالمقابل لا تسأل جزائيا الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام ، فأما الدولة تفيد بها الإدارة المركزية (الجمهورية ، رئاسة الحكومة ، الوزارات الخ ...) ومصالحها الخارجية (المديريات الولائية ومصالحها). ولقد تثنائهم من المساءلة الجزائية ما يبرره أن الدولة تارضمن حماية المصالح العامة الجماعية فيها والفردية ، وتتكفل بتعقب المجرمين ومعاقبتهم .

وأما الجماعات المحلية التي استثناها المشرع الجزائي من المسائلة الجزائية ، فيقصدهما الولاية والبلدية .

وأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام التي استثناها بدورها المشرع الجزائري فيقصد بها أساسا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بدرجة اقل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري .

وإذا كانت التشريعات التي اعتمدت مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي تتفق في مجملها على استثناء الدولة بالمفهوم الضيق من مجالها فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية من القانون العام وبدرجة اقل الجماعات المحلية .

وهكذا تجه معظم التشريعات على إخضاع الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام للمساءلة الجزائية ، ايا كانت هيكلتها القانونية (شركة ذات أسهم ، شركة اقتصادية مختلطة، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري أو ذات طابع إداري)

واختلفت التشريعات بشأن الجماعات المحلية فمنها من يستثنيها من المسائلة الجزائية ومنها ما يبقي عليها ضمن الهيئات المسئولة جزائيا ، ومنها من اتخذ موقفا وسطا كما هو حال القانون الفرنسي الذي لم يستثنها غير أنه حصر مسؤوليتها في الجرائم المرتكبة أثناء ممارسة أنشطة من المحتمل أن تكون محل اتفاقات تفويض مرفق عام ، الأنشطة التي يجوز تفويض الغير للقيام بها سواء أكان الغير شخصا من القانون الخاص أو القانون العام، وتتمثل هذه الأنشطة أساسا في الأنشطة التي يمكن أن تكون محل عقود امتياز الخدمة العمومية .

وبمفهوم المخالفة، لا تسأل الجماعات المحلية عن الأعمال التي تصدر عنها بمناسبة ممارستها لامتيازات السلطة العمومية .

وتبعا لما سبق ، تسأل البلدية جزائيا في فرنسا إذا قامت باستغلال مرفق لجمع الفضلات المنزلية ، أو توزيع الماء ، ولا تسأل بالمقابل عن نشاطات مثل مسك سجلات الحالة المدنية أو حفظ الأمن العام لان مثل هذه الأنشطة لا يمكن تفويضها للخواص .

1. 4. 2. 2. 2. 2. السلوك محل المساءلة الجزائية : إذا كان تحديد مسؤولية الشخص الطبيعي لا يثير إشكالات، اذ يمكن تحديدها بالنظر إلى العمل المادي (سلوك ايجابي أو سلبي) الذي يقوم به الجاني إذا كان هذا العمل يشكل الركن المعنوي المطلوب ، فإن هذا المعيار لا يصلح عندما يتعلق الأمر بالشخص المعنوي الذي لا يمكنه أن يسلك سلوكا أو يمتنع عنه إلا بواسطة شخص طبيعي .

وكي تتجاوز هذه الصعوبات نصت غالبية التشريعات التي أقرت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على أن هذا الأخير يكون مسئولا عن الجرائم المرتكبة لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه ، كما جاء في نص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري .

ويقصد بعبارة « لحسابه " أن الشخص المعنوي لا يسأل إلا عن الأفعال التي يتم تحقيقها لمصلحته أو لفائدته ، ومثال ذلك الشروع لحصول مؤسسة اقتصادية على صفقة ، وبالمقابل لا يسأل الشخص المعنوي على الأعمال المنجزة لحساب المدير أو أي شخص آخر .

ويقصد بهيئات الشخص المعنوي ممثليه القانونيين كالرئيس والمدير العام والمسير، وكذا مجلس الإدارة والجمعية العامة للشركاء أو للأعضاء ويقصد بممثلي الشخص المعنوي الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف باسم الشخص المعنوي سواء كانت هذه السلطة قانونية أو بحكم القانون الأساسي ، فقد يكون الرئيس المدير العام أو المسير أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام ، وقد يكون أيضا المصفي في حالة حل الشركة ....

فيما يستبعد الفقهاء "(STEFANI),(LEVASSEUR)et (BOLOC)" [65]ص273 " أن تشمل عبارة " ممثلو الشخص المعنوي " المدير الفعلي وذلك لعدم النص عليه صراحة .

ويبقى التساؤل قائما بخصوص أجراء الشخص المعنوي وتابعيه.

إن ما جاء في القانون الجزائري الذي ذكر " ممثلي " الشخص المعنوي يحمل على الاعتقادبأنه استبعد الأجراء والتابعين ، وعليه لا يكون الشخص المعنوي مسئولاجزائيا عن الجريمة التي يرتكبها احد مستخدميه بمناسبة أو أثناء أداء وظيفته إذا ارتكب الجريمة بمبادرة منه، حتى وانه استفاد منها الشخص المعنوي .

لا يعد الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجريمة التي يرتكبها احد مسيريه ، إذا تصرف بمحض إرادته ولحسابه الشخصي ، ويثور التساؤل حول ما إذا كان الأشخاص الذين يتمتعون بسلطات خاصة أو بتفويض ، كمدير مصنع أو مدير وحدة إنتاج ، ممثلين للشخص المعنوي ؟

أجاب الفقهاء سطيفاني ولوفاسور وبولوك بالنفي على أساس أن مدير المصنع أو مدير الوحدة لا يمكنه إلزام الشخص المعنوي لأنه مجرد رأجير أو تابع للشخص المعنوي [65]ص237غير أن محكمة النقض الفرنسية خلاف ذلك ، حيث قضت بأن الشخص الطبيعي الذي تلقى تفويض سلطات من هيئات الشخص المعنوي يكون ممثلا له .

1. 4. 2. 2. 3. الجرائم التي يسأل عنها الشخص المعنوي

خلافا للشخص الطبيعي الذي يمكن متابعته جزائيا من أجل ارتكاب الجريمة منصوص ومعاقب عليها في قانون العقوبات وفي باقي النصوص العقابية الأخرى تنص تقريرات أركان الجريمة وشروط المتابعة ، فإنه لا يجوز متابعة الشخص المعنوي ومساءلته جزائيا إلا إذا وجد نص يفيد ذلك صراحة ، ذلك أن مسؤولية الشخص المعنوي هي مسؤولية خاصة ومتميزة .

غير أن المطلع على التشريعات التي أقرت هذا النوع من المسؤولية يكتشف أنها لم تحصرها في جرائم معينة بل عملت على توسيع نطاقها مع الحفاظ على خصوصيتها .

وهكذا يسأل جزائيا الشخص المعنوي في القانون الفرنسي عن كافة الجرائم ضد الأموال وعن القتل العمد وكل جرائم العنف غير العمد كما يسأل عن الجرائم الإرهابية والرشوة والتزوير وتزييف النقود فضلا عن جرائم المنافسة والبيئة وتبييض الأموال.

وهو نفس النهج الذي سلكه المشرع الجزائري حيث نص قانون العقوبات المعدل بموجب القانون المؤرخ في 10-11-2004. على مسؤولية الشخص المعنوي عن جرائم تكوين جمعية أشرار (المادة 177 مكرر) تبييض الأموال (المادة 389 مكرر 7) الاعتداءات على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات (المادة 394 مكرر 4).

كما نصت المادة 25 من القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 -12 – 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي .

وإذا كانت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تحجب مسؤولية الشخص الطبيعي وان قام بالعمل المجرم شخص المعنوي ، فإن متابعة الشخص الطبيعي ليست شرطا ضروريا لمساءلة الشخص المعنوي ، وهكذا فإن وفاة الشخص الطبيعي لا يحول دون متابعة الشخص المعنوي عن الجريمة التي ارتكبها الأول لحساب الثاني .

وكذلك الحال إذا تعرف على الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي.

يحدث ذلك على وجه الخصوص في جرائم الامتناع والإهمال وكذا في الجرائم المادية التي لا تتطلب لقيامها توافر نية جرميه أو عمل مادي إيجابي ، فالقاضي يحتمل في مثل هذه الحالات أن تقوم المسؤولية الجزائية للهيئات الجماعية للشخص المعنوي دون التمكن من الوقوف عند دور كل عضو من أعضائها في ارتكاب الجريمة وإسناد المسؤولية الشخصية عن الجريمة لفرد معين .

وعندما يتعلق الأمر بجريمة عمدية لا تقام مسؤولية الشخص المعنوي إلا إذا كان الشخص الذي تصرف لحسابه واعيا ولديه إرادة ارتكاب الجريمة ، بصرف النظر عما إذا كان الشخص الطبيعي محل متابعة .

يتضح لنا من خلال هذا المبحث أن مسؤولية الشخص المعنوي وبالخصوص المسؤولية الجزائية لهذا الشخص لم تعد مسألة يصعب تقبلها بل أصبحت اليوم مكرسة فعليا, و في اغلب التشريعات ، الأمر الذي يؤكد بوضوح التوجه الحديث الذي يقرب بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي فلم تعد المسؤولية فكرة مستساغة للشخص الطبيعي فقط فيمكننا اليوم مساءلة الشخص المعنوي تماما كالشخص الطبيعي، وقياسا على كل هذا تكون الشركات باعتبارها أهم الأشخاص المعنوية الخاصة محلا للمساءلة مدنيا وحتى جزائيا ما دامت متمتعة بالشخصية المعنوية وعلى العكس من ذلك لا يمكن متابعة شركة

المحاصة رغم أن القانون التجاري يعتبرها شركة لكنه لا يعترف لها بالشخصيةالمعنوية وهذا ما يمنع من مساءلتها مدنيا وجزائيكشركة كون المسؤولية أثر من آثار اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة للأشخاص المعنوية .

إن ما سبق التطرق إليه من خلالهذا الفصل هو على درجة كبيرة من الأهميةفدراسة نتائج الشخصية المعنوية للشركة يبين لنا أهمية الشخصية المعنوية ، بالنسبة لوجود الشركة لدرجة أننا نتجنب الحديث عن وجود شركة عند عدم توفر هذه الشخصية ومع ذلك يعترف القانون وينص على نوع من الشركات يفتقر للشخصية المعنوية الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن الكيفية التي يتصور بها نشأة وحياة هذه الشركة وهو ما سنحاول بحثه في الفصل الثاني وذلك في ظل غياب الشخصية المعنوية .

فشركة المحاصة لا اسم لها ولا موطن ولا جنسية، كما تفتقر لذمة مالية خاصة بها ولأهلية.

ف لك ل ه ذا وكنتيج ة حتمي ة لفق دانها للشخ صية المعنوي ة ع دم خ ضوعها لأي إج راء م ن الإجراءات الشكلية .

الفصـــل الثاني
الأحكام القانونية لشركة المحاصة

تطرقنا في الفصل الأول إلى الشخصية المعنوية وما تنتجنا من نتائج هامة بخصوص آثار افتقار شركة المحاصة للشخصية المعنوية ، ننتقل إلى الحديث من خلال هذا الفصل عن النظام القانوني الذي يميز شركة المحاصة في ظل عدم تمتعها بالشخصية المعنوية ، بتعبير آخر نسلط الضوء على الطرق أو الوسائل البديلة عن الشخصية المعنوية والتي من شأنها تمكين شركة المحاصة أن تحيى قانونيا .

وسنتطرق لهذا الفصل في ثلاثة أجزاء، نخصص:

2. 1. كيفية تكوين شركة المحاصة.

2. 2. لتنظيم وعمل شركة المحاصة وكيفية انقضائها.

2. 3. الشركات الشبيهة بشركة المحاصة.

2. 1. تكوين شركة المحاصة

تكوين شركة المحاصة لا يخضع لأي قاعدة خاصة سواء في الشكل أو في الموضوع فيكفي أن يحترم الأطراف القواعد الخاصة لإبرام العقود (خاصة منها قواعد الأهلية ومشروعية المحل)زائد القواعد الخاصة بالشركات المنصوص عنها في القانون المدني ، فشركة المحاصة باعتبارها عقد تخضع للأحكام الموضوعية العامة وهي رضا الشركاء والمحل والسبب المشروعين وباعتبارها شركة لابد أن تستوفي الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة وهي تعدد الشركاء وتقييم الحصص ونية المشاركة وتقسيم الأرباح والخسائر .

أما بخصوص القواعد الشكلية فشركة المحاصة تنفرد عن غيرها من الشركات بعدم خضوعها لأي إجراء من إجراءات الشكل سواء الكتابة أو القيد في السجل التجاري أو الشهر.

2. 1. 1. الأركان الموضوعية لشركة المحاصة.

2. 1. 2. الأركان الشكلية لشركة المحاصة.

2. 1. 1. الأركان الموضوعية لشركة المحاصة

يعرّف الفقه شركة المحاصة على أنها شركة مستترة تنعقد بين شخص يتعامل باسمه مع الغير ، وشخص آخر أو أكثر، ويقدم كل منهم حصة من مال أو من عمل ، للقيام بعمل واحد أو عدد من الأعمال قصد اقتسام الأرباح والخسائر بين الشركاء [66]ص4. .

يتضح من هذا التعريف الفقهي الأركان الواجب توفرها في شركة المحاصة ونخصص لدراستها فرعين الأول للأركان الموضوعية العامة والثاني للأركان الموضوعية الخاصة، فشركة المحاصة تتوفر كأي شركة أخرى على كل الأركان الموضوعية الواجبة [67]ص258.

2. 1. 1. 1. الأركان الموضوعية العامة

تتمثل الأركان الموضوعية العامة في الرضا والسبب والمحل .

2. 1. 1. 1. 1 الرضا: لصحة العقد باعتباره توافق إرادتين على شيء التزام أو نقله ، ضرورة توافر الرضا ، بمعنى تطابق إرادة المتعاقدين ويجب أن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب وأن تتوفر في المتعاقدين الأهلية الكاملة .

وعليه فيجوز لمن وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد وبما أن شركة المحاصة تعد من شركات الأشخاص، يفهم أن شخصية الشركاء محل اعتبار فإن الغلط في شخصية الشركاء يسمح للواقع في أن يطلب إبطال العقد للغلط ، كذلك الأمر إذا تعلق الغلط بنوع الشركة ذلك لأن نوع الشركة هو من الصفات الجوهرية التي على ضوئها يقرر الشريك الدخول فيها .

كذلك يعتبر الرضا معيبًا إذا تعلق الغلط بطبيعة أو حقيقة الحصة التي يلتزم بتقديمها الشريك الآخر.

أما التدليس فهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد بحيث لو لاهما ابرم المدلس عليه العقد سواء أتاه المتعاقد الآخر أو المتعاقدون الآخرون أو جاءت من جانب الغير وعلم بها أو كان من المفروض أن يعلم بها المتعاقد أو المتعاقدون الآخرون .

غير أن بعض أحكام القضاء الفرنسي القديم كانت تشترط أن تقع الطرق الاحتيالية من جانب الشركة ككل أي من جانب كل الشركاء ما عدا ضحية التدليس وعلى ذلك كانت ترى هذه الأحكام أنه إذا وقع التدليس من جانب شريك واحد على فلي شركة تعدد الشركاء فيها فإن ذلك لا يبطل رضا الشريك ولا يؤثر في عقد الشركة وإنما يعطي الشريك الحق في رفع دعوى تعويض على المدلس [2]ص50.

أما الإكراه فهو عمل غير مشروع وحالاته نادرة في مجال الشركات[13]ص31 والإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فتدفعه إلى التعاقد بناءا على الرهبة التي يبعثها الإكراه في النفس فتحمله على التعاقد كمن يهدد شخصا آخر في حياته أو سلامة أعضائه أو ما يمس شرفه واعتباره بين الناس أو على وقوفه لانكسار إت مهنته تقتضي هذه الثقة كما في التجارة ، وقد تستعمل وسائل مشروعة في مظهرها كحبس شخص معين على الاشتراك في الشركة ، كما لو اتخذت إجراءا آخر في حالة اضطراب مالي، ومدين بديون حل أجلها وعلى وشك أن يتوقف عن دفع ديونه ولا يعلم بحالته هذه سوى الشخص الذي يطلب منه الاشتراك في الشركة فيهدده بطلب شهر إفلاسه إن لم يدخل معه شريكا في الشركة، هذه صورة من صور الإكراه التي يقع على النفس وتفسد الرضا وتجعل العقد قابل للإبطال .

هناك حالات ينعدم فيها رضاء الشريك ولا يقتصر الأمر عليها بإبطاله بعيب وهذا تتعرض الشركة للإبطال ويعتبر الرضا في حكم التعدم كمان غير متعلق بمحل الشركة أو تقويم الحصص ، كذلك يعتبر في حكم الرضا المنعدم ذلك الذي وقع بالفعل ولكنه كان على سبيل الصورية ويحدث ذلك كثيرا على سبيل التحايل لتكوين شركات وهمية أو ما يسمى بشركات الواجهة (Société de Façade)

تكون في حقيقة الأمر شركة بشخص واحد ولا يكون الطرف الآخر رضاؤه إلا صوريا ليعطي نوعا من الشرعية للشركة (في الشركات التي يتطلب بالأكثر من شريك كما هو الحال بالنسبة لشركة المحاصة)، ويجمع الفقه والقضاء على انعدام مثل هذا العقد .

من جهة ثانية لا بد أن تتوفر في المتعاقدين أهلية التصرف فعقد الشركة من العقود الدائرة بين النفع والضرر لأنه ينشئ التزامات ويرتب حقوق ، سواء فيما بين الشركاء أنفسهم أو مع الغير، لذلك يجب أن

تتوفر للشريك أهلية كاملة وهي بلوغ سن 19 سنة في القانون الجزائري وأن تكون خالية من موانع الأهلية فإذا انظم للشركة شريك ناقص الأهلية كانت باطلة بالنسبة له .

2. 1. 1. 1. 2. المحل : محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها في عقد الشركة يكون محلها هو المشروع الاقتصادي الذي يراد استثماره ويجب أن تكون مقومات محل عقد الشركة موجودة وداخلة في دائرة التعامل وان يكون العمل مشروعا وممكنا وقابلا للتقويم المالي .

ومحل شركة المحاصة كما يكون تجاريا قد يكون مدنيا وهذه خاصية تتميز بها شركة المحاصة دون باقي الشركات التجارية الأخرى فهي تكون شركة تجارية لا يسبب النظر لشكلها عدم وجود شكل لها- وإنما تكون تجارية بحسب موضوعها إذا كانت تجارية وتكون شركة محاصة مدنية إذا كان محلها أو موضوعها مدنيا، ولقد أقرالقانون التجاري الجزائري بهذا الأوضاع صراحة في الفصل التمهيدي المتعلق بالأحكام العامة للشركات التجارية [68]ص90 .

وذلك في المادة 544 فقرة الأولى على انه **"تحدد الطابع التجاري للشركة مهما يكن شكلها أو موضوعها "** ولذا تعد شركات تجارية بسبب شكلها مهما كان موضوعها: شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التضامن ، وشركات التوصية البسيطة ، وشركة التوصية بالأسهم ، وتعد شركات تجارية بسبب موضوعها شركات المحاصة فنطبق بشأن محل شركة المحاصة القواعد العامة وينص القانون المدني الفرنسي بصراحة على ذلك ففي المادة 1871 فقرة 02 منه تحيل على نص المادة 1833 قانون مدني المتعلقة بوجوب أن يكون محل الشركة مشروعا ، وعادة ما يكون محل شركة المحاصة من حيث استعمالاتها التطبيقية في الثلاث صور التالية [69]ص495 :

2. 1. 1. 1. 2. 1. التعاون فيما بين الشركات : لا جدال في أن هذه الصورة هي التي نجد فيها أكثر مثالا شيوعا على اسعمال شركة المحاصة ، فالشركات في إطار عملياتها المشتركة تجد أمامها العديد من الخيارات (فروع مشتركة ، شركات ذات مسؤولية محدودة ، تجمعات ...الخ [70] وعادة ما تفضل اللجوء إلى شركة المحاصة في المجالات التالية انجاز مشاريع بناء ضخمة ، انجاز مصانع (مفتاح في اليد)، شركات الإنتاج السينمائي الضخم ، ولعل اصدق مثال على ذلك يتمثل في مشروع النفق الأوروبي ، فإنجاز واستغلال النفق تحت بحر المانش عهد به إلى كل من الشركة الفرنسية (France – Manche) وهي شركة أسهم والشركة البريطانية (Chanel group limited)، هاتان الشركتان المتحصلتان على امتياز انجاز واستغلال المشروع ، اجتمعتا على أساس فرعين لشركة المحاصة هي (EUROTUNNEL) الشركتان كان لهما مجلس إدارة واحد تسيير واحد ، والمساهمين في إحدى الشركتين يكونون بالضرورة أصحاب أسهم في الشركة الثانية فكانت أسهمهم تشكل وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة ودخلت بورصتي باريس ولندن .

لكن حتى لا يتعارض هذا التركيب مع مبادئ القانون يجب أن تكون القيم من نفس الطبيعة (أسهم ، أسهم – شهادة استثمار ، شهادة استثمار)

2. 1. 1. 1. 2. 2 في إطار استقرار الملكيات الشائعة: بعض المؤسسات تكون في ملكية مشتركة للعتاد الثقيل الذي تستعمله بشكل مشترك مثلا طائرة في مجال شركات الطيران ، محطة تكرير نفط بخصوص شركات بترولية ، مركز تخزين بالنسبة لشركات التصدير والاستيراد هذه الشركات لم تلجأ في إطار الاستغلال المشترك إلى إنشاء شركات مقيدة في السجل التجاري لتكون بمثابة أساس قانوني لملكية هذه المعدات .

فنجدها تلجأ فقط لتحرير مكتوب يبين كيفية استغلال هذه المعدات فنكون بصدد تحليلين قانونيين ممكنين :

1)-إما أن تكون هذه المعدات مملوكة في إطار الشيوع.

2)- وإما أن تكون مستغلة في شكل شركة محاصة بين هذه المؤسسات.

2. 1. 1. 1. 2. 3. تمويل المشاريع التي يكون احتمال الخسارة فيها كبيرا

- الشراكة بين عدة بنوك وكذلك الشراكة بين عدة شركات تأمين :

عندما تكون العمليات المراد تمويلها ذات قيمة ضخمة تفوق المخاطر التي يمكن أن يتحملها بنك لوحده فتلجأ عدة مؤسسات مالية للاشتراك في إطار قطب بنكي (pool bancaire) الذي تختلف طبيعته القانونية حسب اتفاق الأطراف فيمكنه أن يعمل مثل شركة محاصة حقيقية أين يلعب رئيس البنكيين دور المسير [71]ص79 .

يمكن كذلك لعدد من المؤسسات المالية العمل بصفة مشتركة في إطار ما يسمى (syndicat) وهو -مصطلح منتقد – وهي شكل من الأشكال التي يمكن أن تكون عليها شركة المحاصة نفس الشيء ينطبق على شركات التأمين فيمكنها التجمع في إطار شركة محاصة عندما تكون المخاطر غير ممكنة التحمل من طرف شركة تأمين لوحدها لتشترك مقاول مع شريك موصى في العمليات التي تكتسي طابع المضاربة العالية:

فليس من النادر أن نجد شراكة بين مقاول يقدم صناعته أو بالأحرى مواهبه وشريك موصي يقدم أمواله، فنجد إذن الفرق بين الشركاء(الإيجابيين) الذين يقدمون عملهم ، والشركاء (السلبيين) الذين يقدمون أموالهم وفي بعض الأحيان يفضل اللجوء لأشكال اقل ظهورا فنعلم مثلا انه في عالم "show bisness" أو "sport business " نجد أن الدعاية لأحد المشاهير يتم تمويلها عادة من قبل أشخاص يفضلون البقاء في الخفاء (مجهولين) فهم يقدمون رؤوس الأموال للمكلف بالدعاية) (l'impresario ، والسؤال المطروح هنا هو من يعد من بينهم – أي المكلف بالدعاية وأصحاب الأموال – المسير للأرباح ؟ نجد أن كل واحد منهما يقدم شيء ما (المال بالنسبة لأحدهما)

و (العمل بالنسبة للطرف الآخر) وكذلك يشتركان في تقاسم الأرباح ولكن كذلك في الخسائر، فإذا تحول المشروع إلى كارثة فإن الشريك الموصي لن يفقد الأرباح فقط بل زيادة على ذلك سيفقد رأس ماله الذي ساهم به ، فنحن أمام وضعيتان متشابهتان(شركة محاصة أو قرض) في نهاية المطاف نية المشاركة هي التي تمكن من الفصل بين التكييفين (عقد القرض أو شركة المحاصة)، فإذا كان هناك تعاون فعلي وحقيقي ، أي الشريك الموصي يتدخل في سير الأعمال فإن هذا الاشتراك في التسيير يكون معلنا عن وجود شركة المحاصة, و حول هذا الموضوع: "**طعن حول إعادة تكييف طبيعة عقد قرض إلى شركة محاصة بسبب أن المقرض قام إلى جانب تقديمه حصص نقدية للشركة، قام بضبط الفواتير، دفع الخسائر، التعامل مباشرة مع الممولين للبضاعة، وكانت الشركة تستعمل بطاقته البنكية التي تحمل اسمه كما تعامل ببطاقات تحمل اسم الشركة المسماة . SALES MANAGES** .[72].

أما في الحالة العكسية أي إذا بقى الشريك الموصي في الخارج بصفة المتفرج (أو حتى المتتبع) ولم يتدخل في التسيير واكتفى بانتظار قفل الحسابات، فتكون لديه هنا نية المقرض وليس الشريك.

2. 1. 1. 1. 3. السبب:

كل التزام تعاقدي يجب أن يكون له سبب ويتعين عند البحث في سبب عقد الشركة أن نفرق بين سبب التزام الشريك الذي هو طبقا للمفهوم التقليدي لنظرية السبب في العقود التبادلية، هو التزام الشريك الآخر (أو الشراء الآخرين) بتقديم حصته فإذا (تخلف السبب لهذا المعنى ، وقع العقد باطلا ، أما سبب التزام الشريك طبقا للتصور الحديث للسبب ، فهو الباعث الذي دفعه على دخول الشركة أي تهدافا لتحقيق غرضها وهو بهذا المعنى سبب التزام الشريك هو رغبته في تحقيق واقتسام الأرباح وانه بهذا المعنى يكون مشروعا في كل تصور [2]ص52 ، وهذا الرأي ينتقد ذلك أنه حتى لو فهمنا السبب على هذا النحو فإننا لا نسلم بمشروعيته في كل تصور لأن الرغبة في الحصول على الربح ليست مشروعة في كل الأحوال إذ ترتبط مشروعيته في الرغبة لتحقيق الربح بمشروعية العمل أو مصدر الربح ، أما سبب عقد الشركة ، فحسب غالبية الفقه يجب أن يختلط بمحلها ذلك لأن السبب المباشر لقيام الشركة هو رغبة الشركاء في تحقيق أحد الأغراض أو استغلال مشروع معين استهدافا للربح وعلى ذلك فغرض الشركة أو محلها هو سبب عقدها [2]ص52 وتبعا لذلك متى كان غرض الشركة أومحلها غير مشروع فإن سببها يكون بالتالي غير مشروع ويبطل معه العقد .

2. 1. 1. 2. الأركان الموضوعية الخاصة

تتمثل هذه الأركان في تعدد الشركاء, و نية مشاركتهم في الشركة,و ركن تقديم الحصص,بالإضافة لركن اقتسام الأرباح و الخسائر, و نتطرق لها على النحو الآتي:

2. 1. 1. 2. 1. تعدد الشركاء

شركة المحاصة لا بد أن تتوفر على الأقل على شريكين سواء كانا شخصين معنويين أو طبيعيين [69]ص497.

فشركة المحاصة عبارة عن عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل على أن يقتسموا ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة فلا بد من وجود شخصين على الأقل في عقد شركة المحاصة سواء كانت شركة محاصة مدنية أو تجارية وهذا طبقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني (المادة 416 قانون مدني جزائري) .

2. 1. 1. 2. 2. ركن نية المشاركة

من الأركان الموضوعية الخاصة والتعليمية تأسيس شركة المحاصة نجد نية المشاركة ، والمقصود بنية المشاركة عقد الالتزام شركاء على المساواة بينهم في إدارة شركة وتحقيق أغراضها وقبول المخاطر والنتائج التي تسفر عنها، و الالتزام بالمشاركة وليد إرادة الشركاء والشركاء لأسلا يلتزمون إلا تحقيقها ، ونية المشاركة هي السبب المباشر الذي لا يختلف فيه من شريك إلى آخر في كل الشركات، أما الأسباب والدوافع الأخرى ، فلا أهمية لها في عقد الشركة .

وقوام هذه النية يتمثل في ثلاثة عناصر [14]ص39 :

أن الشركة لا تنشأ عرضا أو جبرا وإنما تنشأ بين أفراد لهم الرغبة في إنشائها ، فهي حالة إرادية قائمة على الثقة قصد تحقيق الهدف المنشود . **الأول:**

الثاني: وجود المظاهر الدالة على والتعاون الإيجابي بين الشركاء قصد تحقيق غرض الشركة كتقديم الحصص وتنظيم إشراف والإشراف عليها والرقابة على أعمالها وقبول المخاطر المشتركة التي قد تعترض المشروع.

الثالث : المساواة بين الشركاء في المراكز القانونية ، فلا توجد بينهم علاقة تبعية ، بحيث يعمل أحدهم لحساب الآخر كما هو الحال في علاقات العمل نجد تابع ومتبوع ، بل يتعاون الجميع في العمل على قدم المساواة قصد تحقيق الهدف المنشود من خلال الشركة[15]ص251. 252.

وركن نية المشاركة هو الذي يحدد الفرق بين شركة المحاصة وبعض العقود التي تشتمل هي الأخرى على المساهمة في الأرباح فنجد في بعض العقود شرط يلتزم أحد المتعاقدين يساهم في الأرباح التي يمكن أن يحققها الطرف الآخر هذه المساهمة في الأرباح لا تجعل حتما وجود لشركة، فعقد الشركة يفترض وجود شريكين لهما النية معا في تقديم الحصص والتعاون فيما بينهما على قدم المساواة ، فنية المشاركة تطغى على هذا الرضا ، ومن بين هذه العقود نذكر على الأخص :

1-عقد القرض من العقود التي تراوح اقتسام الأرباح فيه بسهولة عن شركة المحاصصة فيما إذا كان المقرض دائنا لمبلغ القرض ، فلا يساهم في الخسائر ويكون بصدد مقدم المال الذي يكون بإمكانه إما المطالبة بهذه الأموال بصفته دائن و إما أن يخسر بصفته شريك ، هنا لا بد من فحص نية الأطراف فيما إذا كانوا يعتبرون أنفسهم شركاء إذا ما قام مقدم المال بالإشراف ومراقبة استخدام الأموال المقدمة في تحقيق الأرباح [73] .

2- عقد العمل مع الاشتراك في الربح الذي يجعل من العامل شريكا :

هنا عندما يتعلق الأمر بالعمل الفكري للتسيير فإن الفصل بينهما صعب ، فمثلا المسير لفرع لشركة ما يمكن أن يكون دائنا كما يمكن أن يكون في نفس الوقت شريكا [74] ، هناك نقطتان تمكنان من التفرقة بين العقدين : في البداية يجب التركيز على المساهمة في الخسائر [75] لكن نضع جانب الاحتمال وجود شركة المحاصصة إن كان هناك مساهمة في الخسارة بنسبة بسيطة على رقم الأعمال لهذا يجب اللجوء لمعيار ثاني للتمييز بين العقدين ويتمثل في تميز عقد العمل بخاصية الارتباط والتبعية [76]ص492، وقد تم اللجوء في فرنسا لهذا المعيار حديثا (وأخرا في إطار علاقة شركات النقل مع السائقين العاملين لديها فقد تم على تقيمهم كشركاء في شركة محاصصة حتى تفلت من قسوة قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي[77]ص436 ، دون إنكار لاحتمال وجود شركة محاصصة حقيقية في هذه العلاقة) [78]ص409 .

كما قد يختلط عقد شركة المحاصصة مع عقد الوكالة بالعمولة ودائما نرجع لإهمال الفرق إلى تحليل العلاقات فيما بين الأطراف حيث يمكن اكتشاف نيتهم في المشاركة ، لكن لايجب الاعتماد دائما على التكييف الذي يعطيه الأطراف للعقد الذي عادة ما يكون مضللا .

2. 1. 1. 2. 3. ركن تقديم الحصص

كما هو الحال بالنسبة لباقي الشركات فلا يكفي لإبرام عقد شركة المحاصصة تعدد الشركاء بل لا بد على كل شريك أن يلتزم بتقديم حصته سواء كانت الحصة نقدية أو حصة عينية أو حصة عمل فلا يعد شريكا من لا يساهم في الشركة بنصيب معين وقد نصت على هذا الالتزام المادة 416 من القانون المدني الجزائري بنصها على " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال قصد اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة .

كما يتحملون الخسائر التي تنجر عن ذلك " لكن ما يميز شركة المحاصصة عن غيرها من الشركات أن الحصص المقدمة من قبل الشركاء لا تنتقل إلى ملكية الشركة ويرجع ذلك لانعدام الشخصية المعنوية ، فليس لها ذمة مالية تصب فيها هذه الحصص [17]ص166 ، لذا سنركز دراستنا في هذا الركن على النظام القانوني للحصص في شركة المحاصصة .

مـ فيقتأرضيتفي الأ الـ شركاء عل ـ ى النظ ـ ام القـ ـ انوني الـ ذي يـ سري عل ـ ى الحـ صص مـ ـ ا دام يـ ستحيل قانونا صيرورتها للشركة كما هو الحـ ـ ال فـ ي الـ شركات الأخـ رى ولا يخلـ و الحـ ـ ال مـ ن ثـ لاث قـ روض عـ ددتها المـ ـ ادة 1872 ن القـ ـ انون المـ دني الفرنـ سي [79]ص106وهـ ي أن المـ شرع يحـ تفظ كـ ل شـ ريك بملكيتـ ه للحـ صة إلـ ى المـ وثق يتفـ ق الـ شركاء علـ ى ملكيـ ة الحـ صص جميعـ ا علـ ى الشيوع.

الفرض الأول: احتفاظ الشريك بملكيته للحصة

وهو المبدأ ، وتنص عليه الفقرة الأ ى مـ ن المـ ادة 1872 مـ ن القانون المـ دني الفرنـ سي وفـ ي هـ ذا الفرض لا يتنازل الشريك المحـ اصـ ع ملكيتـ ه للحـ صة ، ولا يعنـ ي ذلـ ك للحـ مـ ن التزامـ ه بهـ ا ،وإنمـ ا يتعين عليه تقديمها في الميعاد أو عند تنفيذ الغرض الذي أنشئت لأ الـ شركة مـ ع احتفاظـ ه بملكيتـ ه لهـ ا ، و[80] تم تـ سليم الحـ مـ صفير المحاصـ ـ ة لتبقـ ى فـ ي حوزتـ ه حتى تنتهـ ي الـ شركة أو يتحقـ ق غرضها،ومتى كانـ ت الحـ صة مـ ن الأموال المعينـ ة بـ ذاتها فـ إن يـ د مـ دير المحاصـ ة عليهـ ا تكـ ون يـ د أمـ ين، يعاقب إن هو بددها .

ويرى الفقه عموما أنه متى كانت الحصة من الأموال المعينة بذاتها – كمنقول معين بذاته – كان للشريك المحاص استردادها من تفلسة مدير المحاصة في حالة إفلاس هذا الأخير باعتبار أنها لم تخرج من ذمـ ة الشريك .

ويرى الدكتور أبـ و زيـ د رضـ وان [2]ص316 أن تقريـ ر هـ ذا الحكـ م يتعـ ارض مـ ع ضـ رورة حمايـ ة الغيـ ر حـ سني النيـ ة الـ ذين تعاملوا مع حائـ ز المنقـ ولات المقدمـ ة كحـ صص وتبـ وا مـ واقفهم القانونية إزاءه على هذا النحو ، ويزيد تلك الخطورة أنه لا توجد وسائل لإشهار الكيفية القانونية لحيـ ازة مدير المحاصـ ة لهـ ذه المنقـ ولات من ناحيـ ة أخرى، فـ إن السماح للـ شريك المحـ اصـ باسـ ترداد الحـ صة مـ ن تفلسة مدير المحاصة يعني أن شركة المحاصة تختلط تماما مع الوكالـ ة بالعمولـ ة وتجعل مـ دير المحاصـ ة في ذات المركز القانوني للوكيل بالعمولة ، حيث يجيز المـ شرع فـ ي المـ ادة 379 ن القانون التجـ اري مـ صري استرداد المنقولات المودعة لدى الوكيل بالعمولة على سبيل الوديعة ، أو بغرض بيعها على ذمة مالكها ، ومن المعروف أن السماح بالاسترداد في حالة إفـ لاس الوكيـ ل بالعمولـ ة قـ د تقـ رر اسـ تثناء علـ ى مـ ـ ا كانـ ت تقتضيه نظرية الظاهر في حماية الغير حسن النيـ ة ، لـ ذلك يـ رى الـ دكتور أنـ ه يتعين تـ رجيح جانـ ب الغيـ ر حسن النية ممن تعاملوا مع المدير ورتبوا مواقفهم على حيازته لهذه المنقولات .

ويقتضي ذلك في رأيـ ه رفـ ض طلـ ب الاسـ ترداد جانـ ب الـ شركاء مـ الكي الحـ صص ، كمـ ـ ا أن هـ ذا الأمر تقتضيه حسبه ضرورة التفرقة بين شركة المحاصة من ناحية والوكالـ ة بالعمولـ ة مـ ن ناحيـ ة أخـ رى ويرى أيضا في هذه النقطة وجوب التفرقة بين علاقة الـ شركاء بمـ دير المحاصـ ة وبـ ين علاقـ ة هـ ذا المـ دير بالغير ، فإن كان يمكن القول أنه في علاقة الشركاء في شركة المحاصة يعتبر كـ ل شـ ريك بمثابـ ة الوكيـ ل

عن الآخرين وتكون حيازته للحصص أمانة مهم بمثابة الوديعة ،أما أمام الغير فيعتبر مدير المحاصة بمثابة المالك لهذه الحصص مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وربما كان القانون الألماني هو الذي أخذ بهذا الشأن إذ تقضي المادة 335 من القانون التجاري الألماني بأن الحصة المقدمة من أحد الأشخاص في تجارة يمارسها الغير تدخل ذمة هذا الشخص نتيجة ذلك ، وبالنتيجة في حالة إشهار إفلاس المحاصة فإن مقدم الحصة ليس له إلا التقدم في التفليسة كدائن .

الفرض الثاني: انتقال ملكية الحصص إلى مدير المحاصة

نصت على هذا الفرض الفقرة الرابعة من المادة 1872 من القانون المدني الفرنسي وفي هذا الفرض يتفق الشركاء على نقل ملكية الحصص إلى المحاصة الذي يتولى استغلالها لصالح المشروع المشترك، ويتعين إتباع إجراءات نقل الملكية المقررة قانونا ، فإذا تعيّنت الحصة عقارا تعين إجراء التسجيل ، وان كانت منقولا ماديا، وجب التسليم الفعلي وهكذا ، ويلتزم مدير المحاصة،الذي يصبح مالكا للأموال المقدمة بأن يرصد هذه الأموال لخدمة غرض الشركة[81]ص104،ولا يجوز أن يتصرف فيها وللاحتياط يجوز للشركاء أن يضمنوا اتفاق نقل الملكية إلى مدير المحاصة شرط المنع من التصرف وهذا أمر جائز بما لهم من مصلحة مشروعة ، كما أن سريان الشرط محدود بأجل الشركة .

ويقرر القضاء الفرنسي تطبيق قواعد خيانة الأمانة على المدير إن هو بدد الحصص أو شغلها لصالحه الخاص ، غير أن الغير الذي يتعامل مع مدير المحاصة له أن يعود على هذه الملكية، ويكون له الحق في التنفيذ على تلك الأموال لاقتضاء حقه هنا ، كما أنه في حال إفلاس المدير تحول هذه الأموال ضمن أصول تفليسته لتصبح تحت تصرف جماعة الدائنين .

الفرض الثالث: ملكية الحصص على الشيوع

نصت على هذا الفرض الفقرة الثالثة من المادة 1872 من القانون المدني الفرنسي وفي هذا الفرض الأخير يتفق الشركاء على أن تكون الحصص التي تقدموا بها ، مملوكة لهم على الشيوع، وأن يكون هذا الاتفاق صريحا، إذ أن الشيوع لا يمكن افتراضه في شركة المحاصة حيث الأصل أن يظل كل شريك محتفظا بملكيته لحصته وذلك لانعدام الشخصية المعنوية للشركة, و حدده أيضا استئناف الإسكندرية (الدائرة التجارية،26 /1956/60 ، المجموعة الرسمية ، سنة 1971 .

ومع ذلك يرى بعض أحكام القضاء الفرنسي أنه يمكن افتراض ملكية الحصص على الشيوع في حالة ما إذا كانت الشركة قائمة أساسا بغرض شراء إحدى السلع ذات القيمة الهامة كالمجوهرات لبيعها فيما بعد [82].

ومتى كان هنالك اتفاق تعين تطبيق أحكام الشيوع [79]ص107 .

وعلى ذلك لا تكون الحصص مملوكة لمدير المحاصة أو لأي من الشركاء وإنما يكون لكل منهم نصيب -يحدده الاتفاق- يقع على كل الحصص وينبني على ذلك أنه لا يجوز لدائني مدير المحاصة التنفيذ على هذه الحصص التي لا تدخل ذمته ، وإذا أفلس فلا تدخل ضمن أصول جماعة الدائنين غير أنه يجوز لدائني الشريك ، وأيضا لدائن مدير المحاصة التنفيذ على نصيب مدينهم في المال الشائع .

نشير إلى أن العقد المبرم بين الشركاء هو الذي يتضمن حل هذه المسألة أي اختيار أحد الفروض الثلاث السابقة الذكر [83]ص201.

2. 1. 1. 2. 4. ركن اقتسام الأرباح و تحمل الخسائر

يتمثل هذا الركن في رغبة الشركاء في جني الأرباح عن طريق استغلال المشروع وقابلية كل شريك لتحمل نصيب من الخسائر الناتجة عن استغلال المشروع.

فيجب أن يساهم الشركاء جميعا في الأرباح والخسائر ، والشركاء أحرار في تحديد أنصبتهم في الأرباح والخسائر ، فلا يشترط أن تتساوى نسبة الشريك في الأرباح مع نسبة اشتراكه في الخسائر أو أن يكون نصيب كل من الشركاء في الأرباح بنسبة حصته في رأس المال المهم أن يتحمل كل شريك نصيبا في الأرباح والخسائر أيا كان هذا النصيب ، بشرط أن يكون نصيب الشريك في الربح أو الخسارة تافها لدرجة يتبين معها أنه صوري . [84]ص201.

ولقد نصت على هذا الركن المادة 425 من القانون المدني الجزائري بنصها على: " إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال .[85]ص36.

فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الأرباح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة.

وإذا كانت حصة احد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل وفقا لقيمة ما قدمه فوقه ".

كل هذا مع مراعاة نص المادة 426 من نفس القانون التي تنص على ما يلي : " إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا " .[11]ص288

2. 1. 1. 2. 4. 1. اقتسام الأرباح

يقتضي هذا الركن أن يشترك كل شريك في الحصول على نسبة من أرباح الشركة ، ولا يجوز استبعاد أي شريك أو حرمانه من الحصول على نسبة من الأرباح ، وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق بين الشركاء على منح بعضهم أو بعضهم جميع أرباح الشركة كما لا يجوز الاتفاق على حصول أحد الشركاء أو بعضهم على نسبة ثابتة من حصتهم كربح تحدد مقدما سواء حققت

الشركة أرباحا أو لم تحقق،على ان هذا طبلأحكام القانون المدني الجزائري يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة مقابل عمله (المادة 426 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري) .

2. 1. 1. 2. 4. 2. ساهمة في تحمل الخسائر: أن يساهم كل شريك في خسائر الشركة، ومساهمة الشريك في الخسائر هو الذي يميز الشركة عن العقود الأخرى، وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك من الاشتراك في الخسائر بصفة مطلقة.

كما لا يجوز الاتفاق على حق أحد الشركاء في استرداد حصته كاملة خالية من أي خسارة عندنهاية الشركة ، ولكن يجوز أن يؤمن أحد الشركاء ضد خطر الخسارة لدى شخص أجنبي عن الشركة ، و لا يشترط أن يكون نصيب الشريك في سائر الشركة كنسبة حصته فيها بمقدار يعادل نصيبه في الأرباح، تتم المساهمة في الخسائر عند نهاية حياة الشركة ما عدى وجود شرط في العقد التأسيسي بنص على خلاف ذلك [85].

2. 1. 1. 2. 4. 3. شرط الأسد: مما سبق أنه لا يجوز أن يتضمن عقد الشركة شرطا يقضي بعدم مشاركة أحد الشركاء في أرباح الشركة في خسائرها ويسمى هذا الشرط بشرط الأسد ويوجد في عقد شركة إلى بطل الشركة ذاتها لأنها لي هذه الحالة تفقد ركنا موضوعيا خاصا.

حقيقة وإن كانت المادة 426 القانون المدني الجزائري تقضي وازالاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من تحمل الخسائر بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله إلا أنه هذا النص لا يعتبر استثناء من مبدأ تحريم شرط الأسد بل يعد على العكس تبنيا لهذا المبدأ ذلك أنه إذا اشترط إعفاءه من الخسائر وخسرت الشركة يكون قد خسر مقابل ما قدمه من جهد على الأقل [13]ص53 ، ويشترط لجواز الاتفاق على إعفاء الشريك بالعمل من الاشتراك في تحمل الخسائر شرطان :

الشرط الأول: ألا يتقاضى الشريك مقابلا ثابتا عن عمله.

الشرط الثاني: ألا يكون الشريك قد قدم إلى جانب الحصة عمل، حصة أخرى نقدية أو عينية،لأن النص صريح في جواز هذا الاتفاق بالنسبة للشريك الذي لم يقدم في الشركة غير عمله.

ونجد المشرع الفرنسي ينص صراحة على وجوب اسبعاد مثل هذا الشرط في شركات المحاصة بحيث تحيلنا الفقرة الثانية من المادة 1871 قانون مدني فرنسي إلى تطبيق ق ن ص المادة 1844 الفقرة الأولى والثانية والخاصة بعدم جواز تضمين عقد الشركة شرط الأسد [17]ص165 .

2. 1. 1. 2. 4. 4. قواعد توزيع الأرباح والخسائر

الغالب أن يتفق الشركاء في عقد الشركة على قواعد توزيع الأرباح والخسائر، ولا يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يكون التوزيع متساويا أو أن يكون بنسبة الحصص، بل للشركاء الحرية في تحديد طريقة التوزيع, فقط يشترط ألا يخفي اتفاقهم شرطا من شروط الأسد.

وعند عدم النص في عقد الشركة على قواعد توزيع الأرباح والخسائر يجب إتباع القواعد القانونية العامة في هذا الشأن، وهي القواعد التي نصت عليها صراحة المادة 425 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر.

ومسألة توزيع الأرباح والخسائر في شركة المحاصة أمر يخص الشركاء وحدهم ، ولا شأن للغير بها ، حيث لا يكون له إلا الرجوع على من تعامل معه شخصيا ، ويكون لهذا الشريك أن يرجع على زملائه المحاصين بقدر نصيبهم .

ويكون توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء على ضوء الشروط الواردة بالعقد وذلك طبقا للأحكام العامة في توزيع الأرباح والخسائر بوجه عام، وعلى ذلك لا يجوز حرمان أحدهم منها أو اسدتئثار وحده بها وإلا بطل عقد الشركة ، ذلك لأن ركن نية المشاركة ركن جوهري في الشركة بوجه عام-يجب احترامه في هذه الشركة .

الأصل أن يتحدد نصيب الشريك في الخسارة بقدر ما قدمه من حصة وإنما يسأل عن الخسائر التي منيت بها الشركة وبتوزيعها عليهم ولو جاوزت ما قدموه في رأس المال [2]ص 326، غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على تحديد مسؤولية أحدهم أو بعضهم بحيث لا تجاوز الخسائر أنصبتهم في رأس المال ، وهذا يقال أن الشركة هي شركة محاصة بالتوصية [2]ص326 إلا أنه نظرا لانعدام شخصية الشركة ، فإن كل شريك يبقى مالكا لما قدمه، ويقتصر الأمر على تسوية الحساب حتى يتحدد نصيب كل منهم في الربح و الخسارة .

2. 1. 2. الأركان الشكلية

نقف هنا عند أهم مميزات شركة المحاصة وهو عدم خضوعها لأي إجراء شكلي، ذلك أن الإشهار عن شركة المساهمة للغير يتعارض وطبيعتها كشركة مستترة لا وجود لها على السطح القانوني وهو الأمر الذي أتت به المادة 795 مكرر2 من القانون التجاري الجزائري والتي تنص "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير وهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا تخضع للإشهار ، ويمكن إثباتها بكل الوسائل .

ولا تطبق أحكام الفصل التمهيدي وأحكام الباب الأول وأحكام الفصل الرابع من هذا الكتاب على شركات المحاصة ".

وهو نفس ما جاءت به المادة 1871 قانون مدني فرنسي بنصها:

"les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée , elle est dite alors société en participation , elle n'est pas une personne morale , et n'est pas soumise à publicité : elle peut être prouvée par tous moyens "

هذا يؤدي بنا إلى استنتاج أنّ الشركاء يرملزمون بعقود تأسيسية مكتوبة للشركة وإن كان يفضل اتخاذ مثل هذا الإجراء سواء في الإثبات أو على الصعيد الجبائي [79]ص102 .

مما يجعلنا هذا النوع من الشركات جائزا بالقرائن والبنية ولو انعدم هناك مبدأ ثبوت بالكتابة الأمر الذي يفسر أنالاتفاقيات الخاصة بإنشاء هذا النوع من الشركات عادة ما تكون شفهية الثقة أو العلاقات العائلية أو الصداقة التي تجمع بين الشركاء .

غياب الأركان الشكلية يمنح لشركة المحاصة إمكانية أن تكون لمدة غير محددة وهو ما يدفع المتعاملين إلى اللجوء لمثل هذا النوع من الشركات.

هذا الأمر يشكل خروجا عن نص المادة 418 قانون مدني جزائري والتي تقابلها المادة 1835 من القانون المدني الفرنسي ، فشركة المحاصة يمكن أن تؤسس دون أن يتم كتابة العقد التأسيسي لها ، لذلك فإثبات وجودها يتم بجميع الوسائل حتى ولو كان لها طابع مدني (المادة 1871 من القانون المدني الفرنسي والمادة 795 مكرر2 القانون التجاري الجزائري)بالإضافة إلى ذلك أنهذه الشركة لا تخضع للشهر فهي معفية منالقيد في السجل التجاري ، ويتساءلالأستاذ (GUYON) [1]ص571عن مدى هذا الإعفاء ؟ ويجأنده في الواقع قبل صدور قانون 4جانفي 1978 كان المشرع الفرنسي كان يستعمل صيغة أكثر فاعلية : " شركة المحاصة التي لا يجب أن تظهر للغير (قانون 24 /7/ 1966 المادة 419 الذي تم إلغاءه) نستنتج من ذلك رغم أنّ تعبير محل نظر ، أنّ شركة المحاصة لها طابع مستتروبالظهور للجمهور تتحول إلى شركة من شكل آخر أو،ا الصيغة المستعملة من طرفالمادة 1871 جعلت بعض الأساتذةيقررون عدم وجود ما يمنعهذه الشركة أن تظهر بالكامل للغير بطرق أخرى غير الشهر القانوني ، فالقانون يعترفبوجود شركة محاصة ظاهرة تمام لهذا ما ذهب إليه الأستاذان (RIPERT) و (ROBLOT) حيث خلصا من إلغاءالمادة 419 ص المادة 1871 قانون مدني فرنسي- في صياغتها الجديدة - إلى أن المشرع الفرنسي يعترفوجود نوعين من شركات المحاصة :

1-شركات المحاصة المستترةتجدها في الحالات العادية أين الغير لا يعلم إلا بمن يتعامل معه ولا يدري شيئا عن باقي الشركاء المحاصين ولا يمكنللغير الوقوع على هؤلاء فتحفظ الشركة بطابعها المستتر إذا ما تصرفأحد الوكلاء باعتباره وكيلا عن الشركة دون أن يعلن عن صفته

كشريك[86]ص300 ، فيبقى المسير هو الوحيد المسئول في حالة ما إذا علن عن وجود الشركة دون اتفاق مع الشركاء .

2- شركات المحاصة الظاهرة : يضم هذا النوع كل الوضعيات التي لا تحترم فيها الإجراءات الشكلية ، خاصة في مجال الفلاحة وفي العلاقات العائلية، والتي يقوم فيها شخصان فأكثر تجنيد أموال مشتركة من أجل تحقيق مشروع اقتصادي على مرأى ومسمع الغير دون القيام بأي إجراء من إجراءات الكتابة أو الشهر المطلوبة لمنح التجمع الشخصية المعنوية، وفي هذه الحالة وعكس حالة الشيوع التي تنتهي مهامها بعد مرور 5 سنوات ، فإن شركة المحاصة بهذا الشكل يمكن إنشاؤها لمدوم لزمن غير محدد مما يمنح الشركاء مجال عمل وديناميكية أكثر وأكبر فعالية من الشيوع، ويضيف الأستاذان أن هذه الوضعية تجعل من الصعب التفرقة بين شخصان في شركة محاصة ظاهرة وشخصان يتصرفان كشركاء دون أن يكونا قد عبرا عن إرادتهم في إنشاء شركة الأملاك وذلك جعل المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي وتوسيع تطبيق أحكام الفصل الخاص بشركات المحاصة على شركات الواقع .إلا أن الأستاذ (Y.GUYON) ينتقد هذا الرأي فتنظيم شركة المحاصة يسمح لها أن تكون فعلا ظاهرة ، فعادة ما يكون المسير سيء النية تجاه الشركاء، رغم إمكانية شهر الشركة للغير دون أن تفقد طبيعتها إلا أن المصطلحات المستعملة من قبل قانون 1978 تسمح باستخلاص أن الأمر يتعلق بوضعيات استثنائية تتمثل في تضاعف المحاصة بملكية شائعة، لكن حتى في هذه الحالة تبقى المشاكل حادة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى شركة المحاصة الظاهرة لا تقدم أي فائدة لأنها تفرض التزامات ثقيلة جدا شأنها شأن الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية دون أن تمنح للشركاء المزايا التي تمنحها هذه الأخيرة .

نستنتج مما سبق أن شركة المحاصة ليست شركة غير خاضعة لإجراءات الشهر فقط ولكن أيضا لا بد أن لا تنكشف للغير .

وتجدر الإشارة إلى استثناء وحيد لما سبق الذكر في القانون الفرنسي ويتمثل في شركات المحاصة التي لها كمحل القيام المشترك بمهنة حرة ، فهي تستجيب في هذه النقطة لقاعدة استثنائية حيث أن المرسوم رقم 93 /358 المؤرخ في 11 مارس 1993 والذي جاء تطبيقا لأحكام قانون 31 ديسمبر 1990 والمتعلق بشركات المهن الحرة (وهذا في المادة 22 فقرة 03 من هذا القانون) نجد المادة 44 وما بعدها من المرسوم السابق الذكر تخضع هذا النوع من الشركات لإجراءات الشهر وخاصة الإعلان عنها في جريدة خاصة بالإعلانات القانونية[87]ص299.

وقد أثارت مسألة إمكانية إثبات شركة المحاصة بجميع الطرق جدلا فقهيا في مصر لغياب نص صريح بعكس ذلك (مثلما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع الجزائري بنصه صراحة في المادة 795 مكرر02 من القانون التجاري على هذه الإمكانية وكذلك فعل المشرع الفرنسي في المادة 1871 من

قانونه المدني)[1] في مصر اضطراب في الفقه وأحكام القضاء المصري ومرد ذلك إلى التناقض الظاهر في نصوص المواد 63-64 من المجموعة التجارية المصرية ،فبينما تضع هذه المادة الأخيرة (64) قاعدة أساسية مفادها أنه لا يلزم في شركات المحاصة إتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى، ومن ثم لا تعتبر الكتابة ركنا فيها ويجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، ما دام الأمر كذلك بينما نجد أن المادة (63) سبق لها أن حددت وسائل إثبات شركة المحاصة إذ نصت على **" يجوز إثبات وجود شركات المحاصة بإبراز الدفاتر والخطابات "**

ولقد ذهب البعض من الفقه المصري وكثير من أحكام القضاء استناد إلى نص المادة 63 تجاري إلى القول بأنه لا يجوز إثبات شركة المحاصة بغير الدفاتر والخطابات ، ومن ثم لا يقبل إثباتها بالبينة والقرائن بحسبان أن ما جاء بنص المادة 63 قد ورد على سبيل الحصر ، والنص على جواز إثباتها بالدفاتر والخطابات يعني نفي إمكانية إثباتها بوسائل أخرى ، كما أن المشرع بما نص عليه في المادة السابقة لم يشأ أن يجعل إثبات شركات المحاصة تحت رحمة الشهود ، بيدا أن غالبية الفقه وأحكام القضاء المصري سيما قضاء النقض ، ذهبت إلى عكس هذا الرأي ، ورأت في تعداد المادة 63 تعدادا غير مانع أو جامع ، فهو تعداد على سبيل المثال ما والنص على الإثبات بالدفاتر والخطابات إلا من قبيل ذكر وسائل الإثبات الأكثر شيوعا في هذه الشركات [2]ص314، وعلى ذلك يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات سواء أكانت دفاتر أو خطابات أو بينة أو قرائن وإقرار ، وقد أقر ذلك مشروع قانون الشركات المصري في المادة 165 التي نصت على جواز إثبات هذه الشركة بجميع طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية ، وهذا ما تذهب إليه التشريعات العربية المقارنة، كالقانون التجاري الجزائري في المادة 795 مكرر2 ، القانون السوري م 333ق تجاري ، والمادة 58 من قانون الشركات الكويتي ، والمادة 249 من القانون التجاري اللبناني [11]ص403.

وهذا الأمر حسب غالبية هذه التشريعات تقتضيه طبيعة هذه الشركة باعتبارها شركة خفية قائمة فقط بين الشركاء ولا تخضع بطبيعتها لإجراءات للشهر والعلانية .

ويذهب الفقه المصري إلى اعتبار جواز إثبات شركات المحاصة بكل وسائل الإثبات أمر خاص بشركات المحاصة التجارية فقط ،أما فيما يتعلق بشركات المحاصة المدنية فيلزم لصحتها ، أن يكون عقدها مكتوبا ، ذلك أن نص المادة 507 من القانون المدني المصري تنص على أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا " دون أن يستثني شركات المحاصة، ومع إطلاق هذا النص فإن الشركات المدنية عموما بما فيها شركات المحاصة يجب لوجودها أن يكون عقدها مكتوبا ومتى كانت الكتابة لازمة لوجود الشركة فإنها تكون كذلك لازمة لإثباتها مهما كانت قيمة موضوعها أي ولو كان محل الشركة أقل من النصاب المقرر في القواعد العامة لجواز الإثبات بغير الكتابة [88]ص309 .

وإذا أخذنا بهذا الرأي نجد أن نفس الشيء ينطبق على شركات المحاصة المدنية في القانون الجزائري ، فالمادة 418 التي هي نفسها المادة 507من القانون المصري لم تستثني شركات المحاصة من إطلاق هذا النص ، ويدعم هذا الرأي أن نص المادة 795مكرر 2 قانون تجاري جزائري إضافة لورودها في القانون التجاري فهي تستثني من التطبيق على شركات المحاصة أحكام الفصل التمهيدي والباب الأول والفصل الرابع من القانون التجاري مما يؤدي إلى القول أن أحكام المادة 795مكرر 2 تنطبق على شركات المحاصة التجارية، أما المدنية فتبقى خاضعة لنص المادة 418 من القانون المدني الجزائري وإن كان ذلك يتعارض مع طبيعتها كشركة محاصة، بغض النظر عن موضوعها المدني . أما المشرع الفرنسي فقد عالج هذا الأمر بإدراجه نصا عاما في القانون المدني وهو نص المادة 1871 وهو نفسه نص المادة 795مكرر 2 قانون تجاري جزائري لكن ورود نص المادة 1871 في القانون المدني الفرنسي يجعل منها نصا عاما يحال للتطبيق على شركات المحاصة المدنية والتجارية وهو الرأي الذي يبدو أكثر منطقيا بالنظر لطبيعة شركة المحاصة إلا أنه يمكن إبداء وجهة نظر أخرى في هذا السياق مفادها أن المشرع الجزائري حصر شركات المحاصة في شركات المحاصة التجارية ولم يتطرق لشركات المحاصة المدنية بدليل عدم تخصيص نص بذلك في القانون المدني .

ونعرض الآن نماذج لعقد شركات المحاصة [88]ص330- 334.

نماذج لعقد شركة المحاصة في حالة كتابته :

1- عقد شركة محاصة – لعملية واحدة -

أنه في يوم :

حرر هذا العقد بين كل من :

أولا (أ) : بن بن: ومهنته :

وجنسيته : ومقيم :

طرف أول :

ثانيا (ب) : بن

طرف ثاني:

قد اتفق المتعاقدان على تكوين شركة محاصة فيما بينهم بالشروط الآتية:

1-تحديد العملية: يقر الطرف الأول على انه تعاقد مع شركة ....إلكائن مركزها بـ .....على استيراد ألف متر حرير حسب العينة .....

الموجودة تحت والتي اطلع عليها الطرف الثاني بسعر إجمالي قدره..... عن الصفقة جميع ما يخلاف مصروفات الشحن والتأمين والجمركة، سليم ميناء....ويبت..صل هذه البضاعة حوالي

..... وقد اشترط دفع ثمنها بالكيفية الآتية .....،.....دفع فعلا م ن ط رف الأولللا شركةوق ت التعاقد بتاريخ ..... باقي الثمن فتح به اعتماد عن طريق بنك..... ب.....

2-طريقة دفع الثمن قبل (ب) أن يدفع لـ(أ) ثم ن البـ ضاعة الموضـ حة بالمـ ادة الـ سابقة وقـ د دفـ ع لـ ه فعلا وقت التوقيع على هذا العقد مبلغ.....عبارةعن نصف جميـ ع المبـ الغ التـ ي دفعـ تـم ن (أ)حتـ ى الآن.

وقد تعهد (ب) بان يدفع له أيضا النصف في جميع المصرفات التي تستجد والمتعلقة بهذه العملية وللتي تستحق الدفع مستقبلا .

3- طريقة بيع البضاعة :عند ورود البضاعة يتولى الطـ رف الأولبيعهـ ا باسـ مه خاصـ ة وتحـ تإشـ راف الطرف الثاني على أن لا يقل سعر البيع عن متوسط سعر الجملة في أسواق الجمهورية وقت البيع -وفي حالة تعذر تصريف كل هذه البضاعة أو جزء منها في ظرف ..... شهرين تاريخ وصـ ولها تقـ سم عيـ ذ ا ومناصفة بين الطرفين أو تباع بالمزاد العلني بالطريقة التي يتفقان عليها .

4- الأرباح والخسائر: توزع الأرباح والخسائر بين الطرفين بنسبة..... في المائة للطرف الأول و .... في المائة للطرف الثاني .

5- النزاع بين الشريكين : كل نزاع ينشأ بين الشريكين أو بـ ين أحـ دهما وورثـ ة الآخـ ر أو ممثليـ ه خـ اص بأي شرط من شروط هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص محكمة .....

6- نسخ العقد: تحرر هذا العقد من نسختين بيد كل من الطرفين واحد منهما للعمل بموجبه

2-عقد شركة محاصة - لعدة عمليات-

أنه في يوم :

حرر هذا العقد بين كل من :

أولا (أ) : بن : بن: ومهنته

وجنسيته : ومقيم : طرف أول

ثانيا (ب): بن طرف ثان

ثالثا (جـ) : بن طرف ثالث

قد اتفق المتعاقدان على تكوين شركة محاصة فيما بينهم بالشروط التالية:

1- غرض الشركة: شراء..... وبيعها بالنقد لتجار الجملة

2- التعامل باسم الشركة : تكون جميع المعاملات والتعاقد عن الشركة باسم الطرف الأول وحده وبإرشاد باقي الشركاء ، وتحت إشرافهم

3- مركز الشركة: مركز الشركة بشارع .....ببلدية .....بولاية .....ولا يجوز نقله إلا باتفاق الشركاء .

4- الأرباح والخسائر : تدفع أثمان المشتريات من الشركاء مثالثة وتوزع الأرباح والخسائر بينهم بهذه النسبة أيضا بمجرد تصفية كل عملية مباشرة على أن تستنزل من أثمان البيوع المصروفات من أي نوع كانت .

وفي حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع نصيبه أو جزء منه في ثمن إحدى العمليات أو خسارتها لزمته فوائد المبالغ المستحق دفعها بواقع المائة سنويا من تاريخ استحقاقها دون حاجة لتنبيه أو إذار فضلا عما يترتب على ذلك من تعويضات.

5- مدة الشركة وانتهاؤها تبقى الشركة قائمة طالما بقي الشركاء متفقين على ذلك وتفسخ عند إخطار أحدهم الآخرين بخطاب موصى عليه برغبته في الانفصال وكذا عند وفاة أحدهم أو فقدان أهليته على أن تصفى العمليات التي تمت فعلا قبل ذلك.

6- حظر منافسة الشركة: محظور على كل شريك أن ينافس الشركة بالقيام بأي عمل من أعمالها وإلا حق لباقي الشركاء مطالبته بالتعويضات الناتجة عن تصرفه هذا.

7- النزاع بين الشركاء : كل نزاع ينشأ بين الشركاء أو بينهم وبين ورثة أحدهم أو ممثليه خاص بأي شرط من شروط هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص محكمة .

8- نسخ العقد: تحرر هذا العقد من ثلاث نسخ بيد كل من الشركاء واحدة للعمل بموجبها

9- أتعاب العقد : أتعاب هذا العقد تحتسب ضمن المصروفات العامة .

من هذا المبحث أيضا يبدوا لنا جليا النتائج التي تترتب على افتقار شركة المحاصة للشخصية المعنوية، فهي الشركة الوحيدة التي لا يخضعها القانون لإجراءات الكتابة والشهر ، ويدعم هذا الاستنتاج أن باقي الأركان التي ليست لها علاقة باكتساب الشخصية المعنوية نجدها في شركة المحاصة كما نجدها في باقي الشركات تماما.

2. 2. تنظيم وعمل شركة المحاصة وانقضائها

بشكل إجمالي بنية شركة المحاصة مماثلة لبنيةالـ شركات المتمتع ةبالشخ صية المعنوي ةغير أن ه في بعض النواحي عمل شركة المحاص ةأكث ربـ ساطةومرونة م ع الـ شركات ذات الأش كال الأخ رى فهذ ا بإمكان المتعاقدين استعمال كل ما تتمتع به التقنيات التعاقدية من مرونة .

م ن جواز بأخ رىشتخركةفـ المحاص ة لـ بعض المعوق ات الناتج ة ع ن ع دم تمتعه بالشخ صية المعنوية وطابعها المستتر المضى وحسب الحالات وخاصة حسب أهمية مدة التعاون يمك ن ت رجيح كف ة إيجابيات هذا النوع من الشركات على سلبياته أو العكس .

ونتطرق في هذا القسم إلى:

2. 2. 1. عمل شركة المحاصة فيما بين الشركاء

2. 2. 2. عمل شركة المحاصة في مواجهة الغير .

2. 2. 3. انقضاء شركة المحاصة.

2. 2. 1. عمل شركة المحاصة فيما بين الشركاء

فيما بين الشركاء الشركة تسير أو تعمل وفق الشروط المحددة من طرف عقد الشركة وفي حال ة غياب النص تتصرف كشركة مدنية أو كشركة تضامن وهذا م ا ن صت علي ه ص راحة الم ادة 1871 -1 من القانون المدني الفرنسي.

كالعادة نحدد التزامات وحقوق الشركاء .

2. 2. 1. 1. حقوق الشركاء

نتطرق من خلال هذا الفرع إلى حقوق الـ شركاء الشخ صيةوحق وقهم الجماعي ة و ه ذا عل ى النح و الآتي:

2. 2. 1. 1. 1. الحقوق الشخصية

تذكرنا بحقوق الشركاء في شركة التضامن أو الشركات المدنية.

فنظريا لكلواحد من الشركاء حق تسيير الشركة ، عملي ا ه ذا الح لا يمك نالأخ ذبـ ه كون ه تج ر عنه صعوبات لا يمكن تداركها.

في الواقع كل واحد من الشركاء عليه التصرف باسمه الخاص وليس باسم الشركة التي لا يجب أن تكشف للغير، ثم عليه أن ينقل لبقية الشركاء الأرباح الناتجة عن العقود المبرمة ، إذن من الأفضل تعيين

المسير الذي قد يكون من الشركاء أو من الغير الذين لا يتدخلون بصورة مباشرة في التسيير ، ويكتفون بالمراقبة عن طريق معاينة الحساب العام الموضوع من قبل المسير .

الشركاء لهم الحق في جزء من الأرباح المحققة من طرف الشركة وحصة كل واحد منهم محددة من قبل النظام الأساسي، وفي حالة عدم وجود النص تطبق القواعد العامة في القانون المدني وتقسم وفقا للحصة المقدمة في الشركة، و يكون توزيع الأرباح عند انتهاء نشاط الشركة .

- للشركاء حق التنازل عن حصصهم مع موافقة بقية الشركاء وفق ما ينص عليه العقد التأسيسي، لكن الشركة لا يمكنها إصدار سندات قابلة للتداول طبقا لقواعد القانون التجاري كالأسهم وهذا ماتنص عليه صراحة المادة 795 مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري بنصها : " لا يمكن تمثيل حقوق الشركاء بسندات قابلة للتداول ، يعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن ".

وهذا أمر مفهوم على اعتبار أنّ شركة المحاصة قائمة على الاعتبار الشخصي ، فالشريك في الشركة ليس بإمكانه أن يحل مكانه شخصا من الغير دون رضا باقي الشركاء من هنا منع إصدار سندات قابلة للتداول وضرورة وجود اتفاق لذلك .

لكن الاتفاق يسري بين الشركاء كل تنازل متى وافق عليه باقي الشركاء، لذلك فالنظام المطبق هو أكثر انفتاحا من ذلك المطبق في شركات التضامن [1]ص573.

فالحصص في شركات التضامن طبقا لنص المادة 560 من القانون التجاري الجزائري والتي تقابل المادة 221-13 من القانون التجاري الفرنسي ، لا يمكن نقلها إلا برضاء جميع الشركاء وكل شرط مخالف يعتبر كأن لم يكن ,أما في شركة المحاصة فالنظام الأساسي يمكن أن يقتصر على اتفاق الأغلبية أو يمنح للمسيرين كما الحال في الشركات المدنية وهو ذه الوضعية خطيرة في شركات المحاصة ذات الطابع التجاري، ففي الواقع كل الشركاء متضامنون فيما يخص الخسائر، مما يجعل حلول محال له أقل يسرا مكان محيل موسر يزيد من الخطر المتوقع من قبل أصحاب المصلحة.

في الأخير للشركاء التمتع بحق الإعلام، ففي بعض شركات المحاصة الهامة،الشركاء يضعون مسبقا حق للإعلام عن طريق تدخل مراقب الحسابات أو مجلس المراقبة ، وعند سكوت الأنظمة الداخلية فإن حق الإعلام هو نفسه المطبق في شركات المدنية وشركات التضامن، ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الأمر، أما في فرنسا فإن قانون 1 مارس 1984 لم يغير فيما يخص هذه النقطة من نظام شركات المحاصة القانون يلزم الشركات المدنية وشركات التضامن أن تعين مراقب للحسابات، لكن لا تفرض صراحة هذا الالتزام على شركات المحاصة التي يبقى تنظيمها محدد بكل حرية من طرف الشركاء ولا يحدث التشابه مع الشركات المدنية وشركات التضامن إلا في حالة سكوت القوانين الأساسية ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادتين 1871 و1871م-1 من القانون المدني الفرنسي .

2. 2. 1. 1. 2. الحقوق الجماعية

للشركاء حقوق جماعية، فمن الحيطة في حالة ما إذا لزم دوام الشركة من الزمن النص في القانون الأساسي على جمعية عامة سنوية على الأقل تنظيم قرارات جماعية بالمراسلة ، والواقع أنه كباقي الشركاء لكل شريك المشاركة في اتخاذ القرارات الجماعية ، ويكون للجمعية العامة الاختصاصات من أجل التصديق على الحسابات الموضوعة من طرف المسير ، تخصيص الأرباح ، تجديد عند اللزوم عهدة مختلف أجهزة الشركة .... الخ .

والقوانين الأساسية هي التي تحدد الشروط التي تتخذ فيها هذه القرارات فيمكن أن تشترط أغلبية خاصة (مثلا 3/2 عدد الأصوات) أو الاكتفاء بالأغلبية المطلقة (نصف عدد الأصوات + صوت واحد) .

كما يمكنهم اشتراط أغلبية تختلف حسب طبيعة وأهمية القرار، وفي حالة سكوت القوانين الأساسية نعود للقواعد العامة لشركات التضامن أو الشركات المدنية أو وجوب حصول الإجماع .

تقوم القوانين الأساسية بتحديد عدد الأصوات الممنوحة لكل شريك، وإذا لم يحدد هذا الأمر فيكون لكل شريك صوت مهما كانت أهمية الحصص المقدمة.

2. 2. 1. 2. التزامات الشركاء

ما يقال في هذه النقطة عن الشركات الأخرى ينطبق هنا، فالشركاء عليهم تقديم الحصص حسب وطبقا للأوضاع المحددة من قبل القوانين الأساسية كما عليهم المساهمة في الخسائر حسب ما هو مشترط في القوانين الأساسية أو في حالة غياب النص حسب نسبة حصصهم , كما يجب عليهم الالتزام بعدم منافسة الشركة

2. 2. 2. عمل شركة المحاصة في مواجهة الغير

هنا يجب وضع احتمالين الوضعية العادية من جهة والمتمثلة في بقاء الشركة مستترة، ونتائج كشف الشركة للغير من جهة أخرى.

سنتناول هاذين الاحتماليين في فرعين

2. 2. 2. 1. الشركة غير المكشوفة للغير

في هذه الحالة العادية الغير ليس في علاقة إلا مع المسير وإدارة شركة المحاصة أمر بسيط ، ذلك لأنه في غياب الشخصية القانونية لتلك الشركة ، وبالتالي عدم وجود عنوان يوقع به على المعاملات مع الغير ولا ذمة مالية تكون الأموال فيها ضمانا للدائنين فان نشاط الشركة ينظم على الشركاء على نحو يبدو فيه من يتولى الإدارة وكأنه يتعامل لحسابه الخاص إذا يتم التوقيع على المعاملات باسمه الشخصي

دون الإفصاح عن صفته أو صفة باقي الشركاء على ذلك لا يكون أمام الغير من مدين إلا الشريك (أو الشركاء) الذي تعامل معه .

وتختلف إدارة الشركة المحاصة باختلاف الأنماط التي يختارها الشركاء في العقد وغالبا ما يأخذ اتفاق الشركاء على تنظيم نشاط الشركة أنماط الإدارة الثلاثة التالية:

أولا: أن يعهد إلى كل شريك بالقيام بجزء معين من نشاط الشركة، كأن يتولى في دائرة سكنه أو كان يتفق عليه شراء وبيع السلع التي تتعامل فيها الشركة، ويكون التعامل بالتوقيع باسمه الشخصي، ويكون وحده هو المسئول أمام الغير.[88]ص328. 329, ثم يتقدم كل شريك خلال فترة يحددها العقد بحساب عن نشاطه من أجل تبيان ما حققته الشركة من أرباح وخسائر نتيجة لمجموع العمليات التي قام بتا جميع الشركاء.

ونصت المادة 795 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري على هذه الحالة بنصها على: "يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم "

و من أحكام القضاء المصري في هذا المجال نذكر:"الأصل في شركات المحاصة أن الشركاء فيها ليسوا مسئولين عن تعهدات أحدهم ولو عقدها لمصلحة الشركة، لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان: اتفاق الشركاء على خلاف ذلك أو إقرارهم ما تعاقدا عليه وإذن فإذا كان الحكم قد اثبت أن عقد الشركة ينص على أن تمسك لها حسابات منتظمة فان إمساك الدفاتر وقيد الحسابات بها يكون التزاما مفروضا على الشريكين معا فإذا كان احد الشريكين قد تعاقد مع شخص على أن يقوم بعملية إمساك الدفاتر وقام بها هذا الشخص فعلا وكان الشريك الآخر يعلم بذلك ولم يعترض فهو ذا يعتبر انه أمر، قد استخدم ذلك الشخص ويكون الحكم على صواب في اعتباره الاتفاق المعقود بين الشريك المتعاقد وبين المستخدم ساريا على الشريك الآخر، (جلسة 25/ 5/ 1950 طعن رقن 159 سنة 18 قضائيا).

"تؤدى نصوص المادتين 61 و62 من القانون التجارة انه يمتنع على الشريك في شركة المحاصة مطالبة الغير بتنفيذ العقود التي ابرمها الشريك آخر وان الشركاء فيها يتحملون آثار العقود التي يبرمها احد المحاصين مع الغير تحقيقا لأغراض الشركة باعتباره وكيلا عنهم فيكون الكسب لهم والخسارة عليهم ويحق لمن عاقد منهم باسمه مع الغير لحساب الشركة أن يرجع على شركائه في حالة الخسارة فنجعلهم نصيبهم فيها فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في أسبابه إلى تقرير التزام الطاعن وحده بالمبالغ المتأخرة من نفس التسعير ليسلم إلى وكيلين بالعمولة، وذلك لمجرد انه هو الذي عقد معهما الصفقة ورفع الدعوى عليهما باسمه وتصالح معهما على طريقة السداد، حصل جزء من الدين المحكوم به ضدهما مع أن هذا لا يفيد في ذاته أن التعاقد لم يكن لحساب الشركة القائمة بين الطاعن والمطعون

عليه فان الحكم المطعون فيه يكون قد عاره فساد في الاستدلال بما يجعل ه قاصر متعين ا نق ضه .(الطع ن رقم426سنة 25 وجلسة 25 /2/ 1960 س 11 ص 198).

قيام شركة محاصة مستترة في صفقة ما ، لا يجعل الشركاء فيها مسئولين فيها ع ن تعاق د الغير عليه ا مع أحد الشركاء باسم ه الخ اص فل م يثب ت أن الش ركاء ق د اتفق وا عل ى خ لاف ذل ك أو ص در م نهم إق رار بالاشتراك في التعاقد ، ولا يكفي لمساءلة الشركاء مباشرة قبل الغير القول المجرد الذي هو قد تصدر من أحدهم بأنه شريك في الصفقة ، إذا لم يقرن هذا القول بالإقرار بأنه طرف في التعاقد إذ أن اشتراك بعض الأشخاص في صفقة ما لا يفيد لزام ا أنهم م ط رف ف ي العق د الذي أب رم ع ن ه ذه الص فقة م ع الغير ر حت ى يسلموا عنه جميعا قبله فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أوراق الدعوى ذلك وكان م ا يحص له قاضي الموضوع في هذا الخصوص هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى وتق دير الدليل المق دم فيه ا ف إن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور. (الطع ن رق م 407لس نة 30ق جل سة 29 /1965/11 س 16 ص 947).

ثانيا: قد يعهد الشركاء إلى الغير بتسيير نشاط الشركة ويسمى مدير المحاصة ، ويتم تعيين هذا المدير سواء بعقد الشركة أو باتفاق لاحق، وغالبا ماريسم العقد الحدود التي يعمل من خلالها المدير، ويجب أن يلتزم بتلك الحدود كلما وجدت، غير أن مدير المحاصة وهو يباشر الإدارة لا يعمل بوصفه نعن الشركة حيث لا شخصية قانونية له ا ، ولا بوصفه وكيلا عن الشركاء [2]ص320، إذ لا يوجد من يمكن اعتبار أصيلا ، وإنما يتعامل المدير مع الغير باسمه الخاص وكأنه يتعامل أيضا لحسابه ، تماما كمن يباشر تجارة أو عملا يخصه وحده ، كل ما في الأمر أنه يجب أن يتوخى في إدارته مصالح الشركة والشركاء ، ويلتزم بحكم العلاقة التي تربطه والشركاء عقد الشركة أن يقدم لهم حسابا عن الأعمال القانونية تمهيدا لتوزيع الأرباح والخسائر ، غير أن قيام المحاصة في صفقة ما لا يجعل الشركاء فيها مسئولين -بطريقة تلقائية – عن تعاقدات المدير في صفقات أخرى .

ويترتب على انعدام الرابطة بين الشركاء والغير ، ألا يكون هؤلاء الغير من مدينين إلا مدير المحاصة، وبالمقابل يكون المدير وحده الدائن لمن يتعامل معه، وليس لدائن المدير من ضمان إلا أمواله وما في حوزته،- بطبيعة الحال-حصص الشركاء التي انتقلت ملكيتها إلى المدير ، وليس لهؤلاء الدائنين أية دعوى مباشرة على باقي الشركاء حتى ولو علم بهم الغير طالما أنهم لم يشتركوا في التوقيع مع مدير المحاصة .

ثالثا: وأخيرا قد يختار الشركاء لإدارة المحاصة نمطا بمقتضاه أن يشتركوا جميعا في كافة الأعمال التي يستلزمها نشاط الشركة ، وفي هذه الحالة يوقع الشركاء جميعا على المعاملات مع الغير، وبمقتضى ذلك يصبحون جميعا محل مسئولية الغير من مسؤولية شخصية وبالتضامن متى كانت المحاصة شركة تجارية ومسؤولية جماعية متى كانت المحاصة شركة مدنية .

2. 2. 2. 2. انكشاف الشركة للغير

قد يحدث أن يفصح الشركاء عند تعاملهم مع الغير عن صفاتهم وعن وجود الشركة،فما هو اثر ذلك ؟

يجب التفرقة في هذا الصدد بين نوعين من الإفصاح عن وجود الشركة: ما يمكن أن يسمى بإفصاح الواقع وما يسمى بالإفصاح القانوني [12]ص518.

الإفصاح الواقعي عن وجود الشركة، لا يترتب عليه آثار قانونية سواء بالنسبة لطبيعة الشركة، أو مسؤولية الشركاء المحاصين ،ذلك لأن هذا الإفصاح لا يعدوا أن يكون مجرد علم للغير بوجود الشركة، سواء بطرقه الخاصة أو علم بها بطريق الإعلان غير المعتبر قانونا كالإعلان عنها في الإذاعة والتلفزيون أو على جدران الحيطان ، ويعتبر أيضا من قبيل الإفصاح الواقعي لا يغير من طبيعة الشركة أن يوجد لها عنوان،لكنه لم يعمل مطلقا في التوقيع ، أو مجرد إلمام مدير المحاصة لمن يتعامل معه أنه ليس وحيدا .

وإنما هو مجموعة من الشركاء يكونون شركة محاصة ، أو أن يتخذ الشركاء بصفاتهم الشخصية موطنا مختارا واحدا تعلن فيه الدعاوى التي ترفع عليهم .

وإفصاح الواقع -كما سبق القول -لا يؤثر في بقاء الشركة كشركة محاصة قانونية ، ولا يترتب للغير أية حقوق قبل في مواجهة الشركاء، طالما أن من يتعامل مع الغير لم يتعاقد باسم الشركة ،وإنما باسمه الخاص، ولم يشترك معه بالتوقيع أي من الشركاء المحاصين غير أن ذلك لا يمنع في رأي الفقه والقضاء [2]ص322، من أن يستطيع الغير رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على الشركاء، باعتبار أنهم بالإفصاح الواعي عن الشركة قد سهلوا مهمة المحاصة على اقتناص الغير ومن ثم يمكن القول بأنهم قد ارتكبوا خطأ يجب عليهم تعويض الضرر الذي نجم عنه .

وإفصاح الواقع يكون على هذا النحو عديم الأثر ، ذلك لأن شركة المحاصة ليست على كل حال شركة سرية وإنما شركة خفية ، والخفاء هنا هو خفاء قانوني يعني عدم ظهور الشركة على مسرح الحياة القانونية كشخص معنوي ، ذات اسم تجاري أو عنوان يوقع به على المعاملات .

أما الإفصاح القانوني فهو ذلك الإفصاح عن الشركة الذي يؤخذ في الاعتبار ويرتب آثارا قانونية سواء بالنسبة للشركة أو مسؤولية الشركاء فهو الذي تظهر به الشركة أمام الغير كشخص قانوني ، وذلك عن طريق اتخاذها لعنوان موقع به بطريقة قانونية على المعاملات، أو اتخاذها مركزا رئيسيا للإدارة توجه اليه الدعاوى التي ترفع عليها ، وغير ذلك من الإجراءات التي يمكن القول معها أن الغير يرتب موقفه القانوني على أساس أنه يتعامل مع شركة لها شخصيتها المعنوية وذمتها المستقلة كأن يكون الشركاء قد قاموا بإجراءات الشهر والنشر القانوني عن الشركة وتلك مسألة واقع تفصل فيها محكمة الموضوع [16]ص234.

غير أنه يجب دائما أن يكون الإفصاح القانوني عن وجود الشركة قبل انحلالها، ومتى أفصح عن وجود الشركة على هذا النحو، فقدت الشركة خاصيتها الأساسية وهي انعدام الشخصية القانونية، ويرى الفقه في مجموعه وكذلك تذهب بعض أحكام القضاء إلى أن الشركة تنقلب إلى شركة تضامن يسأل فيها الشركاء مسؤولية شخصية تضامنية أو إلى شركة توصية بسيطة، والمسألة في هذه الحالة مسألة واقع تفصل فيها محكمة الموضوع [14]ص155. هذا إذا كان محلها تجاريا أما إذا كان محلها مدنيا فتحول إلى شركة مدنية .

- وإذا تم الكشف دون الشهر والكتابة فإنها تعتبر شركة فعلية بإمكان الغير الرجوع عليها عن المدة التي مارست فيها نشاطها، غير أن بعض من الفقه يرى أن الشركة تبقى كما هي شركة محاصة ولا يمنع ذلك من تقرير المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء على أساس نظرية الوضع الظاهر [2]ص155 .

- 1872 في ثلاث حالات يكون للغير دعوى ضد الشركاء وحصرت هذه الحالات الثلاث المادة 1 من القانون المدني الفرنسي:

1- في حالة تدخل الشركاء في التسيير وهذه القاعدة ليست إلا تطبيقا للمبدأ الذي يمقتضاه يكون الغير في علاقة مباشرة مع المسير (قانونيا أو واقعيا).
2- في حالة استفادتهم من العملية التي قام بتا المسير، فمن يستفيد يدفع.
3- عندما يتصرف البعض منهم بصفة على مرأى ومسمع من الغير وهي حالة كشف شركة المحاصة،وهنا كما سبق الذكر إما تتحول إلى شركة فعلية إذا تمكن الغير من إثبات ذلك أو إلى شركة تضامن أو توصية بسيطة أو شركة مدنية .

2. 2. 3. انقضاء شركة المحاصة

بغض النظر عن أسباب الانقضاء الخاصة بشركات الأشخاص ، تنقضي شركة المحاصة أولا بحلول الأجل المتفق عليه أو الانحلال المعجل بواسطة الشركاء ، عندما تكون قد أنشئت لعملية تجارية محددة كما تنقضي بتحقق هدفها .

أما إذا كانت لمدة غير محددة فتنقضي في أي وقت بالإرادة المنفردة لكل واحد من الشركاء على أن لا تكون بسوء نية أو في وقت غير ملائم [17]ص164 .

وبالنظر لطابعها التعاقدي البحت تنقضي الشركة باجتماع كل الحصص في يد احد الشركاء.

وبالنسبة لأسباب الانقضاء الخاصة بشركات الأشخاص فتتمثل في موت احد الشركاء،الحجر على أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه، انسحاب احد الشركاء من الشركة غير محددة الأجل كذلك طلب احد الشركاء إخراجه من الشركة محددة الأجل .

وأخيرا يمكن أن تنقضي الشركة لوجود المسوغ القانوني والمتمثل خصوصا في عدوفاء احد الشركاء بتعهداته أو ارتكابه غشا أو تدليسا ضد الشركة.

وفي جميع هذه الحالات فان تصفية شركة المحاصة لا تمس سوى العلاقات بين الشركاء [17]ص169

وتتم أولا بحسب الشروط الواردة في العقد التأسيسي مع مراعاة خصوصية شركة المحاصة باعتبارها عديمة الشخصية المعنوية وبالتالي عدم وجود دائنين لها افتكون تصفيتها مجرد تسوية حسابية بين الشركاء(Règlement comptable) وفق على نصيب كل منهم في الأرباح والخسائر والأصل انه لا يلزم تعيين مصف لإجراء تلك التسوية الحسابية وإنما يمكن أن يعهد بها إلى احد الخبراء الحسابيين، وذلك يميل القضاء الفرنسي الحديث إلى جواز تعيين مصف[2]ص327 على ألا يتضمن- هذا التعيين- منحه سلطات تتعارض وطبيعة هذه الشركة فيهي انه في حال تعيين المصفي، فإنه لا يمثل الشركة حيث لا تتمتع بالشخصية المعنوية وإنما يكون بمثابة الوكيل عن الشركاء.

أما بالنسبة إلى العقد التأسيسي فيمكن أن كيفية تصفية الشركة فنلجأ إلى تطبيق قواعد التصفية المتعلقة بشركات التضامن إذا كان محل شركة المحاصة تجاريا، وإذا كان مدنيا فنطبق قواعد العامة لتصفية الشركات المدنية صوص عنها في القانون المدني في الغالب تتم تسوية الحسابات من طرف المسير، أو أحد الشركاء، أو من طرف الغير .

في الأصل كل شريك في المحاصة يستعيد حصته التعيينية التي بقي مالكا لها والتي يمكن الانتفاع بها للشركة، وعندما يمنح احد الشركاء حصة على سبيل التملك للمسيرين فإنه استرجاعها عدى وجود اتفاق يخالف ذلك، ثم بعد تسديد الديون يكون لكل شريك الحق في الحصول على نسبة من الفائدة أو من رأس المال المتبقي حسب نسبة حصته التي قدمها .

نشير إلى أنّ تقادم دعاوى الغير على الشركاء في شركة المحاصة لا تخضع للتقادم الخمسي المنصوص عنه في المادة 777 من القانون التجاري الجزائري يمنع تطبيقها على شركات المحاصة تنص المادة 795 من القانون التجاري الجزائري، ذلك لأن هذا التقادم يخص الشركات التجارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية ويكون لها دائنون، وعلى ذلك لا تسقط دعاوى الغير على أحد الشركاء المحاصة يتعاملون معه إلا بالتقادم الطويل ، أي خمس عشرة (15) سنة من تاريخ حلول الدين .

أما دعاوى الرجوع التي يرفعها الشركاء المحاصون بعضهم على البعض نتيجة التسوية الحسابية ، وما ينجم عنها من ضرورة اقتسام الأرباح والخسائر ، فيجب أن تخضع لحكم المادة 777 من القانون التجاري الجزائري ، لأن الحقوق والديون القائمة بين الشركاء نشأت على كل على عن أعمال الشركة التي كانت تربط بينهم [2]ص327 ومن ثم تتوافر الحكمة التي قام عليها نص المادة 777 من القانون التجاري الجزائري ، وهي تصفية الآثار التي تخلفت عن الشركة التجارية في مدى قصير نسبيا، فضلا

عن أن التقادم القصير هو بمثابة القانون العامفي تقادم المـ واجالتيـ ة ، وتبـ دأ مـ دة التقـ ادم الخمـ سيفـ ي هذه الحالة من تاريخ انقضاء الشركة .

الشيء الذي يمكن استنتاجه من هـ ذا المبحـ ث الثـ انهي الخـ صوصيات التـ ي تتميـ ز بهـ ا شـ ركة المحاصة عن باقي الشركات الأخرى .

والسبب في هذه الخصوصية يرجع دائما لسبب افتقالشخـ صية المعنويـ ة وهـ ذا مـ ا يجـ سده تحـ ول هـ ذه الشركة إلى شركة تضامن أو شركة مدنية في حالة اكتسابها للشخصية المعنوية.

كما نستنتج أن نجاح هذا النوع من الشركات في مجال الأعمال يرجع للمرونة التي تمنحها للـ شركاء فيها وهو أمر على درجة كبيرة من الأهمية في المعاملات التجارية.

2. 3. الشركات الشبيهة بشركة المحاصة

بعد أن تطرقنا لتكوين شركة المحاصة وكيفية عملها وانقضائها لا بد مـ ن أن نتطـ رق إلى بعـ ض أنواع الشركات التي تشبه أو قد تختلط بشركة المحاصة للشبه الكبير بينها.

ونقصد على الخصوص الشركاتالمنـ شأة الواقـ ع والتـ ي لـ م يـ نص عليهـ ا المـ شرع الجزائـ ري وهي منصوصعليها فقـ طـ في القـ انون الفرنـ سي ولأنهـ ذا الأخيرأخـ ضعها لـ نفس النظـ ام المطبـ ق علـ ى شركات المحاصة سنتطرق إليها ، بالإضافة لعدم تطرق الكتـ ب التـ ي عالجـ ت مواضـ يع القـ انون التجـ اري لهذا النوع من الشركات وأكثر من ذالك عند ذكرها يتم الخلط بينها وبين الشركة الفعلية .

كما نتطرق للشركات أثناء فترة تأسيسها وهذا لتشابهها مع شركة المحاصة في افتقارهمـ امع الشخـ صية المعنوية .

لكل هذا سنتناول هذا القسم في جزئين نخصص:

2. 3. 1. للشركات المنشأة من الواقع.

2. 3. 2. الشركات في طور التأسيس.

2. 3. 1. الشركات المنشأة من الواقع

هذا النوع من الشركات منصوص عليها صراحة في القانون المدني الفرنسي ويشأ هذا النوع من الشركات كالتالي : من الناحية الشكلية لا يتم احترام لا الكتابة ولا الشهر كما أن من حيث الموضوع يكون تصرف الأطراف كشركاء حقيقيين شركة ما والغريب في الأمر أنهم يتصرفون كذلك دون شعور منهم [91]ص138 .

فهم يتصرفون في الواقع وبصورة ظاهرة على أنهم شركاء والمحاكم تعترف بوجود شركة ذات شاة من الواقع رغم انعدام عقد شركة مكتوب أو شفهي.

قانون 1978/1/4 أخضع نظام الشركات المنشأة من الواقع إلى القواعد المطبقة على شركات المحاصة (المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي) والسؤال أو المشكل الذي يطرح بخصوص هذا النوع من الشركات هو وجودها من عدمه ؟ وإذا أجبنا بنعم فنطرح مشكلا آخر بخصوص تصفيتها.

فنتناول هذا القسم من خلال :

2. 3. 1. 1. إثبات الشركة المنشأة من الواقع .

2. 3. 1. 2. أصناف الشركات المنشأة من الواقع .

2. 3. 1. 3. نظام الشركات المنشأة من الواقع .

2. 3. 1. 4. الفرق بينها وبين الشركة الفعلية .

2. 3. 1. 1. إثبات الشركة المنشأة من الواقع

إثبات وجود الشركة المنشاة من الواقع يمكن أن يتم بجميع الطرق، ويجب التفرقة في القائم به ذا الإثبات، هل تم من طرف أحد الشركاء أو من طرف الغير.

2. 3. 1. 1. 1. إثبات الشركة المنشأة من الواقع بواسطة أحد الشركاء

على من يدعي أنه عضو في شركة منشأة من الواقع (وهذا يكون عادة للاستفادة في حالة تصفيتها) يقع عليه عبء إثبات وجود الشركة ، فعليه إثبات توفر جميع العناصر المشكلة للشركة مجتمعة: (الحصص ، نية المشاركة، المساهمة في الأرباح والخسائر) .

بخصوص الحصص فطالما شائع في هذا النوع من الشركات أن نجد الحصص عمل (كالحصة المقدمة من الزوجة أو من طرف الخليلة) .

فهو حقا لا يشكل مال بالمعنى القانوني، لكن له قيمة ذات وزن وهي منتجة للثروة.

- وبخصوص ركن نية المشاركة فتظهر في المشاركة الفعلية في الإدارة وتتبع المشروع، لكن ليس هناك إعلان لا شفهي ولا شكلي عن ذلك، لكنه يتمثل في تقاسم يومي لكل ما يحيط بالمشروع المشترك .

-بخصوص ركن المساهمة في الأرباح والخسائر فهو أوضح وذلك عندما تمنح الشركاء حصة من شأة من الواقع القسم الأكبر من مداخيل الشريك .

- أما ركن المساهمة في الخسائر فهو أقل وضوح لكنه موجود.

- بخصوص محاسبة الشركة، فعادة ما تكون في ابسط صورها أي مجرد صندوق مشترك ، وعندما يتم مسك محاسبة أكثر تطورا فهذا استجابة لقانون الضرائب وليس للقانون التجاري [69]ص507 .

2. 3. 1. 1. 2. إثبات الشركة المنشأة من الواقع بواسطة الغير

ليس من النادر أن نجد الغير دائنا لأحد الأطراف ،فنجده يحاول إثبات وجود شركة منشأة من الواقع بالاعتماد على الوضع الظاهر لرفع دعوى على مدين واحد فقط فالدائن بواسطة التكييف على أنها شركة منشأة من الواقع بإمكانه على الأقل عندما تتوفر بعض الشروط - أن يرجع على كل واحد من الشركاء ، وهنا أيضا عليه إثبات وجود شركة منشأة من الواقع ، وهو أمر صعب جدا بالنسبة للغير، لهذا الغرض محكمة النقض تسمح للغير الاستعانة بمجرد الأمر الظاهر بوجود شركة منشأة من الواقع ، فهذا الأمر يفترض وجود كل عنصر من عناصر الشركة. [92]ص665

- فالشخص الذي يحدث لدى الغير هذا الأمر الظاهر بوجود الشركة التي يكون شريكا فيها يكون ملزما بالوفاء بالتزاماته اتجاه الغير [93]ص33.

أما بخصوص إدارة الضرائب فإن محكمة النقض الفرنسية لا تمنح الاستفادة من الوضع الظاهر لإدارة الضرائب لإثبات وجود شركة منشأة من الواقع [94]ص539، فعلى هذه الأخيرة إثبات جميع العناصر المشكلة للشركة.

لكن هناك تناقض بين محكمة النقض ومجلس الدولة فهذا الأخير صرامة بحيث يسمح لإدارة الضرائب باللجوء للوضع الظاهر لإثبات وجود شركة منشأة من الواقع[96]

2. 3. 1. 2. أصناف الشركات المنشأة من الواقع:

على ضوء الفرنسي نلاحظ انتشار هذا النوع من الشركات محصور على مستوى العلاقات العائلية والشبه العائلية (شركات واقع في إطار الحياة الحرة، و بين الأزواج،وبين الورثة قبل إجراء القسمة).

لكن هذا لا يعني عدم وجود هذا النوع من الشركات في مجالات أخرى خارج مجال العلاقات العائلية.

2. 3. 1. 2. 1. الشركات في إطار الحياة الحرة

أبرز الحالات التي يتم شراؤها بين شريكان تجاريان هما : يعملان معا ، يعيشان من مداخيل ويتحملان الخسائر ، في يوم من الأيام ينفصلان في نهاية الأمر نصل لتسوية الحسابات فتكون مهمة المحامي المرافعة من أجل أو ضد وجود شركة من الواقع، فمحامي مالك المحل التجاري يدفع بعدم وجود مثل هذه الشركة وبالنتيجة الطرف الثاني ليس له الحق في أي شيء .

محامي الخصم يرد بأن موكله (عادة موكلته) شارك في المشروع بصفته شريك واقع ، وتوفر جميع العناصر المشكلة للشركة (الحصة وكما رأينا عادة ما تكون عمل المساهمة في الأرباح والخسائر) وبالنتيجة هناك حق في الحصول على نصف ما ترتب عن المشروع والذي هو نصف ما نتج من تصفية الشركة وبالتالي يمنح القانون التجاري بهذه الطريقة للخليلة أو لشريكها ما يشبه نظام الأموال بين الأزواج، لكنه نظام واقع .

في بعض الحالات يكون دائن أحد الشريكين هو الذي يطرح مسألة وجود شركة من الواقع، من أجل تحميل الطرف الآخر دين متعلق باستغلال المحل.

نلاحظ مما سبق أن المشكلة تكمن في الإثبات فالشريكين يرتكبان في الحياة العادية من هذا بخصوص تعاونهما في العمل هل يوحي اشتراكهما في الحياة بوجود نية الاشتراك لديهما ؟

إذا رجعنا للقضاء نجد أحكامه في اتجاهين :

ففي شركة منشأة من الواقع خالية من الإعلان وأي شكلية ، التكييف القضائي يعتمد على أمارات بسيطة يكون تفسيرها دائما محل شك [97] القضاء الفرنسي يعتمد إما لا شكل وفي حالة غيابه على أمارات بسيطة ، وهذا هو مكمن ضعف شركات المنشأة الواقع بالنسبة للشركات القانونية الأخرى، وهذا ما يفسر العدد الهائل من النزاعات سواء القضائية أو الجبائية بخصوص هذه الشركات .

بالإضافة للاحتمال السابق الذكر والمتعلق بالاستغلال المشترك للمحل التجاري [98] ص569، قد يحدث الاعتراف بوجود شركة منشأة من الواقع في إطار تملك سكن مشترك من طرف الشريكين، عند عدم التمكن من إثبات حالة الشيوع[99].

في هذه الحالة على الشريكين وجود نية حقيقية في الاشتراك أي إرادة حقيقية متجهة لإنجاز مشروع معين أثناء حياتهما المشتركة [100].

2. 3. 1. 2. 2. الشركات بين الأزواج

السيناريو المحتمل والتقليدي يتمثل في زوج مالك لمحل تجاري يستغله رفقة زوجته ، بعد عدة أعوام يحصل بينهما الطلاق ، وبتطبيق نظام الزوجية نجد الزوج يأخذ محله التجاري أما الزوجة فليس لها أي حق رغم أنها ساهمت يوميا في إدارة أعمال المحل ، فيكون اللجوء لشركة المنشأة من

الواقع الحل الوحيد الذي يسمح هذه الزوجة من الاستفادة من اقتطاعات تصفية الشركة ومن إعادة بعض التوازن بين الزوج والزوجة .

الدائنون أيضا من جهتهم يجدون في الشركة المنشأة من الواقع زيادة في ضمانهم العام بإمكانية رجوعهم على الزوج الآخر الذي شارك في الإدارة.

كذلك إثبات وجود الشركة المنشأة من الواقع يمكّن من توسيع مجال التسوية القضائية المفتوحة ضد أحد الزوجين إلى الزوج الآخر [101]ص1168.

2. 3. 1. 2. 3. الشركات فيما بين الورثة

نتيجة لتوقف المحل التجاري ليس من النادر أن يصبح المحل التجاري على الشيوع بين ورثته، وفي هذه الحالة السؤال المطروح هو تحديد الحل المستغل في إطار الشيوع أم في إطار الشركة المنشأة من الواقع ؟

ودائما الجواب كما سبق هو الرجوع لمدى توافر نية المشاركة من عدمها.

2. 3. 1. 2. 4. الشركات خارج مجال العلاقات العائلية

يكون الأمر نعدد حالاته اون مجموعة من الأفراد يباشرون في انجاز مشروع موحد ا لدينا احتمالين :

إذا أعلن الشركاء أنهم أنشئوا شركة غير مقيدة فنكون بصدد شركة محاصة ولا يس بصدد شركة منشأة من الواقع .

أما إذا لم يكن هناك تعبير صريح عن الإرادة فهنا من المشكل وهذا يطرح في كل الشركات المنشأة من الواقع وهو مسألة الإثبات.

والحد الفاصل هذه الشركات وما يشابهها من هيئات يصعب في العديد من المرات رسمه، وعلى العموم يمكن أن نحصر الشركات المنشأة الواقع خارج العلاقات العائلية في الميادين التالية وهذا حسب القضاء الفرنسي : التعاون البسيط مثلما هو الحال عادة في الميدان التجاري [102]ص1279 ،كذلك القيام بالاشتراك في مهنة حرة مع تقاسم الأتعاب [103]ص450، كذلك في إطار عقد العمل ، وفي إطار عقد القرض مع الاشتراك في الأرباح [104]ص19094 وأخيرا الشيوع .

2. 3. 1. 3. نظام الشركات المنشأة من الواقع

لا مجال للحديث عن قواعد عمل هذه الشركات على اعتبار أن الشركاء يجهلون في أغلب الحالات أنهم في شركة، فيء الوحيد الذي تجدر الإشارة إليه هو خضوع سائر الشركة وكذلك نقطة أخرى هامة هي زوال الشركة المنشأة من الواقع.

في إطار تطبيق نص المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي نجد أن الشركاء يكونون ملتزمين اتجاه الغير بنفس الطريقة التي يلتزم بها الشركاء في شركة المحاصة اتجاه الغير وحتى يتمكن الدائن من الرجوع على غير مدينه من باقي الشركاء، عليه إثبات وجود شركة منشأة من الواقع، أو أن هذا الغير تدخل في العملية التي نشأ الدين عنها .

كون الشركاء في حالة تمكن هذا الدائن من إثبات وجود شركة منشأة من الواقع ملتزمين بالتضامن إذا كان محل الشركة تجاريا ومجتمعين إذا كان للشركة محل مدني .

- أسباب انقضاء الشركة المنشأة من الواقع هي نفسها أسباب انقضاء شركة التضامن إذا كانت الشركة المنشأة من الواقع تجارية (المادة 1871-1 والمادة 1872 -2 من القانون المدني الفرنسي وكذلك المادة 1873 من نفس القانون) تطبق أيضا على الشركات المنشأة من الواقع فيمكن إنهاؤها بواسطة تصرف بإرادة منفردة كحالة فقدان الثقة في أحد الشركاء [105]ص935، وتنقضي بأسباب انقضاء الشركات المدنية إذا كانت الشركة المنشأة من الواقع مدنية .

- فيما يخص العلاقات فيما بين الشركاء فإنهم تقديم ما يثبت اجتماع العناصر المكونة للشركة من أجل التمكن من اقتسام ناتج التصفية ، فكل واحد من الشركاء يأخذ القيمة الأصلية لحصته مع ما عدى الحصص عمل التي لا يمكن استرجاعها ولا الحصول على تعويض عنها [106]ص1230 .

ثم بعد ذلك يتم اقتسام الفوائد وتم هذا عن طريق تساوية بسبب المشاركة الموجودة في إثبات المبلغ المقدم من طرف كل شريك، أما المصاريف التي تمت بواسطة كل طرف فتدخل في حساب التصفية.

2. 3. 1. 4. الفرق بين الشركة المنشأة من الواقع والشركة الفعلية

هناك خلط ظاهر نة المصطلحات بين الشركة المنشأة من الواقع والشركة الفعلية (société criée de fait et société de fait) وهذه الأخيرة هي شركة أريدت كما هي وأعطت محلا لوجود عقد شركة لكنه أبطل لوجود عيب في التأسيس فيتم الاعتراف للشركة بصحة تصرفاتها ومنه البطلان لا يسري بأثر رجعي ، كما نجد هذا الخلط لدى المحاكم في فرنسا فغالبا ما تقع في الخلط بين الشركة الفعلية والشركة المنشأة من الواقع [1]ص184 كما نجد هذا الخلط عند دنا, عند من تناول موضوع الشركات .

و لتسليط الضوء على هذا الأمر سنحاول بعد أن تناولنا الشركات المنشاة من الواقع والتي ليس لها وجود سوى في القانون الفرنسي التطرق في هذا الفرع إلى نظرية الشركة الفعلية.

2. 3. 1. 4. 1. مضمون نظرية الشركة الفعلية

نظرية الشركة الفعلية من نتاج الدور الإنشائي للقضاء التجاري في مجال الشركات, من أجل العمل على الحد من أثار البطلان التي تقضي بها القواعد العامة لأن للبطلان بنوعيه المطلق والنسبي

أثر رجعيا ، بحيث يقضي على العقد في الماضي والمستقبل ، ويبطل كل التصرفات التي نشأت فيما بين الشركاء وتلك التي ارتبطت بها الشركة مع الغير، ويعتبر ما حدث مجرد وقائع مادية .

غير أن القضاء في تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة تجاهل التصرفات التي قامت بها الشركة في تعاملها مع الغير الذين لا يعلمون ما ينطوي عليه عقدها من أسباب بطلان ،الأمر الذي من شانه المساس بالمراكز القانونية التي استقرت نتيجة هذا التعامل فضلا عن الآثار الاقتصادية السيئة التي تلحق الشركات والغير الذين اطمأنوا في تعاملهم إلى الأوضاع الظاهرة ، فقاموا بالتعاقد معها طوال الفترة التي مارست فيها الشركة نشاطها .

وكان لهذه الاعتبارات اثر كبير لدى القضاء في إنشاء نظرية الشركة الفعلية والتي يكمن فحواها في أنه إذا تقرر بطلان الشركة، اقتصر اثر البطلان على المستقبل دون أن ترتد آثاره إلى الماضي ودون أن يبطل التصرفات التي قامت بها الشركة في الفترة السابقة على تقرير البطلان ، والتي كان وجودها خلال هذه الفترة وجودا فعليا وليس قانونيا ولذلك تسمى بالشركة الفعلية .

2. 3. 1. 4. 2. الأساس القانوني للنظرية

حاول الفقه منذ فترة طويلة ، الحد من بطلان الشركة فقد تحدثت هذه النظرية التي تتضمن خروجا على القواعد العامة، الأمر الذي يؤدي إلى تصدع في النظام القانوني ، فذهب رأي إلى القول بأن على الشركاء أن يتحملوا المسؤولية تجاه الغير الذين لحقهم ضرر نتيجة تعاملهم مع الشركة التي لم تكتمل أركانها .

وذهب رأي ثاني إلى القول بأن عقد الشركة من العقود المستمرة التي تنفذ ضفة دورية ، فإذا تقرر بطلانها أثناء البطلان لا يمتد إلى الماضي حتى ولو تعين حل الشركة وتصفيتها وذهب رأي ثالث إلى القول بالأخذ بنظام حل وتصفية الشركة إذا شابها عيب بدلا من بطلانها ، بينما ذهب رأي رابع إلى القول بأنه على المشرع أن يقيم نظاما وقائيا للقضاء على آثار البطلان في الشركات إذا تم الإخلال بأي ركن من أركانها .

ويبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي الأخير [13]ص94 ، حيث عمل جاهدا على تصحيح بطلان الشركة متى زال سببه (المواد 735 إلى 741 من تجاري وما بعدها)والواقع أن سند القانوني للشركة الفعلية يكمن في نص المادة 418 فقرة 02 القانون المدني الجزائري التي تقضي بعدم جواز احتجاج الشركاء ببطلان الشركة قبل الغير، ولا يكون لهذا البطلان أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ويهدف هذا النص إلى المحافظة على حقوق الغير والرغبة في عدم زعزعة المراكز القانونية التي استقرت، لأنه يقرر مبدأين : أولهما : مؤداه حماية الغير الذي اطمأن إلى قيام الشركة كشخص معنوي بنشاط ومعاملات معه، حتى ولو كان يعتريها سبب من أسباب البطلان .

ثانيهما: اعتبار الشركة موجودة في الماضي، فلا يترتب على البطلان أي اثر رجعي فيما بين الشركاء.

2. 3. 1. 4. 3. مجال نظرية الشركة الفعلية

بالرجوع لأحكام البطلان، نجد أن المشرع الجزائري كان حريصا على الحد من حالات البطلان، الأمر الذي ينتج عنه تضييق كبير في مجال نظرية الشركة الفعلية ، وتلك النتيجةمقصودة من جانب المشرع الذي يهدف من تحقيقها استقرار المراكز القانونية والنهوضبالشركة التي يكون قد شاب عقدها سبب من أسباب البطلان ، كي تواكب الحياة الاقتصادية ، مساهمة في ازدهار النشاطالاقتصادي للبلاد .

على أنه مهما كان حرص المشرع الجزائري على الحد من حالات بطلان الشركات إلا أنه مازال لنظرية الشركة الفعلية تطبيقاتفي الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة البطلان ومدى الجزاء الذي رتبه عليه ويجب أن ننتبه بادئ ذي بدء إلى ما يلي :

أنه<u>أولا</u>: لا مجال لتطبيق نظرية الشركة الفعلية إلا إذا تكونت الشركة فعلا ودخلت في معاملات مع الغير بعد تكوينها أما إذا حدث شيء من ذلك فلا يمكن اعتبارها شركة فعلية وتكون العلة من عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان منتفية في هذه الحالة .

<u>ثانيا</u> : لا مجال لنظرية الشركة الفعلية في حالة بطلان الشركة بسبب عدم مشروعية غرضها لمخالفته للآداب والنظام العام ، كما لو تكونت شركة بقصد تجارة المخدرات أو التهريب ، لأن في ذلك اعترافا بالغرض غير المشروع وهذا ما لا يجوز .

<u>ثالثا</u>: أنه لا إعمال لهذه النظرية أيضا إذا انتفى ركن تعدد الشركاء وعنصر نية الاشتراك أولم يتفق في العقد على تقديم الحصص، لأن عدم وجود هذه العناصر ينفي وجود الشركة فلا تقوم قانونا ولا فعلا.

في هذه الحالات الثلاث لا تطبق نظرية الشركة الفعلية ، ويكون لبطلان الشركة أثره المطلق في الماضي والحاضر ، ولكنتطبق نظرية الشركة الفعلية في حالة البطلان النسبي ، إذاشابوضا أحد الشركاء عيب ، كغلط أو إكراه أو تدليس أو كان ناقص الأهلية في وقت تكوين الشركة، فهنا يقع العقد باطلا والبطلان هنا من النوع النسبي بالإضافة لحالات البطلان الخاص نتيجة تخلف الشروط الشكلية من كتابة أو شهر، وإنما بعض الشروط الخاصة التي يتطلبها القانون، شروط الخاصة بعدد الشركاء ومقدار رأس المال في بعض الشركات (شركات المساهمة سؤولية المحدودة وشركات المساهمة) .

2. 3. 1. 4. 4. النظام القانوني للشركة الفعلية

يقوم النظام القانوني للشركة الفعلية على أساس أنها شركة صحيحة في الفترة من تاريخ تكوينها إلى تاريخ الحكم ببطلانها ، ويترتب على تقرير ذلك نتائج في مواجهة الشركة كشخص معنوي ، وعلى الشركاء فيما بينهم وعلى علاقة الشركة مع الغير وهذا ما نعرضه فيما يلي :

2. 3. 1. 4. 4. 1. بالنسبة للشركة كشخص معنوي:

يكون للشركة خلال الفترة من تكوينها حتى الحكم ببطلانها كامل مقوماتها، فتظل محتفظة بشخصيتها المعنوية ، وتبقى تصرفاتها صحيحة منتجة لأثارها ويجوز إثباتها كافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، وتظل محتفظة بشكلها ونوعها الذي اتخذته عند تأسيسها (تضامن – مسؤولية محدودة- مساهمة) إلى تصفيتها وتسري عليها أحكام التصفية المنصوص عليها في عقدها التأسيسي وفي القانون التجاري طبقا لشكلها .

تخضع الشركة الفعلية خلال حياتها لالتزامات التجار كمسك الدفاتر التجارية ويوقع عليها الجزاءات المدنية والجزائية في حالة مخالفتها لهذه الالتزامات وكذلك تخضع للضرائب التجارية ونظم الإعفاءات منها .

إذا توقفت الشركة الفعلية عن دفع ديونها خلال فترة نشاطها أو قبل الحكم ببطلانها) أو أثناء عملية التصفية ، فيجوز شهر إفلاسها .

2. 3. 1. 4. 4. 2. بالنسبة للشركاء:

في حالة بطلان الشركة وتصفيتها ، تقسم موجودات الشركة والأرباح والخسائر على ضوء ما تضمنه العقد التأسيسي للشركة من شروط ، ويجبر الشركاء اللذين لم يقدموا كل أو جزء من حصصهم أن يقدموها ويكون كل شريك مسئولا عن الشركة حسب نوع الشركة وطبيعة الدين وشروط العقد .

2. 3. 1. 4. 4. 3. بالنسبة لعلاقات الشركة مع الغير :

تعتبر التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لأثارها حتى عند تقرير بطلانها ، ويجوز لدائني الشركة التمسك ببقائها ، ليتفادوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء ، ويكون لهم الحق في التنفيذ على أموال الشركة ، وفي حالة عدم كفايتها بسبب عدم تقديم عدد من الشركاء لحصصهم فإن لهم حق المطالبة بتقديمها وفضلا عن ذلك فإن من المسلم به أن لهم حق طلب شهر إفلاس الشركة ، وتقسيم أموالها لاستيفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس .

أما إذا تعارضت دعاوى دائني الشركة أنفسهم ، فتمسك بعضهم ببطلان الشركة كما لو كانوا دائنين شخصيين في نفس الوقت لبعض الشركاء ، بينما تمسك الآخرون ببقاء الشركة فيرجح الجانب الذي يتمسك بالبطلان لأنه هو الأصل الذي يتفق مع الحكمة التي توخاها المشرع من تقرير قواعد البطلان .

أما بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين فمن المسلم به أنه يحق لهم التمسك ببطلان الشركة، طالما لهم مصلحة في ذلك وهي التنفيذ على حصة الشريك المدين بعد تصفية الشركة نتيجة الحكم ببطلانها .

2. 3. 1. 4. 4. 4. موقف القضاء الجزائري من الشركة الفعلية :

هناك تضارب بين القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال عرض القرارات التالية :

1-من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادات شهود يكونون قد خرقوا أحكام المادة 418 من القانون المدني التي تشترط أن يكون عقد إنشاء الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا، وكذلك المادة 545 من القانون التجاري التي تنص بأنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي [107]ص141.

2-من المستقر عليه قانونا أن إنشاء واثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال –أن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المدعى إنشاؤها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراط الشكلية في تأسيس عقد الشركة تحت طائلة البطلان [108]ص145

3-من المقرر قانونا ، أن جميع الوثائق التي تنشأ أو تعدل الشركات يجب أن تحرر في شكل عقد رسمي تحت طائلة البطلان .

ومن المقرر كذلك أن شركة الأسهم بين الأفراد محظورة بينهم ولما كان ثابت -في قضية الحال – أن إنشاء الشركة كان في سنة 1975 دون توضيح التاريخ ودون تبرير ذلك بصريح بورقة رسمية ، فإن قضاة الاستئناف بأمرهم بإجراء خبرة لتصفية الحسابات بين الأطراف وإجراء تقييم المحل المتنازع عليه وتوزيع ثمنه ، اعترفوا ضمنيا بوجود الشركة بين الأطراف ، وهم بذلك خرقوا القانون [109]ص159.

-يبدو أن القرارات المشار إليها أعلاه بوجود الشركة الفعلية ، وهو اتجاه غير صائب من جهة ومن جهة أخرى فإن بطلان الشركة لا يمنع المحكمة من تعيين مصفي وهو ما تؤكده المادة 545 فقرة 03 من القانون التجاري بنصها: "في الحالات التي فيها الشركة باطلة فإن المحكمة تعين المصفي و تحدد طريقة التصفية ، بناءا على طلب كل من يهمه الأمر" [110]ص182 .

وتوجد حالة أخرى من القرارات كان فيها اتجاه المحكمة العليا إلى الاعتراف بالشركة الفعلية [111]ص264, 265. :

1- متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من يوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

إذ كما الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء فكان على الطاعن أن يطلب كما فعل تصفية الحسابات وإرجاع ما قدمه من مصاريف في إنشاء الشركة، فإن المجلس القضائي ، لما قضى بإبطال دعوى الطاعن مع أن وجود الشركة الفعلية غير متنازع فيه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق أحكام المادة 418من القانون المدني ، مما يترتب عليه قبول نعي الطاعن تأسيسا على مخالفة هذا المبدأ ومتى كان كذالك استجوب نقض وإبطال القرار المطعون فيه [112]ص141. .

2- حيث يستخلص من وثائق الملف الجزائي وخاصة التصريحات الأولية للمطعون ضده المقدم له بتاريخ 1995/12/19 أمام ضابط الشرطة القضائية لمفرزة الدرك الوطني لبلدية سيدي عقبة ولاية بسكرة والتي استبعدت الدفع المقدم من المطعون ضده أمام قاضي التحقيق المتعلقة بشرط عقد الشركة .

ولكن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا هذا الدفع فإنهم رفضوا اعتراف المطعون ضده إمام قاضي التحقيق بوجود شركة بينه وبين الطاعن ولو شركة فعلية واعترف بصفة الشريك لخصمه واعترف إذن ضمنيا أن شروط المادة 416 فيتوفر منها حصة كل واحد من الشركاء وتقسيم الأرباح ونية المشاركة .

حيث أن هذه التصريحات أمام الجهة الجزائية تعتبر إقرار هام كان على قضاة الموضوع أن يأخذوه بعين الاعتبار في قضية الحال وقبول طلب الطاعن المتعلق بتصفية الشركة بما أنهم أخطئوا في تطبيق القانون فإنهم عرضوا قراراهم للنقض [113] .

3- حيث أنه من اعتراف الطرف المدعي بأن هناك شركة فعلية نشأت بينهم وطلبهم إجراء المحاسبة رفضت الدعوى وكان على قضاة المجلس مراعاة ذلك والاستجابة لطلب الطرفين بتعيين خبير لإجراء المحاسبة .

وحيث أن اشترط التسجيل هو إجراء لحماية مصالح الدولة والأطراف وأن الشركة الفعلية المتنازع من أجلها قائمة بجميع أركانها كما سبق وأن أشير إليه أعلاه.

وحيث أن قضاة المجلس بمصادقتهم على الحكم المستأنف والذي رفض دعوى الطاعن لعدم تأسيسها قد جعلوا قرارهم مشوبا بالقصور في التسبيب ومعرض للنقض [114].

2. 3. 2. الشركة خلال فترة التأسيس

الشركة مادام لم يتم تسجيلها في السجل التجاري لا تكون محلا لأي حق ولالتزام ة بـ أي التـ زام ، لكن الضرورة العملية تقتضي من المؤسسين إبرام عدد كبير من العقود ليس من أجل البدء في الاستغلال ولكن من أجل التحضير لهذا الاستغلال، فالشركة بحاجة لمحل لمقرها الرئيسي وإلى موظفين من أجل القيام بنشاطاتها المستقبلية وحساب في البنك من أجل نشاطها الذي يكون من غير المنطقي انتظار التسجيل لإبرام كل هذه العقود (من عقود عمل ، وإيجار ، واتفاقيات بنكية)،والسؤال الذي يطرح هنا هو ما حكم هذه التصرفات التي يتخذها المؤسسون خلال هذه المرحلة ، هل نعتبرها صادرة من الشركة رغم أنها زالت في طور التأسيس وليس لها شخصية المعنوية وبعبارة أخرى هل نعتبر الشركاء في هذه المرحلة شركاء في الشركة محاطم المؤسسون هم الذين يتخذون هذه التصرفات بصفتهم الشخصية؟

هذا الإشكال على درجة من الأهمية لأنه أحدهما لا ينفك عن الآخر، وقد أجاب القانون الفرنسي بوضع حل تناوبي (المادة 1843 من القانون المدني والمادة 210-6 من القانون التجاري) ويتمثل في : إما الشركة بعد تأسيها قانونا وتسجيلها تأخذ على عاتقها الالتزامات المبرمة، وتعتبر حينها أنها أبرمت من طرف الشركة منذ البداية ، أو لا تأخذها على عاتقها فيكون المؤسسون ملزمون بتنفيذها، هذا الحل الذي جاء به القانون الفرنسي يمكّن من الحفاظ على حقوق الغير لأنهم سيجدون في كل مرة من يرجعون عليه ،إما الشركة أو المؤسسون، قانا هذا الحل التناوبي غير متساويين ، فالفائدة التي يقدمها تنفيذ العقود من طرف المؤسسين أقل في العموم من قيام الشركة نفسها بذلك .

كما أن هذا الحل لا يتلاءم مع كل المشاكل، خاصة وأنه لا القانون المدني الفرنسي ولا القانون التجاري يبين ماذا لو لم تكون الشركة مبدئيا ملزمة بالتصرفات المبرمة باسمها قبل تمتعها بالشخصية المعنوية[1]ص174. وتعرضت هذه الإشكالية لخلاف فقهي [13]ص242. ،وانتهت بحلول تشريعية في القوانين الحديثة على النحو الآتي :

- ذهب إلى القول بأن الشركة خلال فترة التأسيس ليس لها وجود قانوني خلال هذه الفترة ، فإذا تعاقد المؤسسون أثناءها فإنهم يتعاقدون لحسابهم وهم المسئولون وحدهم عن الالتزامات المتولدة عن هذه التعاقدات حتى إذا تم تأسيس الشركة ،فإنهم ينقلون إليها الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العقود .

غير أن هذا الرأي وجه إليه النقد على أساس أنه يعرض الشركة لخطر إفلاس أحد المؤسسين المتعاقدين أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية.

بينما ذهب رأي آخر إلى القول بأن المؤسسين يتعاقدون لصالح الشركة المستقبلية إنما يتعاقدون بدافع من مصلحتهم الشخصية وهي تكوين الشركة، الأمر الذي يتوافر معه فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (وهي الشركة المستقبلية) غير أن الرأي وجه إليه النقد أيضا على أساس أنه ولو صلح لتفسير انتقال الحقوق المترتبة على العقود التي يبرمها المؤسسون إلى ذمة الشركة فإنه يعجز عن تبرير تحمل الشركة الالتزامات الناشئة عن هذه العقود .

وفي رأي ثالث بأن المؤسسين فيما يجريه من تصرفات قانونية لحساب الشركة يعتبر وكيلا ويطبق في شأن هذه التصرفات قواعد الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، ولكن لم يسلم هذا الرأي من النقد بسبب أن الوكالة تقتضي القيام بشأن عاجل لحساب الغير، وتأسيس الشركة ليس شأنا عاجلا، و الغير هنا هو شخص مستقبل ينحصر عمل المؤسس في إيجاده.

وذهب رأي رابع إلى القول بأن للشركة شخصية معنوية خلال فترة التأسيس بالقدر اللازم لتأسيسها فيطلق الشخصية المعنوية التي تحتفظ بها الشركة في إطار التوصفية بالقدر اللازم للتصفية وهذه الشخصية ليست كاملة بل هي شخصية في طور التكوين والمؤسسون إنما يتعاقدون في فترة التأسيس بوصفهم ممثلين للشركة تحت التأسيس، وفائدة هذا الرأي هو تفسير اكتساب الشركة للحقوق والالتزامات الناشئة خلال فترة التأسيس مباشرة دون أن يكون المؤسسون أنفسهم دائنين أو مدينين بنقل هذه التصرفات القانونية للشركة بعد تأسيسها ، والواقع أن هذه المشكلة لا تتوفر إلا في حالة نجاح المؤسسين في تأسيس الشركة .

أما إذا انتهى الأمر بالفشل فلا شك في تقرير مسؤولية المؤسسين الشخصية والتضامنية عن التصرفات التي قاموا بها خلال فترة التأسيس .

ويبقى التفسير الأكثر دقة ذلك الذي يعتبر قيام المؤسسين بالتعهدات تحت شرط فاسخ مفاده أن تأخذها الشركة على عاتقها [1]ص174.

ونظرا لأهمية هذه المسألة فإن بعض التشريعات اتجهت إلى النص صراحة تتضمن تسليما كاملا بأن للشركة خلال فترة التأسيس شخصية معنوية بالقدر اللازم لتحمل الالتزامات الناتجة عن تصرفات المؤسسين خلال فترة التأسيس لمصروفات التي أنفقت بسبب تأسيسها, مثل القانون الإيطالي الذي جعل مسؤولية المؤسسين بالتضامن في الغير عن التعهدات التي يبرمونها بمناسبة تأسيس الشركة فإذا تكونت الشركة وجب عليها أن تبرئ المؤسسين من هذه التعهدات وتأخذها على عاتقها وأن تدفع لهم مصاريف الضرورية وأن تصادق عليها في أول جمعية عمومية , و القانون المصري في المادة 23 من القانون رقم 60 لسنة 1971 بشأن شركات القطاع العام يقضي بأن شركة القطاع العام (وهي لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا من تاريخ شهر نظامها في السجل التجاري) تنتقل إليها بمجرد شهرها

في السجل التجاري آثار جميع التصرفات التي أجريت لحساب قبل الشهر ، كما تتحمل الشركة جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيسها .

أما التشريع الفرنسي فهو مستمد في الأصل (أي نص م 1843 ق م و م 210 6 ق ت) من التعليمة الأوروبية رقم 151/68 الصادرة في 9 مارس 1968 التي بموجبها سابقا القانون الفرنسي يضع مبدأ عاما هو الالتزام الشخصي للمؤسسين بالتصرفات التي أبرموها باسم الشركة ويضع استثناء هذا المبدأ يتمثل في تحمل الشركة لهذه التصرفات بعد استكمال تأسيسها ، إلا أنه من الناحية العملية العكس هو الواقع في غالب الأحيان ، فتقريبا كل الأعمال المبرمة في أثناء الفترة التأسيسية تكون على عاتق الشركة بعد تأسيسها .

وقبل القانون الفرنسي أقرب التشريعات إلى القانون الجزائري سنتطرق إلى ما هو جاري به العمل بالتفصيل في القانون الفرنسي ثم نتطرق لموقف المشرع الجزائري ، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة أجزاء :

2. 3 .2 .1 : الشروط الواجب توفرها لتلتزم الشركة بهذه التعهدات المبرمة من قبل المؤسسين خلال فترة التأسيس .

2. 3. 2. 2 : نتناول آثار التزام الشركة بهذه التعهدات .

2. 3. 2. 3 : نتطرق لموقف المشرع الجزائري .

2. 3. 2. 1 . شروط التزام الشركة بالتعهدات المبرمة خلال فترة التأسيس

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى الشروط الموضوعية، إلى شروط الشكلية التي من خلالها تلتزم الشركة بتعهداتها المبرمة خلال فترة تأسيسها:

2. 3. 2. 1. 1 . الشروط الموضوعية

نتناول التصرفات التي تلتزم بها الشركة،ونقول أن هذا الأمر ينطبق على كل التصرفات والالتزامات والتعهدات المتمثلة في العقود الضرورية لانطلاق الشركة نعني تلك التي تمنحها حقوق أو تحملها التزامات.

القضاء لا يعطي حلا صريحا فنظريا يمكن أن تمتثل الشركة هذا النوع من الالتزامات لكن كيف يمكن تطبيق ذلك تقنيا والشركة لم تمنح المؤسسين تفويضا ولم تصادق على هذه الالتزامات.

-الإشكال يطرح أيضا عندما يتعلق الشكل التصرفات ضرورية لنشاط الشركة وليس تحضيرا لبدايتها فقد يكون أمام شركة تحت التأسيس لم تكتسب الشخصية المعنوية بعد وبالتالي شركاء ملزمون بتنفيذ تلك التصرفات وليس الذين أبرموها فقط نظرا لهذه المخاطرة فإنه من الأجدر عدم البدء بالاستغلال قبل التسجيل.ونعرض الآن الشروط الواجب توافرها في التصرفات حتى تتحملها الشركة :

1-التصرف يجب أن يكون قد تم باسم الشركة التي هي في طور ا التأسيس ، ومفهوم الشركة في طور التأسيس لا يمكن أن يحمل لأي تعريف قانوني، وإن الشركة تكون في طور التأسيس بمجرد وجود شكليات تجعل نية الشركاء مادية في إنشاء الشركة ومنها مثلا تقديم الشركاء لحصص نقدية في حساب خاص مفتوح باسم الشركة التي هي في طور التأسيس (المادة 223-7 و225 -5 و 225-12من قانون التجاري الفرنسي) لكن مجرد المحادثات أو المفاوضات لا تكفي من أجل الاعتراف بوجود شركة في طور التأسيس وبالتالي المؤسسون يتصرفون بأسمائهم الخاصة في هذه الحالة .

2- على المؤسسين إعلام المتعاقد معهم على أنهم يتصرفون باسم شركة لا تزال في طور التأسيس وليس لحسابهم الخاص كما يجب أن يبرم المؤسسون عقودا وليس مجرد خطوات تمهيدية أو مفاوضات.

نشير في الأخير إلى أنه في حالة ما إذا توقفت إجراءات التأسيس قبل التسجيل فإن الشركة لا تكون ملزمة بالعقود المبرمة لحسابها لأنها لا يكون لها وجود قانوني فيكون اللذين أبرموا هذه التصرفات وحدهم مسؤولين ولهم الرجوع ضد باقي المؤسسين إذا اثبتوا حصولهم على تفويض من هؤلاء للتصرف لحساب الجميع .

2. 3. 2. 1. 2 . الشروط الشكلية

نتحدث هنا عن التصديق على التصرفات، وبما أن إجراءات التصديق معقدة فإنه في الواقع يتعلق الأمر بتسهيلها من أجل حماية المتعاقدين و أيضا لتجنيب الشركاء التزامات لا يريدونها، و ينجر عن هذا الأمر :

2. 3. 2. 1. 2. 1 . التصرفات المبرمة قبل إمضاء العقود التأسيسية :

ع التصرفات المبرمة إلى إمضاء الشركاء في نفس الوقت الذي يتم فيه إمضاء مشروع العقد التأسيسي للشركة ، ونجد المادة 6 من المرسوم الصادر في 03 جويلية 1978 تفرض على المؤسسين فترة محددة لإعلام الشركاء المستقبليين الذين لا يكون أمامهم خيار سوى إنشاء الشركة دون التصديق على الأعمال المقدمة إليهم من طرف المؤسسين.

2. 3. 2. 1. 2. 2 .التصرفات على الأعمال المقدمة إليهم من طرف المؤسسين وتسجيل الشركة

عادة لا يطرح أي مشكلة في هذا الفرض ذلك أنه دائما ما يعين الشركاء ممثلي الشركة في نفس الوقت الذي يمضون فيه، فيكفي أن يقرر الشركاء أي كانت السلطات الممنوحة للمسيرين أخذ قبل تسجيل الشركة فتكون هذه الأخيرة قد التزمت بالتصرفات المبرمة من طرف مسيريها المستقبلين أثناء المرحلة الانتقالية أين لم تكن تتمتع بالشخصية المعنوية .

لكن إذا نظرنا للقانون الفرنسي نجده في هذه المسألة أكثر تقييدا فالمشرع يحث الشركات على التسجيل في أقرب وقت من إمضاء عقدها التأسيسي . (المادة 6 من المرسوم الصادر في 03 جويلية 1978)

2. 3. 2. 2 . آثار التزام الشركة بالتعهدات :

نتطرق من خلال هذا الفرع لأهم الآثار التي تترتب عن قبول الشركة للتعهدات المبرمة باسمها, كذلك تلك الناجمة عن عدم قبولها من خلال:

2. 3. 2. 2. 1 . آثار قبول الشركة للتعهدات :

في الأحوال الشركة تأخذ على عاتقها التعهدات المبرمة باسمها في الواقع الأكثر بساطة والأكثر وقوعا ، فالتصرفات والتعهدات تعتبر على أنها أبرمت من البداية من قبل الشركة ، هذا الأثر الرجعي هام خاصة من الناحية الضريبية ، لأنها تبين لمن لها الحق قبول الشركة لهذه التعهدات تحويلا، لأن التصرف قبل التسجيل للشركة وعلى هذا الأساس فإن الأشخاص الذين تصرفوا باسمها يتحللون من كل التزام تجاه الغير لأن المؤسسون هم وكلاء بأثر رجعي عن الشركة وهذا يقرب أكثر من الرأي الفقهي الذي يرجع نظرية الفضالة بالنسبة لهذه الوضعية .

2. 3. 2. 2. 2 . آثار عدم قبول الشركة للتعهدات

يترتب على عدم أخذ الشركة على عاتقها التعهدات مجموعتين من النتائج:

1- من ناحية نجد الشركة ليست ملزمة بهذه التعهدات فيكون الأشخاص الذين تصرفوا لحساب الشركة ملزمين شخصيا بتنفيذ الأعمال المبرمة، لكن هذه الالتزامات لا تقع على عاتق كل المؤسسين و الشركاء الجدد وإنما يتحملها فقط اللذين شاركوا في إبرام هذه التصرفات ، لكن نرى أن التصرف يمثل بداية للنشاط فإن كل الشركاء ملزمون بتنفيذ هذه التعهدات على اعتبار أنهم أعضاء في شركة واقع ولا يس في شركة محاصة .

اللجوء إلى المسؤولية الشخصية للمؤسسة هو موازنة بين مصلحة الشركاء ككل فليس من العدل إلزام الشركاء بتحمل التزامات لم يريدوها والتي يمكن أن تكون في غير صالح الشركة هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب عدم حرمان الغير من طريق يمكنه من الحصول على حقوقه ، إلا أن ملاءة المؤسسين عادة ما تكون أقل من ملاءة الشركة ، لذلك حاولت المادة 1843 من القانون المدني الفرنسي مواجهة مثل هذا الظرف بالتخفيف من حدة الالتزام المؤسسين وذلك بالنص على التضامن فيما بين مؤسسي الشركة وهذا يعتبر بالفعل ضمانة للغير ، وتماشيا مع روح هذا النص يجب الاعتراف بأن هذا التضامن يجمع فقط المؤسسين، أما الشركة فهي متحللة من كل التزام .

هذا إذا كانت الشركة تجارية، أما إذا كانت مدنية فالتزام الشركاء يكون مشترك فيما بينهم ويلزم الغير المتعاقد معهم بتجزئة متابعاته (المادة 1843 من القانون المدني الفرنسي) .

من ناحية أخرى، نجد أن عدم قبول هذه التعهدات المبرمة قبل التوقيع على العقود التأسيسية يمنع الشركة من أن تتأسس ، وهذه النتيجة ناجمة من صياغة المادة 6 من المرسوم الصادر بتاريخ 3 جويلية 1978 التي تجعل من التوقيع على العقود التأسيسية والتوقيع على التعهدات المبرمة باسم الشركة قبل تأسيسها عملية مرتبطة ، فهذا النص يحث على التصديق على التصرفات المبرمة قبل التوقيع على العقود التأسيسية .

وفي الأخير نشير إلى وجوب الاحتياط التصرف أثناء الفترة التأسيسية للشركة فالغير المتعاقد عليه التأكد من أن الشخص الذي يتعامل باسم الشركة له فعلا هذه الصفة للتصرف.

وعلى الشركاء تجنب أن تكون التصرفات المبرمة بمثابة بداية لنشاط الشركة، ففي هذه الحالة يصبحون في شركة واقع ملزمين فيها شخصيا بما يترتب عنها من ديون .

2. 3. 2. 3 . موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري على أنه 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 في أموالهم ، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة من تاريخ تأسيسها .

من هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري حسم الطبيعة القانونية للتصرفات التي يبرمها المؤسسون خلال فترة التأسيس.

فإذا تعاقد المؤسسون باسم الشركة ولحسابها خلال فترة التأسيس لقيامهم بالتعاقد مع الغير على توريد الآلات والأدوات والمهمات والمواد الأولية ، فإنهم يكونون مسئولين عن الالتزامات الناتجة عن هذه العقود مسؤولية تضامنية وبلا حدود في أموالهم سواء نجح المشروع أي الشركة وتأسست فعلا أو لم تنهض الشركة وفشلت .

ومع ذلك يجوز للشركة بعد تمام تكوينها وقيدها في السجل التجاري أن تعلن قبولها لهذه العقود و التصرفات ، فتحل محل المؤسسين فيها فتنتقل إليها عندئذ ما تضمنته من حقوق والتزامات ، ولا تبرئ ذمة المؤسسين قبل الغير إلا إذا رضي بإحلال الشركة محل المؤسسين في العقد ، أي بتجديد الالتزام بتغيير المدين فيه .

إن الشيء المشترك بين شركة المحاصة وشركة الواقع هو افتقارهما للشخصية المعنوية.

كما سنستنتج من هذا المطلب سنبين أن شركات المحاصة وشركات الواقع يعود إلى المرونة التي تتمتعان بها بخصوص عملية التأسيس، كون عملا بالقاعدة التي تنص على أنه كلما كان النظام القانوني خاضع لعدة إجراءات وشروط كلما كانت آثاره هامة، فالشركات الخاضعة لإجراءات الشهر والكتابة بمجرد تأسيسها فإنها تنتج آثارا هامة وخاصة جدا أهمها إنشاء شخص معنوي جديد على الساحة القانونية .

يتميز النظام القانوني لشركة المحاصة ببساطته ، فيمكن اعتبار بنية الشركة المحاصة هي السبب في لجوء العديد من الأفراد نحو هذا النوع من الشركات، فالأفراد يجدون في الشركة المحاصة كل المرونة التي يمنحها المبدأ الإرادة الطليق داعن الشكليات المقيدة والمعرقلة خاصة في الميدان التجاري الذي يتطلب السرعة التي بدورها تتطلب المرونة والسهولة في الإجراءات .

فشركة المحاصة هي استثناء في ميدان الشركات الذي يتجلى فيه الدور المهيمن الشكلية على حساب مبدأ سلطان الإرادة،ويؤكد هذا الأمر أنه لا شركة بمجرد اتخاذها إجراءات الكتابة والشهر تتحول إشركة من الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية ولا تبقى شركة محاصة طالما دخل عليها الشكل.

وحماية للغير الذي قد يتعامل مع هذا النوع من الشركات وهو جاهل أيتعامل مع شركة محاصة نجد القانون يجعل الدعاوى التي يرفعها الغير على من تعامل معه تخضع للقواعد العامة وليس للتقادم الخمسي المطبق على بقية الشركات الأخرى المتمتعة بالشخصية المعنوية .

الخـــــاتمة

يعطينا هذا البحث المتواضع فكرة عن الإبـ داع القـ انوني الذ اتج عـ ن الإنـ سان ، فلقـ د خلقنـ ا فكرة الشخصية المعنويـ ة وجعلناهـ ا ترتـ ب العديـ د مـ نالآثاروأصـ بحت عنـ صرا لا بـ د منـ ه لقيـ ام الشركة لدرجة أننا نتفلءء لوجود شركة متجردة من هذه الشخصية وجعلها هـ ذا التجـ رد شـ ركة متميزة عن غيرها ، ونتيجة تعدد إجراءاتتأسيس الشركات وتعقيـ دها باتـ ت البـ ساطة والمرونـ ة في هذا الميدان شيئا خاصا ومميزا وغريبا في نفس الوقتهذه الـ شركة وبالمقابـ ل لا تعـ د عمـ لا تجاريـ ا بحـ سب الـ شكل ، ولـ وتكانـ ركة تجاريـ ة فـ لا يكتـ سب الإذنشركاء المحاصـ ون صـ فة التاجر إلا إذا كانوا قد اكتسبوا هذه الصفة نتيجة احترافهم للأعمال التجارية .

إن قانوننا التجاريتسم بخـ صوص تنظـ يم الـ شركبالتعقيـ د فهو يجعـ ل مـ ن الإجـ راءات و الشكليات هي الأساس ومـ نالبـ ساطةهـ يالاسـ تثناءوهيتنـ اقض مـ ع الـ سرعة والمرونـ ة التـ ي يجب أن تتوفر في أحكام القانون التجاري .

لقد حاولت من خلال هذا البحث المتواضع جدا أن ادرس هذا النوع مـ ن الـ شركات التـ ي تعد وافدا جديدا على قانوننا التجاري حيث أدرجها فيه المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 و هذا النص لا يعد وأن يكون نقلا لما ورد في القانون الفرنسي ولم تسبق راجـ هـ فـ ي القـ انون التجـ اري أيـ ة دراسـ ة لهـ ذا النـ وع مـ ن الـ شركات ومـ دى وعـ ي التجـ ار بهـ ا وبالأحرى مدى رغبتهم في وجود هذا النوع من الشركات والأصل في أن القانون يأتي لمعالجة وضعيات في المجتمع أو طلبات أفراد هذا الأخير ، وللأسف لا وجود لمثل هذا الأمر في ثقافتنا القانونية ، وهذا الرأي نابع من الانعدام التام للكتب أو المقالات، وحتـ ى المحاضـ رات التـ ي تلقـ ى بمعاهد الحقوق تتعرض بالدراسة لشركات المحاصـ ة حتـ ىأننـ ديهـ شت بعـ د أن سـ ألت الـ بعض من الموثقين والقضاة و المحامين عن مدى الإقبال الذي يلقاه هذا النوع من الشركات في بلادنا، فوجدت البعض مـ نهم رغـ م تجربتـ ه وأقدميتـ ه فـ ي هـ ذا الميـ دان يجهـ ل وجـ ود مثـ ل هـ ذا النـ وع مـ ن الشركات والبعض المطلع منه أكد لي أنه لم يصادف كل واحد في مجاله ، خـ لال حياتـ ه المهنيـ ة قبل هذا النوع من الشركات هنا في الجزائر .

ويضاف إلى ذلك أن من كتب في القانون التجاري الجزائري وهم على قلتهم مشكورون لم أجد سوى مرجعين تناولا هذه الشركة وذلك في 5صفحات فقط ، على العكس من ذلـ ك وأثنـ اء قيامي بهذا البحث والإطلاع على المراجع الفرنسية خاصة، وجدت كمـ ا هـ ائلا مـ ن المعلومـ ات ، أمـ رالـ ذي يـ دل علـ ى الفـ رق بـ ين الـ وعي الكامـ ل فـ ي القـ انون الفرنـ سي بأهميـ ة هـ ذه الـ شركات

ودواعي النص عليها في القانون الفرنسي وبين النقل في بلادنا لكل ما يصدر عن المشرع الفرنسي ، فالواقع في فرنسا أن هذه الشركة تكتسي أهمية كبيرة وإقبالا من قبل التجار ورجال الأعمال ، الأمر الذي جعلها محلا للعديد من الرسائل والمذكرات والمقالات والكتب ، ويعود سبب هذا الإقبال إلى شركة أبسط شكل يمكن أن نتصوره لشركة ما ، فهي لا تستوجب أي شكل ولا أي إجراء من إجراءات الشهر وتبقى غير مكشوفة للغير ،غير أنه وإن أتت هذه البساطة إلى نجاحها فهي أيضا نقطة ضعف شركة المحاصة فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية وهذا يعني أن تكون شركات المحاصة لمدة طويلة ، أو أن يكون لها محل متعدد .

في الأخير كل ما أرجوه هو أن يكون لنا قانونا خاصا بصبغته الجزائرية،ولا شيء أفضل من المحاولة فنحن بسلبيتنا وإيجابياتنا لا بد أن نصيغ قوانين تتماشى وفكرنا وواقعنا وطموحاتنا، فحاليا وللأسف لدينا ناقل ونفتقر لمشرع حقيقي.

قائمة المراجع

(1) P/ YVES GUYON, Droit des affaires, Tom. 1 (droit commercial général et société) , 12 Edition , Economica, Paris 2003 .

(2) د/ أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون المصري والمقارن ، الجزء الأول،(شركات الأشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة)، دار الفكر العربي ،مصر(القاهرة) ، 1987 .

(3) P/ R PERCEROU la personne morale de droit privé patrimoine d'affectation, Thèse ,PARIS ,1951 .

(4) P/J: PALLUSSEAU , les fondement du droit moderne des sociétés , J.C.P. 1984 .I . 3148 .

(5) P/ RENE RODIERE droit commercial (groupement commerciaux) 8ème édition, DALLOZ, Paris ,1972 .

(6) Civ 2, 28 JANV 1954 , J.C.P 1954, II 7958,Concl. LEMOIN.

(7) SOC.18 JUILL.1979: Dr .SOCIAL 1980,44 NOTE J.SAVATIER .

(8) SOC.23 JANV.1990, affaire BENDIX. J.C.P ., 1990 ,II,21529,note .com – 15 NOV.1994- BULL.CIV.IV,n°335.

(9) SOC .21 juill.1986: Rev .soc ,1987,43,Note GUYAN .

(10) P/YVES GUYON, Actionnariat indirect, le cas des organismes de placement collectif en valeur mobilieres : Rev .Soc ,1999.

(11) د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري ، الدار الجامعية ، لبنان(بيروت), 1994.

(12) د/ أكثم أمين الخولي ، الموجز في القانون التجاري الجزءI ، مطبعة الجامعة ،سوريا(دمشق), 1960.

(13) - د/ أحمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، الجزء II ، (الشركات التجارية) ، الطبعة الثانية ، مطابع سجل العرب، مصر(القاهرة) ، 1980.

(14) د/ نادية فوضيل ، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري(شركات الأشخاص)، دار هومة ، الجزائر 2004 .

(15) د/محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1977.

(16) د/ محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي ، عمادة شؤون مكتبات جامعة المالك سعود ، السعودية(الرياض) ، 1982 .

(17) P/ G. RIPERT/R. ROBLOT, Traité de droit commercial, Michel GERMAIN ,Tome 1- Volume 2, Les sociétés commerciales , 18e édition. DE LTA, L.G.D .J,Paris ,2002.

(18) د/عباس حلمي المنزلاوي ، القانون التجاري (الشركات التجارية) ، طبعة 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1988.

(19) P/ G. REPERT /R. ROBLOT, OP.CIT .

(20) P/F. PETIT , les droits de la personnalité confrontés au particularisme de personnes morales : D.A.,1998 .

(21) Cons .Constitu ., 21 juin 1993 : J.C.P., 1993 , III,66254,à propos des privatisations.

(22) P/ Pellerin , la personnalité morale et la forme des groupement volontaires de droit privé: rev. Trim .,dr.com.,1981.
(23) P/M.DAGOT, une intervention législative nécessaire : faire que le nom des personnes morales serve vraiment à leur identification : J.C.P.I .3579 .
(24) P/ - M.Depuis , vertus et limites de la protection du mon commercial en droit interne français , thèse ,lille 1986 .
(25) Com. GAVR ,1993: Rev,soc,1993,787,note,F.POLLAU- DULIAN.
(26) Com,16juin 1987 :BULL.Civ IV,N°152.
(27) Com.15 juin 1993:J.C.P ,1993 ,ed-E II,522,note T.BONNEAU.
(28) Com. 28 Avr .1987:BULL.Civ IV,100,P.75;Rev.Soc,1988.
(29)P/ M.DE JUGLARD ,raison social et nationalisation JJ.C.P, 1983,I .3112 .
(30) P/ F. PASQUALINI, "la domiciliation des sociétés , un espace de liberté placé sous surveillance" ,Rev. Soc,1987.
(31) Paris, le 24/9/1999 ,Revue sociétés 1999,Somm 874.
(32) Com,21 juill.1987,Rev Soc,1988,97,note A.HONORAT; D;1988 ,note Réméry.
(32bis) Cass,Requ.15 avril 1993: D.P .1894,1,559 .
(33) Civ2 ,29 janvier 1992: rev soc;1992 ,42 note .Y. CHARTIER .
(34) Trib ,grand inst. lyon 16 oct.1973: J.C.P; 1974 .II 17762 . not CONCHEZ .
(35) C.J.C.E .27 sept 1988: D,1989 somm,227note CARTOU: Rev , trim ,dr euro.1990,357, conc, Durmon .
(36) C.J.C.E ,BULL.JOLY 1999,P.705,note J.P.Dom- Rev soc,1999 , note G .PARLEANI.
(37) د/فؤاد عبد المنعم رياض ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجزء 2 ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، دار النهضة العربية ، مصر(القاهرة), 1975 .
(38) P/ HUSAM ISSA, L'évolution du régime juridique des société anonyme et sa correspondance aux réalité sociales thèse, Paris , juill 1969 .

(39)د/علي حسين يونس,لشركات التجارية,دار الفكر العربي,1974

(40) P/ NIPOYET , existe – t'il vraiment une nationalité des sociétés? Rev , dr, int, priv,1997,
(41) Trib conflits,23 nov 1959; J.C.P.1960 ,II,11430 ,note AYMOND; D;1960,223,note savatier .
(42) P/FROSSARD, un vide législatif, la nationalité des société,D,1969,9.
(43) Cass, Civ3,10mars 1976, Rev soc ,1977,305,note BISMUTH.
(44) P/H.SYNVET, l'organisation juridique du groupe international de sociétés,n° 24,thèse , Rennes ,1979.
(45) Cass, Requ,12 Mai ,1931: S., 1932,1,57 rapport BRICOU,note niboyet .

(46) P/ A. PASILE, structures et stratégies juridique de l'entreprise multinationale .thèse ,Paris II,1986 .
(47) Cass, 14/6/1993, B.C, n°208 .

(48) د/أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، الجزء II ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 .
(49)Civ,2,19 Mai 1998 : D, 1998, 405,note TATU; Rev Trim,dr,Civ,1998,750 note R. PERROT .
(50) P/ N. FADEL RAAD –l'abus de la personnalité morale en droit privé , thèse ,paris ,1991
(51) P/ CHAPUT, de l'objet social des sociétés commune , thèse clerment ,1973 .
(52) P/G.MARTIN, la représentation des sociétés commerciales par leur organes, thèse, NANCY,1977 .
(53) Com,21Mai 1983; Rev,soc,1983,800 note chartier.
(54) Civ 19 /2/1986 , Rev ,Trim,dr ,Civ 1987 ,761,note j. MERTRE.
(55) د/- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الجلي الحقوقية ، لبنان(بيروت), 2000 .
(56) Civ .2, 17 juill.1967: BULL . Civ ,II,n°261,P.182-com.5 février 1991:
(57)BULL.Civ.IV,n°51, P.34-Civ.1, 15 déc.1999 : BULL.Civ I ,n°351.
(58) Civ.1 ,27 mai 1986: BULL.Civ. I,n° 134, P.134 –Civ. 2, 22 Mai 1995:J. C. P; 1995,II,22550 ,note J. Mouly.
(59) Civ.2, 22 Février 1984 : D., 1985,19 note AGUSTINI.
(60) قرار للمحكمة العليا في ، 25 ماي 1988 ،ملف رقم، 010. 53 المجلة القضائية لسنة 1992 ، للعدد II .
(61) د/ احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة الثانية ، الطبعة الثالثة، دار هومة ، الجزائر, 2006.
(62) غ . ج. م. ق 3 قرار 22-12-1997 ، ملف 155884 : غ منشور .
(63) غ .ج.م. ق3 قرار 4-12-1994،ملف 122336 : غ منشور .
(64)Crim .8/03/1883, D.1884-1-428.-Crim .17/05/-1930,5 .1932-1-37.- Crim. 27/04 /1995 , BULL. n° 210-crim 26/11/1963.,GAZ, PAL.1964-1 -189- CRIM.27/02/1968 , BULL , n° 61-Crim,2/12/1980, BULL, n° 326.
(65) P/G. STEFANI ,G. LEVASSEURS, B .BOULOC, droit pénal général, DALLOZ,17eme édition ,Paris 2000.
(66) P/ M.T .BELARIF : les sociétés commerciales à travers le décret législatif portant modification du code de commerce . Synposium national de prospico – conseil 7-8 juin 1993 .
(67) د/عمورة عمار ، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر، 2000 .
(68) د/فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الجزءا ، النشر الثاني ، نشر وتوزيع ابن خلدون ، الجزائر(وهران), 2003.
(69)P/ MAURICE COZIAN-ALAIN VANDIER-FLORENCE DE POISSY, droit des sociétés ,18e ,LITEC,Paris 2001.
(70) P/J-J-DAIGR ,D. GRAVEAU,D GERRY et H. le BLAND, la société en participation instrument de coopération ,DR,société ,1994,n°16.
(71) cass.comm.24/10/2000,BULL joly 2001, p. 79; note .J. VALANSAN : société crées entre 2 Banques pour financer un projet immobilier .
(72) Cass. Comm 24/09/2003 : DR .sociétés 2004 n°2,OBS, F-G .TREBULL:
(73) Cass.Req, 5 décembre 1887,D.1888.1,430 .

(74) Cass, Req, 17 avril 1872 ,D,1873.1,311.
(75) cons .d'Etat , 30 juillet 1947, J.C.P, 1948, 2,4470.
(76) Cass,com ;5 novembre 1974, Rev ,Soc;1975 ,note Guyon.
(77) Cass.com ,17 avril 1991,R .J.D.A; 1991 .
(78) Cass. soc ,13 janvier 1994,R.J.D.A, 1994.
(79)P/ YVES CHARTIER,les groupements civils , DALLOZ,PARIS,1997.
(80) Trib.Paris ,21/02/1961,D,1962 .
(81) Cass.com,28/10/1940 Rev soc,1944.

(82) Trib Paris, 23/3/1935 ,GAZ. PAL,1925-1-774 .

(83) P/JOSHEPH HAMEL ,G. La GARDE .A.JAUFFRET, droit commercial ,Sociétés Groupement D'intérêt économique public T.1, 2ème édition , DALLOZ, Paris 1980.

(84) د/ محي الدين الجرف، مذكرات في القانون التجاري، ألقيت على طلبة معهد العلوم الاقتصادية سنة 1979 - 1980 .

(85) Trib Paris 1 December 1999,BULL,JOLY,2000,741-note : j . vollansan, D.AFF. 2000 ,Somm,Comm 473 OBS . HALLOUIN .
(86)Cass ,Civ 31/3/1936,D. H,1936 .
(87) P/DOMINIQUE VIDAL,droit des sociétés , L.G.D.J, Paris ,1993.

(88) د/ عبد الحميد الشواربي ، موسوعة الشركات التجارية، الناشر، منشأة المعارف، مصر (الإسكندرية), 2003.

(89)Cass.com, 12/03/1952, J.C.P, 1953-2-7363 note D.BASTIAN .

(90) محمد حسن عباس ، المؤسسات العامة والشركات في التشريع المصري، دار النهضة 1967 .
(91) P/DOMINIQUE le jeais , droit commercial et des affaires ,15e ,ARMAND COLIN, PARIS 2003.
(92) Cass – com, 2mars 1994,BULL. Joly1994, P.665,note.j.VALLANSAN.
(93) Cass-com,15 novembre 1994, Rev sociétés 1995,note .J-j BARBIÉRI.
(94) Cass-com , 30 Mais 1989, R J F 1989,N° 058-9.
(96) CE,5 Sept 2001: R J F. 11/2001, N° 1406.
(97) Cass. 1er civ,23 juin 1987: J.C.P ,E 1987, 1,16954,n°2 ,OBS, A. VIANDIER et J- J . CAUSSAIN .
(98) P/F. DE KEUWER- DEFFOSSEZ ,illusion et danger , des sociétés criées de fait ,Rev. trim, dri com,1984.
(99) Cass.com., 11 fev .1997 : J. C. P.G 1997 ., II,22820,note .TH.GARE.
(100) Cass.com.,23 Juin 2004 , 03 arrêts : BULL .JOLY 2005. 49, note .J-VALLANSAN .
(101) CA.PARIS , 06 Avril 1999 : BULL. JOLY 1999, OBS, SAINTOUERENCE .
(102) Cass.com ,16 juin 1998 : BULL.JOLY 1998,note S.NOEMIE .
(103) CA .PARIS , 20 Dec 1991 : BULL , Joly . 1992, OBS, B.SAINTOURENS
(104) Cass.com., 30 mais 2000: BULL.Joly2000, OBS.P .SCHOLER.

(105) Cass.com, 18 juin 1991: BULL,JOLY 1991.
(106) Cass.1er Civ, 19Avr, 2005 : D.2005,OBS, A, LLENHARD
(107) قرار رقم 142806 مؤرخ في 1996/03/26، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص.
(108) قرار رقم 148423 المؤرخ في 1997/03/18, مجلة الاجتهاد القضائي ، غ ت و ب ، عدد خاص.
(109) قرار،ر38060 في 1985/12/7 ،م ق 1989، ع 4 .
(110) أ/حمدي باشا عمر، القضاء التجاري ،دار هومة الجزائر 2004 .
(111) عمر أ/ بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ، دار الهدى ، الجزائر (عين مليلة) 2004 .
(112) قرار، رقم 4400 3، في 1985/06/15 ، المجلة القضائية ، عدد 4 ،1989, ص 141 .
(113) قرار رقم 66489 في 1990/04/30 - غير منشور.
(114) قرار رقم 11325 في 1994/07/13 - غير منشور .